

WYROK
z dnia 12 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Katarzyna Poprawa

Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Ceglowski.

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2023 r. przez wykonawcę **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Walim, ul. Boczna 9, 58-320 Walim**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 i nakazuje: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ponowne badanie i ocenę ofert oraz wykluczenie wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAP-BUD S. K. z siedzibą w Kamieńcu Żąbkowickim i odrzucenie jego oferty.
 2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
 3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego **Gminę Walim, ul. Boczna 9, 58-320 Walim** w części 1/3 i wykonawcę **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** w części 2/3 i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.
 - 3.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Walim, ul. Boczna 9, 58-320 Walim** na rzecz wykonawcy **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** kwotę **3 984 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/3 wpisu od odwołania, 1/3 wynagrodzenia pełnomocnika i 1/3 dojazdu na rozprawę.
 - 3.3. zasądza od wykonawcy **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** na rzecz zamawiającego **Gminy Walim, ul. Boczna 9, 58-320 Walim** kwotę **2 400 zł 00 gr** (słownie: dwa tysiące czterysta złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 2/3 wynagrodzenia pełnomocnika.
- Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Walim, zwana dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 1710), zwaną dalej „ustawą Pzp”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim II”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 20 kwietnia 2023 r. pod numerem 2023/BZP 00185840.

W dniu 22 maja 2023 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca ALBA Dolny Śląsk Sp. z o. o. z siedzibą w Olsztynie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na:

1. wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Żąbkowickim, zwanego dalej „wykonawcą SAP-BUD”,
 2. zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD, pomimo że wykonawca ten podlega wykluczeniu a oferta tego wykonawcy podlega odrzuceniu.
- Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 110 ust. 3 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp oraz

art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie, że podjęte przez wykonawcę SAP-BUD czynności związane z samooczyszczeniem na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który:

- w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku co najmniej rażącego niedbalstwa nienależycie wykonywał zamówienie publiczne, a to realizował usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda bez wymaganego przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Burmistrza Gminy Miejskiej Nowa Ruda, co skutkowało nałożeniem na wykonawcę SAP-BUD administracyjnej kary pieniężnej w wysokości 5.000 zł na podstawie decyzji Burmistrza Miasta Nowa Ruda z dnia 20 marca 2023 r. z tytułu odbierania odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rdr w okresie od 02.01.2023 r. do 02.02.2023 r.,
- z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu i zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odstąpienia od umowy z dnia 28 grudnia 2022 r. nr OŚ.215.15.2022 r. dotyczącej świadczenia usług pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda” oraz naliczenia kar umownych przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda,
- w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych,

2.art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej przez wykonawcę SAP-BUD ceny i jej istotnych elementów, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny lub też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co w konsekwencji narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji;

3.art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy SAP-BUD, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2.powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, a w jej następstwie wykluczenie wykonawcy SAP-BUD i odrzucenia oferty tego wykonawcy;
- 3.wezwania wykonawcy SAP-BUD do wyjaśnienia poziomu zaoferowanej w ofercie ceny i jej części składowych.
- 4.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podniósł m.in.:

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Odwołujący wskazał, że Zamawiający przewidział w sekcji V pkt 5.2. ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale V ust. 2 SWZ wykluczenie wykonawców na podstawie przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7 i pkt 8 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U.2022.835).

Wykonawca SAP-BUD w oświadczeniu składanym na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp oświadczył, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie przesłanek, o których mowa w art. 108 ust. 1 ustawy Pzp i art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp. Jednakże z ostrożności procedowania złożył informacje wyjaśniające, na wypadek gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że mogą zachodzić w stosunku do niego podstawy wykluczenia z postępowania w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia wskazanych przez Zamawiającego wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, wskazując m.in., że z uwagi na możliwość odmiennej interpretacji przez Zamawiającego sytuacji w jakiej znalazł się Wykonawca we wcześniejszych postępowaniach przetargowych w Gminie Miejskiej Nowa Ruda Oświadczam, że dokonał on wszystkich możliwych czynności, aby wykazać swoją rzetelność i brak podstaw do wykluczenia z postępowania pomimo pierwotnego błędnego przekonania w przedmiocie spełniania wszystkich warunków

udziału w postępowaniu wynikających ze specyfikacji SWZ. Krajowa Izba Odwoławcza uznała wyrokiem z dnia 24.02.2023 r. sygn. KIO 373/23, że wobec Wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K. nie zachodzą przesłanki wykluczenia Wykonawcy ten dodał, że – działając na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjął wskazane środki naprawcze, tj. w dniu 24.01.2023 r. SAP-BUD PPHU S. K. złożył wniosek wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W dniu 03.02.2023 r. otrzymał ww. wpis nr OŚ.EZSS.R3.2023.VW. Natomiast w dniach 24-25.01.2023 r. pracownicy Wykonawcy odbyli szkolenie z zakresu Prawa Zamówień Publicznych, z uwzględnieniem obowiązkowych procedur, regulaminów i zakresu odpowiedzialności oraz przygotowania dokumentacji do postępowań przetargowych, które przeprowadziła radca prawny J. W. Reasumując podał, że Wykonawca:

1. naprawił nieprawidłowe postępowanie uzyskując wpis do rejestru działalności regulowanej (w załączeniu wpis),
2. wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami oraz zamawiającym składając w dniu 27.01.2023 r. obszernie wyjaśnienia zamawiającemu na temat działań naprawczych dokonanych w zakresie uzyskania wpisu do prawidłowego rejestru działalności regulowanej
3. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności poprzez przeprowadzenie ww. szkoleń (w załączeniu protokół z przeprowadzonego szkolenia).

Wykonawca ten podkreślił także, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 21.03.2023 r. sygn. akt KIO 585/23 uznała, że rozwiązanie w/w umowy nie nastąpiło z winy Wykonawcy SAP-BUD S. K. Kamieniec Żąbkowski.

Odwolujący podniósł, że – w jego ocenie - wobec wykonawcy SAP-BUD Zamawiający błędnie przyjął, że wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp podstawy wykluczenia nie znajdują zastosowania, tj. są wyłączone wobec skorzystania przez wykonawcę z instytucji samooczyszczenia i wykazanie swojej rzetelności, mimo dopuszczonych się uprzednio naruszeń obowiązków wynikających z realizacji umowy z dnia 28 grudnia 2022 r. nr OŚ.215.15.2022 r. dotyczącej świadczenia usług pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda”.

A ponadto wobec Wykonawcy SAP-BUD zachodzi przesłanka wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Wykonawca SAP-BUD nie dokonał samooczyszczenia w zakresie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ani w zakresie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp lecz jedynie w zakresie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Co więcej jego wyjaśnienia przedłożone Zamawiającemu w oświadczeniu sporządzonym na formularzu wg załącznika nr 2 do SWZ nie pozwalają na uznanie, że podjęte przez wykonawcę czynności, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy.

Wykonawca SAP-BUD nie ujawnił, że w sposób zawiniony, tj. co najmniej z uwagi na rażące niedbalstwo, poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Wskazać należy, że nie jest sporne, że wykonawca SAP-BUD realizował w okresie od 02.01.2023 r. do 02.02.2023 r. usługę odbioru i zagospodarowania odpadów bez wymaganego przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Za poważne naruszenie obowiązków zawodowych podważające uczciwość wykonawcy uznać należy sam fakt realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości bez wymaganego przepisami ustawy wpisu do rdr w gminie Miejskiej Nowa Ruda.

Działalność w zakresie odbioru odpadów jest bowiem działalnością regulowaną, wymagającą profesjonalizmu. Zgodnie z art. 9c. ust. 1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Stosownie do przepisu art. 9x ust. 1 pkt 1 u.c.p.g. przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który odbiera odpady komunalne bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 - podlega karze pieniężnej w wysokości 5 000 zł za pierwszy miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru oraz 10 000 zł za każdy kolejny miesiąc wykonywania działalności bez wymaganego wpisu do rejestru.

Uchybienie, jakiego dopuścił się wykonawca SAP-BUD jest uchybieniem kwalifikowanym, sankcjonowanym przez ustawodawcę. Stanowi delikt administracyjny zagrożony administracyjną karą pieniężną nakładaną w drodze decyzji administracyjnej przez właściwy organ względem wszystkich przedsiębiorców odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Co więcej, stanowi również wykroczenie. Zgodnie z art. 601 ust. 1 Kodeksu Wykroczeń każdy, kto wykonuje działalność gospodarczą bez wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny.

Wykonawca SAP-BUD w swoim oświadczeniu składanym w celu samooczyszczenia nie wskazał, że została na

niego nałożona administracyjna kara pieniężna w wysokości 5 000 zł na podstawie decyzji Burmistrza Miasta Nowa Ruda z dnia 20 marca 2023 r. nr OŚ.215.15.2022 z tytułu odbierania odpadów komunalnych bez wymaganego wpisu do rdr w okresie od 02.01.2023 r. do 02.02.2023 r.

Zgodnie z art.109 ust. 1 pkt 5 p.z.p. wykluczeniu podlega wykonawca, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie. Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dotyczącego usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne z całego terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda, w punkcie Sposób realizacji zamówienia, Zamawiający – Gmina Nowa Ruda przewidziała obowiązek realizacji usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, a w szczególności: a) ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzeniami wykonawczymi. Obowiązki wynikające z przepisów ww. ustawy nie były realizowane, co skutkowało odstąpieniem od umowy przez Zamawiającego. Tym samym uznać należy, że to z winy wykonawcy doszło do odstąpienia od umowy. Odpowiedzialność w tym zakresie nie może być przypisywana Zamawiającemu.

Tym samym naruszenie, jakiego dopuścił się wykonawca SAP-BUD stanowi poważne naruszenie obowiązków zawodowych. Obligowało to wykonawcę do dokonania samooczyszczenia w tym zakresie, czego wykonawca SAP-BUD zaniechał. Tym samym, aktualizują się przesłanki do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, zarówno na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, jak i na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, gdyż wykonawca SAP-BUD w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub który zataił te informacje. Wykonawca nieprawidłowo oświadczył bowiem, że nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy Pzp.

Wykonawca SAP-BUD wskazał, że Burmistrz Miasta Nowa Ruda odstąpił od umowy nr umowy z dnia 28 grudnia 2022 r. nr OŚ.215.15.2022 r. dotyczącej świadczenia usług pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości z powodu nieposiadania przez wykonawcę wpisu do rdr prowadzonego przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda. Wykonawca nie uznaje jednak, by była to okoliczność leżąca po jego stronie. Co więcej, Wykonawca nie ujawnił w swoim oświadczeniu, że w związku z odstąpieniem od umowy została na niego nałożona kara umowna. Tymczasem w świetle dokumentów pochodzących od Gminy Nowa Ruda, uznać należy, że odstąpienie od umowy nastąpiło na skutek niewykonania zobowiązania przez wykonawcę zgodnie z umową.

W niniejszym postępowaniu zachodzą więc także przesłanki do wykluczenia wykonawcy SAP-BUD na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W świetle dokonanego przez wykonawcę SAP-BUD samooczyszczenia nie sposób bowiem uznać, że wypełnił on przesłanki, o których mowa w art.110 ust. 2 ustawy Pzp, tj.:

- 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne;
- 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym;
- 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Wykonawca SAP-BUD nie naprawił szkody – nie uiścił nałożonej na niego karu umownej. Nie dokonał wyczerpującego wyjaśnienia faktów i okoliczności związanych ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami. Nie udowodnił podjęcia konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, odpowiednich dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Co więcej, wykonawca zasadniczo zaprzecza jakoby dopuścił się naruszeń, które skutkować by mogły wykluczeniem go z postępowania. Tymczasem, jak wynika z orzecnictwa Izby aby skorzystać z samooczyszczenia Wykonawca musi przyznać się do deliktu, a jeśli temu zaprzecza, to jego oświadczenie o samooczyszczeniu jest niewiarygodne (zob. wyrok Izby z dnia 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 139/17; wyrok Izby z dnia 31 lipca 2020 r., KIO 1248/20). W okolicznościach niniejszej sprawy oświadczenie wykonawcy SAP-BUD w przedmiocie samooczyszczenia budzi szereg wątpliwości co do jego wiarygodności. Wykonawca nie może skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu. Nadto w sytuacji, gdy Wykonawca najpierw oświadczy, iż nie podlega wykluczeniu, a dopiero na późniejszym etapie będzie chciał skorzystać z procedury samooczyszczenia spowoduje to

bezskuteczność tej procedury. Składanie bowiem sprzecznych wyjaśnień i oświadczeń przez Wykonawcę dyskredytuje jego oświadczenia o podjętych działaniach dla przywrócenia rzetelności. Tym samym decyzja Zamawiającego o zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy jest błędna i narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji.

Za jedyny środek naprawczy wykonawca SAP-BUD wskazał na szkolenie przeprowadzone przez radcę prawnego J. W. w dniach 24-25.01.2023 r., kiedy to „pracownicy Wykonawcy odbyli szkolenie z zakresu Prawa Zamówień Publicznych, z uwzględnieniem obowiązkowych procedur, regulaminów i zakresu odpowiedzialności oraz przygotowania dokumentacji do postępowań przetargowych.” Już z samej informacji dotyczącej szkolenia wynika, iż szkolenie zostało przeprowadzone z zakresu Prawa Zamówień Publicznych, gdy tymczasem naruszenie wykonawcy dotyczy obowiązków wynikających z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która to ustawa wskazuje, jakie obowiązki spoczywają na podmiotach odbierających odpady komunalne. Wszystko to czyni samooczyszczenie wykonawcy SAP-BUD pozornym i złożonym tylko i wyłącznie na potrzeby uzyskania niniejszego zamówienia, nie jest absolutnie dowodem, iż wykonawca ten zrozumiał swojej przewinienie i podjął faktyczne czynności naprawcze aby nie pojawiły się w przyszłości. Pozorność działań naprawczych potwierdza fakt, iż wykonawca już w przeszłości został ukarany Decyzją Dolnośląskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska za zbieranie odpadów o kodach 17 06 01* oraz 17 06 05* bez zezwolenia i nie dokonał żadnych działań naprawczych, czego dowodem są naruszenia w postępowaniach przetargowych organizowanych przez Gminę Miejską Nowa Ruda.

A ponadto, zachodzą okoliczności do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp z uwagi na wprowadzenie zamawiającego – Gminy Nowa Ruda w błąd lub zatajenie informacji co do istnienia przesłanek wykluczenia w postępowaniu pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda, zagospodarowanie odpadów zebranych w punkcie selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) położonego w Nowej Rudzie przy ul. Niepodległości 45c oraz usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do składowania Oznaczenie sprawy (numer referencyjny): OR.271.42.2022, w którym wykonawca ten – pomimo nałożenia na niego przez WIOŚ w drodze decyzji administracyjnej o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska, zaniechał dokonania self-cleaningu i oświadczył, że nie zachodzą w stosunku do niego przesłanki wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Odnosnie zarzutu drugiego Odwołujący podniósł m.in., że w niniejszym postępowaniu oferty złożyło 3 wykonawców: SAP-BUD z ceną 280 216,80 zł brutto, MZUK z ceną 384 102,00 zł brutto oraz ALBA z ceną 394 707,60 zł brutto. Już z samego zestawienia cen ofert złożonych przez wykonawców wynika, że cena oferty wykonawcy SAP-BUD jest znacząco niższa niż ceny zaoferowane przez pozostałych wykonawców.

Całkowita cena za realizację przedmiotu zamówienia zaoferowana przez wykonawcę SAP-BUD jest o ponad 27% niższa od ceny zaoferowanej przez wykonawcę MZUK i o niemal 28,5% niższa od ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Odwołujący podniósł także, że porównanie cen jednostkowych zaoferowanych przez poszczególnych wykonawców prowadzi do wniosku, że ceny zaoferowane przez wykonawcę SAP-BUD, w szczególności cena jednostkowa za odbiór i transport 1 Mg odpadów komunalnych tj.: niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 20 03 01 (w tym odpady odbierane z koszy ulicznych), opakowań z papieru i tektury 15 01 01, 20 01 01; opakowań ze szkła 15 01 07, 20 01 02 opakowań z tworzyw sztucznych, metali i opakowań wielomateriałowych 15 01 06, budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Cena ta jest znacząco niższa od cen pozostałych wykonawców a także od średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert – stanowi zaledwie 61,41% średniej, 52 % ceny zaoferowanej przez Odwołującego i 51 % ceny zaoferowanej przez wykonawcę MZUK. Z uwagi na to, że jest to frakcja, która obejmuje aż 2/3 strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia Zamawiający poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy SAP-BUD do złożenia wyjaśnień co do sposobu wyliczenia ceny wraz z dowodami w istotny sposób naruszył przepisy ustawy.

Wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z warunkami określonymi w SWZ przez wykonawcę SAP-BUD za zaoferowaną cenę powinny budzić okoliczności takie jak lokalizacja bazy magazynowo - transportowej wykonawcy, która zlokalizowana jest w odległym o 55 km Sławęcinie, co podwyższa koszty realizacji usługi z uwagi na dłuższy czas dojazdu oraz wyższe koszty transportu, skalkulowanie w cenie oferty kosztów pracy z uwzględnieniem wszelkich kosztów ponoszonych przez pracodawcę, kosztów paliwa, pozostałych kosztów eksploatacji pojazdów, w tym kosztów ubezpieczenia pojazdów oraz podatku od środków transportu, kosztów zapewnienia worków do selektywnego zbierania odpadów, kosztów obsługi administracyjnej zamówienia, itp.

W wyniku analizy ofert Zamawiający winien był powziąć wątpliwości co do tego, że wskazane w ofercie części składowe ceny (cena za odbiór poszczególnych frakcji), jak i zaoferowana cena całkowita, wydają się rażąco niskie w

stosunku do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z osobnych przepisów i zażądać od wykonawcy SAP-BUD wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny oferty i kosztu wykonania zamówienia.

Poniżej wykonawca przedstawia zasadnicze elementy kosztotwórcze realizacji usługi w odniesieniu do ceny jednostkowej za odbiór i transport 1 Mg odpadów komunalnych tj.: niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych 20 03 01 (w tym odpady odbierane z koszy ulicznych), opakowań z papieru i tektury 15 01 01, 20 01 01; opakowań ze szkła 15 01 07, 20 01 02, opakowań z tworzyw sztucznych, metali i opakowań wielomateriałowych 15 01 06 oraz zestawienie jak koszty te kształtują się odpowiednio w kolejnych miesiącach. Są to jedynie koszty zakupu paliwa oraz koszty pracy brygady wywożącej odpady wg stawki minimalnej. Już tylko te 2 elementy cenotwórcze przewyższają cenę jaką zaoferował wykonawca w ofercie. Ilość km oraz czas pracy został policzony na faktycznych danych Odwołującego, którego baza znajduje się w niewielkiej odległości od instalacji w przeciwieństwie do bazy wykonawcy SAP-BUD. Wyliczenia ukazują całkowitą nierealność stawki zaoferowanej przez wykonawcę SAP-BUD. Dowodem na to jest zestawienie przygotowane przez Odwołującego.

Kopię odwołania Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez platformę e-zamówienia (wykonawcy SAP-BUD) w dniu 23 maja 2023 r., natomiast wykonawcy Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu w dniu 26 maja 2023 r.

Termin na zgłoszenie przystąpienia upływał odpowiednio w dniu 26 maja 2023 i w dniu 29 maja 2023 r. W tym terminie do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

W dniu 26 maja 2023 r. (pismem z dnia 25 maja 2023 r.) Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że nie uwzględni w całości zarzutów odwołania oraz wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentu:

- a) pisma Burmistrza w Nowej Rudzie (Gmina Miejska) z dnia 2 marca 2023 r. znajdującego się w aktach sprawy KIO 585/23 na okoliczność, że odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie § 11 ust. 1 pkt 3 umowy. Przyczyny wypowiedzenia umowy podyktowane były kwestiami formalnymi i nie wynikały z nienależytego wykonywania usługi.
- b) pisma - faktury za usługę świadczoną w miesiącu kwietniu wystawioną przez sprzedawcę firmę PPHU SAP-BUD S. K. dla nabywcy Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.;
- c) informacja z otwarcia ofert w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Głuszyca oraz formularz złożonych ofert w Gminie Głuszyca.

Zamawiający wniósł o oddalenie w całości odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa adwokackiego w kwocie 3600 zł.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym SWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Izba również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła także stanowiska oraz oświadczenia Stron wyrażone w pismach oraz złożone ustnie przez Strony do protokołu posiedzenia i rozprawy.

Izba dopuściła zawnioskowane i załączone przez Odwołującego do odwołania dowody, tj.:

- 1) oświadczenie wykonawcy SAP-BUD składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp wg załącznika nr 2 do SWZ,
- 2) decyzja Burmistrza Miasta Nowa Ruda z dnia 20 marca 2023 r. nr OŚ.215.15.2022,
- 3) OPZ – Gmina Nowa Ruda,
- 4) umowa nr OS.215.15.2022,
- 5) oświadczenie Burmistrza Gminy Nowa Ruda z dnia 01.02.2023 r. o odstąpieniu od umowy nr OS.215.15.2022,
- 6) nota księgowa nr 08/2023 z dnia 03.02.2023 r.,
- 7) pismo Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Gminy Nowa Ruda z dnia 17.03.2023 r.,
- 8) pismo Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Gminy Nowa Ruda z dnia 03.04.2023 r.,

9)decyzja WIOŚ DW-DI.7062.7.2021.kk.wz.

Izba dopuściła zawnioskowane i załączone przez Odwołującego do złożonego pisma procesowego z dnia 30 maja 2023 r. dowody, tj.:

- 1)umowa nr OS.215.15.2022,
- 2)Opis Przedmiotu Zamówienia na usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne, z całego terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda,
- 3)oświadczenie Burmistrza Gminy Nowa Ruda z dnia 01.02.2023 r. o odstąpieniu od umowy nr OS.215.15.2022,
- 4)nota księgowa nr 08/2023 z dnia 03.02.2023 r.,
- 5)decyzja Burmistrza Miasta Nowa Ruda z dnia 20 marca 2023 r. nr OŚ.215.15.2022,
- 6)mail Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Nowa Ruda z dnia 15 marca 2023 r.,
- 7)pismo Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Gminy Nowa Ruda z dnia 17.03.2023 r.,
- 8)wniosek ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o. o udostępnienie informacji publicznej z dnia 26.03.2023 r.,
- 9)pismo Naczelnika Wydziału Ochrony Środowiska Gminy Nowa Ruda z dnia 03.04.2023 r.,
- 10)SWZ z postępowania pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Walim”,
- 11)oświadczenie SAP-BUD na formularzu JEDZ z 14.02.2023 r.,
- 12)decyzja WIOŚ DW-DI.7062.7.2021.kk.wz,
- 13)umowa Nr F.272.3.2023.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Zamawiającego i załączone do złożonej odpowiedzi na odwołanie, tj.:

- 1)pismo Burmistrza w Nowej Rudzie (Gmina Miejska) z dnia 2 marca 2023 r. znajdującego się w aktach sprawy KIO 585/23 na okoliczność, że odstąpienie od umowy nastąpiło na podstawie § 11 ust. 1 pkt 3 umowy. Przyczyny wypowiedzenia umowy podyktowane były kwestiami formalnymi i nie wynikały z nienależyć wykonywanej usługi,
- 2)pismo - fakturę za usługę świadczoną w miesiącu kwietniu wystawioną przez sprzedawcę firmę PPHU SAP-BUD S. K. dla nabywcy Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o.,
- 3)informację z otwarcia ofert w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w Gminie Głuszyca oraz formularz złożonych ofert w Gminie Głuszyca.

Izba dopuściła dowody złożone przez Odwołującego na rozprawie, tj.:

- 1.Baza magazynowo transportowa – mapa oraz załącznik nr 3 „Narzędzia, wyposażenie zakładu i urządzenia techniczne” złożony przez SAP-BUD.
- 2.Formularz ofertowy SAP-BUD.
- 3.Wyjaśnienia SAP-BUD RNC.
- 4.Tabela kalkulacja.
- 5.Cennik ZUK + Protokół zbiórki gabarytów.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 110 ust. 3 ustawy Pzp i art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. art. 109 ust. 1 pkt 5, 7 i 8 ustawy Pzp oraz art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wadliwe uznanie, że podjęte przez wykonawcę SAP-BUD czynności związane z samooczyszczeniem na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp są wystarczające do wykazania jego rzetelności, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia wykonawcy (...) (zarzut 1 odwołania) potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający w treści SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu przewidział fakultatywne przesłanki wykluczenia Wykonawców z postępowania, wskazując że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę:

- 5) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależyć wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów;
- 7) który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależyć wykonał albo długotrwale nienależyć wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady;
- 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.”.

Wykonawcy zgodnie z SWZ - rozdział VI. OŚWIADCZENIA I DOKUMENTY, JAKIE ZOBOWIĄZANI DOSTARCZYĆ WYKONAWCY W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA WARUNKU UDZIAŁU W POSTĘPC ORAZ WYKAZANIA BRAKU PODSTAW WYKLUCZENIA (PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE), pkt 1 zobowiązani byli do oferty „dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia z postępowania – zgodnie z załącznikiem nr 2 do SWZ”.

Odwolujący wraz z ofertą złożył „Oświadczenie składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych” w treści którego oświadczył, że „podmiot, który reprezentuję nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy Pzp.

2. Jednakże z ostrożności procedowania niniejszego postępowania, składam informacje wyjaśniające, na wypadek gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że mogą zachodzić w stosunku do mnie podstawy wykluczenia z postępowania w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia wskazanych przez zamawiającego wymienionych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (podać mającą zastosowanie podstawę wykluczenia spośród wymienionych w art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7- 8 ustawy Pzp).

Z uwagi na możliwość odmiennej interpretacji przez Zamawiającego sytuacji w jakiej znalazł się Wykonawca we wcześniejszych postępowaniach przetargowych w Gminie Miejskiej Nowa Ruda, oświadczam, że dokonał on wszystkich możliwych czynności, aby wykazać swoją rzetelność i brak podstaw do wykluczenia z postępowania pomimo pierwotnego błędnego przekonania w przedmiocie spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu wynikających ze specyfikacji SWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała wyrokiem z dnia 24.02.2023 r. sygn. KIO 373/23, że wobec Wykonawcy SAP-BUD PPHU S. K. nie zachodzą przesłanki wykluczenia.

3. Oświadczam, że na podstawie art. 110 ust. 2 ustawy Pzp podjąłem następujące środki naprawcze:

Opis sytuacji faktycznej:

Burmistrz Miasta Nowa Ruda pismem z dnia 01.02.2023 r. odstąpił od umowy w trybie natychmiastowym z powodu nie posiadania przez wykonawcę wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda. W dniu 24.01.2023 r. SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Żąbkowski złożył wniosek wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W dniu 03.02.2023 r. otrzymał ww. wpis nr OŚ.EZSS.R3.2023.VW.

W dniach 24-25.01.2023 r. pracownicy Wykonawcy odbyli szkolenie z zakresu Prawa Zamówień Publicznych, z uwzględnieniem obowiązkowych procedur, regulaminów i zakresu odpowiedzialności oraz przygotowania dokumentacji do postępowań przetargowych, które przeprowadziła radca prawny J. W.

W związku z powyższym uznać należy, że Wykonawca:

1. naprawił nieprawidłowe postępowanie uzyskując wpis do rejestru działalności regulowanej (w załączeniu wpis),
2. wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane ze swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami oraz zamawiającym składając w dniu 27.01.2023 r. obszernie wyjaśnienia zamawiającemu na temat działań naprawczych dokonanych w zakresie uzyskania wpisu do prawidłowego rejestru działalności regulowanej
3. podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności poprzez przeprowadzenie ww. szkoleń (w załączeniu protokół z przeprowadzonego szkolenia).

Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 21.03.2023 r. sygn. akt KIO 585/23 uznała, że rozwiązanie w/w umowy nie nastąpiło z winy Wykonawcy SAP-BUD S. K. Kamieniec Żąbkowski.

(dotyczy podstaw wykluczenia spośród wymienionych w art.108 ust. 1 pkt 1, 2, 5 i w art. 109 ust. 1 pkt 5, pkt 7- 8 ustawy Pzp).”.

W dniu 16 maja 2023 r. Zamawiający przekazał wykonawcom informację o wyborze oferty wykonawcy SAP-BUD jako najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Działalność regulowana jest to działalność, której wykonywanie wymaga spełnienia określonych warunków, przewidzianych w przepisach prawa. Podstawowe kwestie związane z prowadzeniem działalności regulowanej zawiera ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r., poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r., poz. 24, 974 i 1570), zwana dalej „ustawą Prawo przedsiębiorców”. W myśl tej ustawy to odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, a przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. Taką działalnością, działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy Prawo przedsiębiorców, jest działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Art. 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach (tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 2519), zwanej dalej „ustawą ucpg”, stanowi bowiem, że przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Oznacza to, że wykonawca, który zajmuje się odbiorem odpadów komunalnych na danym terenie musi uzyskać wpis do rejestru, który prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. A ponadto wpis ten musi uzyskać przez podjęciem tej działalności, gdyż ustawa Prawo przedsiębiorców wskazuje, że jeżeli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. Co więcej wykonywanie tego rodzaju działalności bez wymaganego zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wpisu do rejestru działalności regulowanej lub bez wymaganej koncesji albo zezwolenia, podlega nie tylko karze pieniężnej z ustawy ucpg, ale i karze ograniczenia wolności albo grzywny (art. 60¹ § 1 ustawy z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń - tj.: Dz. U. z 2022 r., poz. 2151, 2311, 2581, 2600, z 2023 r., poz. 289, 535, 803).

Wykonawca SAP-BUD, co jest bezsporne, w okresie od dnia 02.01.2023 r. do dnia 03.02.2023 r. wykonywał działalność gospodarczą polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów bez wymaganego prawem wpisu do rejestru działalności regulowanej. Konsekwencją powyższego było odstąpienie od umowy przez Zamawiającego (Gminę Miejską Nowa Ruda), który w treści odstąpienia wskazał m.in., że „SAP-BUD (...) na podstawie umowy obowiązującej od dnia 01.01.2023 r. rozpoczął świadczenie usługi na podstawie dostarczonego harmonogramu odbioru odpadów z terenu gminy miejskiej Nowa Ruda od dnia 02.01.2023 r., (...) bez wymaganego wpisu przez okres od dnia 01.01.2023 r. do dnia Odstąpienia od Umowy. Brak posiadania uprawnień do odbioru odpadów na terenie gminy miejskiej Nowa Ruda skutkuje brakiem wykonywania usługi, na którą zawarta została umowa i jest podstawą do natychmiastowego jej wypowiedzenia”. Działalność regulowaną może bowiem wykonywać tylko taki przedsiębiorca, który spełni określone warunki i uzyska wpis w rejestrze działalności regulowanej a wykonawca SAP-BUD takiego wpisu nie posiadał. Także Zamawiający przyznał w trakcie rozprawy, odpowiadając na pytanie członka składu orzekającego, iż wykonawca nie może podjąć działalności, nie posiadając wpisu do rejestru jeżeli jest to działalność regulowana.

Tym samym ziściła się przesłanka wykluczenia wykonawcy z postępowania określona w art. 109 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie z treścią którego „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych dowodów”. „Źródłem obowiązków zawodowych może być prawo stanowione, ustalone zwyczaje zawodowe oraz czynność prawna. Stąd naruszenie obowiązków zawodowych to zarówno naruszenie ustawy, norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę (np. Kodeks Etyki Lekarskiej, Kodeks Etyki Radcy Prawnego), jak i umowy.”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021 s. 787) Wykonawca SAP-BUD naruszył więc zarówno przepisy ustawy ucpg, jak i umowę zawartą z Gminą Miejską Nowa Ruda na świadczenie działalności regulowanej (odbioru i zagospodarowania odpadów). Wykonawca zobowiązany był bowiem do realizowania przedmiotowej umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa a te nakłady na niego obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej. Brak tego wpisu (wpisu do rejestru działalności regulowanej) nie pozwalał wykonawcy na prowadzenie tego rodzaju działalności na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Wykonawca, który zajmuje się odbiorem odpadów komunalnych na danym terenie musi bowiem uzyskać wpis do rejestru, który prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Naruszenie obowiązków zawodowych było więc zawinione i poważne. Wykonawca SAP-BUD będący profesjonalistą, świadczącym już tego rodzaju działalność na rzecz innych podmiotów, powinien zdawać sobie sprawę z konsekwencji tak poważnego uchybienia. Na skutek braku wymaganego wpisu do rejestru nie wykonał ciężących na nim zobowiązań umownych wskutek odstąpienia przez Zamawiającego od umowy. Do odstąpienia od umowy doszło bowiem po upływie zaledwie miesiąca od jej zawarcia. Powyższe należy więc uznać za poważne naruszenie obowiązków zawodowych.

Art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przewiduje możliwość wykluczenia z postępowania wykonawcy, „który z przyczyn leżących po jego stronie w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady”. Chodzi o znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej uprzedniej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Przepis ten odnosi

się zarówno do przypadków całkowitego niewykonania zobowiązania, jak i do nienależytego wykonania zobowiązania polegającego w szczególności na spełnieniu świadczenia bez zachowania terminu, miejsca, rozmiaru, sposobu lub jakości. Podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Zamawiający musi jednak wykazać, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. W tym stanie faktycznym Zamawiający (Gmina Miejska Nowa Ruda) odstąpił od umowy z wykonawcą SAP-BUD na skutek braku wymaganego przepisami prawa wpisu do rejestru działalności regulowanej i wykonywania umowy bez tego wpisu a więc z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Stopień nienależytego wykonania zobowiązania jest więc znaczący, gdyż doszło do naruszenia istotnego zobowiązania, tj.: niespełnienia świadczenia głównego, na skutek czego Zamawiający nie tylko, że odstąpił od umowy z tym wykonawcą, ale także obciążył go z tego tytułu karą umowną. Wobec wykonawcy zastosowano więc sankcję z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Tym samym ziszczyły się przesłanki wykluczenia wykonawcy z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W kontekście powyższego wykonawca SAP-BUD, wypełniając Załącznik nr 2 do SWZ „Oświadczenie składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych”, wprowadził Zamawiającego w błąd oświadczając, że „nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy Pzp”. Art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp stanowi bowiem, że „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”. Oznacza to, że Zamawiający może wykluczyć wykonawcę, jeżeli wykonawca był winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu Zamawiającemu wymaganych informacji koniecznych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia. W tym stanie faktycznym tak też się stało. Wykonawca SAP-BUD podał bowiem, że „nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy Pzp”, dodając „z ostrożności procedowania niniejszego postępowania (...) informacje wyjaśniające, na wypadek gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że mogą zachodzić w stosunku do mnie podstawy wykluczenia w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia (...)”. Wykonawca SAP-BUD, dokonując powyższego zapisu, wprowadził więc Zamawiającego w błąd, gdyż istniały podstawy do stwierdzenia, że podlega on wykluczeniu z postępowania na co sam wskazał w informacji podawanej niejako z ostrożności. Wykonawca stwierdził bowiem, że podstaw wykluczenia go z postępowania nie ma, jednocześnie opisując sytuację, która faktycznie taką podstawę stanowi. Powstała więc rozbieżność między „obiektywną rzeczywistością a wyobrażeniem o niej lub jej odbiciem w świadomości podmiotu”, który na nią wskazuje, błędnie przedstawiając określone i wymagane przez Zamawiającego informacje. Wprowadzenie w błąd miało lub mogło mieć decydujący wpływ na podjęcie przez Zamawiającego błędnej decyzji o dalszym udziale wykonawcy w postępowaniu w kontekście badania braku podstaw wykluczenia z postępowania i w konsekwencji wybór oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej. Ziszczyły się więc wszystkie przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp.

Wykonawca SAP-BUD w tym konkretnym stanie faktycznym nie mógł skorzystać z procedury samooczyszczenia, gdyż warunkiem koniecznym dla skorzystania z tej procedury jest przyznanie przez wykonawcę, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Wykonawca nie może bowiem skorzystać z procedury samooczyszczenia, jeśli nie przyzna się, iż podlega wykluczeniu i nie wykaże, że dokonał czynności mających na celu wykazanie rzetelności. Tymczasem wykonawca SAP-BUD w złożonym oświadczeniu podał, że „nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 108 ust. 1 i art. 109 ust. 1 pkt 5, 7-8 ustawy Pzp”. Następnie zaś podał „z ostrożności procedowania niniejszego postępowania (...) informacje wyjaśniające, na wypadek gdyby Zamawiający doszedł do wniosku, że mogą zachodzić w stosunku do mnie podstawy wykluczenia w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia (...)”. Złożył więc sprzeczne wyjaśnienia i oświadczenia, które dyskredytują jego oświadczenie o podjętych działaniach celem przywrócenia rzetelności, ale przede wszystkim uniemożliwiają temu wykonawcy skorzystanie z procedury samooczyszczenia.

Dlatego też Izba stwierdziła, że zarzut ten potwierdził się.

Zarzut naruszenia art. 224 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 224 ust. 6 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5, 8 i 10 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyjaśnienia zaoferowanej przez wykonawcę SAP-BUD ceny i jej istotnych elementów, co w konsekwencji skutkowało zaniechaniem odrzucenia oferty wykonawcy SAP-BUD, pomimo że zawiera ona cenę rażąco niską w stosunku do przedmiotu zamówienia, ewentualnie błędy w obliczeniu tej ceny lub też założenia wyceny niezgodne z warunkami zamówienia określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, co w konsekwencji narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę uczciwej konkurencji (zarzut 2 odwołania) nie potwierdził się.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z treścią SWZ wykonawcy w załączniku nr 1 do SWZ „Oferta” zobowiązani byli podać łączną cenę oferty za cały okres realizacji zamówienia (cena za 1 miesiąc x 3 m-ce) oraz wypełnić tabelę nr 1, w której należało podać stawki za wskazane w niej kategorie odpadów.

Zamawiający ogłosił przed otwarciem ofert, że na realizację zamówienia przewidział kwotę 232 000,00 zł.

W postępowaniu złożono 3 oferty, a ich ceny brutto były następujące: cena oferty złożona przez wykonawcę SAP-BUD (oferta nr 1) – 280 216,80 zł; Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Wałbrzychu (oferta nr 2) - 384 102,00 zł oraz Odwołujący (oferta nr 3) - 394 707,60 zł.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (...) zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Natomiast art. 224 ust. 6 ustawy Pzp stanowi, że odrzuceniu, jako oferta z rażąco niską ceną lub kosztem, podlega oferta wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień w wyznaczonym terminie, lub jeżeli złożone wyjaśnienia wraz z dowodami nie uzasadniają podanej w ofercie ceny lub kosztu.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp nakazuje więc odrzucić ofertę, która zawiera rażąco niską cenę lub koszt w stosunku do przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak w sytuacji gdy zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości Zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, Zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych. Jeśli natomiast cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o podatek VAT Zamawiający obligatoryjnie zwraca się o udzielenie takich wyjaśnień. Oznacza to, że Zamawiający zobowiązany jest do żądania od wykonawcy udzielenia stosownych wyjaśnień tylko w sytuacji zaistnienia okoliczności określonych w tym przepisie. Instytucja ta umożliwia weryfikację wiarygodności ceny zaoferowanej przez wykonawcę i daje możliwość wezwania wykonawcy przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny.

Pojęcia „wydaje się” i „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostrymi i mają szerokie możliwości zastosowania. „Użycie czasownika „wydaje się” w rozporządzeniu wykonawczym oznacza, że instytucja zamawiająca dokonuje oceny *prima facie* rażąco niskiego charakteru oferty. Rozporządzenie wykonawcze nie wymaga więc, by instytucja zamawiająca z urzędu przeprowadzała szczegółową analizę składników każdej oferty w celu ustalenia, że nie stanowi ona oferty rażąco niskiej (aktualnie zob. załącznik I do rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2018/1046 z 18.7.2018 r w sprawie zasad finansowych mających zastosowanie do budżetu ogólnego Unii, zmieniającego rozporządzenie (UE) Nr 1296/2013, (UE) Nr 1301/2013, (UE) Nr 1303/2013, (UE) Nr 1304/2013, (UE) N 1309/2013, (UE) Nr 1316/2013, (UE) Nr 223/2014 i (UE) Nr 283/2014 oraz decyzję Nr 541/2014/UE, a także uchylającego rozporządzenie (UE, Euratom) Nr 966/2012, Dz. Urz. UE L 193, s.193, s.1) Tym samym, w pierwszej kolejności, instytucja zamawiająca musi jedynie ustalić, czy złożone oferty zawierają oznaki mogące budzić podejrzenie, że mogłyby być rażąco niskie. Następnie, jeżeli istnieją oznaki mogące rodzić podejrzenia, że oferta może być rażąco niska, instytucja zamawiająca powinna, w drugiej kolejności, zweryfikować, z czego składa się ta oferta, aby upewnić się że nie jest rażąco niska”. (Prawo zamówień publicznych, Komentarz pod redakcją M. Jaworskiej, Warszawa 2021, s. 619-620) Tak więc Zamawiający, dokonując oceny ofert, musi ją odnieść do realiów rynkowych i na ich podstawie ocenić czy wrażenie niskiego poziomu ceny lub kosztu jest trafne i zobowiązuje do wyjaśnienia ceny oferty danego wykonawcy. Ustawodawca pozostawił więc Zamawiającemu swobodę w podejmowaniu tej decyzji.

W tym stanie faktycznym, co jest niewątpliwe (okoliczność tę przyznały także Strony), nie zaistniały obligatoryjne przesłanki do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający – zdaniem Odwołującego - powinien jednak powziąć wątpliwości co ceny zaoferowanej przez wykonawcę SAP-BUD i jej istotnych elementów. Odwołujący nie potrafił przy tym jednoznacznie wskazać w oparciu o co Zamawiający te wątpliwości powinien powziąć i skierować zapytanie do wykonawcy. To cena oferty Odwołującego miałaby być tą ceną, która została skalkulowana prawidłowo i to do niej miałaby być odniesiona cena oferty wykonawcy SAP-BUD i to ta cena miałaby być podstawą powstałych wątpliwości. Tymczasem cena oferty Odwołującego, jak konsekwentnie podkreślał Zamawiający, jest ceną bardzo wysoką a usługi realizowane przez tego wykonawcę są rażąco drogie. Zamawiający jest gminą o niskich dochodach stąd też tak ważnym jest dla niego aby usługa była wykonywana jak najtaniej. Dlatego też gminy leżące wokół Wałbrzycha, w tym także Zamawiający zawarły porozumienie, na podstawie którego miało być możliwe udzielenie zamówienia spółce miasta Wałbrzych i miało to nastąpić po cenach konkurencyjnych, a przy tym znacznie niższych, niż chociażby cena zaoferowana w tym postępowaniu przez Odwołującego.

Odwołujący, dowodząc rażąco niskiej ceny w ofercie wykonawcy SAP- BUD, odnosi ją do ceny swojej oferty i pokazuje koszty, które by poniósł realizując zamówienie. Pokazuje więc w jaki sposób szacował cenę swojej oferty. Odnosi ją do oferty wykonawcy SAP-BUD i wskazuje na takie okoliczności jak: lokalizacja bazy magazynowo -

transportowej, koszty pracy, koszty paliwa, a także pozostałe koszty eksploatacyjne. Jednak poza ich wyspecyfikowaniem w treści odwołania i wskazaniem, że powinny one być ujęte w cenie oferty wykonawcy SAP-BUD oraz wybiórczym pokazaniem niektórych z tych kosztów w swojej ofercie nie wykazał błędów szacunkowych w ofercie wykonawcy SAP-BUD.

Przykładowo należy wskazać, że nie ma w treści odwołania informacji dotyczącej chociażby odległości bazy wykonawcy SAP-BUD i wpływu tej odległości na koszt wykonywanej usługi. Podobnie należy się odnieść do kwestii związanej z kosztami dzierżawy jednego z pojazdów wykonawcy SAP-BUD.

Odwołujący dopiero na rozprawie podjął próbę szczegółowego odniesienia się do okoliczności jedynie zasygnalizowanych w odwołaniu i dopiero na rozprawie podnoszonych i rozszerzonych, a które na obecnym etapie postępowania nie mogą zostać uwzględnione.

Tak więc Odwołujący nie wykazał, że cena wykonawcy SAP-BUD jest ceną rażąco niską. Wykonawca ten, jak ustalił Zamawiający, realizuje bowiem tego rodzaju usługi w oparciu o zbliżone a nawet niższe stawki cenowe. Dowodem na powyższe jest np. faktura nr FS/55/4/2023. Co więcej usługa, która ma być realizowana na rzecz tego Zamawiającego, nie obejmuje wszystkich odpadów. Część z nich zagospodarowuje bowiem sam Zamawiający. W takim przypadku wykonawca świadczyć będzie więc wyłącznie usługę transportową. Stąd też już cena tego kosztu nie może zostać uwzględniona.

Tym samym Izba stwierdziła, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba odniosła się wyłącznie do powyższego zarzutu (zarzutu nr 2) i argumentów, które w odniesieniu do tego zarzutu były zawarte w odwołaniu. Izba nie odnosiła się natomiast do kwestii związanych z kosztem paliwa ze względu na ukształtowanie terenu, zabudowy rozproszonej, lokalizacji instalacji, kosztów ubezpieczenia, kosztów utrzymania pojazdów, kosztów dzierżawy pojazdów, kosztów dotyczących odpadów wielkogabarytowych, gdyż Odwołujący nie przedstawił ich w odwołaniu, ograniczając się wyłącznie do ich wyspecyfikowania w treści pisma. Zarzut stanowią bowiem konkretne fakty świadczące o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp i do ich skonkretyzowania w odwołaniu zobowiązany jest Odwołujący, tj. wskazania nie tylko jego podstawy prawnej zarzutu, ale i faktycznej, która to wyznacza zakres rozpoznania odwołania. Tymczasem, jak już wyżej wskazano, Odwołujący na rozprawie rozszerzył okoliczności faktyczne, które legły u podstaw postawionego zarzutu. Okoliczności tych nie sposób jednak odnaleźć w treści wniesionego odwołania. Przywołanie nowych okoliczności faktycznych, nawet wypełniających dyspozycje wskazanego w zarzucie przepisu, uznaje się za zarzut nowy. Braki w uzasadnieniu faktycznym odwołania są bowiem nienaprawialne. A ponieważ Odwołujący w treści odwołania wyraźnie i jednoznacznie nie podniósł określonych okoliczności ich podniesienie dopiero na etapie rozprawy nie może być brana pod uwagę.

Odwołujący nie podniósł także żadnych okoliczności faktycznych związanych z naruszeniem przepisu powołanego w zakresie zarzutu nr 2, tj. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Nie wskazał bowiem żadnych okoliczności faktycznych, z których wynikałoby, że treść oferty wykonawcy SAP-BUD jest niezgodna z warunkami zamówienia. Dlatego też w tym zakresie zarzut pozostaje nierozpoznany.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy SAP-BUD, podczas gdy oferta ww. wykonawcy podlega odrzuceniu to konsekwencja wcześniej postawionych zarzutów. Niemniej jednak nie zwalania to Odwołującego z przedstawienia jego okoliczności faktycznych a takich Odwołujący w ogóle nie przedstawił.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy

§ 7 ust. 1 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 2) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....

.....