

Konopiska, dnia 15.03.2021 roku

**Do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02 - 676 Warszawa**

Zamawiający: GMINA KOZIEGŁOWY
reprezentowana przez Burmistrza
Gminy i Miasta Koziegłowy
z siedzibą w Urzędzie Gminy i Miasta Koziegłowy
Plac Moniuszki 14, 42-350 Koziegłowy
E-mail: izp@kozieglowy.pl
Tel.: +48 343141219
Faks: +48 343141219
Adres strony internetowej: www.kozieglowy.pl;
www.kozieglowy.bip.net.pl;
Platforma, za pośrednictwem której Zamawiający prowadzi postępowanie:
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/403172>

Odwołujący: PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach
ul. Przemysłowa 7, 42- 274 Konopiska
KRS 0000534922, NIP: 5732850870, REGON: 243651232
reprezentowana przez komplementariusza
PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
z siedzibą w Konopiskach
ul. Przemysłowa 7, 42- 274 Konopiska
KRS 0000523360, NIP: 5732851131, REGON: 243667581
*reprezentowanego przez: członka zarządu Bożenę Strach
oraz członka zarządu Katarzynę Strach - Kaliszuk*
adres dla doręczeń: ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska
tel. 034 3299229; fax: 034 3283558
adres poczty elektronicznej: pzom@pzom.czyst.pl

NAZWA ZAMÓWIENIA: „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy*”, numer referencyjny: RIGK.271.11.2020

NUMER OGŁOSZENIA W DZIENNIKU URZĘDOWYM UE: 2020/S 250-625212 z dnia 23.12.2020 r.

ODWOŁANIE

I. Działając w oparciu o art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) stosowanym na mocy dyspozycji art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo

zamówień publicznych (Dz. U. 2019 r., poz. 2020), zwana dalej "n.p.z.p." w imieniu PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach (zwanej dalej „Odwołujący”), wnosimy odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego – Gminy Koziegłowy reprezentowanej przez Burmistrza Gminy i Miasta Koziegłowy polegających m.in. na:

1. czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (dalej: „PUK „SANiKO” sp. z o.o.” lub „SANiKO”), pomimo że oferta ta podlegała wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.) (dalej: „p.z.p.” lub „ustawa p.z.p.”) w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych tj. doświadczenia o którym mowa w ust. 2.3) lit. a) Działu V SIWZ;

ewentualnie

- 1a. zaniechaniu wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do uzupełnienia wykazu usług wykonanych zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie posiadanego doświadczenia odnoszącego się do umowy realizowanej przez Wykonawcę od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków;
2. zaniechaniu wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w zakresie dysponowania przez Wykonawcę „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ;
3. zaniechaniu wykluczenia PUK „SANiKO” sp. z o.o. jako Wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;
4. zaniechaniu wykluczenia PUK „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że dysponuje pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie temu Wykonawcy zamówienia publicznego;

ewentualnie

- 4a. zaniechaniu wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „ZOBOWIĄZANIA PODMIOTU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło;

5. *czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez PUK „SANiKO” sp. z o.o., pomimo że oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania*

w toku Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy*”, numer referencyjny: RIGK.271.11.2020, dalej zwanym „*Postępowanie*”.

II. ZARZUTY

1. art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy tj. PUK „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych tj. doświadczenia o którym mowa w ust. 2.3) lit. a) Działu V SIWZ oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;

1.1. art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p. – przez zaniechanie wykluczenia PUK „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (*i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą*), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;

ewentualnie

1a. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług wykonanych zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie posiadanego doświadczenia odnoszącego się do umowy realizowanej przez Wykonawcę od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków;

2. art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia „*Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami*” w postaci dysponowania przez Wykonawcę „*Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie*” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ;

3. **art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p.** poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy tj. PUK „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;
4. **art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p.** – przez zaniechanie wykluczenia PUK „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (*i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą*), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że dysponuje pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.

ewentualnie

- 4a. **art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 p.z.p.** – przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „ZOBOWIĄZANIA PODMIOTU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło.

III. WNIOSKI (ŻĄDANIA) CO DO ROZSTRZYGNIĘCIA ODWOŁANIA:

W świetle powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania, albowiem ww. naruszenia mają istotny wpływ na wynik Postępowania, a w konsekwencji Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
2. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
3. wykluczenia z Postępowania PUK „SANiKO” sp. z o.o. które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p. w postaci wymaganego doświadczenia;

ewentualnie

- wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia aktualnego wykazu usług uwzględniającego usługę wykonywaną w okresie od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
4. wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w postaci dysponowania przez Wykonawcę „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ
5. wykluczenia z Postępowania PUK „SANiKO” sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. wobec wprowadzeniu Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu

informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.;

ewentualnie

wzewwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „ZOBOWIĄZANIA PODMIOTU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło

6. wykluczenia z Postępowania PUK „SANiKO” sp. z o.o. które nie wykazało spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w Postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p. w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.;
7. dokonania czynności ponownego badania, oceny ofert;
8. dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

JEDNOCZEŚNIE WNOSZĘ o:

9. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

IV. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

1. O czynnościach i zaniechaniach Zamawiającego zakwestionowanych w niniejszym odwołaniu Odwołujący dowiedział się z dniem przesłania informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej tj. 3 marca 2021 roku. Zatem termin 10 – dniowy na wniesienie niniejszego odwołania upływał dnia 13 marca 2021 roku. Mając na uwadze okoliczność, iż termin wniesienia odwołania upływał w sobotę to w myśl art. 509 ust. 2 n.p.z.p. wniesienie niniejszego odwołania w dniu 15 marca 2021 roku oznacza, iż Odwołujący zachował termin przewidziany w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit a) n.p.z.p.
2. Wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł. został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych w dniu 11 marca 2021 roku (*potwierdzenie w załączeniu*).
3. Odwołujący przesłał kopię odwołania Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania (*potwierdzenie w załączeniu*).

V. INTERES I SZKODA

Stosownie do art. 505 ust. 1 n.p.z.p. Odwołujący podnosi, iż ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę wskutek naruszenia przepisów p.z.p. przez Zamawiającego. Oferta Odwołującego uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., to Odwołujący mógłby spodziewać się uzyskania dla siebie zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez

Zamawiającego przepisów Ustawy p.z.p. wskazanych w odwołaniu i utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

UZASADNIENIE ZARZUTÓW

Stan faktyczny

Zamawiający, jakim jest Gmina i Miasto Koziegłowy ogłosił zamówienie o nazwie „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie gminy i miasta Koziegłowy” o numerze referencyjnym: RIGK. 271.11.2020. Przedmiotem zamówienia była realizacja odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne położonych na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy oraz z PSZOK-a.

W dziale V SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu. W ust. 1 działu V SIWZ wskazano, iż o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy p.z.p. (przesłanki wykluczenia obligatoryjne) oraz zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4, 8 ustawy p.z.p. (przesłanki fakultatywne) oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu.

W ust. 2.3) działu V SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci:

„a) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy. Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca ww. usługę wykonywał w ramach kilku umów pod warunkiem, że były lub są one wykonywane w sposób ciągły w tym samym okresie czasu przez okres minimum 6 miesięcy;

b) Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje:
— bazą magazynowo-transportową usytuowaną na terenie gminy i Miasta Koziegłowy lub w odległości nie większej niż 60 km od granic tej Gminy. Baza musi spełniać wymagania zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 122),

— pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności: 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5 600 szt.,

— nie mniej niż 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,

— nie mniej niż 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,

— nie mniej niż 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,

— nie mniej niż jednym pojazdem przystosowanym do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z trudnych dojazdów,

— nie mniej niż jednym pojazdem przystosowanym do odbierania segregowanych odpadów komunalnych z trudnych dojazdów,

— oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie.”.

W kolejnych ustępach działu V SIWZ Zamawiający wskazał zasady korzystania z potencjału podmiotu trzeciego i tak:

„3. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

4. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić Zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

5. Zamawiający ocenia, czy udostępniane Wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13-22 i ust. 5 pkt. 1, 2, 4, 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

6. W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, wykonawcy mogą polegać na zdolnościach innych podmiotów, jeśli podmioty te zrealizują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

7. Wykonawca, który polega na sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, odpowiada solidarnie z podmiotem, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, za szkodę poniesioną przez zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów nie ponosi winy.

8. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w pkt. V.3 SIWZ nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego:

1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub

2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w pkt. V.2. SIWZ.

9. Wykonawca, który nie wykaże, iż spełnia wszystkie warunki określone w pkt 5 SIWZ lub nie wykaże braku podstaw do wykluczenia, o których mowa w pkt V SIWZ zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu.

10. Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz ocena braku podstaw do wykluczenia zostaną dokonane zgodnie z formułą „spełnia – nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach wyszczególnionych w pkt VI SIWZ.”.

W Dziale VI SIWZ Zamawiający zamieścił wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, wśród których wymieniono:

„1. Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę wraz z ofertą:

1.1) wypełniony formularz oferty (załącznik nr 1);

1.2) potwierdzenie wniesienia wadium;

1.3) wypełnione i podpisane aktualne na dzień składania ofert oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania i spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie wykonawca składa w formie jednolitego dokumentu (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia) wg załącznika nr 2 do SIWZ

- Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełniania, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów.

(...)

1.5) Pisemne zobowiązanie podmiotów do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia, jeśli wykonawca polega na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych wg załącznika nr 3 do SIWZ.

- Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

W celu oceny, czy wykonawca polegając na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów na zasadach określonych w art. 22a ustawy, będzie dysponował niezbędnymi zasobami w stopniu umożliwiającym należyte wykonanie zamówienia publicznego oraz oceny, czy stosunek łączący wykonawcę z tymi podmiotami gwarantuje rzeczywisty dostęp do ich zasobów, zamawiający żąda pisemnego zobowiązania, które określi w szczególności:

a) zakres dostępnych wykonawcy zasobów innego podmiotu;

b) sposób wykorzystania zasobów innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

c) zakres i okres udziału innego podmiotu przy wykonywaniu zamówienia publicznego;

d) czy podmioty, na zdolnościach których wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizują usługi, których wskazane zdolności dotyczą.

(...)

3. Dokumenty i oświadczenia składane przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona:

(...)

3.3) W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający żąda następujących dokumentów:

3.3.1) Wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w

przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze Wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert w postępowaniu;

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, że należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy.

Zamawiający dopuszcza, aby wykonawca ww. usługę wykonywał w ramach kilku umów pod warunkiem, że były lub są one wykonywane w sposób ciągły w tym samym okresie czasu przez okres minimum 6 miesięcy. (załącznik nr 5 do SIWZ);

3.3.2) Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami; (załącznik nr 6 do SIWZ);

Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje:

- bazą magazynowo-transportową usytuowaną na terenie gminy i Miasta Kozięgłowy lub w odległości nie większej niż 60 km od granic tej Gminy. Baza musi spełniać wymagania zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 122),*
- pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności: 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5 600 szt.,*
- nie mniej niż 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,*
- nie mniej niż 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,*
- nie mniej niż 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,*
- nie mniej niż jednym pojazdem przystosowanym do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z trudnych dojazdów,*
- nie mniej niż jednym pojazdem przystosowanym do odbierania segregowanych odpadów komunalnych z trudnych dojazdów,*
- oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie.”.*

(...)

5. Zamawiający wskazuje, iż niniejszym postępowaniu, zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp najpierw dokona oceny ofert, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu stosując tzw. „procedurę odwróconą”.

Dnia 8 lutego 2021 roku nastąpiło otwarcie ofert dla zadania pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na

których powstają odpady komunalne na terenie Gminy i Miasta Kozięglowy”. Złożono 4 oferty: oferta nr 01 – SUEZ Południe Sp. z o.o. na łączną kwotę: 11 902 291,20 zł brutto; oferta nr 02 – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” Sp. z o.o., na łączną kwotę: 10 180 800,00 zł brutto; oferta nr 03 – PZOM STRACH Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka Komandytowa z kwotą: 10 263 600,00 zł brutto oraz oferta nr 04 – P.H.U. „REKO” Jakub Ciupiński z ceną: 11 177 222,40 zł brutto.

Jako, że najwyższej ocenioną ofertą okazała się oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „SANiKO” Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie (*dalej: „PUK „SANiKO” sp. z o.o.” lub „SANiKO” sp. z o.o.*), Wykonawca ten został w trybie art. 26 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych (*dalej: „p.z.p.”*) wezwany pismem z dnia 11.02.2021 roku do złożenia dokumentów lub oświadczeń potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 zgodnie z zapisami SIWZ dz. VI pkt 3. W wykonaniu wezwania Zamawiającego PUK „SANiKO” sp. z o.o. przedłożyło m.in. Wykaz usług stanowiący załącznik nr 5 do SIWZ wraz z referencjami z dnia 21.01.2021 roku na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 2.3) a) działu V SIWZ.

Wykaz usług miał wskazywać wykaz główny usług (zakres rzeczowy), podmiot na rzecz którego usługa została wykonana, datę i miejsce realizacji oraz wartość brutto. PUK „SANiKO” sp. z o.o. wskazało następujące usługi:

- „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” wykonana na rzecz Gminy Myszków w okresie od 15.03.2019 – 30.06.2019 o wartości brutto 1 854 660,39 zł
- „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” wykonana na rzecz Gminy Myszków w okresie od 03.07.2019 – 10.07.2019 o wartości brutto 135 808,20 zł
- „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” wykonana na rzecz Gminy Myszków w okresie od 12.07.2019 – 04.09.2019 o wartości brutto 956 975,58 zł
- „Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków” wykonana na rzecz Gminy Myszków w okresie od 05.09.2019 – 24.09.2019 o wartości brutto 354 934,36 zł.

Dołączone referencje z dnia 21.01.2021 roku potwierdziły, iż PUK „SANiKO” sp. z o.o. zrealizowało rzetelnie 4 umowy w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z 5480 nieruchomości.

Wykonawca „SANiKO” celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego przedłożył również wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami na wzorze stanowiącym załącznik nr 6 do SIWZ. Pod pozycją 6 wpisano, iż „SANiKO” dysponuje pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120l., 240l., w ilości 5600 szt. na podstawie „wynajmu”. Pod pozycją 8 wskazującą na oprogramowanie umożliwiające generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września

1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie PUK „SANiKO” sp. z o.o. nie wskazało nic, pozostawiając w tym zakresie wykaz nieuzupełniony.

Pismem z dnia 22.02.2021 roku Zamawiający po dokonaniu analizy przedłożonych dokumentów tj. referencji, w trybie art. 26 ust. 4 p.z.p. wezwał PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie przerw pomiędzy wskazanymi w treści referencji umowami.

Pismem z dnia 25.02.2021 roku PUK „SANiKO” sp. z o.o. złożyło wyjaśnienia podnosząc, iż w okresie od 15.03.2019r. do 24.09.2019 r. wykonywał na rzecz Gminy Myszków w sposób ciągły usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli co najmniej 500 nieruchomości. Przerwy pomiędzy umowami wynikały wyłącznie z tej przyczyny, że w tych dniach pomiędzy wykonawcą a zamawiającym negocjowane były jeszcze ceny odbioru odpadów, natomiast usługi odbioru odpadów były wykonywane w oparciu o ustne ustalenia. Celem potwierdzenia tej okoliczności PUK „SANiKO” sp. z o.o. złożył karty przekazania odpadów dotyczące dni które stanowią przerwy pomiędzy datami zawartych umów. Oświadczono równocześnie, iż w dniach 01,02 oraz 11 lipca 2019 r. PUK „SANiKO” sp. z o.o. świadczyło usługi odbioru odpadów wyłącznie na rzecz Gminy Myszków i przedłożono referencje uzupełniające z dnia 24.02.2021 roku. Równocześnie z ostrożności, celem potwierdzenia zdolności technicznej i zawodowej wskazano inną umowę potwierdzającą fakt wykonania usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli co najmniej 500 nieruchomości w okresie od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r.. Wraz z pismem złożono formularz JEDZ uwzględniający tę nową umowę oraz dotyczące jej referencje.

Dnia 01.03.2021 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. wezwał PUK „SANiKO” sp. z o.o. m.in. do potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu tj. dysponowania pojemnikami.

Pismem z dnia 03.03.2021 roku PUK „SANiKO” sp. z o.o. wyjaśnił, iż podstawą do dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów na szkło o pojemności 120l, 240 l. w łącznej ilości 5600 szt. jest umowa najmu z dnia 02.02.2021 roku, którą to przedłożono. Z treści ust. 2 preambuły udostępnionej umowy najmu 01/02/2021 wynika, że umowa jest zawarta wobec zamiaru Najemcy ubiegania się o powierzenie mu odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy 42-350 Koziegłowy i tym samym jego zainteresowaniem wzięcia w najem pojemników na odpady komunalne w asortymencie i ilości określonej w załączniku do umowy. W myśl § 1 ust. 1 umowy najmu przedmiot umowy wynika z zamówienia nr 2021/03/00001, a zatem przedmiotem umowy jest 3 400 szt. pojemników o pojemności 140 l oraz 2 200 szt. pojemników o pojemności 240 l. W § 1 ust. 2 doprecyzowano, iż przedmiot najmu może być wykorzystywany przez Najemcę do organizacji odbioru odpadów poprzez wyposażenie w pojemniki nieruchomości usytuowanych na terenie gminy Koziegłowy. W § 2 ust. 1 ustalono, iż wydanie przedmiotu najmu nastąpi do dnia 15.03.2021 r. W § 5 ust. 1 wskazano, iż umowa zawarta jest na czas oznaczony od dnia 01.04.2021 r. do 31.03.2024 r. § 13 zawierał zgodne ustalenie stron, iż umowa nie wejdzie w życie w momencie negatywnego rozstrzygnięcia na rzecz Najemcy przetargu do obsługi gminy 42-350 Koziegłowy.

W takim stanie faktycznym i na podstawie opisanych powyżej dokumentów i oświadczeń przedłożonych przez PUK „SANiKO” sp. z o.o. Zamawiający dnia 03.03.2021 roku działając zgodnie z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo Zamówień Publicznych /tekst jednolity Dz. U z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm./ poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty: Oferta nr 02 – Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO”

Sp. z o.o. 42-300 Myszków; ul. Prusa 70 z oceną łączną 95 pkt gdzie: całkowita cena ofertowa – 60 pkt; termin płatności faktury VAT - 5 pkt; norma emisja spalin w pojazdach - 20 pkt; termin podstawienia pojemników i kontenerów na teren PSZOK-a - 10 pkt. W ocenie Zamawiającego oferta spełniała warunki zawarte w SIWZ, odpowiadała wymogom określonym w ustawie z dn. 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych, uzyskała najwyższą liczbę punktów.

Odwołujący nie podziela jednak stanowiska Zamawiającego, gdyż w jego ocenie Zamawiający dopuścił się licznych naruszeń ustawy Prawo Zamówień Publicznych, w tym nieprawidłowej oceny oferty wyłonionego Wykonawcy, stąd konieczność podważenia przez Odwołującego treścią niniejszego odwołania czynności wyboru oferty PUK „SANiKO” sp. z o.o.. Równocześnie za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 24.12.2013 roku sygn. akt V Ca 2808/13 podnieść należy, że nieprawidłowa ocena ofert ze swej istoty musi być traktowana jako uchybienie mające istotny wpływ na wynik postępowania (*podobnie. J. Jerzykowski w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz, WKP, 2012*).

Ad 1 – zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p.

Ad. 1.1 – zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p.

W ust. 2.3) lit a) działu V SIWZ Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci:

„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaze, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy. Zamawiający dopuszcza, aby Wykonawca ww. usługę wykonywał w ramach kilku umów pod warunkiem, że były lub są one wykonywane w sposób ciągły w tym samym okresie czasu przez okres minimum 6 miesięcy.”

W ocenie Odwołującego tak skonstruowany warunek jasno określa, iż wymaganiem Zamawiającego było wykonanie **jednej usługi** na podstawie **jednej umowy**, gdyż Zamawiający doprecyzował w dalszej części warunku, iż dopuszcza aby Wykonawca usługę wykonywał w ramach kilku umów pod warunkiem, że były lub są one wykonywane w sposób ciągły w tym samym okresie czasu przez okres minimum 6 miesięcy. Można zatem postawić wniosek, iż intencją Zamawiającego było aby Wykonawca wykazał, iż zrealizował w ramach jednej umowy usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy. Mnogość umów była dopuszczona przez Zamawiającego zatem tylko w sytuacji gdy świadczone w ramach ich realizacji usługi realizowane były równoległe przez minimum 6 miesięcy, czyli np. były to dwie równocześnie świadczone usługi, na podstawie dwóch umów z czego każda dotyczyła minimum 250 nieruchomości.

Choć w treści SIWZ Zamawiający nie zawarł postanowienia, w którym zostałyby wykluczona możliwość powołania się na doświadczenie w realizacji usługi odbioru odpadów z 500 nieruchomości przez okres 6 miesięcy na podstawie więcej niż jednej umowy, których

dopiero łączna wartość odpowiadałaby treści postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, to takie ograniczenie wynika z samej treści opisu warunku, który przewiduje odstępowanie od określonego warunku – w ocenie Odwoływającego - jednej umowy, poprzez uwzględnienie kilku umów pod rygorem spełnienia dalej idących warunków.

Utrwalonym poglądem w doktrynie jest uznanie, iż warunki udziału w postępowaniu należy odczytywać wprost i niedopuszczalnym jest dokonywanie na etapie oceny ofert wykładni rozszerzającej, która mogłaby prowadzić do modyfikacji warunku poprzez wprowadzenie wymagań zakłócających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Skoro wprowadzony przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu dopuszczał wykonywanie usługi w ramach kilku umów pod warunkiem, że były lub są one wykonywane w sposób ciągły w tym samym okresie czasu przez okres minimum 6 miesięcy to dokonując wykładni gramatycznej całego opisu warunku nie sposób uznać, iż przedstawiony przez PUK „SANiKO” sp. z o.o. wykaz czterech umów których przedmiotem była *Realizacja obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków* tym bardziej, że umowy te miały „przerwy w ciągłości” jest wykazaniem spełnienia warunku opisanego w ust. 2.3) lit a) SIWZ.

Tym samym niewykazanie przez Wykonawcę posiadania rzeczowej zdolności, jest podstawą do wykluczenia go z postępowania, na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

Odwołujący wskazuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w oparciu o przepisy ustawy p.z.p. jest postępowaniem bardzo sformalizowanym. Zamawiający jest zatem związany procedurami obowiązującymi w przepisach ustawy p.z.p.. Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia zgodnie ze swoimi wymaganiami, wykonawca ma natomiast obowiązek sprostać wymaganiom Zamawiającego lub nie składać oferty w postępowaniu. Odwołujący zaznacza, że wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia w Postępowaniu są związani treścią SIWZ. Jednocześnie należy podkreślić, iż również Zamawiający jest zobowiązany do prowadzenia postępowania zgodnie z ustalonymi w postanowieniach SIWZ zasadami. Powyższe potwierdza m.in. wyrok KIO z dnia 19 kwietnia 2019 r., KIO 621/19: *„Nie tylko wykonawcy, lecz również zamawiający jest związany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem nie może ich dowolnie zmieniać na etapie po złożeniu ofert, ani od nich odstępować, bowiem stanowiłoby to naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania zgodnie z regulami ustawy, przy poszanowaniu zasad uczciwej konkurencji”*. Powyższy pogląd potwierdzono również w wyroku z dnia 11 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1248/18), w którym Izba wskazała, że: *„Zamawiający związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, których zmiana jest dopuszczalna wyłącznie przed upływem terminu składania ofert (arg. z art. 38 ust. 4 p.z.p.). Odstąpienie przez Zamawiającego od przyjętych w SIWZ wymogów adresowanych do wszystkich wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o udzielenie danego zamówienia publicznego, na etapie badania i oceny ofert, jest niedopuszczalne w świetle ww. przepisu ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, jak również stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zasady przejrzystości wyrażonych w art. 7 ust. 1 p.z.p”*. W wyroku z dnia 9 stycznia 2018 r., KIO 2712/17, Krajowa Izba Odwoławcza zwróciła uwagę, że *przy dokonywaniu oceny prawidłowości - zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami Zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na*

formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SIWZ. Wyprowadzanie dalej idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż „to co nie jest zabronione, jest dozwolone” (jak czyni Przystępujący), jest nieuprawnione.”

Treść przepisu art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy p.z.p., nie pozostawia wątpliwości, iż skoro PUK „SANiKO” sp. z o.o. nie potwierdziło spełnienia warunków udziału w postępowaniu, powinno zostać z tego postępowania wykluczone. Powyższe potwierdzone zostało w licznych orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m. in. w wyroku z dnia 30 listopada 2018 r. (sygn. akt: KIO 2407/18): *„Z dyspozycji art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., na który powołał się Zamawiający, wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Przepis ten - oprócz sytuacji, w której wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertę złożył wykonawca niezaproszony przez zamawiającego - dotyczy więc okoliczności, o których mowa w art. 22 p.z.p. i art. 24 p.z.p.”* czy też wyroku z dnia 8 maja 2019 r. (sygn. akt: KIO 746/19): *„Treść warunku nie może być modyfikowana po terminie złożenia wniosków. Jest to istotne z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu - wszystkich wykonawców obowiązuje taka sama treść warunku. Dlatego treść warunku winna być rozumiana w taki sposób, w jaki została sformułowana przez Zamawiającego i nie może być zmieniana czy dostosowywana do sposobu rozumienia poszczególnych wykonawców”*.

Należy również mieć na uwadze, iż *„Wywodzenie z opisu warunku na korzyść konkretnego wykonawcy treści, których z literalnego brzmienia warunku wyinterpretować nie można, jest działaniem nieuprawnionym. To na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania zamawiającemu, że spełnia warunki udziału w postępowaniu. Domniemywanie przez zamawiającego na etapie oceny ofert informacji, które nie wynikają ze złożonych przez wykonawcę oświadczeń, jak też interpretowanie treści warunku ponad jego literalne brzmienie w taki sposób, aby możliwe było uznanie, że konkretny wykonawca warunek spełnia, narusza przepisy p.z.p.”* (vide: Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2019 r. KIO/KU 35/19). Podobnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 stycznia 2020 r. KIO 42/20: *„Warunki nie podlegają ocenie w odniesieniu do intencji zamawiającego, lecz oceniane musi podlegać wskazane doświadczenie w odniesieniu do wskazanego w SIWZ warunku. Niedopuszczalnym jest na etapie prowadzenia oceny ofert dokonywanie wykładni rozszerzającej postawionych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki muszą być interpretowane ściśle, bez dokonywania, jakichkolwiek wykładni warunków, należy bowiem pamiętać, że ocena wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu determinuje udział danego wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz ma wpływ na innych wykonawców biorących udział w postępowaniu”*.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, jest postępowaniem sformalizowanym, dlatego to na wykonawcy spoczywa obowiązek wykazania faktów, z których wywodzi określone skutki oraz przedstawienie dowodów na powoływane okoliczności. W okolicznościach faktycznych, PUK „SANiKO” sp. z o.o. nie wykazało, iż spełnia warunki stawiane przez Zamawiającego w zakresie posiadanego doświadczenia. *„Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. in principio nakazuje wykluczyć z postępowania*

wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie wystarczy zatem, by wykonawca spełniał warunki udziału w postępowaniu, choćby i "z naddatkiem" lub był ogólnie znany w branży; zadaniem wykonawcy jest wykazanie spełniania przez niego wymaganych warunków udziału przez stosowne tego udokumentowanie w odpowiednim dla postępowania trybie i czasie" (vide: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 czerwca 2020 r. KIO 513/20).

Zamawiający nie dostrzegł błędu w mnogości wykazywanych przez „SANiKO” umów jednakże miał wątpliwości związane z ich ciągłością (wezwanie Zamawiającego z dnia 22.02.2021r.). W odpowiedzi na złożone wezwanie Zamawiającego pismem z dnia 25.02.2021 r. PUK „SANiKO” sp. z o.o. złożyło wyjaśnienia podnosząc, iż w okresie od 15.03.2019r. do 24.09.2019 r. wykonywał na rzecz Gminy Myszków w sposób ciągły usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli co najmniej 500 nieruchomości. Przerwy pomiędzy umowami wynikały wyłącznie z tej przyczyny, że w tych dniach pomiędzy wykonawcą a zamawiającym negocjowane były jeszcze ceny odbioru odpadów, natomiast usługi odbioru odpadów były wykonywane w oparciu o ustne ustalenia. Celem potwierdzenia tej okoliczności PUK „SANiKO” sp. z o.o. złożył karty przekazania odpadów dotyczące dni które stanowią przerwy pomiędzy datami zawartych umów. Oświadczono równocześnie, iż w dniach 01,02 oraz 11 lipca 2019 r. PUK „SANiKO” sp. z o.o. świadczyło usługi odbioru odpadów wyłącznie na rzecz Gminy Myszków i przedłożono referencje uzupełniające z dnia 24.02.2021 roku.

W miejscu tym wskazać należy, iż tak przygotowane wyjaśnienia Wykonawcy nie mogły rozwiązać wątpliwości Zamawiającego. Po pierwsze, złożone karty przekazania odpadów nie wykazują, iż opisane w nich odpady pochodziły z terenu nieruchomości zamieszkałych Gminy Myszków. Po drugie, raporty ważenia, potwierdzają jedynie, iż w dniu 1, 2 oraz 11 lipca 2019 r. na wadze samochodowej PUK „SANiKO” sp. z o.o. zostały zważone „puste” samochody o wskazanych w ich treści numerach rejestracyjnych. Po trzecie, przedłożone referencje uzupełniające z 24.02.2021 r. nie mogą być dokumentem poświadczającym ciągłość usług. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą Krajowej Izby Odwoławczej, referencje stanowią potwierdzenie należytego wykonania dostaw, usług lub robót budowlanych, których rodzaj, przedmiot, wartość, daty i miejsce wykonania Wykonawca podaje w wykazie dostaw, usług lub robót budowlanych. Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej zawartym w wyroku z dnia 22 października 2018 r., KIO 2038/18 „(...) potwierdzeniem spełnienia warunku jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu, a referencje mają za zadanie potwierdzać jedynie prawidłowość wykonywanej usługi referencyjnej. Powyższe potwierdzają wprost przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych i rozporządzenia wykonawczego do tej ustawy. (...) Nie może zatem ulegać najmniejszej wątpliwości, że dokumentem potwierdzającym zakres wykonanych usług jest wykaz usług wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane”.

Wobec powyższego, to nie referencje, których rolą jest poświadczenie należytego wykonania zamówienia, ale wykaz dostaw, usług lub robót budowlanych stanowi potwierdzenie wykonanych zadań, a więc i posiadanego przez wykonawcę doświadczenia. Z wykazu jednakże, wynika iż każda z umów była odrębną umową i umowy te były rozdzielone czasowo. Co więcej umowy te w zakresie swego przedmiotu objętego realizacją przez PUK „SANiKO” sp. z o.o. nie były tożsame. Umowa zawarta w okresie od 15.03.2019 r. do 30.06.2019 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki obejmowała tylko cztery frakcje odpadów (dowód: Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 27 marca 2019 r. na „Realizację

obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków. Numer referencyjny: ZP.271.5.2019.PZ”). Natomiast umowa zawarta na okres od 12.07.2019 r. do 04.09.2019 r. w trybie zamówienia z wolnej ręki zawarta była z udziałem podwykonawcy realizującego 30 % zamówienia (dowód: *Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 17 lipca 2019 r. na „Realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków. Numer referencyjny: ZP.271.28.2019.JG”*).

Tym samym Wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził Zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia.

Należy w tym miejscu również wskazać, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia, o którym mowa w art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy p.z.p., odnosi się do rzeczywistego zrealizowania przez wykonawcę części lub całości zamówienia. Doświadczenie ma być bowiem faktyczne i konkretne, tzn. musi odnosić się do „faktycznej realizacji”, „realnego spełnienia świadczenia”, „świadczenia zrealizowanego konkretnie”. W związku z tym, Wykonawca nabywa wyłącznie doświadczenie związane z zakresem prac jakie wykonywał. Przyjęcie wniosku, że podmiot, który zrealizował tylko część zamówienia (*np. odbierał jedynie 4 frakcje odpadów*) ma takie samo doświadczenie jak podmiot, który zrealizował podobne zamówienie w całości i samodzielnie, skutkowałoby nierównym traktowaniem wykonawców. Naruszeniem zasady równego traktowania jest bowiem traktowanie identyczne dwóch diametralnie różnych sytuacji.

**Ad 1a – zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3
w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.**

Ponieważ PUK „SANiKO” sp. z o.o. pismem z dnia 25.02.2021r. „z ostrożności”, celem potwierdzenia zdolności technicznej i zawodowej wskazało inną umowę potwierdzającą fakt wykonania usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli co najmniej 500 nieruchomości w okresie od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r., a wraz z pismem złożyło formularz JEDZ uwzględniający tę nową umowę oraz dotyczące jej referencje, w przypadku uznania przez Zamawiającego tejże umowy jako wykazującej spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, wykonawca należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy podnieść należy następujący zarzut ewentualny, co następuje poniżej.

Potwierdzeniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej jest oświadczenie wykonawcy w formie wykazu usług wykonanych (ust. 3.3.1) Dział VI SIWZ). Wykonawca nie złożył jednakże aktualnego wykazu usług uwzględniającego usługę wykonywaną w okresie od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków. Tym samym nie wykazał faktu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien wezwać w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia uzupełnionego wykazu, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

**Ad 2. – zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2
w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.**

Zamawiający w ust. 2.3) lit. b) tiret 8 działu V SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci dysponowania „oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie”. Wykonawca na załączniku nr 6 do SIWZ opatrzonym datą 12.02.2021 r. złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Pod pozycją 8 tegoż wykazu PUK „SANiKO” sp. z o.o. nie uzupełniło jednak rubryk pn. „Opis”, „Liczba jednostek”, „Informacje o podstawie do dysponowania zasobami – forma władania”, pozostawiając je pustymi. Tym samym „SANiKO” sp. z o.o. nie wykazało spełnienia warunku w postaci dysponowania „oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie”. Mając na uwadze powyższe, Zamawiający winien wezwać w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia uzupełnionego wykazu, celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w opisanym zakresie.

Opis warunków udziału w postępowaniu „(...) ma charakter materialny, a nie jest jedynie formalnym zabiegiem wymaganym przez procedurę udzielenia zamówienia. Finalnym celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest powierzenie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy, którego właściwości podmiotowe pozwalają racjonalnie uznać, że wykona ją należycie.” Uzupełnienie poszczególnych rubryk załącznika nr 6 do SIWZ o nazwie POTENCJAŁ TECHNICZNY było konieczne celem przekazania Zamawiającemu niezbędnych informacji „(...) umożliwiające realne wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie są to informacje odtwarzające dosłownie brzmienie SIWZ, gdyż te mają charakter blankietowy w tym znaczeniu, że określają poziom wymagań zamawiającego. Zadaniem wykonawcy jest podanie informacji stanowiących in concreto, w jaki sposób wymagania zamawiającego są przez niego spełnione.” (vide: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 stycznia 2019 r., sygn.. akt KIO 50/19). Uzupełnienie danych pod pozycją 8 załącznika nr 6 przez „SANiKO” sp. z o.o. było zatem konieczne aby Zamawiający mógł dokonać oceny podmiotowej Wykonawcy w oparciu o środki dowodowe opisane w SIWZ.

Ad 3. – art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3)
oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p.

Zamawiający w ust. 2.3) lit. b) tiret 2 działu V SIWZ wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w postaci dysponowania „*pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło*”. Wykonawca na załączniku nr 6 do SIWZ opatrzonym datą 12.02.2021 r. złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Pod pozycją 2 tegoż wykazu PUK „SANiKO” sp. z o.o. w rubryce pn. „Opis” wskazało 120 l., 240 l., pod pozycją: „Liczba jednostek” wpisano 5600 szt., a w rubryce „Informacje o podstawie do dysponowania zasobami – forma władania” wskazano wynajem. W treści oferty brak jest zobowiązania jakiegokolwiek podmiotu do oddania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do dyspozycji zasobów potrzebnych do realizacji zamówienia.

Zamawiający pismem z dnia 01.03.2021 roku, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 p.z.p. wezwał PUK „SANiKO” sp. z o.o. m.in. do potwierdzenia spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu tj. dysponowania pojemnikami przez przedstawienie stosownych dokumentów np. umowy wynajmu pojemników.

Pismem z dnia 03.03.2021 roku PUK „SANiKO” sp. z o.o. wyjaśnił, iż podstawą do dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów na szkło o pojemności 120l, 240 l. w łącznej ilości 5600 szt. jest umowa najmu z dnia 02.02.2021 roku, którą to przedłożono. Z treści ust. 2 preambuły udostępnionej umowy najmu 01/02/2021 wynika, że umowa jest zawarta wobec zamiaru Najemcy ubiegania się o powierzenie mu odbioru odpadów komunalnych na terenie gminy 42-350 Koziegłowy i tym samym jego zainteresowaniem wzięcia w najem pojemników na odpady komunalne w asortymencie i ilości określonej w załączniku do umowy. W myśl § 1 ust. 1 umowy najmu przedmiot umowy wynika z zamówienia nr 2021/03/00001, a zatem przedmiotem umowy jest 3 400 szt. pojemników o pojemności 140 l oraz 2 200 szt. pojemników o pojemności 240 l. W § 1 ust. 2 doprecyzowano, iż przedmiot najmu może być wykorzystywany przez Najemcę do organizacji odbioru odpadów poprzez wyposażenie w pojemniki nieruchomości usytuowanych na terenie gminy Koziegłowy. W § 2 ust. 1 ustalono, iż wydanie przedmiotu najmu nastąpi do dnia 15.03.2021 r. W § 5 ust. 1 wskazano, iż umowa zawarta jest na czas oznaczony od dnia 01.04.2021 r. do 31.03.2024 r. § 13 zawierał zgodne ustalenie stron, iż umowa nie wejdzie w życie w momencie negatywnego rozstrzygnięcia na rzecz Najemcy przetargu do obsługi gminy 42-350 Koziegłowy.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż przedłożona przez Wykonawcę „SANiKO” sp. z o.o. umowa najmu nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w ust. 2.3) lit. b) tiret 2 działu V SIWZ w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l. w łącznej ilości min. 5600 szt., gdyż Zamawiający nie przewidział innych, alternatywnych pojemności dla pojemników na szkło.

§ 1 ust. 1 umowy najmu wskazuje, iż przedmiot umowy wynika z zamówienia nr 2021/03/00001. Ze wskazanego zamówienia wynika jednoznacznie, iż przedmiotem zamówienia, a tym samym umowy najmu jest 3 400 szt. zielonych pojemników o pojemności 140 l oraz 2 200 szt. zielonych pojemników o pojemności 240 l. Zamawiający opisał jednak

warunek bardzo precyzyjnie, wymagając pojemników o pojemności 120 l oraz 240 l. Wykonawca „SANiKO” sp. z o.o. okazał się tymczasem umową najmu pojemników o odmiennej pojemności tzn. zamiast 120 l wskazano w niej 140 l.

W oparciu o powyższe uznać należy, iż potwierdzenie znajduje zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy tj. PUK „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie temu Wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Cytując tezę z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej należy wskazać, że: *„Przejawem uczciwej konkurencji jest jednakowa ocena podmiotów znajdujących się w tej samej sytuacji faktycznej”* (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2015 r., sygn. akt KIO 2564/15). Zatem zasada przejawia się w jednakowej ocenie i jednakowym traktowaniu wykonawców – tj. wg jednakowych, takich samych warunków. Wynik tej oceny może być różny w zależności od stopnia wykazania okoliczności podlegającym ocenie wg. kryteriów oceny ofert bądź wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jednakże punktem wyjścia do oceny są zawsze stałe i niezmiennie zapisy specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Skoro zatem Zamawiający opisał w warunku dotyczącym potencjału technicznego pojemniki o pojemności 120 l oraz 240 l, to rażącym naruszeniem art. 7 ust. 1) i 3) ustawy p.z.p. było uznanie, iż pojemniki o pojemności 140 l oraz 240 l potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu opisanego w ust. 2.3) lit. b) tiret 2 działu V SIWZ.

Ad 4. – zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy p.z.p.

Pomijając już sam fakt niezgodności pojemności pojemników na odpady z treścią SIWZ, wskazać należy na kolejne nieprawidłowości. Przedłożona przez „SANiKO” sp. z o.o. umowa najmu jednoznacznie wskazuje, iż Wykonawca „SANiKO” sp. z o.o. miał dysponować stanowiącymi jej przedmiot pojemnikami na realizację tylko i wyłącznie przedmiotowego postępowania, a także przez okres na jaki umowa o udzielenie zamówienia publicznego byłaby zawarta. Umowa ta nie potwierdzała również faktycznego dysponowania pojemnikami, gdyż jej skuteczność była uzależniona od rozstrzygnięcia na korzyść Wykonawcy „SANiKO” sp. z o.o. niniejszego postępowania. Na dzień zatem składania oświadczenia o dysponowania pojemnikami umowa ta nie była wiążąca, gdyż na dzień składania ofert Wykonawca nie mógł mieć wiedzy o tym, czy jego oferta będzie oceniona jako najkorzystniejsza.

W okolicznościach wynikających z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, iż mamy do czynienia nie z bezpośrednim i faktycznym dysponowaniem pojemnikami, a z udostępnieniem potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ust. 1 p.z.p., gdyż umowa najmu pojemników związana jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania (*vide: Wyrok KIO z dnia 09 listopada 2017 roku sygn. akt KIO 2249/17*).

W orzecznictwie i doktrynie podkreśla się, że dysponowanie polega na realnej możliwości skorzystania z rzeczy. Sąd Okręgowy Warszawa - Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy w wyroku z dnia 8 kwietnia 2011 r., IV Ca180/11, stwierdził że *„w obrocie*

powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp (...)". Wykonawca bezzasadnie jednak uznał, że w przypadku dysponowania pojemnikami na podstawie tej konkretnej umowy najmu z dnia 02 lutego 2021 roku nie korzysta on z zasobów podmiotu trzeciego, lecz dysponuje nim bezpośrednio, a zatem błędnie uznał, że nie istniały podstawy do obowiązku przedłożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „ZOBOWIĄZANIA PODMIOTU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia”.

W ocenie Odwołującego potwierdzenie znajduje zarzut polegający na zaniechaniu wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p..

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów.

W celu wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie ww. przepisu zamawiający jest zobowiązany każdorazowo zbadać, czy w okolicznościach danej sprawy, ziściły się przesłanki zastosowania art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.. Łączne wystąpienie opisanych przesłanek uprawnia zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Jak wynika z powyższego wykluczenie wykonawcy może nastąpić w wyniku wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria selekcji, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów. Ustawodawca wprost wskazuje na sytuację, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd.

Dla właściwej wykładni przepisu art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p. należy odwołać się do pojęć, do których interpretowany przepis odsyła, a więc do pojęcia zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Pojęcie zamierzonego działania nie wymaga szerszego omówienia a jedynie wskazania, że jest to świadomie zachowanie się podmiotu, zmierzające do wywołania określonych skutków. Natomiast w zakresie pojęcia rażącego niedbalstwa wskazać trzeba na stanowisko wyrażone w uzasadnieniu wyroku z dnia 1 czerwca 2015 r., KIO 758/15, w którym stwierdzono, że „Rażące niedbalstwo odnoszone jest do naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Ma to być szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania dłużnika; stopień naganności postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach (wyrok SN z 22 kwietnia 2004 r. w spr. II CK 142/03). Jak wskazano w wyroku SN z 10 marca 2004 r. w spr. IV CK 151/03: „Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej

postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”.

W opinii Odwołującego w stanie faktycznym wystąpiły przesłanki opisane w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p.. Z treści specyfikacji jasno wynika, że warunkiem udziału w postępowaniu było dysponowanie przez wykonawcę określonym potencjałem technicznym w tym pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. Zamawiający treścią SIWZ dopuścił możliwość polegania przez wykonawcę na potencjalne technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. W takim przypadku wykonawca był zobowiązany udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Z treści wykazu „POTENCJAŁ TECHNICZNY” sporządzonego wg załącznika nr 6 do SIWZ wprost wynikało, że „SANiKO” sp. z o.o. będzie dysponował pojemnikami o pojemności 120 l, 240 l na podstawie wynajmu. Wykonawca nie załączył do oferty żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że będzie korzystał z potencjału innego podmiotu. W szczególności nie załączył żadnego pisemnego zobowiązania tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Tym samym oświadczenie podane przez „SANiKO” sp. z o.o. w treści powołanego wykazu, iż dysponuje on pojemnikami o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości 5600 szt. nie jest prawdziwa. Potwierdziła to bowiem umowa najmu z dnia 2 lutego 2021 roku. Z samej treści powołanej umowy najmu i załącznika do niej wynika, że przedmiotem umowy są pojemniki o pojemności 140 l oraz 240 l, a nie jak wymagał Zamawiający 120 l i 240 l, a co więcej, że wydanie pojemników nastąpi w terminie późniejszym tj. do dnia 15 marca 2021 roku. Co najważniejsze, jak wspomniano już powyżej umowa najmu z dnia 2 lutego 2021 roku nie wiązała skutecznie stron w niej wskazanych, gdyż była umową warunkową, uzależniającą jej wejście w życie w momencie pozytywnego rozstrzygnięcia na rzecz Najemcy przetargu do obsługi Zamawiającego (§ 13 umowy najmu z dnia 2 lutego 2021 roku). Wykonawca podał zatem nieprawdziwą informację, że dysponuje pojemnikami o pojemności 120 l, 240 l. Działanie takie nosi znamiona rażącego niedbalstwa, gdyż wiedza o tym, czy Wykonawca dysponuje pojemnikami i w jakim asortymencie jest wiedzą elementarną i podstawową.

Nie sposób nawet uznać, że Wykonawca spełniłby warunek udziału w postępowaniu za pomocą potencjału innego podmiotu. W takim przypadku Wykonawca „SANiKO” sp. z o.o. zobowiązany byłby bowiem udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tego podmiotu do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W omawianym stanie faktycznym „SANiKO” sp. z o.o. tego nie uczyniła, gdyż nie przedłożyła wraz z ofertą żadnego dokumentu z którego wynikałoby, że będzie korzystała z potencjału technicznego innego podmiotu, w szczególności nie złożyła pisemnego zobowiązania podmiotu do oddania jej do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Co jednak najważniejsze, przedmiot umowy najmu nie odpowiada warunkom Zamawiającego w zakresie dysponowania pojemnikami o pojemności 120 l, gdyż umowa przewiduje pojemniki o pojemności 140 l, dlatego nawet udostępnienie potencjału podmiotu trzeciego w

zakresie opisanych w treści umowy najmu pojemników nie zmieniłoby faktu niewykazania zdolności technicznej Wykonawcy.

Wobec tego Zamawiający był obowiązany do uznania, że oświadczenia i dokumenty złożone przez „SANiKO” sp. z o.o. potwierdzają kumulatywne wypełnienie się przesłanek opisanych w art. 24 ust. 1 pkt 16 p.z.p., skutkujące wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Ad 4a. – zarzut ewentualny naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 p.z.p.

Z ostrożności, w przypadku uznania, iż pojemniki 120 l. mogły być zastąpione pojemnikami 140 l, z przyczyn o którym mowa powyżej podnoszę zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 p.z.p. przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania PUK „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „ZOBOWIĄZANIA PODMIOTU do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło.

Bezdyskusyjnym należy uznać fakt, iż z przedłożonych przez Wykonawcę dokumentów wynika, iż w okolicznościach faktycznych mamy doczynienia nie z bezpośrednim i faktycznym dysponowaniem pojemnikami, a z udostępnieniem potencjału przez podmiot trzeci w rozumieniu art. 22a ust. 1 p.z.p., gdyż umowa najmu pojemników związana jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania.

Mając na uwadze powyższe, niniejszy zarzut sformułowany z daleko posuniętej ostrożności należałoby uznać za zasadny.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wskazuje, że wybór jako najkorzystniejszej oferty PUK „SANiKO” sp. z o.o. był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy p.z.p. i w sposób naruszający zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ wszystkie wymienione w niniejszym odwołaniu argumenty przesądzają o zasadności podniesionych zarzutów, a tym samym skutkują koniecznością wykluczenia PUK „SANiKO” sp. z o.o.. Wybór najkorzystniejszej oferty jest bowiem związany z koniecznością prawidłowego przeprowadzenia badania i oceny ofert, a tym samym z obowiązkiem dokonania przez Zamawiającego odrzucenia ofert i wykluczenia wykonawców wobec ziszczenia się ustawowych przesłanek do podjęcia takich czynności. Powyższy pogląd został podzielony w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej m. in. w wyroku z dnia 10 września 2014 r. (sygn. akt: KIO 1804/14): *„Nie podziela się stanowiska, że porównywalność ofert, to wyłącznie możliwość oceny w kryteriach oceny ofert. Porównywalność ofert, to również stosowanie jednakowych przesłanek wykluczenia i odrzucenia ofert w stosunku do wszystkich wykonawców”*.

Ponadto, wybór oferty PUK „SANiKO” sp. z o.o. jako najkorzystniejszej jest równoznaczny z niespełnieniem wymogu opisanego w art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p., tj. *„wyboru oferty najkorzystniejszej”* w Postępowaniu, gdyż oferta najkorzystniejsza została wniesiona przez wykonawcę, który powinien podlegać wykluczeniu z Postępowania.

W tym miejscu Odwołujący zastrzega sobie możliwość rozbudowania zaprezentowanej w niniejszym odwołaniu argumentacji oraz powołania środków dowodowych w toku rozprawy.

VI. WNIOSEK KOŃCOWY

W konsekwencji, w zaistniałym stanie faktycznym i prawnym, mając na uwadze przytoczoną argumentację oraz przepisy Ustawy, należy uznać, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione i konieczne. Ze względu na powyższe, Odwołujący wnosi jak w petitum.

Załączniki:

- *odpis z KRS Odwołującego - PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością sp. k.*
- *odpis z KRS komplementariusza Odwołującego - PZOM STRACH spółka z ograniczoną odpowiedzialnością;*
- *potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania;*
- *potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu;*
- *Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 27 marca 2019 r. na „Realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków. Numer referencyjny: ZP.271.5.2019.PZ”;*
- *Ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z dnia 17 lipca 2019 r. na „Realizację obowiązku gminy w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Myszków. Numer referencyjny: ZP.271.28.2019.JG”*