

WYROK

Warszawa, 27 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 grudnia 2024 r. przez wykonawcę Reko Prime spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie przy ul. Jana Pawła II 104 (42-300 Myszków) w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Mikołów z siedzibą w Mikołowie przy ul. Rynek 16 (43-190 Mikołów)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Górny Śląsk spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rudzie Śląskiej przy ul. Piotra Skargi 87 (41-706 Ruda Śląska) oraz PreZero Recycling Południe spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Knurowie przy ul. Szybowej 44 (44-193 Knurów)

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Reko Prime spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty ww. wykonawcy.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Mikołów i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego: kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Reko Prime spółkę

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 793 zł 65 gr (trzy tysiące siedemset dziewięćdziesiąt trzy złote sześćdziesiąt pięć groszy) stanowiącą koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Mikołów na rzecz wykonawcy Reko Prime spółki

z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie kwotę w wysokości 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu 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 4995/24

Uzasadnienie

Gmina Mikołów zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów*, o numerze referencyjnym PN 2-2024, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11 września 2024 r. pod publikacji numerem: 546156-2024 (numer wydania Dz.U. S: 177/2024).

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

30 grudnia 2024 r. wykonawca Reko Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego podjętych w postępowaniu, polegających na odrzuceniu jego oferty.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez odrzucenie jego oferty z uwagi na okoliczność, że oferta złożona została przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału

w postępowaniu w sytuacji gdy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uchybiający

zasadom równego traktowania wykonawców;

3) art. 253 Pzp przez brak jednoznacznego uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę spełniającą warunki udziału w postępowaniu, a w przypadku unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, oferta ta będzie najkorzystniejsza. Jego zdaniem w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp ponosi szkodę polegającą na utracie zysku i doświadczenia związanego z realizacją umowy zawartej w przedmiotowym postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania została przedstawiona argumentacja dla podniesionych zarzutów.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz PreZero Recycling Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie.

22 stycznia 2025 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

22 stycznia 2025 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył do akt sprawy pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

22 stycznia 2025 r. odwołujący złożył pismo zawierające odpowiedź na stanowisko procesowe zgłaszającego przystąpienie, przekazane 22 stycznia 2025 r.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia: REMONDIS Górny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Rudzie Śląskiej oraz PreZero Recycling Południe Sp. z o.o. z siedzibą w Knurowie (zwanego dalej jako: „przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego.

W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:

1) dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie CD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego 21 stycznia 2025 r., w tym w szczególności:

- ogłoszenie o zamówieniu;
- specyfikację warunków zamówienia (zwaną dalej: „SWZ”) wraz z załącznikami;
- ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego w tym zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby;
- wezwanie z 12 listopada 2024 r. skierowane do odwołującego na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp;
- wykaz usług oraz referencje złożone przez odwołującego w odpowiedzi na powyżej wskazane wezwanie;
- pismo z 20 grudnia 2024 r. zawierające uzasadnienie czynności odrzucenia ofert w postępowaniu;

- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z 20 grudnia 2024 r.;

2) dokumenty złożone do pisma procesowego odwołującego z 22 stycznia 2025 r:

- informację z otwarcia ofert gmina Kłomnice;
- informację z otwarcia ofert gmina Myszków;

- urzędowe poświadczenie odbioru wniosku;
- urzędowe poświadczenie odbioru odpowiedzi na wezwanie;
- protokół z kontroli;

3) dokumenty złożone przez przystępującego 23 stycznia 2025 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej:

- odpis aktualny KRS dotyczący Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie;
- wydruk informacji z systemu BDO dotyczący odwołującego;

4) złożone na posiedzeniu przez zamawiającego dokumenty związane z wnioskiem Jarper Sp. z o.o. o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Izba ustaliła co następuje

W rozdziale 15 SWZ zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu. Warunki te posiadały następującą treść:

15.1. Warunki podmiotowe:

15.1.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy:

(...)

15.1.1.2. Posiadają uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada:

wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Mikołów (publicznie dostępny rejestr prowadzi Burmistrz Mikołowa adres strony <https://mikolow.eu/odpady/gospodarowanie-odpadami/przedsiębiorcy/rejestr-dzialalnosci-regulowanej/>).

W/w warunek jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje usługi, do których te zdolności są wymagane.

(...)

15.1.1.5. wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje

w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 1 usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i segregowanych od właścicieli nieruchomości, o wartości min. 8 000 000,00 zł brutto.

W postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców, w tym odwołujący

i przystępujący.

Odwołujący w formularzu ofertowym wskazał (pkt 3.2), że będzie polegał na zasobach innego podmiotu tj. „JARPER” Sp. z o.o. z siedzibą w Kolonii Warszawskiej (zwanego dalej jako: JARPER”) oraz podał zakres udostępnianych zasobów jako Wykonanie usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Ponadto wraz z ofertą odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. W treści przedmiotowego zobowiązania JARPER wskazał m. in.:

Oświadczam że udostępniam Wykonawcy Reko Prime Sp. z o.o., ul. Jana Pawła 104, 42-300 Myszków

(...)

niezbędne zasoby w zakresie spełnienia warunku - zdolność techniczna lub zawodowa – wskazanego w pkt 15.1.1.5. SWZ.

(...)

przy wykonywaniu przedmiotowego zamówienia.

Oświadczam, że:

a) udostępniam Wykonawcy ww. zasoby w następującym zakresie:

referencje dotyczące usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i letniskowych z terenu Gminy Lesznowola.

(...)

b) sposób wykorzystania udostępnionych przeze mnie zasobów będzie następujący:

podwykonawstwo.

(...)

c) okres mojego udziału przy wykonywaniu zamówienia będzie następujący:

cały okres realizacji zamówienia tj. 12 miesięcy od dnia podpisania umowy na realizację niniejszego zadania.

(...)

d) zakres mojego udziału przy wykonaniu zamówienia będzie następujący:

Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z obszaru Gminy Mikołów.

Pismem z dnia 12 listopada 2024 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 126 ust. 2 Pzp do złożenia podmiotowego środka dowodowego wymienionego w pkt 16.1.2.3. potwierdzającego spełnianie warunku, wskazanego w

pkt 15.1.1.5 SWZ, tj. wykazu usług wykonanych nie wcześniej niż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych, referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W odpowiedzi na powyżej wskazany wniosek odwołujący złożył wykaz usług obejmujący usługę pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Lesznów oraz poświadczenie należytego wykonania usługi z 25 października 2024 r. dotyczące ww. usługi, którą wykonywał JARPER.

20 grudnia 2024 r. zamawiający poinformował odwołującego o odrzuceniu jego oferty. Podstawą tej czynności był art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b Pzp. W uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał:

Wykonawca, nie posiada wymaganych zdolności technicznych i zawodowych, opisanych w warunku udziału w postępowaniu:

„wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie 1 usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i segregowanych od właścicieli nieruchomości, o wartości min. 8 000 000,00 zł brutto”.

Wykonawca przedstawił wraz z ofertą zobowiązanie, z którego wynika, że podmiot trzeci – „JARPER” sp. z o.o., Kolonia Warszawska, Al. Krakowska 108A, 05-552 Wólka Kosowska udostępni swoje zasoby – wiedzę i doświadczenie i deklaruje, że wykona usługę do realizacji, której zdolności te są wymagane (odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych).

Świadomy obowiązku wynikającego z art. 118 ust. 2 cyt. ustawy podmiot udostępniający zasoby deklaruje, że wystąpi w roli podwykonawcy i będzie realizował odbieranie

i zagospodarowanie odpadów przez cały okres wykonywania zamówienia. Jednakże przepis art. 9c ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. 2024 r. , poz. 399 z późn. zm.) nakłada na każdy podmiot, który zamierza wykonywać usługę polegającą na odbiorze odpadów, obowiązek uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Podmiot udostępniający zasoby „JARPER” Sp. z o.o. takiego wpisu nie uzyskał i nie może legalnie wykonywać usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminy Mikołów. Tym samym stan spełniania warunków udziału w postępowaniu przedstawia się następująco:

Podmiot, który złożył ofertę – REKO PRIME Sp. z o.o. jest wpisany na listę podmiotów uprawnionych do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ale nie spełnia warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zaś podmiot, który tą wiedzę

i doświadczenie użycza – „JARPER” Sp. z o.o. nie spełnia warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Podkreślić należy, że w sprawie nie ma zastosowania przepis art. 122 cyt. ustawy, ponieważ możliwość zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby odnosi się do przypadków dotyczących zdolności technicznych lub zawodowej oraz sytuacji ekonomicznej lub finansowej podmiotu udostępniającego zasoby. Ten zamknięty katalog nie obejmuje uprawnień do prowadzenia określonej działalności.

Dla uzyskania pewności, co do sytuacji opisanej powyżej zamawiający skorzystał

z uprawnienia wskazanego w art. 126 ust. 2 cyt. ustawy i uzyskał od wykonawcy podmiotowy środek dowodowy – wykaz usług wraz z referencjami, który potwierdził, że wymaganą wiedzę i doświadczeniem dysponuje jedynie podmiot udostępniający zasoby – „JARPER” Sp. z o.o.

Prawidłowość ustaleń zamawiającego potwierdza także treść oferty wykonawcy, w której zadeklarowano, że odbiór odpadów komunalnych będzie w całości wykonywany przez „JARPER” sp. z o.o.

Tym samym wykonawca, który złożył ofertę nie spełnia wszystkich warunków udziału

w postępowaniu, co musi skutkować odrzuceniem oferty, w związku z zaistnieniem przesłanek, o których mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 b cyt. ustawy.

20 grudnia 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty

w postępowaniu. Za najkorzystniejszą zamawiający uznał ofertę złożoną przez przystępującego. Pozostałe dwie oferty (w tym odwołującego) zostały odrzucone.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

- art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp – *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

(...)

2) *została złożona przez wykonawcę:*

(...)

b) *niespełniającego warunków udziału w postępowaniu;*

- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*

- art. 253 Pzp – 1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) *wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,*

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*

– *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.*

2. *Zamawiający udostępnia niezwłocznie informacje, o których mowa w ust. 1 pkt 1, na stronie internetowej prowadzonego postępowania.*

3. *Zamawiający może nie ujawniać informacji, o których mowa w ust. 1, jeżeli ich ujawnienie byłoby sprzeczne z ważnym interesem publicznym.*

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że wszystkie zarzuty podniesione w odwołaniu znalazły potwierdzenie. W przypadku zarzutu podniesionego w pkt 1 *petitum* odwołania skład orzekający uznał, że zamawiający w sposób niedopuszczalny połączył ze sobą okoliczności związane ze spełnieniem warunku dotyczącego uprawnień (pkt 15.1.1.2. SWZ) oraz warunku odnoszącego się do zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 15.1.1.5. SWZ). W tym kontekście Izba wskazała, że możliwość polegania za zdolnościami innych podmiotów została ograniczona wyłącznie do sytuacji ekonomiczno-finansowej oraz zdolności techniczno-zawodowych w rozumieniu odpowiednio art. 115 i 116 Pzp. Wykonawca nie może zatem wykorzystać zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełniania warunków dotyczących zdolności do występowania w obrocie gospodarczym (art. 113 Pzp) oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 114 Pzp). Wymagany od wykonawcy wpis do rejestru zawodowego lub handlowego, zezwolenie, licencja, koncesja, wpis do rejestru działalności regulowanej lub członkostwo w samorządzie zawodowym stanowią osobiste zdolności wykonawcy i dlatego nie mogą być zastąpione zdolnościami podmiotu trzeciego. Tym samym badanie zdolności podmiotowych odnośnie spełnienia warunku w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej dotyczy tylko wykonawcy i nie może być rozszerzane na inne podmioty, w tym podwykonawcę udostępniającego zasoby w zakresie spełnienia innych warunków udziału w postępowaniu. Warunek dotyczący uprawnień określony w pkt 15.1.1.2. SWZ sprowadzał się do wymagania od wykonawcy wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Mikołów. Okolicznością bezsporną było, że odwołujący jako wykonawca składający ofertę w postępowaniu był wpisany na listę podmiotów uprawnionych do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Mikołów. W związku z tym nie mogło podlegać żadnym wątpliwościom, że odwołujący spełnił warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień. Zamawiający tymczasem poszedł dalej, ponieważ z art. 9c ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach (t.j. Dz. U. 2024 r., poz. 399 ze zm., zwanej dalej jako: „UCPG”), nakładającego na każdy podmiot zamierzający wykonywać usługę polegającą na odbiorze odpadów, obowiązek uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wywiódł konieczność spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień także od podwykonawcy odwołującego, który użył mu zasobów na okoliczność spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający ustalił, że podmiot udostępniający zasoby odwołującemu tj. JARPER takiego wpisu nie uzyskał i nie może legalnie wykonywać usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z Gminy Mikołów przez co nie spełniał warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. W ocenie składu orzekającego zamawiający nie mógł rozszerzyć weryfikacji podmiotowej odwołującego na podmiot udostępniający mu zasoby w kontekście badania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień. Badanie w tym zakresie powinno dotyczyć wyłącznie wykonawcy, czyli odwołującego, który legitymował się odpowiednim wpisem, zatem spełniał warunek udziału w

postępowaniu określony w pkt 15.1.1.2. SWZ. Dodatkowo skład orzekający doszedł do przekonania, że zamawiający wyciągnął zbyt daleko idące wnioski wynikające z przepisu art. 9c UCPG w kontekście spełnienia warunku dotyczącego uprawnień i przez to niezasadnie powiazał przepisy wynikające z Pzp i UCPG. Na potrzeby badania i oceny oferty odwołującego w tym również w zakresie spełnienia warunku dotyczącego uprawnień, zamawiający zobowiązany był do stosowania przepisów Pzp, które regulują przedmiotowe kwestie. Mając na uwadze przepisy Pzp należało jednoznacznie stwierdzić, że odwołujący spełniał warunek dotyczący uprawnień. Nie oznacza to, że zamawiający powinien zlekceważyć treść art. 9c UCPG, jednakże przepis ten będzie miał zastosowanie na późniejszym etapie tj. w momencie realizacji zamówienia. To wtedy zamawiający powinien wyegzekwować obowiązek wynikający z art. 9c UCPG w stosunku do ewentualnych podwykonawców stosując sankcje wynikające z przepisów prawa lub z zawartej umowy.

W dalszej kolejności Izba odniosła się do kwestii warunku udziału w postępowaniu

w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych, określonego w pkt 15.1.1.5. SWZ. Odwołujący w formularzu ofertowym wyraźnie wskazał, że będzie polegał na zasobach innego podmiotu tj. JARPER. Ponadto wraz z ofertą odwołujący złożył zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby. W treści przedmiotowego zobowiązania JARPER wskazał, że udostępnienie zasobów dotyczyło warunku określonego w pkt 15.1.1.5. SWZ. Zgodnie z treścią art. 119 Pzp 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. Jak wynikało z okoliczności sprawy JARPER został wskazany jako podmiot udostępniający zasoby dotyczące wyłącznie zdolności technicznej lub zawodowej w związku z tym jedynie ten aspekt powinien być przez zamawiającego oceniany. W tym zakresie Izba przyjęła stanowisko zawarte w wyroku z 28 lutego 2022 r. sygn. akt KIO 128/22, KIO 152/22, w którym wskazano, że zgodnie z art. 119 ustawy Pzp ocena zasobów udostępnianych przez podmiot trzeci dotyczy takich zasobów, które stosownie do art. 118 ustawy Pzp udostępniane są w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Jeżeli ocena taka da negatywny wynik, to na mocy art. 122 ustawy Pzp zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu. Tym samym art. 122 Pzp obowiązuje zamawiającego do wezwania wykonawcy do zastąpienia podmiotu innym podmiotem lub wykazaniem samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu wyłącznie

w sytuacji, gdy zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia. Zamawiający nie zastosował procedury wynikającej z ww. przepisu w związku z tym nie mógł odrzucić oferty odwołującego z powodu niespełnienia warunku określonego w pkt 15.1.1.5. SWZ. Co istotne zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego wskazał, że *wymaganą wiedzą i doświadczeniem dysponuje jedynie podmiot udostępniający zasoby – „JARPER” Sp. z o.o.*

W związku z powyższym Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp, wskazany w pkt 1 *petitum* odwołania.

Potwierdził się również zarzut podniesiony w pkt 3 *petitum* odwołania. Przepis art. 253 Pzp nakłada na zamawiających m. in. obowiązek podania informacji o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone i przyczynach odrzucenia ich ofert. Podanie podstaw faktycznych odrzucenia oferty i odpowiednie ich opisanie jest ściśle związane z prawem wykonawców do korzystania ze środków ochrony prawnej. W ocenie składu orzekającego zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego podał lakoniczne

i niejednoznaczne informacje. Ustalenia zamawiającego zawarte w uzasadnieniu dały się sprowadzić do stwierdzenia, że odwołujący jest wpisany na listę podmiotów uprawnionych do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ale nie spełniał warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, zaś JARPER nie spełniał warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Ostatecznie z tego uzasadnienia nie można było wywnioskować czy zamawiający uznał, że odwołujący nie spełniał tylko warunku dotyczącego uprawnień w związku z brakiem odpowiedniego wpisu przez JARPER, czy też nie spełniał również warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Izba doszła do przekonania, że uzasadnienie kwestionowanej przez odwołującego czynności nie spełniało wymagań wynikających z art. 253 Pzp, szczególnie z perspektywy zasady przejrzystości postępowania. Zdaniem składu orzekającego odwołujący na tyle ile miał możliwość odniósł się do powodów odrzucenia swojej oferty, natomiast pewna ogólnikowość uzasadnienia odwołania wynikała z niedochowania przez zamawiającego obowiązków wynikających z przepisu, do którego nawiązywał przedmiotowy zarzut.

Dodatkowo przystępujący w swoim stanowisku wskazywał, że brak wpisu do rejestru ze strony JARPER prowadzi do uznania, że podmiot ten nie udostępnił zasobów w realny sposób. Izba pominęła powyżej wskazaną argumentację ponieważ zamawiający uzasadniając czynność odrzucenia oferty odwołującego nie sformułował takiego argumentu. Tym samym Izba wyszła z założenia, że zamawiający nie kwestionował realności udostępnienia. Ponadto realność udostępnienia zasobów powinna być badana przede wszystkim na podstawie zobowiązania podmiotu do udostępnienia

zasobów, a nie na podstawie warunku dotyczącego uprawnień, który dotyczy wyłącznie wykonawcy.

Izba uwzględniła zarzut naruszenia art. 253 Pzp, wskazany w pkt 3 *petitum* odwołania.

W konsekwencji Izba uwzględniła również zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp, który miał charakter wynikowy wobec pozostałych dwóch zarzutów.

Wpływu na rozstrzygnięcie nie miały również dowody złożone przez przystępującego i zamawiającego. Dowody złożone przez przystępującego obejmowały odpis aktualny KRS dotyczący Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wydruk informacji z systemu BDO dotyczący odwołującego. Okazały się one nieprzydatne na potrzeby rozstrzygnięcia ponieważ pierwszy dowód nie dotyczył odwołującego, a drugi dotyczył kwestii nieistotnych. Złożone na posiedzeniu przez zamawiającego dokumenty związane z wnioskiem JARPER o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mogły co najwyżej potwierdzić, że podmiot ten ma spore szanse uzyskać stosowny wpis przed ewentualnym rozpoczęciem realizacji usługi objętej zamówieniem.

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało uwzględnieniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji. Zgodnie bowiem z treścią art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp, Izba uwzględni odwołanie w całości, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Potwierdzenie zarzutów wskazanych w odwołaniu spowodowało, że w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w ww. przepisie, ponieważ zamawiający w sposób nieprawidłowy dokonał odrzucenia oferty odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a) i b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę. Jednocześnie Izba zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania (15 000,00 zł).

Przewodniczący:.....