

Witaszyczki, dnia 27 grudnia 2021 roku

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: ZGO-NOVA Sp. z o.o.
Witaszyczki
ul. im. Mariusza Małynicza 1
63-200 Jarocin
KRS: 00003421114
NIP: 6172186465
REGON: 301264022
tel. 62 594 26 72
e-mail: biuro@zgo-nova.pl
za którego działa Prezes Zarządu:
Pan Dawid Zimowski

Zamawiający: Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego
ul. 17 Stycznia 90, 64-100 Leszno
numer telefonu: +48 65 5294875
e-mail: sekretariat@kzgrl.pl;
bpawlak@kzgrl.pl; rlewusz@kzgrl.pl

Przedmiot zamówienia: *postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone przez Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego” **(odwołanie dotyczy cz. V zamówienia).***

Numer ogłoszenia: ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 15 września 2021 r. nr 2021/S 179-466320

Numer sprawy/nr postępowania nadany przez Zamawiającego: GO.271.3.2021

ODWOŁANIE

Działając w imieniu ZGO-NOVA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Witaszyczkach (zwaną dalej „Spółką” lub „Odwołujący”), jako uprawniony do samodzielnej reprezentacji członków zarządu (vide: wydruk informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z KRS), niniejszym na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2021.1129 z późn. zm., zwanej dalej „PZP”), **składam odwołanie wobec czynności Zamawiającego, o której Odwołujący został powiadomiony w piśmie z dnia 17 grudnia 2021 r., przesłanym drogą elektroniczną w dniu 17 grudnia 2021 r. oraz udostępnionym w tym samym dniu na stronie internetowej postępowania: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/506312>, tj.:**

- 1) **czynności polegającej na ponownym wyborze** – po unieważnieniu pierwotnego wyboru dokonanego w dniu 19 listopada 2021 r. i dokonaniu ponownej weryfikacji i oceny (na skutek wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21) - oferty złożonej przez konsorcjum wykonawców w składzie: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Śremie Sp. z o.o. (lider) ul. Parkowa 6, 63-100 Śrem oraz Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe TRANS-KOM Barbara Rajewska (partner) Bogusławki 8B, 63-800 Gostyń, zwanego dalej jako „konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM”, jako najkorzystniejszej na wykonanie części V zamówienia (Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie sektora V obejmującego obszar terytorialny: Gminy Gostyń, Gminy Krobia, Gminy Pępowo, Gminy Pogorzela) w ramach postępowania pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego” – mimo, że oferta złożona przez tego Wykonawcę nie powinna w ogóle brać udziału w czynności oceny punktowej dokonywanej przez Zamawiającego, bowiem Wykonawca ten w oparciu o treść złożonych w wyniku wezwania oświadczeń, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ (w odniesieniu do części V zamówienia), jak również w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP Wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, wymaganego przez Zamawiającego w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ – zgodnie z orzeczenie KIO z dnia 13 grudnia 2021 r.,
- 2) **zaniechaniu czynności odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c SWZ** - z uwagi na niewykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ, jak również ze względu na fakt, że w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM nie złożył dokumentów podmiotowych wymaganych w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ na potwierdzenie spełnienia warunków, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ - a w konsekwencji również zaniechaniu wezwania Odwoławczego w trybie art. 126 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów podmiotowych i w dalszej perspektywie oceny i wyboru oferty Odwoławczego jako najkorzystniejszej na wykonanie części V zamówienia;
- 3) **a także dokonaniu przez Zamawiającego czynności wezwania konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM do uzupełnienia lub poprawienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, jak również późniejszej oceny złożonych przez konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM dokumentów tj. zmodyfikowanych oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP, niezgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21** – gdyż zarówno z sentencji w/w orzeczenia jak również z jego uzasadnienia wynikało, że Krajowa Izba Odwoławcza nakazała Zamawiającemu m.in. dokonanie wezwania opartego na art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a

SWZ tj. zdaniem Odwołującego **wyłącznie** dokumentów, o których mowa Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ - które jak wynika z uzasadnienia w/w orzeczenia winny być dokonane z **uwzględnieniem złożonego pierwotnie przez konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP.**

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, w ramach którego zostało wniesione odwołanie (cz. V zamówienia) tj.:

- 1) **naruszenie art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 2 PZP, art. 114 PZP oraz art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP** poprzez wezwanie konsorcjum PGK Śrem i TRAS-KOM do uzupełnienia bądź **poprawienia dokumentów podmiotowych** (w analizowanym przypadku oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP) **na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ** - mimo, że zarówno z treści sentencji jak i uzasadnienia wydanego w dniu 13 grudnia 2021 r. orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej nie wynikało, aby Zamawiającemu **nakazano wezwanie konsorcjum do poprawienia lub też modyfikacji oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP, złożonych pierwotnie przez konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM**, a ponadto zarówno forma sporządzenia tych oświadczeń jak i ich treść nie wskazywały, aby dopuszczalne (w świetle brzmienia art. 128 ust. 1 PZP) było wobec tej kategorii dokumentów zastosowanie trybu wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP, albowiem oświadczenia te (w pierwotnej wersji) zostały złożone w wymaganej formie i były kompletne pod względem ich treści (co nie było kwestionowane przez Strony pierwotnego postępowania odwoławczego) zaś z sentencji w/w orzeczenia i jego uzasadnienia wynikało, iż przedmiotem wezwania nakazanego Zamawiającemu przez Krajową Izbę Odwoławczą miały być **dokumenty podmiotowe** (wymagane w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ) – potwierdzające posiadanie przez TRANS-KOM wpisu w BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ - w tym kodu odpadu nr 20 01 21*;
- 2) **naruszenie art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP oraz art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP** - poprzez niezgodne z treścią orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, dokonanie ponownego badania i oceny złożonej przez konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM oferty, w tym w szczególności potraktowanie zmodyfikowanych oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP jako dokumentów, które (wbrew treści uzasadnienia wyroku KIO) mogły zostać zmodyfikowane przez konsorcjum i miałyby potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 lit. a SWZ, a w konsekwencji **nieuprawnione dokonanie wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert przewidzianych w SWZ** - mimo, że Wykonawca ten – w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP - **nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ** zgodnie z wyznaczonym przez Krajową Izbę Odwoławczą kierunkiem sposobu dokonywania oceny oferty tego wykonawcy, gdyż w odpowiedzi na wezwanie (mimo, że był on uczestnikiem postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt: KIO

3499/21 i znał treść wyroku KIO oraz uzasadnienia wydanego w tej sprawie) **nie przedłożył dokumentów podmiotowych wymaganych w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ**, z których wynikałoby, że TRANS-KOM (jako podmiot pierwotnie i zasadniczo odpowiedzialnym za wykonanie całości zamówienia) posiada wpis do BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ (**w tym w szczególności kod odpadu nr 20 01 21***);

- 3) **naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP** poprzez ich niezastosowanie wobec oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM, mimo że wystąpiły wobec tego podmiotu przewidziane w tym przepisie przesłanki do odrzucenia oferty albowiem:
- a) **Konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ** – gdyż przy uwzględnieniu pierwotnej treści oświadczeń konsorcjum, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP (które zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. nie mogło ulec modyfikacji) – **nie zostało wykazane przez ten podmiot** (za pomocą dokumentów podmiotowych, o których mowa w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ) – **że ten członek konsorcjum tj. TRANS-KOM**, który w sposób pierwotny i zasadniczy będzie odpowiadał za wykonanie całości zamówienia – **posiada wpis do BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych przez Zamawiającego w SWZ (w tym kod odpadu o nr 20 01 21*)**;
 - b) **Konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM** (pomimo pełnej wiedzy nt. treści orzeczenia KIO z dnia 13.12.2021 r.) **nie złożyło w przewidzianym w wezwaniu z dnia 15 grudnia 2021 r. terminie podmiotowego środka dowodowego wymaganego w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ** na wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ – które zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 3 grudnia 2021 r. winno zostać złożone tj. **nie wykazało istnienia w stosunku do TRANS-KOM wpisu do rejestru BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ (w tym kodu odpadu nr 20 01 21*)**.

Z ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia przed skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej zarzutów podniesionych w pkt. 1-3 powyżej i aprobatę możliwości zmiany treści oświadczeń złożonych przez konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM na etapie wezwania dokonanego przez Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 PZP w dniu 15 grudnia 2021 r. – **zarzucam Zamawiającemu dodatkowo naruszenie:**

- 1) **art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP** w związku z art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP – przejawiającego się w dokonaniu oceny oferty Konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM jako najkorzystniejszej i wyborze oferty tego wykonawcy na wykonanie części V zamówienia – pomimo tego, że z treści zmodyfikowanych oświadczeń w przedmiocie podziału zadań między konsorcjantami wynikało, że **PGK Śrem** będzie odpowiadał **za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia w przypadkach awaryjnych a także zapewni cykliczny odbiór selektywnie zebranych frakcji odpadów komunalnych z „Punktu Elektroodpadów”** (usytuowanego w miejscowości Gostyń) **jedynie w zakresie płyt CD, tonerów, telefonów, ładowarek, baterii i**

żarówek. Powyższe zdaniem Odwołującego dowodzi temu - z uwagi na treść oświadczenia **TRANS-KOM** - że ten podmiot **miałby odpowiadać pierwotnie za wykonanie całości zamówienia** tj. za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia (w obszarze wszystkich kodów odpadów oznaczonych przez Zamawiającego w SWZ) a nadto **za odbiór** tych odpadów z „Punktu Elektroodpadów” – **które nie zostały wprost wskazane w zmodyfikowany oświadczeniu PGK Śrem** (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć wpisujące się w kod odpadu 20 01 21*). **W konsekwencji Odwołujący zarzuca, że TRANS-KOM nie wykazał w toku postępowania, że spełnił warunek, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ tj. że posiada wpis do BDO w zakresie kodu odpadu 20 01 21*;**

- 2) **art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c PZP w związku z art. 117 ust. 2 PZP** - poprzez jego niezastosowanie przez Zamawiającego - mimo, że konsorcjum TRANS-KOM oraz PGK Śrem niezależnie od faktu oceny dopuszczalności przedłożenia na tym etapie zmodyfikowanych oświadczeń o podziale zadań w ramach konsorcjum przy wykonaniu zamówienia - **nadal nie wykazało za pomocą dokumentów wymaganych w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt 2 lit. a SWZ** – albowiem nadal ten członek konsorcjum, który miałby być odpowiedzialny pierwotnie za wykonanie całości zamówienia tj. za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gmin sektora V oraz nadto za odbiór tych odpadów z „Punktu Elektroodpadów”, które nie zostały wprost wskazane w zmodyfikowany oświadczeniu PGK Śrem (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć wpisujące się w kod odpadu 20 01 21*) – **nie wykazał, że posiada wpis w BDO w zakresie kodu odpadu 20 01 21*.**

Z uwagi na powyższe, działając w imieniu Odwołującego, wnoszę o dopuszczenie do rozpoznania i uwzględnienie Odwołania w całości oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM jako najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia;
- 2) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty PGK Śrem oraz TRANS-KOM na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit b i/lub c PZP w ramach cz. V zamówienia, jako złożonej przez Wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, jak również z uwagi na fakt, że Wykonawca ten nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ tj. dokumentu wymagane w Rozdziale 7 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ - i w konsekwencji przeprowadzenia dalszych czynności w postępowaniu w tym procedury, o której mowa w art. 126 ust. 1 PZP w stosunku do Odwołującego;
- 3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów powołanych w treści Odwołania na wskazane poniżej okoliczności;
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, zgodnie z zestawieniem, które zostanie złożone w trakcie rozprawy przez Odwołującego.

UZASADNIENIE

I. INTERES PRAWNY W UZYSKANIU ZAMÓWIENIA ORAZ OKOLICZNOŚCI FAKTYCZNE PODJĘTE W TOKU POSTĘPOWANIA

Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przytoczonych wyżej przepisów ustawy PZP (vide art. 505 ust. 1 PZP). Odwołujący złożył m.in. ofertę na wykonanie cz. V zamówienia, która została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu punktowym, dokonany w oparciu o kryteria oceny ofert określone w SWZ. Jako najkorzystniejsza (pierwotnie) na wykonanie tej części zamówienia została pierwotnie wybrana oferta złożona przez konsorcjum: PGK Śrem i TRAS-KOM.

Dowód: zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19.11.2021 r. (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego oraz dostępne na stronie internetowej: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/506312>)

Odwołujący w dniu 29 listopada 2021 r. wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynność wyboru oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM jako najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia (KIO 3499/21). W dniu 13 grudnia 2021 r. Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła w części odwołanie (w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazania spełniania przez konsorcjum PGK i TRANS-KOM warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ i nakazała Zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części V zamówienia;
- b) wezwanie konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM w trybie art. 128 ust. 1 PZP **do uzupełnienia dokumentów** potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu określonych w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ;
- c) powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21 (w załączeniu).

Zarówno w toku postępowania odwoławczej, jak również w uzasadnieniu orzeczenia Krajowa Izba Odwoławcza, nie kwestionowano faktu złożenia przez konsorcjum Wykonawców oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP o określonej treści (z którego wynikało, że TRANS-KOM będzie zasadniczym, pierwotnym wykonawcą całości zamówienia a PGK Śrem będzie pełnił funkcję wspierającą/awaryjną) oraz jego kompletności. Ponadto w ocenie Odwołującego Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu orzeczenia wyznaczyła jednoznaczny kierunek oceny spełniania warunków, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, którego miał dokonać Zamawiający w stosunku do konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM na skutek dokonanego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP. **Zarówno z przebiegu postępowania jak i uzasadnienia orzeczenia wynikało, że wezwanie miało obejmować dokumenty podmiotowe, o których mowa w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ, których oceny Zamawiający miał dokonać w oparciu o treść pierwotnie złożonego przez**

konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP (str. 10-11 uzasadnienia orzeczenia).

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21 (w załączeniu).

Zamawiający - na skutek wydanego w dniu 13 grudnia 2021 r. orzeczenia KIO - w dniu 15 grudnia 2021 r. umieścił na stronie internetowej informację w przedmiocie unieważnienia czynności wyboru oferty konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM jako najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia.

Dowód: pismo zamawiającego z dnia 15 grudnia 2021 r. (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego oraz dostępne na stronie internetowej: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/506312>).

W piśmie z dnia 15 grudnia 2021 r. Zamawiający w wykonaniu (rzekomo) wyroku KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. – kierując się brzmieniem art. 128 ust. 1 PZP - wezwał konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM do **uzupełnienia bądź poprawienia dokumentów** na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ. W uzasadnieniu wezwania Zamawiający co prawda stwierdził, że: *„Dokumenty podmiotowe złożone przez Państwa, nie wykazały spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a) SWZ, albowiem w zakresie wykazania spełnienia warunku, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 2 ppkt. 2 lit. a) SWZ ten członek konsorcjum, który przyjął na siebie odpowiedzialność pierwotną (zasadniczą) za wykonanie całości zamówienia w części V – nie wykazał, iż posiada wpis do rejestru BDO w zakresie transportu odpadów: na kod odpadu o symbolu nr 20 01 21 (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć).”*, to jednak w dalszej części wezwania stwierdzono, że: **„mając na uwadze powyższe wykonawcy - zgodnie z art. 117 ust. 4 PZP – są zobowiązani do oferty dołączyć oświadczenie (załącznik nr 15 do SWZ), z którego ma jasno wynikać które usługi będzie wykonywać wykonawca, na którego zasoby powołują się wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - oświadczenie z art. 117 ust. 4 PZP, jest podmiotowym środkiem dowodowym.”**

Dowód: pismo/wezwanie zamawiającego z dnia 15 grudnia 2021 r. (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego, dodatkowo wydruk wezwania uzyskany od zamawiającego w załączeniu).

W odpowiedzi na w/w wezwanie konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM **nie złożyło żadnych dokumentów podmiotowych, o których mowa w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ**, w szczególności nie złożono dokumentów potwierdzających posiadanie przez TRANS-KOM wpisu w BDO w zakresie kodu odpadu 20 01 21*. Wezwany wykonawca złożył natomiast zmodyfikowane oświadczenia, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP. Z aktualnej treści oświadczenia złożonego przez konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM wynikało, że Lider będzie odpowiadał za: *„odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z następujących gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobica. Usługa będzie świadczona w przypadkach awaryjnych, między innymi awarii sprzętu, dużej absencji załogi Partnera i innych zdarzeń losowych mogących mieć wpływ na zachowanie ciągłości realizowanego zadania przez Partnera. Lider zapewni również cykliczny odbiór selektywnie*

zebranych frakcji odpadów komunalnych z „Punktu Elektroodpadów” (płyty CD, tonery, telefony, ładowarki, baterie i żarówki) usytuowanego w miejscowości Gostyń.”. Z kolei TRANS-KOM oświadczył, że będzie odpowiedzialny za „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz nieruchomości niezamieszkałych, którzy nie zawarli umowy na odbiór odpadów komunalnych zlokalizowanych na terenie gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia. należących do KZGRL.”

Dowód: zmodyfikowane oświadczenia konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego; dodatkowo wydruki uzyskane od Zamawiającego w załączeniu).

Na skutek naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP powołanych w treści Odwołania doszło do ponownego nieuprawnionego wyboru na część V zamówienia, oferty złożonej przez konsorcjum PGK Śrem i TRAS-KOM, mimo że oferta tego wykonawcy winna podlegać odrzuceniu z uwagi na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu (co zostanie szczegółowo wykazane w dalszej części zamówienia) jak również ze względu na fakt, że konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM nie złożyło w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP - podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, o którym mowa w Rozdziale 7 pkt 2 lit. a SWZ.

Gdyby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przywołanych wyżej przepisów ustawy PZP, a nadto dokonałby wezwania konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM w sposób odpowiadający treści oraz kierunkowi wykładni przepisów ustawy PZP – wyznaczonemu w orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r., i jednocześnie przeprowadziłby ocenę złożonych przez tego wykonawcę dokumentów w sposób wyznaczony w treści w/w orzeczenia, to oferta konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM zostałaby odrzucona, zaś Odwołujący zostałby wezwany w trybie art. 126 ust. 1 PZP do złożenia dokumentów podmiotowych i nie utraciłby szansy na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Zamawiający miałby możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej, a w konsekwencji Odwołujący uzyskałby zamówienie na wykonanie części V, z którym to zamówieniem wiązał uzyskanie określonych przychodów i zysku, których został pozbawiony na skutek zakwestionowanych w treści odwołania czynności podjętych i zaniechanych przez Zamawiającego.

W tych okolicznościach nie ulega wątpliwości, że spełnione pozostają warunki do wniesienia Odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 PZP i jednocześnie nie występują okoliczności, o których mowa w art. 528 pkt. 5 PZP.

II. POZOSTAŁE WARUNKI FORMALNE ODWOŁANIA, ZACHOWANIE TERMINU NA JEGO WNIESIENIE

Czyniąc zadość art. 514 ust 2 PZP, wskazuję jednocześnie, że kopia odwołania przesłana Zamawiającemu w taki sposób, aby mógł się on zapoznać z jego treścią przed upływem terminu do wniesienia odwołania, tj. **przed końcem dnia 27.12.2021 roku**. Potwierdzeniem powyższego jest potwierdzenie przesłania wiadomości e-mail z odpisem odwołania na adres poczty internetowej wskazanej przez Zamawiającego w SWZ oraz dodatkowo za pośrednictwem platformy zakupowej

<https://www.platformazakupowa.pl/transakcja/506312> (zgodnie z zasadami komunikacji określonymi w SWZ). Zgodnie z art. 514 ust. 3 p.z.p. „domniemywa się, iż zamawiający mógł zapoznać się z treścią odwołania przed upływem terminu do jego wniesienia, jeżeli przesłanie jego kopii nastąpiło przed upływem terminu do jego wniesienia przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.”

Dowód: - potwierdzenia przesłania kopii odwołania do Zamawiającego drogą elektroniczną **(w załączeniu)**.

Niniejszej odwołanie zostało wniesione z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 515 ust. 1 pkt. 1 lit. a PZP tj. w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. **Zamawiający przekazał Odwołującemu drogą elektroniczną zawiadomienie o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej na wykonanie cz. V zamówienia na adres e-mail: sekretariat@zgo-nova.pl w dniu 17.12.2021 r.** Nadto tego samego dnia informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została również umieszczona na stronie internetowej prowadzonego postępowania. **Powyższe oznacza, że termin na wniesienie niniejszego Odwołania mija 27.12.2021 r.**

Odwołujący wskazuje nadto, że otrzymał na swój wniosek, od Zamawiającego kopię elektroniczną treści wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP skierowanego na konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM wraz z udzieloną przez tego wykonawcę odpowiedzią - w dniu 20.12.2021 r.

Dowód: - zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.12.2021 r. (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego oraz dostępne na stronie internetowej: <https://platformazakupowa.pl/transakcja/506312>) wraz z dowodem (zrzut ekranu z platformy zakupowej) otrzymania zawiadomienia o wyborze oferty z dnia 17.12.2021 r. przez Odwołującego **(w załączeniu)**;
- wezwanie Zamawiającego z dnia 15.12.2021 r. oraz odpowiedzią Wykonawcy z dnia 16.12.2021 r. **(w załączeniu)**.

Powyższe dowodzi temu, że przedmiotowe odwołanie została wniesione z zachowaniem w/w terminu oraz warunków określonych w art. 514 ust. 2 PZP.

III. UZASADNIENIE ZARZUTÓW

1) Zarzut naruszenie art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 2 PZP, art. 114 PZP oraz art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP

Odwołujący w pierwszej kolejności zarzuca, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP - w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 2 PZP, art. 114 PZP oraz art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP.

Odwołujący upatruje naruszenie przywołanych wyżej przepisów ustawy PZP przez Zamawiającego w tym, że dokonując w dniach 15-17 grudnia 2021 r. czynności nakazanych przez KIO i ponowionych w toku postępowania, **nie zastosował się on zarówno do treści sentencji orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 grudnia 2021 r.** nakazującego mu m.in. wezwanie w trybie 128 ust. 1 PZP do

uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ **jak i zaprezentowanej w uzasadnieniu tego wyroku wykładni przepisów PZP oraz dokonanych przez skład orzekający na potrzeby wydanego rozstrzygnięcia ustaleń faktycznych i prawnych.**

Trzeba w tym miejscu zauważyć, że w toku postępowania odwoławczego zakończony wyrokiem wydanym w dniu 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, zostało ustalone i przesądzone - w oparciu o złożone przez członków konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM oświadczenia o podziale zadań na etapie wykonania zamówienia, **które to oświadczenie było prawidłowe zarówno co do formy jak i kompletne pod względem treści** - że to co najmniej TRANS-KOM - będąc odpowiedzialnym za pierwotne wykonanie całości zamówienia - winien wykazać spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ tj. posiadać wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach co najmniej w zakresie wymaganych przez Zamawiającego kodów odpadów, których lista została określona w SWZ. Jak bowiem stwierdza się w uzasadnieniu orzeczenia: *„W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że skoro TRANS-KOM ma realizować przedmiot zamówienia w całym zakresie przedmiotowym, to powinien spełniać warunek udziału w postępowaniu (Rozdział 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ) w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe wynika wprost z art. 117 ust. 2 ustawy PZP. (...) W/w przepis nie pozostawia wątpliwości, że warunek musi być spełniony przez tego z wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia, wymagający uprawnień.”*

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, str. 10-11 (w załączeniu).

Jednocześnie Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu orzeczenie nie nakazała Zamawiającemu odrzucenia oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM z tego tylko względu, że uprzednio Zamawiający nie zastosował wobec tego konsorcjum wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP. **Jednakże należy w tym miejscu z całą stanowczością podkreślić, że z żadnego fragmentu orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. nie wynikało, aby intencją Krajowej Izby Odwoławczej, nakazującej Zamawiającemu wezwanie konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM do złożenia dokumentów podmiotowych na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, było dopuszczenie do sytuacji w której, w odpowiedzi na tak sformułowane wezwanie – konsorcjum mogło złożyć zmodyfikowane oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP.** Taki wniosek nie sposób wywieść zarówno z literalnej treści sentencji orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., jak również z ustaleń i wniosków dokonanych przez Krajową Izbę Odwoławczą w uzasadnieniu orzeczenia. Z przytoczonego wyżej fragmentu uzasadnienia orzeczenia jednoznacznie wynikało, że Krajowa Izba Odwoławcza, nakazując Zamawiającemu wezwanie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunek udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ, miała na celu zobowiązanie Zamawiającego do wezwania konsorcjum do złożenia dokumentów podmiotowych, o których mowa w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ, z uwzględnieniem złożonego (pierwotnie) do oferty oświadczenia

konsorcjum o podziale zadań przy wykonaniu zamówienia. Warto także podkreślić, że Krajowa Izba Odwoławcza formułując sentencję orzeczenia nie nakazała Zamawiającemu wezwania konsorcjum zarówno do złożenia lub też **poprawienia** dokumentów podmiotowych wymaganych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ., co dodatkowo potwierdza, że Zamawiający wykonując w/w orzeczenie KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. nie był uprawniony do wezwania konsorcjum do złożenia **lub też poprawienia pierwotnie złożonego przez to konsorcjum oświadczenia o podziale zadań na etapie wykonywania zamówienia.**

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, str. 10-11 (w załączeniu).

Taki kierunek wykładni orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. wypływa nie tylko z literalnego brzmienia zarówno sentencji orzeczenia jak i jego uzasadnienia (astr. 10-11), ale także znajduje oparcie w wykładni art. 128 ust. 1 PZP i zakresie jego zastosowania. Jak wskazuje się w poglądach doktryny: „Na zamawiającym ciąży obowiązek wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 PZP w trzech sytuacjach: gdy dokumenty **nie zostały złożone**; gdy nie **są one kompletne** – a więc nie zawierają wszystkich wymaganych informacji; **gdy zawierają błędy**, a więc zostały przedłożone w niewłaściwej formie lub wystawione z niewłaściwą datą. (...)” (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Ponadto w literaturze stwierdza się również, że: „Art. 128 ust. 1 PZP przewiduje obowiązek dodatkowego wezwania wykonawcy do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia **niezłożonych, niekompletnych lub zawierających błędy dokumentów** lub oświadczeń. Celem przepisu jest ograniczenie sytuacji, w których prawidłowa merytorycznie oferta musi być odrzucona z powodu braków lub błędów w złożonych dokumentach. Art. 128 ust. 1 Pzp przenosi art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z art. 56 ust. 3 dyrektywy klasycznej, jeżeli informacje lub dokumentacja, które mają zostać złożone przez wykonawców, są lub wydają się niekompletne lub błędne, lub gdy brakuje konkretnych dokumentów, instytucje zamawiające mogą – chyba że przepisy krajowe wdrażające dyrektywę klasyczną stanowią inaczej – zażądać, aby dani wykonawcy złożyli, uzupełnili, doprecyzowali lub skompletowali stosowne informacje lub dokumentację w odpowiednim terminie, pod warunkiem że takie żądania zostaną złożone przy pełnym poszanowaniu zasad równego traktowania i przejrzystości. **Obowiązek dodatkowego wezwania dotyczy wyłącznie dokumentów lub oświadczeń wymaganych przez zamawiającego, do których złożenia wykonawca był wzywany w trybie – odpowiednio – art. 126 ust. 1 PZP albo art. 274 ust. 1 PZP.** Inaczej nie może być mowy o niezłożeniu, niekompletności lub innej wadliwości dokumentów lub oświadczeń.(...) **Dokument (oświadczenie) należy zakwalifikować jako niezłożony, jeżeli nie został fizycznie dostarczony.** Natomiast dokument (oświadczenie) jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, **ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych** (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. **Są to dokumenty, które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełnienia odpowiednich wymagań.**” (Komentarz-do-Prawa-Zamowien-Publicznych-wersja-uzytkowa.pdf (uzp.gov.pl)).

W toku postępowania KIO 3499/21 zostało – zdaniem Odwołującego – przesądzone, że oświadczenia, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP, dostarczone pierwotnie wraz z ofertą przez konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM, zostały fizycznie prawidłowo złożone Zamawiającemu zaś w ich treści nie było błędów dyskwalifikujących te oświadczenia zarówno co do formy jak i treści. **Tym samym w ocenie Odwołującego sformułowany w treści sentencji orzeczenia KIO nakaz wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP do uzupełnienia dokumentów podmiotowych nie mógł w żadnej mierze odnosić się do w/w oświadczeń konsorcjum.**

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, str. 10-11 (w załączeniu).

Ubocznie trzeba także zaznaczyć, że z sentencji orzeczenia KIO wprost wynika, że Zamawiającemu nakazano wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP do złożenia **dokumentów podmiotowych** - określonych w Rozdziale 7 ust. 2 lit. a SWZ, albowiem tych właśnie dokumentów Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ. Tymczasem – jak wynika z poglądów doktryny (por. (Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 117 PZP) oraz m.in. analiza rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy – oświadczenie, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP – nie zostało zakwalifikowane jako podmiotowy środek dowodowy (§7 w/w rozporządzenia). **Powyższe dodatkowo potwierdza prawidłowość stanowiska Odwołującego zaprezentowanego w treści odwołania.**

Trzeba przy tym w tym miejscu jednocześnie – uprzedzając ewentualną kontrargumentację konsorcjum - **wyraźnie podkreślić**, że konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM było uczestnikiem postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt. 3499/21 i znało treść wydanego w tej sprawie orzeczenia. **Tym samym – w ocenie Odwołującego - zakwestionowany w niniejszym Odwołaniu sposób sformułowania przez Zamawiającego treści wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP, nie mógł stanowić dla konsorcjum swoistego „upoważnienia” do złożenia zmodyfikowanych oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP zamiast dokumentów podmiotowych wymaganych w SWZ, które potwierdzałyby, że TRANS-KOM posiada wymagany w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a wpis do rejestru BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów, w tym w szczególności kodu 20 01 21*.** Konsorcjum Wykonawców – odpowiadając na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2021 r. miało świadomość treści orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. oraz poczynionych w jego uzasadnieniu ustaleń zarówno faktycznych jak i prawnych. Tym samym konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM było w pełni świadome jakich dokumentów podmiotowych – zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. - oczekiwano od tego wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP.

Co nadto istotne w trakcie postępowania odwoławczego prowadzonego pod sygn. akt KIO 3499/21 – nie doszło do zakwestionowania treści złożonych w trybie art. 117 ust. 4 PZP oświadczeń przez Konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM. **Powyższe w ogóle nie było przedmiotem pierwotnego odwołania.**

Wobec przedstawionych wyżej okoliczności faktycznych i prawnych nie ulega wątpliwości, że Zamawiający dokonując wezwania w trybie art. 128 ust. 1 PZP a następnie oceny i ponownego wyboru oferty konsorcjum PGK Śrem i TRANS-KOM dopuścił się naruszenia art. 128 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 112 ust. 1 pkt. 2 PZP, art. 114 PZP oraz art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP.

2) Zarzut naruszenie art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP oraz art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP

Odwolujący nadto zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP oraz art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP, które przejawia się - zdaniem Odwołującego - w tym, że na skutek ponownej oceny i dokonania czynności ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej - doszło do wyboru konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM – mimo, że zarówno z sentencji orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, jak również z jego uzasadnienia wynikało, że wykonawca ten mógłby zostać wybrany jako najkorzystniejszym jedynie wówczas, gdyby w odpowiedzi na wezwanie oparte na art. 128 ust. 1 PZP przedłożył dokumenty podmiotowe wymagane w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ tj. wpis do rejestru BDO dotyczący TRANS-KOM w zakresie wszystkich kodów odpadów wskazanych w SWZ, w tym kodu odpadu 20 01 21*.

Powyższe ustalenie znajduje jednoznaczne potwierdzenie m.in. w fragmencie uzasadnieniu orzeczenia, zgodnie którym: „W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że skoro TRANS-KOM ma realizować przedmiot zamówienia w całym zakresie przedmiotowym, to powinien spełniać warunek udziału w postępowaniu (Rozdział 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ) w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów wymaganych przez Zamawiającego. Powyższe wynika wprost z art. 117 ust. 2 ustawy PZP. (...) W/w przepis nie pozostawia wątpliwości, że warunek musi być spełniony przez tego z wykonawców wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia, który będzie wykonywał zakres przedmiotu zamówienia, wymagający uprawnień.”

Dowód: wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3499/21, str. 10-11 (w załączeniu).

Skoro zatem konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM w odpowiedzi na wezwanie z dnia 15 grudnia 2021 r. nie przedłożyło dokumentów podmiotowych wymaganych w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ w odniesieniu do TRANS-KOM, a aktywność tego wykonawcy ograniczyła się do przedłożenia zmodyfikowanych oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP – **to nie ulega wątpliwości, że dokonany przez Zamawiającego w dniu 17 grudnia 2021 r. wybór oferty konsorcjum jako najkorzystniejszej naruszał art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 554 ust. 3 pkt. 1 lit. a PZP oraz art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP**, albowiem oferta tego wykonawcy jako podlegająca odrzuceniu – nie mogła uczestniczyć w procesie oceny i przyznania punktacji na podstawie kryteriów określonych w SWZ.

3) Zarzut naruszenia naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP

Wreszcie Odwołujący zarzuca, że na skutek ponownego wyboru oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM doszło także do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP – **poprzez ich niezastosowanie przez Zamawiającego**.

Jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b PZP: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.” Jak zostało wykazane we wcześniejszych fragmentach uzasadnienie Odwołania – konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM **nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ (wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 i 50 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach co najmniej w zakresie wymaganych przez Zamawiającego kodów odpadów, których lista została określona w SWZ posiadany co najmniej przez TRANS-KOM).** Wykazania spełnienia w/w warunku udziału w postępowaniu – w świetle uzasadnienia orzeczenia KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. – nie sposób wywodzić z treści zmodyfikowanych oświadczeń o podziale zadań w ramach konsorcjum przy wykonaniu zamówienia, **których złożenie w okolicznościach faktycznych i prawnych towarzyszących przedmiotowemu postępowaniu, nie było dopuszczalne w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oparte art. 128 ust. 1 PZP- co zostało szczegółowo wykazane we wcześniejszych fragmentach uzasadnienia przedmiotowego odwołania.**

Konsorcjum Wykonawców PGK Śrem i TRANS-KOM jednocześnie **nie wykazało** w sposób i w trybie pożądanym przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r. spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ tj. w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP, nie złożono podmiotowych środków dowodowych wymaganych w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ – które potwierdzałyby, że ten członek konsorcjum, który zgodnie z pierwotną treścią oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 PZP, byłby odpowiedzialnym (zasadniczo) za wykonanie całości zamówienia tj. TRANS-KOM, posiada wpis do rejestru BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ – **w tym kodu o symbolu 20 01 21*.**

W świetle przedstawionych wyżej okoliczności nie ulega wątpliwości, że doszło do naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP, skoro Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty w/w konsorcjum Wykonawców w oparciu o w/w przepisy ustawy PZP.

4) Zarzut art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP

Z ostrożności procesowej – na wypadek gdyby skład orzekający rozpoznający niniejszej Odwołanie stanął na stanowisku, iż dopuszczalne było złożenie przez konsorcjum zmodyfikowanych oświadczeń, o których mowa w art. 117 ust. 4 PZP w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oparte na art. 128 ust. 1 PZP i dokumenty te mogły stanowić podstawę do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu – **Odwołujący zarzuca, że konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM w dalszej mierze, nawet na skutek przedłożenia zmodyfikowanych treści oświadczeń o podziale zadań przy wykonaniu zamówienia, nie wykazało spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ.**

Jak bowiem wynika z treści zmodyfikowanych oświadczeń, złożonych przez konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM w trybie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 4 PZP, Lider przyjął na siebie odpowiedzialność za: „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z następujących gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia. Usługa będzie świadczona w przypadkach

awaryjnych, między innymi awarii sprzętu, dużej absencji załogi Partnera i innych zdarzeń losowych mogących mieć wpływ na zachowanie ciągłości realizowanego zadania przez Partnera.” Lider oświadczył także, że: „zapewni również cykliczny odbiór selektywnie zebranych frakcji odpadów komunalnych z „Punktu Elektroodpadów” (płyty CD, tonery, telefony, ładowarki, baterie i żarówki) usytuowanego w miejscowości Gostyń.”. Z kolei TRANS-KOM oświadczył, że będzie odpowiedzialny za „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, nieruchomości na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz nieruchomości niezamieszkałych, którzy nie zawarli umowy na odbiór odpadów komunalnych zlokalizowanych na terenie gmin sektora V , tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia. należących do KZGRL.”

Dowód: zmodyfikowane oświadczenia konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM (w aktach postępowania w dyspozycji zamawiającego; dodatkowo wydruki uzyskane od Zamawiającego w załączeniu).

Powyższe zdaniem Odwołującego dowodzi temu - z uwagi na treść oświadczenia TRANS-KOM - **że ten podmiot miałby odpowiadać pierwotnie za wykonanie całości zamówienia tj. za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia (w obszarze wszystkich kodów odpadów oznaczonych przez Zamawiającego w SWZ) a nadto (a contrario) za odbiór tych odpadów z „Punktu Elektroodpadów” – które nie zostały wprost wskazane w zmodyfikowany oświadczeniu PGK Śrem (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć wpisujące się w kod odpadu 20 01 21*). W konsekwencji Odwołujący zarzuca, że TRANS-KOM nie wykazał w toku postępowania, że spełnił warunek, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ tj. że posiada wpis do BDO w zakresie kodu odpadu 20 01 21*.**

Tym samym dokonany w dniu 17 grudnia 2021 roku ponowny wybór oferty konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM nastąpił z naruszeniem art. 239 ust. 1 PZP oraz art. 117 ust. 2 i 4 PZP w związku z art. 112 ust. 2 pkt. 2 i art. 114 PZP, albowiem w ocenie ofert i przyznaniu punktacji uczestniczył Wykonawca, którego oferta winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b i c SWZ.

5) Zarzut naruszenia naruszenie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP w związku z art. 117 ust. 2 PZP

Ponadto Odwołujący zarzuca (z ostrożności procesowej), że nawet przy aprobachie dopuszczalności złożenia przez konsorcjum zmodyfikowanych oświadczeń o podziale zadań przy wykonaniu tego zamówienia, **oferta konsorcjum winna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP.** Dokonując oceny wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt. 2 ppkt. 2 lit. a SWZ przez konsorcjum PGK Śrem oraz TRANS-KOM, nadal zdaniem Odwołującego nie zostało wykazane, że Partner konsorcjum tj. TRANS-KOM posiada wpis do BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów wymaganych w SWZ, zaś w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 128 ust. 1 PZP nie zostały złożone dokumenty podmiotowe wymagane w Rozdziale 7 pkt. 2 lit. a SWZ –

potwierdzające, że TRANS-KOM posiada w/w wpis do rejestru w zakresie wymaganych przez Zamawiającego wszystkich kodów odpadów w tym kodu o symbolu 20 01 21*.

Uwzględniając zaprezentowany aktualnie przez konsorcjum podział zadań między PGK Śrem oraz TRANAS-KOM – w świetle art. 117 ust. 2 PZP – nie ulega wątpliwości, że TRANS-KOM w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 PZP – winien wykazać się posiadaniem wpisu do rejestru BDO w zakresie wszystkich kodów odpadów w tym odpadów o kodzie 20 01 21*. **Jak bowiem zostało wykazane we wcześniejszych fragmentach odwołania ten podmiot miałby odpowiadać pierwotnie za wykonanie całości zamówienia tj. za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gmin sektora V, tj. Gostyń, Pępowo, Pogorzela oraz Krobia (w obszarze wszystkich kodów odpadów oznaczonych przez Zamawiającego w SWZ) a nadto za odbiór tych odpadów z „Punktu Elektroodpadów” – które nie zostały wprost wskazane w zmodyfikowany oświadczeniu PGK Śrem (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć wpisujące się w kod odpadu 20 01 21*).**

Tym samym skoro Zamawiający nie odrzucił oferty konsorcjum TRANS-KOM i PGK Śrem to dopuścił się naruszenia **art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b oraz art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. c PZP** (w związku z art. 117 ust. 2 PZP) – nie stosując w/w przepisów ustawy PZP.

Z tego względu wnoszę i wywodzę jak w petitum.

załączniki:

- dowód uiszczenia wpisu od odwołania 15.000 zł;
- KRS Odwołującego;
- dowody przesłania kopii odwołania do Zamawiającego drogą elektroniczną;
- wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2021 r. wraz z uzasadnieniem, KIO 3499/21;
- kopia zawiadomienia o ponownym wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 17.12.2021;
- kopia wezwania z dnia 15.12.2021 r. oraz złożone przez konsorcjum zmodyfikowane oświadczenia.