Sygn. akt: KIO 1698/23

POSTANOWIENIE

z dnia 23 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Agata Mikołajczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 23 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez odwołującego: **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Mirosławcu** (Chojnica 2 78650 Mirosławiec) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Świdwin** (Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78300 Świdwin),

- zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca: **Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Świdwinie (**ul. Armii Krajowej 21, 78-300 Świdwin),

postanawia:

1.umarza postępowania odwoławcze;

2.nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ATF Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Mirosławcu**(Chojnica 2 78650 Mirosławiec) kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą kwotę wpisu uiszczonego przez odwołującego od odwołania

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

……..……..……..

Sygn. akt: KIO 1698/23

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2023 r. przez odwołującego: ATF Sp. z o.o. Sp. k. z/s w Mirosławcu (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022r. poz. 1710 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego:Miasto Świdwin w przedmiocie zamówienia publicznego na: Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta Świdwin". Numer ogłoszenia w BZP: 2023/S 068-203287; znak sprawy: IRP.271.1.

Wykonawca podał, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 115 ust. 1 pkt 3) p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunków postawionych przez Zamawiającego dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej, postawionego w rozdziale IX punkt 3 SWZ, albowiem wykonawca przedstawił polisę, z której nie wynika, iż został spełniony warunek postawiony przez Zamawiającego: „*Zamawiający uzna za spełniony warunek jeżeli Wykonawca przedstawi dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia — Wykonawca wykaże całkowitą sumę ubezpieczenia na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000 zł (słownie: jeden milion złotych*)." — nie sposób na podstawie treści przedłożonej polisty oraz treści OWIJ ustalić, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nic mniejszą niż .000.000,00 zł (z polisy wynika, że procentowy podlimit sumy ubezpieczenia dla kategorii działalności objętej ubezpieczeniem „zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne" wynosi — 29,53%) jest mniejszy niż 1 zł, co nie pozwala na przyjęcie, iż postawiony przez Zamawiającego warunek został spełniony,

2) art. 114 p.z_p. w zw. z art. 239 p.z.p. w zw. z art. 50 ust. I pkt 5) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a) i b), albowiem wykonawca nie wykazał, iżby posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej, a także nie wykazał posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami, ponieważ przedłożona decyzja na transport odpadów nie upoważnia do dokonania wpisu do BDO przez uprawniony organ z urzędu,

3) art. 116 ust. I p.z.p. w zw. z aft. 239 p.z.p. poprzez dokonanie technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 4 ppkt b), c) SWZ, z uwagi na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wykazu narzędzi, zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia (załącznik nr 6 do SWZ) niezgodnego z wymaganiami rozdziału IX punkt 4 ppkt b) — brak wymaganego pojazdu typu bramowicc do

odbierania kontenerów z PSZOK, co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu; nie spełnienia przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego dysponowania co najmniej czterema osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, posiadającymi prawo jazdy kategorii C zgodnie z prawem o ruchu drogowym z minimum 2 letnim doświadczeniem w zakresie obsługi pojazdu do odbierania odpadów komunalnych oraz dwoma ładowaczami do każdego pojazdu (załącznik nr 7 do SWZ) — brak wykazania posiadania osób — ładowaczy do każdego pojazdu, co nic pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu,

4) art. 127 ust. 2 p.z.p. w zw. art. 116 ust. I p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nic spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku dotycącego zdolności technicznej lub nwodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 4 ppkt a) SWZ, z uwagi na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została u.znana za najkorzystniejszą wykazu wykonanych usług (załącmik nr 5 SWZ) bez wymaganych referencji oraz bez wskazania, że Zamawiający pozostaje w posiadaniu dokumentów potwierdzających należyte wykonanie usług ujętych w wykazie wykonanych usług, co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

5) art. 16 w zw. z art. 17 ust. l, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego,

6) art. 16 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób nieprzejrzysty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji polegający na zaniechaniu udostępnienia odwołującej się spółce, pomimo zwrócenia się z wnioskiem 0 udostępnienie dokumentów, tj. protokołu pracy komisji przetargowej, JEDZ i treści oferty wykonawcy,

7) art. 223 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, brak przeprowadzenia czynności wyjaśniających wątpliwości wynikających z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, którego Oferta została uznana za najkorzystniejszą.

Wykonawca wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z wniosków z 06.06.2023 r. i 09.06.2023 r. do udostępnienia dokumentów — na wykazanie następujących faktów: brak udostępnienia dokumentów postępowania; naruszenie zasady przejrzystości oraz uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe zarzuty, wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy — Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Annii Krajowej 21, 78300 Świdwin.

2. Dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZUK Sp. z O.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt l) b) p.z.p.

3. Dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF SP. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy.

Wskazał: „*Czynność dokonania wyboru najkorzystniejszej ofert wykonawcy pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia Odwołujący spełniła postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Tym samym nie budzi wątpliwości kwestia legitymacji do wniesienia przez Odwołującą się środka ochrony prawne (...). W przypadku potwierdzenia się zarzutów niniejszego odwołania, dotyczących nieprawidłowego dokonania wyboru najkorzystniejszego wykonawcy, Odwołująca się będzie miała możliwość uzyskania zamówienia. W wyniku podjęcia wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty — umania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego przedłożone środki podmiotowe są niejasne i nie przemawiają o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu ujętych w rozdziale IX pkt 2). 3), 4) SWZ — Odwołująca się, jako wykonawca drugi w kolejności, poniesie szkodę znacznej wartości, polegającą na nie czerpaniu korzyści gospodarczych z wykonywania zamówienia publicznego. Dodać należy, że rzeczywistym celem Odwołującego jest uzyskanie zamówienia i to na podstawie postępowania przeprowadzonego w zgodzie z przepisami pzp*”.

Ponadto wniósł o zasądzenie na jego rzecz kosztów niniejszego postępowania.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie zamawiającego zgłosił w piśmie z dnia 12 czerwca 2023 r. wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Świdwinie wnosząc o oddalenie odwołania.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołania w piśmie z dnia 14/06/23 oświadczył: (...)

I . Uwzględnia zarzuty odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 223 ust. 1 pzp poprzez dokonanie niedostatecznie wnikliwej i przejrzystej formalnej oceny podmiotowych środków dowodowych i w związku z tym poinformował o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtarzam czynność oceny złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

2. W pozostałym zakresie wniósł o:

1) oddalenie odwołania;

2) obciążenie kosztami postępowania odwoławczego Odwołującego, w tym zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztami, na podstawie spisu kosztów, który

zostanie przedłożony na posiedzeniu lub rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.
Powyższe stanowisko Zamawiający opiera o wywód zawarty w wyroku KIO sygn. akt.: KIO/1611/15;
3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów powołanych w treści odpowiedzi na odwołanie oraz przedłożonych w toku postępowania odwoławczego przed Izbą, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia. W uzasadnieniu podał:
Zamawiający uznaje jako zasadny zarzut Odwołującego dotyczący niedostatecznie wnikliwej i przejrzystej oceny podmiotowych środków dowodowych, czego konsekwencją jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2023 r. Zamawiający informuje, że dokona wezwania Wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych jako podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 126 pzp. Brak dostatecznej wnikliwości przy wyjaśnianiu spełnienia przez wyłonionego wykonawcę warunków podmiotowych, mimo posiadanej wiedzy co do tego, że wykonawca warunki te spełnia, mógł być odczytany przez pozostałych uczestników przetargu jako objaw nieprzejrzystości postępowania i naruszenia zasad konkurencji. Zgodnie z art. 127 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. I pkt I i 3 ustawy, skorzystał z posiadanych oświadczeń i dokumentów, a odstąpienie Zamawiającego od żądania ich uzupełnienia, weryfikacji czy sprawdzenia ich aktualności uznać należy za całkowicie uzasadnione. Celem przytoczonego zapisu art. 127 jest umożliwienie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, odstąpienie od złożenia podmiotowych środków dowodowych, w przypadku gdy Zamawiający wezwał Wykonawcę do ich złożenia na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 274 ust. 1 ustawy Pzp, poprawienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w innym postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego bądź znalazły się one w jego posiadaniu w inny sposób. Dokumenty te są w posiadaniu Zamawiającego, a także złożone zostały w uprzednio prowadzonych postępowaniach, co potwierdza spełnienie stawianych warunków. Zamawiający rozważał zastosowanie okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co znajduje uzasadnienie wprost w wyroku KIO z 13 marca 2020 r.; sygn. akt KIO 439/20) - „Wykonawca nie musi składać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający: posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700 ze zm.)". Podkreślenia wymaga również fakt, iż w wyroku z dnia 22 czerwca 2017r., KIO 1083/17, KIO 1095/17, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i uznała, że przepis art. 26 ust. 6 Pzp „powinien znaleźć zastosowanie na zasadzie analogii legis również do dokumentów potwierdzających, że usługi, dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Brak jest podstaw do odmawiania zamawiającemu podstaw do wykorzystania w toku oceny oferty tych wiadomości, które już posiada i żądanie złożenia dokumentów zawierających te informacje jedynie dla poprawności formalnej”. Zamawiający znając i stosując powyższe zasady, ale jednak nie artykułując ich oraz nie przedstawiając właściwie pozostałym uczestnikom przetargu, formalnie dał więc podstawy do kwestionowania czynności wyboru oferty. Z tych przyczyn Zamawiający uznał, iż postępowanie w tym zakresie należy powtórzyć, aby było ono dostatecznie przejrzyste i czyniło za dość wszelkim zasadom szczególnie tym formalnoprawnym, związanym z zachowaniem uczciwej konkurencji.

Zarzut Odwołującego nr 1 i 3 ti. — naruszenie art. 115 ust. I pkt 3) Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji ekonomicznej lub finansowej; naruszenie art. 116 pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający uznaje w całości za bezpodstawne naruszenie przez Zamawiającego art. 115 ust. 1 pkt 3) oraz art. 116 pzp dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Miasto Świdwin jako 100- procentowy udziałowiec Spółki ZUK w Swidwinie posiada wiedzę dotyczącą sytuacji finansowej Spółki oraz posiadanego sprzętu i liczby zatrudnionych osób oraz ich kwalifikacji zawodowych, wynikająca bezpośrednio ze składanego corocznego sprawozdania Zarządu z działalności Spółki. Cel złożenia polisy podsumowała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 grudnia 2017 r. (sygn. akt: KIO 2444/17): „Stawianie takiego warunku udziału w postępowaniu ma bowiem weryfikować, po pierwsze, zdolność podmiotu do bycia ubezpieczonym, a także - po drugie - możliwość opłacenia przez niego składki ubezpieczeniowej". Przedłożony przez Wykonawcę ZUK Sp. z o.o. dowód w postaci polisy ubezpieczeniowej nie budził żadnych wątpliwości Zamawiającego w toku oceny oferty. Przystępujący do odwołania ZUK Sp. z o.o. mając na uwadze poprawność formalną i niejednoznaczną wykładnię dotyczącą okoliczności umożliwiających Zamawiającemu odstąpienie od czynności wezwania do wyjaśnień, wniósł własne wyjaśnienie ubezpieczyciela wskazujące bezsprzecznie na spełnienie warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej Wykonawcy.Dowód:

wniesiony przez Przystępującego do odwołania w postaci wyjaśnienia ubezpieczyciela co do treści złożonej polisy ubezpieczeniowej.

Zarzut Odwołującego nr 2 — naruszenie art. 114 PZP poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej;

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 114 w związku z art. 239 ustawy Prawo zamówień publicznych, w odpowiedzi na co Zamawiający zarzuty Odwołującego uznaje w całości za bezpodstawne jako nie znajdujące uzasadnienia w zaistniałym stanie faktycznym. Zamawiający oświadcza, iż we wskazanych okolicznościach nie miał zastosowania art. 26 ust. 3 ustawy, uznając że fakt nie przedłożenia przez Wykonawcę ZUK Sp. z o.o. wskazanych przez Odwołującego dokumentów nie budził wątpliwości Zamawiającego. Tym samym Zamawiający nie wezwał do ich uzupełnienia lub do udzielania wyjaśnień zmierzających do potwierdzenia spełnienia warunku posiadania uprawnień do prowadzenia wymaganej działalności gospodarczej poprzez "kazanie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, a także wpisu do BDO, mając wiedzę iż znajdują się one w posiadaniu Zamawiającego. Wobec czego Zamawiający nie podjął czynności niezgodnych z ustawą, na które wskazuje Odwołujący i w sposób uzasadniony nie wezwał Wykonawcy do wyjaśnień/uzupełnienia tych dokumentów. Wskazane przez Odwołującego dokumenty pozostają w zasobie Zamawiającego, jest on bowiem organem administracji publicznej umocowanym do prowadzenia takiego rejestru i dokonał stosownego wpisu na wniosek Wykonawcy ZUK Sp. z o.o. w , poprzez spełnienie przez niego warunków wymaganych prawem do wykonywania działalności regulowanej. Należy podkreślić, że rejestry działalności regulowanej są jawne, a dane z rejestrów dotyczące firmy przedsiębiorcy oraz jego numeru identyfikacji podatkowej (NIP) są udostępniane w sieci teleinformatycznej. Dla przedsiębiorcy wpisanego do rejestru prowadzone są akta rejestrowe, obejmujące w szczególności dokumenty stanowiące podstawę wpisu oraz decyzje dotyczące ewentualnego wykreślenia wpisu. Tym samym zgodnie art. 127 ust. 2 ustawy Pzp Zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, skorzystał z posiadanych oświadczeń i dokumentów, a odstąpienie Zamawiającego od żądania ich uzupełnienia, weryfikacji czy sprawdzenia ich aktualność uznać należy za całkowicie uzasadnione. Celem przytoczonego zapisu art. 127 jest umożliwienie wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, odstąpienie od złożenia podmiotowych środków dowodowych, w przypadku gdy Zamawiający wezwał Wykonawcę do ich złożenia na podstawie art. 126 ust. I lub art. 274 ust. I ustawy Pzp, poprawienia lub uzupełnienia na podstawie art. 128 ust. I ustawy Pzp, jeżeli Wykonawca złożył podmiotowe środki dowodowe w innym postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego bądź znalazły się one w jego posiadaniu w inny sposób. Dokumenty te są w posiadaniu Zamawiającego, a także złożone zostały w uprzednio prowadzonych postępowaniach, co potwierdza spełnienie stawianych warunków. Zamawiający rozważał zastosowanie okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, co znajduje uzasadnienie wprost w wyroku KIO z 13 marca 2020 r.; sygn. akt KIO 439/20) - „ Wykonawca nie musi składać oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający: posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700 ze zm.)".
Podkreślenia wymaga również fakt, iż w wyroku z dnia 22 czerwca 2017r., KIO 1083/17, KIO 1095/17, Krajowa Izba Odwoławcza odniosła się do dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego i uznała, że przepis art. 26 ust. 6 PZP „powinien znaleźć zastosowanie na zasadzie analogii legis również do dokumentów potwierdzających, że usługi, dostawy lub roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego. Brak jest podstaw do odmawiania zamawiającemu podstaw do wykorzystania w toku oceny oferty tych wiadomości, które już posiada i żądanie złożenia dokumentów zawierających te informacje jedynie dla poprawności formalnej ". Toż same kroki Zamawiający podjął w przypadku odstąpienia od wezwania do uzupełnienia złożonych dokumentów wykazujących posiadanie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami (BDO). Zamawiający w oparciu o posiadaną wiedzę i doświadczenie poprzez realizację zamówienia publicznego udzielonego w uprzednim postępowaniu, posiadał informację o działalności Wykonawcy podlegającej wpisowi do Rejestru BDO, który uzyskał ten wpis przed jej rozpoczęciem. W związku z powyższym należy uznać zarzut Odwołującego jako bezzasadny. Dowód: protokół z posiedzenia Komisji Przetargowej z dnia 16 maja 2023r. oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Świdwina.

Zarzut Odwołującego nr 4 — naruszenia art. 127 ust. 2 pzp przez Zamawiającego poprzez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie złożył referencji potwierdzających wykonanie usług;

Zamawiający zarzuty Odwołującego uznaje w całości za bezpodstawne, jako nie znajdujące uzasadnienia w stanie faktycznym. Zamawiający bowiem oparł swoje działanie w oparciu o wiedzę, iż oferta składana jest w postępowaniu organizowanym przez Zamawiającego dla którego składający ofertę realizował uprzednio zamówienie

tożsame z obecnie udzielanym i nie ma obowiązku przedkładania referencji potwierdzających posiadane doświadczenie. Prawidłowość działań Zamawiającego znajduje uzasadnienie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 maja 2018 roku o sygnaturze KIO 871/18referencje są składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na potwierdzenie wyłącznie faktu należytego wykonania świadczeń, do których referują. Nie sq to dokumenty, które majq potwierdzać zakres zadania sformułowany w sposób dokładnie oddający brzmienie warunku udziału w danym postępowaniu. Podkreślić należy przy tym, że referencje sq zwykle wykorzystywane wielokrotnie w różnych postępowaniach, a nie sq wystawiane na potrzeby konkretnego postępowania. Nie jest zatem możliwe, aby ich treść odpowiadała dokładnie treści warunków udziału w różnych postępowaniach, prowadzonych przez różnych zamawiających. Referencje muszą zawierać jedynie informacje pozwalające na identyfikację podmiotu, który zadanie wykonał, podmiotu, na rzecz którego zadanie zostało wykonane, daty realizacji, ewentualnie wartość przedmiot umowy oraz to, że zadanie zostało wykonane w sposób należyty. Należy zauważyć, że usługi, które wybrany Wykonawca wskazał w wykazie usług, były realizowane na rzecz Zamawiającego prowadzącego postępowanie. Tym samym Zamawiający miał wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i dysponował dokumentami, które potwierdzały jej należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych przez siebie przelewów wynagrodzenia na podstawie wystawionych przez Wykonawcę faktur czy system monitoringu umożliwiający trwałe zapisanie, przechowywanie i odczytywanie danych w zakresie realizacji umowy. Tym samym nie było potrzeby przedstawiania Zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie Zamawiający, co znajduje uzasadnienie wprost w wyroku KIO z 13.3.2020 r., KIO 439/20 „Usługa, którą wybrany wykonawca wskazał w wykazie usług, była wykonywana na rzecz zamawiającego prowadzącego niniejsze postępowanie. Tym samym zamawiający posiadał wiedzę co do tego, jak ta usługa była wykonywana i posiadał dokumenty potwierdzające jej należyte wykonanie w postaci choćby dokonywanych przez siebie przelewów wynagrodzenia na podstawie wystawionych przez wykonawcę faktur. W tej sytuacji nie było potrzebne przedstawianie zamawiającemu referencji bądź innych dokumentów wystawionych przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, gdyż podmiotem tym był właśnie zamawiający. Niecelowe byłoby w tym stanie rzeczy zwracanie się przez wykonawcę do zamawiającego o wystawienie referencji tylko po to, aby następnie temu samemu zamawiającemu przedstawiać te same, wystawione przez niego samego referencje. Dowód: protokół z posiedzenia Doraźnej Komisji Przetargowej z dnia 16 maja 2023r. dołączony do dokumentacji przesłanej w dniu 19 czerwca 2023r.

Zarzut Odwołującego nr 5 i 6 — naruszenia art. 16 w związku z art. 17 ust. 1 i 2 pzp oraz art. 16 w związku z art. 74 ust. 1 i 2 pzp

Zamawiający uznaje w całości za bezpodstawne naruszenie przez Zamawiającego art. 16 w związku z art. 17 oraz art. 74 pzp, gdyż Zamawiający w całym toku postępowania przeprowadził je zgodnie z art. 16 pkt. 1 ustawy mając na względzie zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz przeprowadzenie jego w sposób przejrzysty i proporcjonalny, i trudno doszukiwać się złamania przepisów dotyczących prowadzenia postępowania niezgodnie z literą prawa. Wszystkie dokumenty dotyczące niniejszego postępowania udostępnione zostały na portalu e-zamówienia i każdy z Wykonawców miał możliwość do ich pełnego wglądu. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przejrzystości oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji poprzez zaniechanie udostępnienia dokumentów w postaci JEDZ i oferty Wykonawcy. Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z wniosek o udostępnienie ww. dokumentów w dniu 9 czerwca 2023r. (piątek) emailem o godz. 18:46 czyli po godzinach pracy Zamawiającego w związku z powyższym Zamawiający nie miał realnej możliwości zapoznania się z treścią wniosku. W dniu 12 czerwca ww. wniosek został złożony do sekretariatu Zamawiającego i zgodnie z obowiązującym obiegiem dokumentów udostępniony i zadekretowany osobie odpowiedzialnej za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia dopiero w dniu 13 czerwca 2023r. W momencie otrzymania wniosku osoba wskazana przez Zamawiającego udostępniła Odwołującemu niezwłocznie ww. dokumenty w postaci JEDZ i oferty. Zamawiający dochował należytej staranności i nie wykazał się opieszałością w rozpatrzeniu wniosku złożonego przez Odwołującego. Oferta Wykonawcy została złożona prawidłowo na warunkach jednakowych dla wszystkich Wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Stawiane przez Odwołującego w tej materii zarzuty są jedynie kwestią interpretacji Odwołującego, ponieważ Zamawiający przyjął właściwy sposób oceny przedłożonych środków dowodowych, a Odwołujący wyłącznie na tej podstawie kieruje wobec Zamawiającego szereg zarzutów przeprowadzenia postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami. Pomimo podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i dokonania ponownej oceny złożonych podmiotowych środków dowodowych, Zamawiający posiada pełną wiedzę co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez ZUK Sp. z o.o. w Swidwinie co nie będzie miało wpływu na wynik postępowania.

Reasumując: przedstawione przez Odwołującego zarzuty stanowią jego indywidualną, subiektywną ocenę, która nie znajduje potwierdzenia w obiektywnych faktach.

Zamawiający nie odnajduje również przesłanek dokonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy ZUK Sp. z o.o. na

podstawie art. 226 ust. I pkt 5 ustawy Pzp, gdyż przedstawiona przez Wykonawcę treść oferty jest zgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający w powyższym zakresie w całości odpiera zarzuty stawiane przez Odwołującego jako nie znajdujące uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Izba zważyła, co następuje:

Działając na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego.

Zgodnie ze wskazanym ze wskazanym przepisem Pzp:

„Art. 568. Izba umarza postępowania odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku:

(…)

2) stwierdzenia, że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne lub niedopuszczalne; (…).

W niniejszej sprawie Odwołujący zakwestionował w odwołaniu kluczową czynność dotyczącą wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy — Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z/s w Świdwinie podnosząc jednocześnie zarzut prowadzenia przedmiotowego postępowania w sposób nieprzejrzysty, niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji polegający na zaniechaniu udostępnienia odwołującej się spółce, pomimo zwrócenia się z wnioskiem o udostępnienie dokumentów, tj. protokołu pracy komisji przetargowej, JEDZ i treści oferty wykonawcy. W tym przypadku wskazano na naruszenie art. 16 w zw. z art. 74 ust. 1 i 2 Pzp. Z kolei wskazując na naruszenie art. 223 ust. 1 Pzp. w zw. z art. 239 Pzp podniósł zarzut dokonania mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, brak przeprowadzenia czynności wyjaśniających wątpliwości wynikających z dokumentów przedłożonych przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący wniósł przede wszystkim o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 16 czerwca 2023 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby odwoławczej podał:

I . *Uwzględniam zarzuty odwołania w części dotyczącej naruszenia art. 223 ust. 1 pzp poprzez dokonanie niedostatecznie wnikliwej i przejrzystej formalnej oceny podmiotowych środków dowodowych i w związku z tym informuję o dokonaniu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtarzam czynność oceny złożonych podmiotowych środków dowodowych oraz wyboru najkorzystniejszej oferty*.

2. W pozostałym zakresie wnoszę o:

1) oddalenie odwołania; (...)

Analiza materiału wskazuje, że postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie stało się zbędne. Zamawiający w oświadczeniu podał, że dokonał unieważnienia zaskarżonej czynności dotyczącej wyboru najkorzystniejszej oferty, która jest kluczowa. Zatem w sensie prawnym zaskarżona czynność w dacie wydawania postanowienia już nie istnieje. Ponowna ocena ofert jak wskazał w uzasadnieniu wynika z uznania *„jako zasadny zarzut Odwołującego dotyczący niedostatecznie wnikliwej i przejrzystej oceny podmiotowych środków dowodowych, czego konsekwencją jest unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty przez Zamawiającego w dniu 16 czerwca 2023* r." Zamawiający poinformował (...) *„że dokona wezwania Wykonawcy do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów złożonych jako podmiotowych środków dowodowych zgodnie z art. 126 pzp. Brak dostatecznej wnikliwości przy wyjaśnianiu spełnienia przez wyłonionego wykonawcę warunków podmiotowych, mimo posiadanej wiedzy co do tego, że wykonawca warunki te spełnia, mógł być odczytany przez pozostałych uczestników przetargu jako objaw nieprzejrzystości postępowania i naruszenia zasad konkurencji*. (...)

Odnośnie naruszenia przepisów Pzp związanych z zaniechaniem udostępnienia dokumentów Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że (...) *wszystkie dokumenty dotyczące niniejszego postępowania udostępnione zostały na portalu e-zamówienia i każdy z Wykonawców miał możliwość do ich pełnego wglądu".* Wskazał ponadto, że wniosek złożony w dniu 12 czerwca br skierowany został (*zgodnie z obowiązującym obiegiem dokumentów udostępniony i zadekretowany osobie odpowiedzialnej za przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia*) w dniu 13 czerwca 2023 r. i ta osoba *„W momencie otrzymania wniosku osoba wskazana przez Zamawiającego udostępniła Odwołującemu niezwłocznie ww. dokumenty w postaci JEDZ i oferty*".

Izba, wskazując na art. 552 ust. 1 ustawy Pzp, stwierdza, że wydając orzeczenie jest zobowiązana wziąć pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment jego wydania. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Aby Izba mogła rozpoznać zarzuty z odwołania, w tym przypadku kluczowy zarzut związany z wyborem najkorzystniejszej oferty i zarzut zaniechania udostępnienia dokumentów, muszą one dotyczyć istniejących czynności Zamawiającego (art. 513 pkt 1 Pzp). Na moment bowiem wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej. Także dostrzeżenia wymaga, że ustawodawca - uwzględniając odpowiednio wytyczne z art. 552 ust. 1 Pzp - przewidział sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia i, co Izba zobowiązana jest

uwzględnić wydając orzeczenie w danej sprawie. Z kolei orzekanie przez Izbę wobec nowych czynności Zamawiającego nie może mieć miejsca, albowiem wykraczałoby poza ramy postępowania odwoławczego, które wyznacza treść wniesionego odwołania.

Wobec tych ustaleń Izba stwierdza, że z uwagi na wskazane okoliczności dalsze postępowanie stało się z przyczyn wskazanych zbędne, o czym stanowi art. 568 pkt 2 Pzp w zakresie przesłanki, jej „stwierdzenia, *że dalsze postępowanie stało się z innej przyczyny zbędne".* Dodatkowo Izba podnosi, że powtórzone czynność oceny oferty Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z/s w Świdwinie z uwzględnieniem złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych oraz wybór najkorzystniejszej oferty stanowić będą nowe czynności podlegające ocenie konkurencyjnego wykonawcy AFP z uprawnieniem do ich zaskarżenia w drodze środka ochrony prawnej wynikającego z ustawy Pzp.

W konkluzji, Izba stwierdziła, że postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie art. 557 ustawy Pzp i art. 574-576 tej ustawy oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 2 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 (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na umorzenie tego postępowania na podstawie przesłanki z art. 568 pkt 2 ustawy Pzp koszty postępowania odwoławczego zostały wzajemnie zniesione między stronami. Izba orzekła też o nakazaniu zwrotu wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego.

Mając powyższe na uwadze postanowiono jak w sentencji.

……..……..