

Siedlce, dnia 4 października 2021 roku



Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Wodunich

ul. Siedlecka 43

08-117 Wodunich

Odwołujący:

PUK Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach

KRS Nr 0000008432

ul. Brzeska 110

08-110 Siedlce

reprezentowany przez

adw. Ewę Romanowską

Kancelaria Adwokacka w Siedlcach

08-110 Siedlce

ul. Czerwonego Krzyża 21 lok. 73

e-mail: kancelaria@ewaromanowska.pl

nr tel. 604 959 326

Wojciech Klepacki

05. 10. 2021

Dotyczy: Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodunich.*

Numer wskazany w SIWZ: IGR.271.8.2021

Numer BZP: 2021/BZP00173948/01

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Wykonawcy – Spółki PUK Serwis – Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siedlcach, wpisanej do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS: 0000008432 (dalej jako: „Odwołujący”) na podstawie pełnomocnictwa, którego odpis przedkładam w załączeniu, na podstawie art. 513 ustawy z 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021. 1129 t.j.) – dalej: n.p.z.p., niniejszym:

- I. składam odwołanie wobec czynności oceny ofert i zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego – Gminę Wodynie (dalej jako: „Zamawiający”) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie*, numer wskazany w SIWZ: IGR.271.8.2021, numer BZP: 2021/ BZP00173948/01 (dalej jako: „Postępowanie”), Wykonawcy – ECOGLOBE Sp. z o.o. Spółka komandytowa z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim, co doprowadziło do bezpodstawnego wybrania jako najkorzystniejszej oferty wskazanego Wykonawcy.
- II. Czynnościom tym zarzucam naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 b) PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim jako najkorzystniejszej, w sytuacji gdy Wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w Postępowaniu polegającego w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej poprzez brak wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Wodynie na dzień złożenia oferty wraz z oświadczeniem wstępnym Wykonawcy.
- III. W związku z tym, że interes Wykonawcy doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów PZP, Wykonawca żąda nakazania Zamawiającemu:
- a) unieważnienia przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej Wykonawcy ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie*, numer wskazany w SIWZ: IGR.271.8.2021; numer BZP: 2021/ BZP00173948/01;
 - b) wykluczenia przez Zamawiającego Wykonawcy ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie*, numer wskazany w SIWZ: IGR.271.8.2021; numer BZP: 2021/ BZP00173948/01
 - c) nakazania Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert złożonych w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego

na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie*, z wyłączeniem oferty złożonej przez Wykonawcę – ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim.

- IV. wnoszę o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

Odwołujący wykazuje, że posiada interes prawny w złożeniu odwołania, gdyż wykluczenie Wykonawcy – ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. stworzy Odwołującemu większe szanse na uzyskanie przez Odwołującego zamówienia w Postępowaniu, a ponadto spowoduje, że wszyscy uczestnicy postępowania będą mieli równe szanse na uzyskanie zamówienia, a żaden z uczestników postępowania nie będzie znajdował się w uprzywilejowanej pozycji. Wykonawca wskazuje, że po uwzględnieniu odwołania jego oferta w Postępowaniu jest najkorzystniejsza.

Jednocześnie wskazuję, iż Odwołujący w dniu 1 października 2021 roku uzyskał informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu.

UZASADNIENIE

W ocenie Odwołującego niniejsze odwołanie pozostaje w pełni uzasadnione, albowiem Zamawiający w postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie zadania pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie*, numer wskazany w SIWZ: IGR.271.8.2021, numer BZP: 2021/ BZP00173948/01 w sytuacji istnienia podstaw do wykluczenia ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzecu Podlaskim, albowiem wykonawca ten nie spełnił warunku udziału w prowadzonym Postępowaniu w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, a ponadto wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że spełnienia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia, nie odrzucił jego oferty.

Na wstępie należy podkreślić, że pozytywna weryfikacja zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia wymaga analizy potencjału wykonawcy, czyli analizy spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 112 p.z.p. warunki określone są proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia oraz w sposób umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć w szczególności

zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej. W sytuacji gdy na podstawie dokumentów złożonych przez wykonawcę zamawiający dojdzie do wniosku, że podmiot nie spełnia postawionych warunków, oferta takiego wykonawcy powinna zostać odrzucona.

Warunek udziału w postępowaniu dotyczy posiadania przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie odpowiednich uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności wchodzącej w zakres przedmiotu zamówienia. Zamawiający może postawić warunek posiadania takich uprawnień jedynie w przypadku, gdy ustawy nakładają obowiązek uzyskania uprawnień do wykonywania danej działalności lub czynności. Pod pojęciem „uprawnienia” należy więc rozumieć w szczególności koncesje na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje wymagane przepisami ustaw regulujących dany obszar życia społecznego. Do uprawnień została również zaliczona działalność regulowana, o której mowa w art. 43 Prawa przedsiębiorców. Wpis jest obowiązkowy w przypadku podejmowania działalności regulowanej określonej w odpowiednich przepisach prawa administracyjnego gospodarczego.

Zgodnie z art. 9b ust. 1 cyt. ustawy działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162). Odbieranie odpadów komunalnych zostało bowiem zaklasyfikowane jako działalność regulowana w rozumieniu Prawa przedsiębiorców. Uzyskanie wpisu do rejestru jest warunkiem koniecznym i jednocześnie niezbędnym do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie danej gminy (zob. wyrok WSA w Poznaniu z 6.02.2020 r., II SA/Po 248/19, LEX nr 2796251).

Zgodnie z art. 125 ust. 1 p.z.p. wykonawca wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ofertą przedkłada deklarację tymczasowo zastępującą dowody (do czasu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych), że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz kryteria selekcji (w trybach postępowania, w których mają one zastosowanie). To wstępne potwierdzenie przybiera postać oświadczenia wiedzy wykonawcy co do wskazanych okoliczności. Natomiast zgodnie z art. 126 ust. 1 p.z.p. regułą jest, że jedynie wykonawca, którego oferta została oceniona najwyżej, będzie przedkładał na żądanie zamawiającego zestaw oświadczeń oraz dokumentów potwierdzających brak podstaw do wykluczenia, a także spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz kryteriów selekcji. Złożenie oświadczenia o odpowiedniej treści jest obowiązkiem wykonawcy, który składa wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Treść oświadczenia powinna odpowiadać pod względem zakresu żądaniom zamawiającego. To zamawiający bowiem obowiązany jest do określenia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jaki powinien być zakres oświadczenia, tj. co do jakich okoliczności dotyczących podstaw wykluczenia, warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji

wykonawca powinien wypowiedzieć się w tym oświadczeniu. Oświadczenie ma charakter tymczasowy do czasu przedłożenia podmiotowych środków dowodowych

Odnosząc powyższe do niniejszego Postępowania, należy wskazać, że:

- zgodnie z Rozdziałem VII SIWZ *Warunki udziału w postępowaniu* ust. 3 określającego warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, Zamawiający uzna w/w warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada uprawnienia do wykonywania działalności polegającej na odbieraniu i transporcie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości m.in. zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu i porządku czystości w gminach;
- zgodnie z Rozdziałem VIII punktem 3.1) SIWZ w ramach warunku posiadania uprawnień do wykonywania działalności Zamawiający wymagał wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Wodynie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9b-9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 z późn. zm.), w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia. Na tej podstawie Wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona zobowiązany jest złożyć w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni, **aktualne na dzień złożenia** zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Wodynie w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Z informacji, która jest informacją jawną, uzyskanej przez Odwołującego wynika, że w dniu składania oferty oraz Oświadczenia wstępnego wykonawcy, Spółka ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. z siedzibą w Międzyrzeczu Podlaskim nie była wpisana w rejestrze wymaganym treścią art. 9 b ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Fakt ten znany był Zamawiającemu jako podmiotowi prowadzącemu rejestr. Z zaświadczenia Wójta Gminy Wodynie z dnia 20 września 2021 roku, nr IGR.6233.1.2021, uzyskanego wraz z protokołem postępowania wynika, że wpisu dokonano w dniu 20 września 2021 roku.

Oceniając powyższe, należy zaznaczyć jednocześnie, że warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania wykonawców.

Skoro zatem Zamawiający jasno wskazał w warunkach udziału w Postępowaniu, że wymaga spełnienia warunków określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wykonawca jest zobowiązany taki warunek spełnić w całości, zgodnie z warunkami udziału w Postępowaniu.

„W doktrynie jednoznacznie podkreśla się, że wykonawca z uwagi na brak kompetencji lub odpowiednich zasobów, albo z uwagi na niezłożenie odpowiednich dokumentów w tym zakresie, nie może być dopuszczony do dalszego udziału w postępowaniu. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 12 jest jedyną, co do

zastosowania której ciężar dowodowy spoczywa na wykonawcy. Ciężar ten sprowadza się do wykazania, że spełnia on w wystarczającym stopniu warunki udziału w postępowaniu i że nie zachodzą wobec niego podstawy wykluczenia. Wykazanie polega najpierw na złożeniu odpowiednich oświadczeń, a następnie na potwierdzeniu treści oświadczeń odpowiednimi dokumentami. Pomimo zmian w przepisach nadal aktualne jest stwierdzenie zawarte w jednym z wyroków KIO, iż zawarta obecnie w art. 24 ust. 1 pkt 12 przesłanka wykluczenia odnosi się do formalnego wymogu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a nie samego faktu ich spełnienia przez wykonawcę. Uwzględniając zasadę pisemności postępowania ustawodawca przyznał zatem prym prawdzie formalnej nad prawdą materialną w zakresie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jest to skutkiem przerzucenia na wykonawców ciężaru dowodu w zakresie wykazania spełniania warunków udziału i wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania (wyr. KIO z 4.6.2012 r., KIO 1020/12, Legalis)” (komentarz do art. 24 PZP Pieróg, wyd. 15, Legalis).

W ocenie Odwołującego Wykonawca ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. warunku tego nie spełnił, mimo złożenia Oświadczenia wstępnego wykonawcy dotyczącego spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, oświadczając, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia – Rozdział VI.

Oceniając powyższy stan faktyczny, należy stwierdzić, że oświadczenie przewidziane treścią art. 125 ust. 1 p.z.p stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe (art. 125 ust. 3 p.z.p.). Zastosowanie przez ustawodawcę formuły "tymczasowo zastępujący" sugeruje ograniczenie czasowe aktualności złożonego oświadczenia. Dlatego zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. W tym przypadku ustawodawca wprowadził zastrzeżenie, że wnoszone środki dowodowe winny być aktualne na dzień ich złożenia, mając na względzie wspomnianą wcześniej ich "tymczasowość".

Na potwierdzenie powyższego rozumowania należy przytoczyć argumenty uzasadnienia wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2020 roku w sprawie KIO 3/20, które zachowały aktualność w obowiązującym stanie prawnym: *Aktualność oświadczeń składanych wraz z ofertą należy badać w kontekście treści przepisu, z którego wynika obowiązek żądania takich oświadczeń oraz z punktu widzenia celu, jakiemu służy złożenie takiego oświadczenia. Skoro według art. 25a ust. 1 pzp oświadczenia składane wraz z ofertą winny być aktualne na dzień składania ofert, wstępne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i stwierdzające brak podstaw do wykluczenia winny potwierdzać te okoliczności na moment złożenia oferty. Ponieważ oświadczenia*

i dokumenty muszą potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, niewystarczające jest zatem wykazanie jej tylko na konkretny dzień w postępowaniu. Stąd aktualność oświadczeń składanych wraz z ofertą nie tyle odnosi się do konkretnego punktu na osi czasu, ale do trwającego przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanu ciągłego, którego punktem początkowym jest w tym przypadku, termin składania ofert. Innymi słowy spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia musi trwać przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż wykonawca ma być cały czas zdolny do realizacji zamówienia. A potem tę ciągłość wykonawca potwierdza dzięki dokumentom składanym na wezwanie z art. 26 ust. 1 pzp. Zdolność ta ma być ciągła i tym samym przesłanki te muszą być spełnione w sposób ciągły - i na dzień składania oferty, i na dzień wezwania z art. 26 ust. 1 pzp oraz na dzień wyboru oferty czy nawet zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Z kolei zamawiającemu przysługuje prawo do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, czyli np. w chwili, w której stwierdzi, że oświadczenie wstępne o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie mogło potwierdzać w świetle złożonych następnie w trybie art. 26 ust. 1 pzp ich spełnianie od upływu terminu składania ofert.

Reasumując, należy uznać, że jeśli Zamawiający prawidłowo oceniłby złożone dokumenty, okazałoby się, że Wykonawca ECOGLOBE Sp. z o.o. S.k. nie spełnia obowiązku legitymowania się wymaganym wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Wiśniew.

Należy jednocześnie wskazać, że w przypadku uwzględnienia powyższego obowiązku, ponowna ocena ofert doprowadziłaby do uznania, że najkorzystniejszą ofertę przedstawił Odwołujący.

adw. Ewa Romanowska

Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej;
2. wydruk z rejestru przedsiębiorców KRS Odwołującego;
3. dowód uiszczenia opłaty od odwołania;
4. SIWZ przetargu nieograniczonego ogłoszonego 31 sierpnia 2021 roku na *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Wodynie;*
5. oświadczenie wstępne wykonawcy dotyczące spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz o braku podstaw do wykluczenia z postępowania, podpisane przez Wykonawcę w dniu 16 września 2021 roku;

6. zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wydane przez Gminę Wodynie z dnia 20 września 2021 roku;
7. informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 1 października 2021;
8. dowód doręczenia kopii odwołania Zamawiającemu.

Siedlce, dn. 1.10.2021r.

Pełnomocnictwo

Działając w imieniu PUK Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach niniejszym upoważniam adwokat Ewę Romanowską prowadzącą Kancelarię Adwokacką przy ul. Czerwonego Krzyża 21 lok. 73 w Siedlcach do występowania w imieniu spółki we wszystkich sprawach administracyjnych, cywilnych i karnych z jej udziałem.

PROKURENT
gme
Anna Głuchowska

PROKURENT
Aska
Anita Stanisławowska

**Za zgodność
z oryginałem.**

Siedlce, dnia 04.10.2021
[Signature]



BNP PARIBAS

Potwierdzenie realizacji przelewu

BNP Paribas Bank Polska S.A.
ul. Kasprzaka 2, 01-211 Warszawa
www.bnpparibas.pl
tel. 801 321 123

Informacje o transakcji: 225_PRZELEW INTERNETOWY

Nadawca przelewu:

Nr Rachunku: 71 2030 0045 1110 0000 0285 5380
Nazwa Banku: BNPPL DOP/Warszawa
Nadawca: PUK SERWIS SP. ZO.O.
Brzeska 110
08-110 Siedlce

Odbiorca przelewu:

Nr Rachunku: 21 1030 1508 0000 0005 5000 0070
Nazwa Banku: BH RCR/Olsztyn
Odbiorca: Urząd Miasta Dzielnicy Mokotów
m. st. Warszawy

Szczegóły płatności:

opł skarbowa od pełnomocnictwa dla
adw. Ewy Romanowskiej

Kwota:

17,00 PLN

Data realizacji:

2021-10-04

Numer referencyjny transakcji:

CEN2110041321000

Niniejsze potwierdzenie przelewu zostało sporządzone na podst. art. 7 ustawy Prawo Bankowe (Dz.U. nr 72 z 2002r., poz. 665, z późniejszymi zmianami). Dokument wygenerowany komputerowo, za pomocą systemu bankowości internetowej GOonline Biznes, nie wymaga podpisu ani stempla.

Uwaga! Data waluty jest prezentowana tylko wówczas, gdy jest inna niż data księgowania (data realizacji).

W przypadku potwierdzenia dla prowizji lub odsetek w polu Nadawca przelewu prezentowane są dane właściciela rachunku oraz pole Odbiorca przelewu jest puste.

Data sporządzenia potwierdzenia: 04.10.2021, 15:00:09

