

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 12 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 12 marca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Warmia – Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Zakład Usług Transportowych i Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wadągu w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Świątki

przy udziale wykonawcy PUK WODKAN Świątki sp. z o.o. z siedzibą w Świątkach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 620/24 po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Warmia – Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Zakład Usług Transportowych i Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wadągu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Remondis Warmia – Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Zakład Usług Transportowych i Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wadągu tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 620/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Świątki wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego trybie podstawowym, w oparciu o przepis art. 275 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 wraz ze zm.) pod nazwą „Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Świątki w okresie od 01.03.2024 r. do 31.12.2024 r.”, znak postępowania: ROS.271.1.2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 31 stycznia 2024 r. pod numerem 2024/BZP 00081544.

W dniu 7 lutego 2024 r. Odwołujący: wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Remondis Warmia – Mazury sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie, Zakład Usług Transportowych i Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wadągu uzyskał od Zamawiającego informację o zaproszeniu do negocjacji ofert w celu złożenia oferty dodatkowej wraz z informacją o takim zaproszeniu wykonawcy PUK WODKAN Świątki sp. z o.o. z siedzibą w Świątkach, zwanego dalej Przystępującym i braku odrzucenia oferty tego wykonawcy konkurencyjnego, zaś w dniu 21 lutego 2024 r. tenże Odwołujący powziął od Zamawiającego informację o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty (czynność zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na etapie zaproszenia do składania nie została zaskarżona) Odwołujący w dniu 26 lutego 2024 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności i zaniechań Zamawiającego dokonanych w postępowaniu, polegających na wyborze oferty wykonawcy, która nie spełniała warunków postępowania określonych przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oraz wyborze oferty wykonawcy który, nie powinien zostać dopuszczony do udziału w postępowaniu, w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 61 oraz art. 66 kc poprzez wadliwe uznanie, iż oferta oraz oferta

uzupełniająca złożona przez Wykonawcę PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach spełnia wymagania określone przez Zamawiającego w SWZ, podczas gdy oferta złożona przez powyższego Wykonawcę nie spełniała wymogów określonych przez Zamawiającego. Zgodnie z wymogami określonymi w SWZ, o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy:

a) posiadają uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej na podstawie odrębnych przepisów, w tym wpisu do „Rejestru podmiotów, wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)” prowadzonego przez Marszałka Województwa jako zbierającego odpady lub przetwarzającego odpady zgodnie z treścią zezwolenia oraz transportujący odpady w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, podczas gdy podmiot wybrany przez Zamawiającego w dniu 21 lutego 2024 roku nie spełniał tych warunków w zakresie wpisów dotyczących następujących kodów: 20 01 13*, 20 01 25, 20 01 26*, a które to kody zostały przez Zamawiającego określone jako konieczne do udziału wykonawcy w postępowaniu. Nie było żadnych formalnych podstaw do tego, by dokonać wyboru oferty Wykonawcy PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach, nie tylko z uwagi na braki w tym zakresie w dokumentacji ofertowej, ale i również z uwagi na to, iż sam Wykonawca nie spełniał warunków jakie powinien spełniać wykonawca biorący udział w postępowaniu. Oferta złożona przez Wykonawcę była błędna i w oparciu o błędną ofertę doszło do wyboru najkorzystniejszej oferty, podczas gdy oferta złożona w przez PUK WODKAN Świątki sp. z o.o. z siedzibą w Świątkach w tym zakresie była sprzeczna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego.

b) posiadają zdolność techniczną lub zawodową. Zgodnie z rozdziałem XXII ust. 1 pkt 3 SWZ „Zamawiający uzna warunek udziału za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że posiada co najmniej: b) dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych; c) dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych; d) jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej, e) wykaz sprzętu transportowego – załącznik nr 4 do SWZ.” Z oferty oraz oferty uzupełniającej złożonej przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach wynika, jakoby spółka ta w momencie składania oferty oraz w momencie składania oferty uzupełniającej, dysponowała pełnym potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania usługi będącej przedmiotem postępowania, co jest oczywiście nieprawdziwe. Oferta Wykonawcy w tym zakresie była jak najbardziej sprzeczna z zapisami SWZ, ponieważ Wykonawca zawarł z podmiotami trzecimi umowy użyczenia w dniu 22 grudnia 2023 roku. Zgodnie z ust. 2 powyższego rozdziału „Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.” Co więcej, w dalszej kolejności „Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4, oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.” Należy zauważyć, iż PUK WODKAN nie złożyła stosownego oświadczenia wydanego przez podmiot trzeci. Mając na uwadze powyższe, uczestnik postępowania był zobowiązany do tego, by złożyć wraz z ofertą „zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia”, czego nie wykonał, tym samym naruszone zostały zapisy SWZ i koniecznym jest uznanie, iż podmiot ten nie spełnił warunków udziału w postępowaniu. Jednoznacznie należy uznać, iż oferta złożona w przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach w tym zakresie była sprzeczna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Co więcej, wbrew twierdzeniom zawartym w treści umowy - § 3 umowy – spółka PUK WODKAN nie odebrała przedmiotowego pojazdu od Użyczącego, ponieważ pojazd ten w dalszym ciągu wykonuje usługi odbioru odpadów na terenie Jedwabna. Pojazd ten wielokrotnie był i jest widywany na terenie stacji przeładunkowej w Trelkowie (gmina Szczytno) należącej do Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi sp. z o. o. w Olsztynie. Pojazd ten transportuje do stacji przeładunkowej w Trelkowie odpady z terenu Gminy Jedwabno.

2.226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp poprzez błędną ocenę, iż Wykonawca PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach spełnia warunki do udziału w postępowaniu, podczas gdy z treści oferty oraz oferty uzupełniającej przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach wynika w sposób bezsprzeczny, iż na dzień złożenia oferty podmiot ten nie spełniał warunków do udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym:

a)posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej lub zawodowej na podstawie odrębnych przepisów, w tym wpisu do „Rejestru podmiotów, wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)” prowadzonego przez Marszałka Województwa jako zbierającego odpady lub przetwarzającego odpady zgodnie z treścią zezwolenia oraz transportujący odpady w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia określonych w pkt XXII SWZ. Zamawiający określił, iż przedmiotem zamówienia jest odbieranie odpadów opisanych kodami: 20 01 13*, 20 01 25, 20 01 26*. W momencie składania oferty, składania oferty uzupełniającej oraz w momencie wyboru najkorzystniejszej oferty, PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach w powyższym zakresie nie spełniał warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, ponieważ nie posiada wpisu w BDO oraz RDR w powyższym zakresie.

b)Posiadania zdolność techniczną lub zawodową do wykonania przedmiotu zamówienia, określonej w rozdziale XXII SWZ, oferty złożonej przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach wynika, jakby spółka ta w momencie składania oferty oraz oferty uzupełniającej dysponowała pełnym potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania usługi będącej przedmiotem postępowania. Jak już wyżej zostało to opisane, oferta Wykonawcy w tym zakresie była jak najbardziej sprzeczna z zapisami SWZ, ponieważ Wykonawca zawarł z podmiotami trzecimi umowy użyczenia – będące de facto umowami najmu – nie przedkładając do tych umów zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia. Co więcej, treść tychże umów wprowadza Zamawiającego i pozostałych uczestników celowo w błąd, ponieważ pojazdy nie zostały wydane dla PUK WODKAN, co już zostało opisane powyżej. PUK WODKAN nie spełnia warunków do udziału w postępowaniu określonych w treści SWZ.

c)Błędno wykazania przez Wykonawcę posiadania odpowiedniego zasobu do realizowania danego zadania. Zgodnie z rozdziałem XXII SWZ Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia, wraz z oświadczeniami o niepodleganiu wykluczeniu oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu załącza również oświadczenia dotyczące podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby. Co więcej, zgodnie z ust. 2 rozdziału XXII SWZ Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Wykonawca nie złożył żadnego z powyższych dokumentów.

d)Błędno wykazania, iż Wykonawca spełnia warunki określone przez obowiązujące przepisy. W momencie składania oferty jak i wyboru Wykonawcy, Wykonawca nie posiadała wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej oraz Bazy Danych Odpadowych w zakresie dotyczących kodów, które były również przedmiotem postępowania tj. kodów: 20 01 13*, 20 01 25, 20 01 26*, tym samym na dzień składania oferty Wykonawca nie spełniał podstawowych warunków uczestnictwa w postępowaniu.

e)Błędno Wykazania przez Wykonawcę, iż spełnia on warunki dotyczące udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Zgodnie z rozdziałem XXII ust. 1 pkt. 2 SWZ „Zamawiający uzna warunek udziału za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną tego ubezpieczenia na kwotę nie mniejsza niż 200 000,00 zł” Zgodnie z przedmiotem działalności, PUK WODKAN wykonuje działania określone przez kod PKD 38, 11, Z, - ZBIERANIE ODPADÓW INNYCH NIŻ NIEBEZPIECZNE. Zakres ten obejmuje swoim zakresem transportu odpadów niebezpiecznych, takich jak chemikalia, baterie czy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny – a odpady te stanowią przedmiot umowy opisany w rozdziale V ust. 2 pkt 3) lit. j. SWZ. Tym samym, należy uznać, iż PUK WODKAN nie spełnia kryterium opisanego w rozdziale XXII ust. 1 pkt. 2 SWZ i nie jest ubezpieczony w całym zakresie dotyczącym przedmiotu Zamówienia i oferta tegoż wykonawcy powinna zostać odrzucona.

3.art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach mimo, że wykonawca ten w wyniku zamierzonego działania wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, podczas gdy działania Wykonawcy jednoznacznie wskazują, iż miał on pełną wiedzę o tym, że nie spełnia warunków do udziału w

postępowaniu, a jego oferta powinna podlegać odrzuceniu z uwagi na błędy i braki jakie zawierała.

4.art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp oraz z art. 85 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach mimo, iż wystąpiła obligatoryjna przesłanka do wykluczenia powyższego podmiotu. Zgodnie z treścią dokumentów załączonych do oferty PUK WODKAN Świątki w dniu 5 lutego 2024 roku, Inspektor E.H., będąca pracownikiem Referatu Komunalno – Inwestycyjnego w Gminie Świątki, dokonała potwierdzenia za zgodność z oryginałem dokumentów – w tym „Zaświadczenie o zmianie wpisu rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości” oraz „Wykazu kodów w BDO”. Działanie to jest o tyle niepokojące, iż składanie ofert miało miejsce dopiero w dniu 7 lutego 2024 roku.

Odwołujący wskazał, iż zaistniały przesłanki opisane w art. 85 ustawy Pzp i doszło do zakłócenia konkurencji wynikającego z wcześniejszego zaangażowania wykonawcy – PUK WODKAN – jak również należy uznać iż podmiot ten doradzał lub w inny sposób był zaangażowany w przygotowanie postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania. Uzasadnione jest podejrzenie, iż Zamawiający – Gmina Świątki oraz wykonawca – PUK WODKAN współpracowali przy sporządzaniu nie tylko postępowania, ale i oferty PUK WODKAN. Co więcej, zarówno PUK WODKAN jak i Gmina Świątki należą do tej samej grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów. Gmina Świątki jest jedynym udziałowcem spółki PUK WODKAN sp. z o.o. Zgodnie z obowiązującymi przepisami, grupa kapitałowa oznacza wszystkich przedsiębiorców, którzy są kontrolowani w sposób bezpośredni lub pośredni przez jednego przedsiębiorcę, w tym również tego przedsiębiorcę. Przedsiębiorcą w rozumieniu u.o.k.k. jest zarówno przedsiębiorca w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej, a także osoba prawna oraz jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej. Z treści u.o.k.k. oraz jest wykładni wynika, że jednostki samorządu terytorialnego objęte są regulacją przedmiotowej ustawy.

Powyższe okoliczności uzasadniają – zdaniem Odwołującego - twierdzenie, iż spółka PUK WODKAN doradzała lub w inny sposób była zaangażowana w przygotowanie postępowania o udzielenie przedmiotowego postępowania, skoro pracownicy Zamawiającego dokonywali potwierdzenia dokumentacji przygotowywanej przez tegoż wykonawcę.

Co więcej, po wyborze najkorzystniejszej oferty, która to była ofertą złożoną przez Odwołującą, Zamawiający zaprosił wykonawców do negocjacji, a następnie do składania ofert w formie pisemnej, która to forma jest sprzeczna z obowiązującymi przepisami o zapisami SWZ. Dopiero po interwencji Odwołującego, Zamawiający zmienił tryb składania ofert uzupełniających na formę elektroniczną. Co więcej, niepokojącym jest fakt, iż poprzednie postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia nieprzekraczającej progów unijnych pod nazwą „Odbiór i transport odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Świątki w okresie od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r.” znak postępowania ROS.271.14.2023 z dnia 5 grudnia 2023 roku nr ogłoszenia 2023/BZP 00542151 zostało unieważnione przez Zamawiającego na skutek złożenia odwołania do KIO przez Odwołującą. Już wówczas, Odwołująca wskazywała na szereg nieprawidłowości w ofercie złożonej przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach. Pomimo faktu, że spółka PUK WODKAN nie spełnia nie tylko wymagań określanych przez Zamawiającego ale i tych opisanych przez obowiązujące przepisy, Gmina Świątki zdecydowała się na powierzenie odbioru opadów do momentu wyłonienia nowego wykonawcy właśnie spółce PUK WODKAN. Wiele z tych naruszeń zostało bezrefleksyjnie powielonych w kolejnej ofercie składanej przez PUK WODKAN, która ponownie została wybrana przez Gminę Świątki.

W celu uzasadnienia powyższych zarzutów, wnoszę o przeprowadzenie dowodów, załączonych do odwołania, w tym w szczególności:

1.Oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach, wraz z załącznikami w celu wykazania faktu niespełnienia przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków formalnych od udziału w postępowaniu, niespełnienia przez ofertę złożoną przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, braku przesłanek do wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach przez Zamawiającego,

2.Umowy użyczenia pojazdu z dnia 22 grudnia 2023 r. w celu wykazania faktu niespełnienia przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków formalnych od udziału w postępowaniu, niespełnienia przez ofertę złożoną przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, braku przesłanek do wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach prze;

Zamawiającego

3. Wpisu do BDO przedłożonego przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach w celu wykazania faktu niespełnienia przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków formalnych oceny udziału w postępowaniu, niespełnienia przez ofertę złożoną przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, braku przesłanek do wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach przez Zamawiającego,

4. Zaświadczenia z RDR przedłożonego przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach w celu wykazania faktu niespełnienia przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków formalnych oceny udziału w postępowaniu, niespełnienia przez ofertę złożoną przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, braku przesłanek do wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach przez Zamawiającego,

5. SWZ opracowanego przez Zamawiającego w celu wykazania faktu warunków, jakie powinien spełniać Wykonawca biorący udział w prowadzonym postępowaniu, warunków jakie powinna spełniać oferta wykonawcy, podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, niespełnienia przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków formalnych oceny udziału w postępowaniu, niespełnienia przez ofertę złożoną przez PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach warunków określonych przez Zamawiającego w SWZ, braku przesłanek do wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach przez Zamawiającego,

6. Ciągu pełnomocnictw w celu wykazania umocowania składającego odwołanie do działania w imieniu konsorcjum.

Odwołujący wnosił o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności Zamawiającego w zakresie dotyczącym wyboru oferty PUK WODKAN Świątki sp. z o. o. z siedzibą w Świątkach,

2. przystąpienie przez Zamawiającego do powtórzenia czynności badania i oceny ofert, na dzień ich złożenia, zmierzającej do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Pismem z dnia 7 marca 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego odrzucenie w całości.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Wymaga wskazania, że w myśl przepisu art. 528 pkt 3 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W związku z tym Izba ustaliła, że pismem z dnia 7 lutego 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że zgodnie z art. 289 ust. 1 w zw. z art. 275 pkt 2 ustawy zaprasza go w dniu 12 lutego 2024 r. do negocjacji złożonej oferty w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Zamawiający w piśmie tym poinformował Odwołującego, że **negocjacje** nie mogą prowadzić do zmiany treści oferty i **dotyczyć** będą **wyłącznie** tych elementów treści oferty, które podlegają ocenie w ramach **kryteriów oceny ofert** wskazanych w SWZ rozdział XVIII ust 1 zgodnie z art. 278 ustawy Pzp.

Zamawiający powiadomił dwóch zaproszonych wykonawców, że ustanowił kryteria oceny ofert i zamieścił o tym informację w ogłoszeniu o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych, a kryteriami były:

1. Cena (C) 60

2. Termin płatności faktury (T) 40

razem - 100 pkt.

Jednocześnie Zamawiający w piśmie z dnia 7 lutego 2024 r. powiadomił Odwołującego, że oferty, które nie podlegały odrzuceniu, i otrzymały największą ilość pkt za cenę:

1.Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych WODKAN Świątki Sp z o.o. 11-008, Świątki 68B

2.REMONDIS Warmia-Mazury Sp. z o.o. – Lider konsorcjum ul. Partyzantów 310-522 Olsztyn Zakład Usług Transportowych i Komunalnych Sp. z o.o. – Partner, Wadąg 13, 10-373 Olsztyn.

Zamawiający poinformował również, że oferenci w/w zgodnie Rozdz. IV SWZ zostaną zaproszeni do negocjacji ofert. **Negocjacje** będą prowadzone **jedynie w kryterium cena**, ponieważ pozostałe kryteria w ofertach są określone na najwyższym poziomie i uzyskały najwyższą punktację.

Ustalono również, że Zamawiający w powyższym piśmie **poinformował** wykonawców, w tym Odwołującego, że **nie dokonał czynności odrzucenia żadnej z ofert** i że zgodnie z art. 513 pkt 1 ustawy Pzp wykonawcy ci mają **prawo wniesić odwołanie** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

W ocenie Izby zatem, Odwołujący w dniu 7 lutego 2024 r. powziął wiadomość o ocenie oferty Przystępującego i jej zakończeniu oraz o braku odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego, co zostało wyraźnie wyartykułowane w powyższym piśmie.

W przekonaniu Izby - Odwołujący mając taką wiedzę, jaką obecnie zaprezentował w odwołaniu z dnia 26 lutego 2024 r. miał możliwość skorzystania ze środka ochrony prawnej podważając zarówno ocenę Zamawiającego oferty Przystępującego wyrażoną przy czynności zaproszenia wykonawców do negocjacji, a także miał prawo do wniesienia środka ochrony prawnej na wynikające z braku odrzucenia oferty Przystępującego hipotetyczne zaniechanie tej czynności, czego nie uczynił.

Wymaga wskazania, że zgodnie z art.515 ust.1 pkt 2 lit b ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

W rozpoznawanej sprawie czynnością taką było zaproszenie do negocjacji dokonane po ocenie ofert.

Jednocześnie stosownie do przepisu art. 515 ust.3 pkt 2 ustawy Pzp odwołanie w przypadkach innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 5 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne.

Według Izby – za taki przypadek można uznać zaniechanie odrzucenia oferty w okolicznościach dokonanej już oceny ofert.

Zdaniem Izby - powyższa przekazana Odwołującemu przez Zamawiającego informacja z dnia 7 lutego 2024 r. o dokonaniu czynności oceny ofert i o braku odrzucenia oferty Przystępującego, pozwalała Odwołującemu sformułować już na tamtym etapie postępowania zarzutów związanych z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego z powodu jej sprzeczności z warunkami zamówienia, niespełniania tych warunków i istnieniu podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania, czego Odwołujący nie uczynił.

Biorąc pod uwagę, że bieg terminu do wniesienia odwołania w tej sprawie rozpoczął się w dniu następującym po dacie 7 lutego 2024 r., to jest dacie powiadomienia Odwołującego o treści zaproszenia do negocjacji i braku odrzucenia złożonych ofert, Izba stwierdziła, że jego upływ nastąpił w dniu 12 lutego 2024 r., podczas gdy odwołanie zostało wniesione dopiero w dniu 26 lutego 2024 r.

Na tle powyższego rozstrzygnięcia wymaga podkreślenia, że zarówno postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i postępowania odwoławcze mają charakter sformalizowany i postępowania te obwarowane są licznymi terminami zawitymi mającymi zapewnić efektywność i ekonomikę realizowanych procedur, biorąc pod uwagę nadrzędność samych celów systemu zamówień publicznych, które mogą być osiągnięte jedynie poprzez zdyscyplinowane przestrzeganie terminów przewidzianych przez ustawodawcę.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.3 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania .

Przewodniczący:.....