

Sygn. akt: KIO/KD 25/20

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 16 czerwca 2020 roku

Po rozpatrzeniu w dniu 16 czerwca 2020 roku w Warszawie zastrzeżeń zgłoszonych w dniu 22 maja 2020 r. do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w Warszawie przez Zamawiającego: **Gminę Chocz** dotyczących wyniku kontroli doraźnej z dnia 12 maja 2020 roku znak: UZP/DKZP/KND/56/19, wskazującej na naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust. 3 oraz art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „**Pzp**”

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na:

„Odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych selektywnie zbieranych z terenu Gminy Chocz do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych ZGO w Witaszyczkach 1a, gmina Jarocin w terminie od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.”,

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Katarzyna Poprawa
Katarzyna Prowadzisz

Wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie zasługują na uwzględnienie.

UZASADNIENIE

Przeprowadzona przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych kontrola doraźna zamówienia dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów komunalnych selektywnie zbieranych z terenu Gminy Chocz do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych ZGO w Witaszyczkach 1a, gmina Jarocin w terminie od 1.01.2019 r. do 31.12.2020 r.*”

Prezes Urzędu, po przeprowadzeniu kontroli doraźnej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), stwierdził naruszenie przez Zamawiającego:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie ujętym w rozdziale IV pkt 1 ust. 3 lit. c tiret 2 SIWZ oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej: „**rozporządzenie**”, poprzez żądanie przedłożenia dokumentów na potwierdzenie okoliczności nieujętych w treści rozporządzenia, tj. referencji i umów służących określeniu „tonażu” zebranych odpadów, a w konsekwencji również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 992 ze zm.), dalej: „**ustawa o odpadach**”, a w konsekwencji również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia

określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, oraz poprzez udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego;

3. art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku z modyfikacją treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Ad. 1 W uzasadnieniu stwierdzonych naruszeń Prezes UZP wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 ppkt 3 lit. c SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, tj. wykażą się następującym doświadczeniem: w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał:

- co najmniej 1 usługę odbierania odpadów komunalnych w ciągu następujących po sobie 12 miesiącach, o wartości nie mniejszej niż 200.000,00 zł brutto oraz
- usługę odbioru odpadów komunalnych wykonanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg.

Na podstawie zapisów rozdziału VI pkt 3 lit. c SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien przedłożyć wykaz usług (o treści zgodnej z załącznikiem nr 10b do SIWZ) wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, 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 lub 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 niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę złożyło 3 wykonawców, przy czym oferta Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. została

najwyżej oceniona.

W związku z powyższym, pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał ww. Wykonawcę do przedłożenia na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Jednocześnie, Zamawiający podkreślił, iż wykaz żądanych oświadczeń i dokumentów przedstawiono w rozdziale IV SIWZ.

W dniu 10 grudnia 2018 r. Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył w siedzibie Zamawiającego, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c SIWZ:

1. wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat usług na wzorze stanowiącym załącznik nr 10b do SIWZ, z treści którego wynika, że Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. wykonał w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie:
 - odbiór i transport odpadów komunalnych i zmieszanych oraz odpadów komunalnych selektywnie zbieranych z terenu gminy Borek Wielkopolski o wartości 104.447,93 zł brutto dla Gminy Borek Wielkopolski, w terminie: 10.07.2018 r. – 31.12.2018 r.,
 - odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na których powstają odpady komunalne w granicach administracyjnych gminy Łądek o wartości 588.500,00 zł brutto (wartość zamówienia wykonana przez Wykonawcę: 252.500,00 zł brutto) dla Gminy Łądek, w terminie: 17.07.2018 r. – 30.06.2019 r.,
 - odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych oraz odbiór i transport odpadów komunalnych selektywnie zebranych z terenu gminy Gizałki o wartości 123.603,48 zł brutto dla Gminy Gizałki, w terminie: 17.07.2018 r. – 31.12.2018 r.;
2. referencje z dnia 20 listopada 2018 r. wystawione przez Gminę Łądek, z treści których wynika, że Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. zajmuje się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łądek od 17 lipca 2018 r., a usługa wykonywana jest należycie;
3. referencje z dnia 21 listopada 2018 r. wystawione przez Gminę Borek Wielkopolski, z treści którego wynika, iż Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. świadczy usługę odbioru i transportu odpadów komunalnych z terenu Gminy Borek Wielkopolski, a usługi są wykonywane zgodnie z warunkami zawartej umowy, na wymaganym poziomie technicznym;

4. referencje z dnia 22 listopada 2018 r. wystawione przez Gminę Gizałki, z treści których wynika, iż Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. świadczy usługę odbioru odpadów komunalnych na terenie Gminy Gizałki, zbiórka odpadów komunalnych przebiega w sposób należyty i terminowy oraz zgodny z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy, a wszelkie zastrzeżenia zgłaszane przez właścicieli nieruchomości są na bieżąco wyjaśniane ze skutkiem pozytywnym.

Pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedstawienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ - usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, gdyż spełnienie ww. warunku nie wynikało z treści dokumentów złożonych przez Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. w dniu 10 grudnia 2018 r.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie, Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył pismo z dnia 11 grudnia 2018 r. zawierające oświadczenie, iż firma od dnia 01 stycznia 2018 r. do dnia 05 grudnia 2018 r. wykonała usługę odbioru odpadów komunalnych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. W treści ww. pisma zawarto również następujące zestawienie:

- Gmina Borek Wielkopolski: 845,72 Mg,
- Gmina Gizałki: 236,60 Mg,
- Gmina Łądek: 394,34 Mg,
- Nieruchomości niezamieszkałe – podmioty gospodarcze (Gmina Kotlin, Nowe Miasto, Żerków, Koźmin Wlkp., Rozdrażew, Łądek, Słupca Zagórów, Pyzdry, Kołaczkowo): 553,36 Mg.

Pismem z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający ponownie wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ wyjaśniając jednocześnie, iż należy przekazać stosowne dokumenty potwierdzające wykonanie co najmniej jednej usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg (np. referencje określające tonaż, umowy itp.) w nieprzekraczalnym terminie do dnia 13 grudnia 2018 r. godz. 11:30.

W piśmie z dnia 13 grudnia 2018 r. Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. wskazał, iż w związku z otrzymanym w dniu 12 grudnia 2018 r. wezwaniem do przedłożenia dokumentów potwierdzających wykonanie usługi odbioru odpadów – w załączeniu przekazuje następujące dokumenty:

1. aneks z dnia 26 października 2018 r. do umowy nr RI.272.11.2018 zawartej z Gminą Borek, ze wskazaniem ilości przewidzianych do transportu odpadów w okresie od 10 lipca 2018 r. do 31 grudnia 2018 r. w ilościach: 775 Mg odpadów komunalnych oraz 250 Mg odpadów selektywnych;
2. Karty Przekazania Odpadów, z treści których wynika, iż z terenu Gminy Gizalki zostało odebranych w okresie od lipca do 5 grudnia 2018 r. łącznie: 237,88 Mg odpadów (Wykonawca wskazał, iż *pomimo prośby skierowanej do RIPOK w Jarocinie o przekazanie takiej zbiorczej informacji niestety nie została ona spółce udzielona*);
3. informację z RIPOK w Koninie dotyczącą ilości dostarczonych odpadów przez firmę WM Wiatrowiec z terenu Gminy Łądek w 2018 r., tj.: 382,38 Mg, oraz informację Gminy Łądek o ilości odpadów, które są odbierane w ramach kolejnej umowy na odbiór odpadów komunalnych w okresie od 30 listopada 2018 r. do 30 czerwca 2019 r., która to jest kontynuacją wcześniej wykonywanej usługi – 725,31 Mg;
4. oświadczenie Wykonawcy o następującej treści: *z uwagi, iż spółka nie jest w posiadaniu zestawień z poszczególnych RIPOKÓW, do których kierowane są odpady zebrane z podmiotów gospodarczych (RIPOKI przekazują firmą dostarczającym odpady taką informację po zakończeniu roku kalendarzowego w terminie do dnia 15 stycznia następującego roku, dlatego też w zakresie nieruchomości niezamieszkałych przekazujemy oświadczenie w zakresie ilości zebranych w okresie od 01.01.2018 r. – 05.12.2018 r. odpadów komunalnych od podmiotów gospodarczych (Gmina Kotlin, Nowe Miasto, Żerków, Koźmin Wlkp., Rozdrażew, Łądek, Słupca, Zagórów, Pызdry, Kołaczkowo): 553,36 Mg.*

Jednocześnie Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. wskazał w powyższym piśmie, iż z zapisów SIWZ nie wynika, iż wykonawca powinien wykazać wykonanie jednej usługi odbioru odpadów komunalnych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, dlatego też Spółka WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. w celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku polega na wymienionych w niniejszym piśmie usługach.

W dniu 28 grudnia 2018 r. została zawarta pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą

WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. umowa nr ZPI.271.12.2018 w sprawie niniejszego zamówienia publicznego.

Wobec powyższego Prezes UZP wskazał, iż instytucja wezwania do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów określona w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp została ustanowiona w celu umożliwienia uniknięcia wykluczenia wykonawcy, który złożył prawidłowo sporządzoną pod względem merytorycznym ofertę, ale nie dopełnił warunków formalnych pozwalających Zamawiającemu jednoznacznie stwierdzić, czy ten wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu, a także czy oferowane dostawy, usługi czy roboty budowlane są zgodne z wymaganiami postawionymi w specyfikacji. Jednocześnie, w ocenie Prezesa UZP, należy pamiętać o zachowaniu zasady jednokrotności wezwania w sytuacji, gdy pierwsze wezwanie jest jednoznaczne i precyzyjne, bowiem zignorowanie tej zasady może prowadzić do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca, który nie wypełni zobowiązań nałożonych na niego w treści prawidłowo sformułowanego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Prezes UZP podkreślił, iż Zamawiający może żądać przedłożenia od wykonawcy jedynie dokumentów wymienionych w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.), dalej: „rozporządzenie”, a zatem w niniejszym przypadku – zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia – w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności zawodowej: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału 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 dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub 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 albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W ocenie Prezesa UZP w niniejszym postępowaniu pismo Zamawiającego skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 10 grudnia 2018 r. zawierało jednoznaczne wezwanie do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ - usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, gdyż spełnienie ww. warunku nie wynikało z treści dokumentów złożonych przez Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. w dniu 10 grudnia 2018 r. Natomiast, w wezwaniu z dnia 11 grudnia 2018 r., również skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, wystosowanym w związku ze złożonym w dniu 11 grudnia 2018 r. oświadczeniem Wykonawcy, które nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ Zamawiający zażądał, aby Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył dokumentację (np. referencje, umowy itp.) potwierdzającą wykonanie usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg.

W ocenie Prezesa UZP, analizując oba wezwania skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy należy zauważyć, iż w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający dodatkowo wskazał, iż żąda przedłożenia dokumentów, np. referencji określających tonaż, umowy. Natomiast, w obu pismach wskazano, że przekazana przez Wykonawcę dokumentacja nie potwierdza spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ - usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, należy stwierdzić, iż treść pierwszego wezwania ujętego w piśmie z dnia 10 grudnia 2018 r. była precyzyjna i jednoznaczna. Zamawiający żądał potwierdzenia spełniania warunku ujętego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ, co oznacza potrzebę przedłożenia wykazu usług wymienionego w rozdziale IV SIWZ wraz z dokumentami potwierdzającymi należyte wykonanie zamówień.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Zamawiający mógł wezwać ww. Wykonawcę jedynie o poprawnie wypełniony wykaz usług w celu potwierdzenia wykonania usługi o tonażu nie mniejszym niż 2000 Mg, gdyż treść przedłożonych w dniu 10 grudnia 2018 r. referencji potwierdza już należyte wykonanie zamówień, bądź o przedłożenie nowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Natomiast, treść rozporządzenia nie zezwala na wzywaniu wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie czy wskazane w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Uwzględniając powyższe, w ocenie Prezesa UZP, należy uznać, iż nie wystąpiły podstawy do ponownego wezwania Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku postawionego w rozdziale IV pkt 1 ust. 3 lit. c tiret 2 SIWZ, co świadczy o naruszeniu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a także z uwagi na treść wezwania z dnia 11 grudnia 2019 r. doszło do naruszenia § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia, gdyż Zamawiający żądał w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy dokumentów nieujętych w treści rozporządzenia.

Jednocześnie Prezes UZP zauważył, iż w rozdziale IV pkt 1 ust. 3 lit. c tiret 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, Wykonawca wykonał: usługę odbioru odpadów komunalnych wykonanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Użycie w warunku słowa „usługa” świadczy w ocenie Urzędu jednoznacznie, iż w celu wykazania spełnienia warunku Wykonawca powinien posiadać doświadczenie zdobyte przy realizacji przynajmniej jednej usługi o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg.

W ocenie Prezesa UZP, Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. próbował potwierdzić spełnienie ww. warunku poprzez zsumowanie tonażu odpadów zebranych na podstawie wielu stosunków zobowiązaniowych, tj. usługi świadczonej dla Gminy Borek Wielkopolski, Gminy Gizałki, Gminy Łądek oraz podmiotów gospodarczych mających siedzibę na terenie Gminy Kotlin, Nowego Miasta, Żerkowa, Koźmina Wlkp., Rozdrażewa, Łądką, Słupca Zagórów, Pызdr, Kołaczkowa – przy czym żadna z ww. usług samodzielnie nie potwierdza spełnienia warunku ujętego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ. Zatem, Zamawiający był zobowiązany do

wykluczenia Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. z udziału w postępowaniu z uwagi na brak wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy po otrzymaniu oświadczenia ww. Wykonawcy zawartego w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. Jednocześnie, należy podkreślić, iż dokumenty przedłożone przez ww. Wykonawcę na późniejszym etapie postępowania jedynie potwierdziły, iż ww. Wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Prezesa UZP, doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie ujętym w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ oraz § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia poprzez żądanie przedłożenia dokumentów na potwierdzenie okoliczności nieujętych w treści rozporządzenia, tj. referencji i umów służących określeniu „tonażu” zebranych odpadów, a w konsekwencji również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Ad 2. Zgodnie z rozdziałem IV pkt 1 ppkt 1 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełniali warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. wykazali, iż posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Gminy Chocz, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach.

Na podstawie zapisów rozdziału VI pkt 2 ppkt 1 SIWZ, w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu wykonawca powinien przedłożyć na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Gminy Chocz, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach.

Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył wraz z formularzem ofertowym

stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oświadczenia w zakresie wskazanym w załączniku nr 2 i nr 3 do SIWZ oraz dowód wniesienia wadium, a następnie w dniu 6 grudnia 2018 r. Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył oświadczenie o braku przynależności do grupy kapitałowej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798 ze zm.).

Pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Jednocześnie, Zamawiający wskazał, iż wykaz żądanych oświadczeń i dokumentów został zawarty w rozdziale IV SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu.

W dniu 10 grudnia 2018 r. Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. przedłożył w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, jedynie zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wydane przez Burmistrza Gminy Chocz w dniu 20 listopada 2018 r., znak OS.6233.4.2018.

Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Należy podkreślić, iż możliwość ustanowienia warunków udziału w postępowaniu służy wyłonieniu wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zgodnie z treścią art. 22 ust. 1b ustawy Pzp, mogą one dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, sytuacji ekonomicznej lub finansowej lub zdolności technicznej lub zawodowej.

Natomiast, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich

złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Prezesa UZP, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zaniechał wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o., którego oferta została najwyżej oceniona, do przedłożenia zezwolenia na transport odpadów wydanego przez właściwy organ lub wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach.

W ocenie Prezesa UZP, Zamawiający, bez przeprowadzenia postępowania sprawdzającego spełnianie przez ww. Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, zawarł w dniu 28 grudnia 2018 r. z Wykonawcą WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. umowę nr ZPI.271.12.2018 w sprawie udzielenia przedmiotowego zamówienia publicznego.

W związku z powyższym Prezes UZP stwierdził, iż Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, a w konsekwencji również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, oraz poprzez udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

Ad 3. W związku z zapytaniem złożonym w trybie art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, pismem z dnia 3 grudnia 2018 r. Zamawiający poinformował o zmianie treści rozdziału II ust. 10 pkt 1 SIWZ: *Wykonawca przekaze Zamawiającemu potwierdzenie przekazania do RIPOK odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy Chocz zawierające informacje o ilościach, kodach i sposobach utylizacji w terminie 10 dni roboczych od daty przekazania odpadów do RIPOK.*
na zapis:

Wykonawca przekaze Zamawiającemu potwierdzenie przekazania do RIPOK odpadów komunalnych zebranych z terenu gminy Chocz zawierające informacje o ilościach i kodach zebranych do 10 dnia następnego miesiąca.

Jednocześnie, Zamawiający zaniechał zmiany treści ww. zapisu zawartego w sekcji II.4) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2018 r. pod numerem 654015-N-2018.

Zgodnie z art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, w ocenie Prezesa UZP, doszło do naruszenie przez Zamawiającego art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku z modyfikacją treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w ustawowym terminie wniósł pisemne zastrzeżenia do nadesłanej informacji i protokołu z kontroli. W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający wskazał, że zgodnie z zapisem SIWZ rozdziale IV pkt 3 lit c) tiret 2 zamawiający wymagał udokumentowania przez wykonawcę wykonania usługi odbioru odpadów komunalnych o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Nie zastrzegł, że ma to być realizacja przynajmniej jednej usługi o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, na rzecz jednego podmiotu. Zamawiający mając na myśli wykonanie usługi, miał na uwadze jeden rodzaj usługi w tym wypadku odbiór odpadów. Zamawiający wpisałby np. usługi odbioru, magazynowania lub zagospodarowania odpadów komunalnych, gdyby chciał aby wykonawca okazał się „usługami”. Jednak zamawiający SIWZ, zastosował celowo zapis, iż chce aby wykonawca okazał się usługą odbioru odpadów komunalnych na rzecz właścicieli nieruchomości, o łącznej masie nie mniejszej 2000 Mg. Przy czym nie zastrzegł, usługa ta miała być świadczona rzecz właścicieli nieruchomości na podstawie tylko jednej umowy z tylko jednym podmiotem. Zamawiający tylko dlatego dopuścił świadczenie usługi odbioru odpadów nie określając, że ma to być usługa świadczona tylko i wyłącznie dla

jednego podmiotu, po to aby dać możliwość składania ofert jak największej liczbie oferentów zgodnie z zasadą konkurencyjności.

W ocenie Zamawiającego powyższe wynika z interpretacji językowej tej części SIWZ, która ma charakter normatywny. Zamiarem Zamawiającego było sprawdzenie, czy wykonawca jest w stanie odbierać odpady o masie co najmniej 2000 Mg i w tym sensie nie ma znaczenia, czy odpady te są odbierane w ramach jednej umowy, czy też kilku umów. Zamawiający podkreślił, że w odniesieniu do tego warunku udziału w postępowaniu nie użyto wyrażenia „co najmniej jednej usługi” lecz jedynie „usługi”. Chodziło zatem o usługę w rozumieniu definicji, zawartej w art. 2 pkt 10 ustawy Pzp bez jasnego ograniczenia, że usługa ta winna wykonywana na rzecz jednego zamawiającego. Gdyby zamawiający wskazał, iż chce aby wykonawca okazał się świadczeniem usługi o masie 2000 Mg na rzecz jednego podmiotu - to znacznie zawęziłby krąg przedsiębiorców, którzy mogliby składać oferty. Przy takim wówczas zapisie świadczenie usług gwarantowałoby „monopol” praktycznie tylko dla zamkniętego, niewielkiego grona wykonawców. Zamawiający wskazał, że wątpliwości interpretacyjne SIWZ winno być rozstrzygane na korzyść wykonawcy.

W ocenie Zamawiającego takie postępowanie znajduje uzasadnienie w treści art. 22 Ustawy Zasadniczej - Konstytucji, który to przepis kreuje zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej w zw. z treścią ustawy — Prawo przedsiębiorców. Nadto wskazać należy na art. 7 ust. 1 ustawy — Prawo zamówień publicznych, w szczególności z odwołaniem do wskazanej tam zasady proporcjonalności, dotyczącej m.in. formułowania warunków udziału w postępowaniu.

W ocenie Zamawiającego wykonawca słusznie przyjął, że skoro nie wskazano, że usługa odbioru odpadów być wykonywana w ramach jednej umowy, to jest w pełni uprawniony do wskazania trzech umów o łącznej ilości odbieranych odpadów przekraczającej wymagania w SIWZ.

Wykonawca WM Wiatrowiec Energie pismem z dnia 6 grudnia 2018 r. została wezwana na podstawie art. 26 ust. 2 Prawo zamówień publicznych o złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. W dniu 10 grudnia 2018 roku do urzędu wpłynęły dokumenty. Zamawiający po analizie ww. dokumentów stwierdził, iż brakuje dokumentów potwierdzających spełnienie warunku określonym w SIWZ, w

rozdziale IV pkt 3 lit tiret 2 czyli wykonania usługi odbioru odpadów komunalnych o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. W związku z powyższym zamawiający w dniu 11 grudnia 2018 r. wezwał wykonawcę na podstawie art. 26 ust. 3 ww. ustawy o przedłożenie brakujących dokumentów.

Zamawiający wskazał, że w wezwaniu z dnia 10 grudnia 2018 r. nie wskazał dokładnie jakie dokumenty ma przedłożyć wykonawca. Dlatego też w ponownym piśmie precyzyjnie wskazał jakie dokumenty ma przedłożyć spółka WM Wiatrowiec ENERGIE w celu udowodnienia usługi odbioru odpadów komunalnych o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Zamawiający powołał się na wyro KIO 732/12.

Zamawiający wskazał, iż podziela pogląd o niedopuszczalności dwukrotnego wezwania jednak w jego ocenie zakaz ten dotyczy sytuacji, gdy bezskutecznie upłynął termin wskazany w pierwszym piśmie. W tym sensie drugie wezwanie to jedynie doprecyzowaniem wezwania z dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający nie ograniczał też wykonawcy w zakresie dowodów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, cytując w tym zakresie przepisy rozporządzenia. Zamawiający wskazał, że chociaż w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. użyto wyrazu „umowa”, ale chodziło o jakiegokolwiek dokumenty, poprzez posłużeniem się skrótem „n.p.”

W związku z powyższym, Zamawiający postanowił powtórzyć wezwanie ponieważ w pierwszym wezwaniu nie wskazał dokładnie jakie dokumenty ma dostarczyć wykonawca.

W zakresie drugiego ze stwierdzonych naruszeń Zamawiający wskazał, że nie wezwał wykonawcy WM Wiatrowiec Energie do przedłożenia odpowiedniego wpisu do rejestru na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, dokument ten był w posiadaniu Zamawiającego. Zamawiający wskazał, że nie został on przedłożony Prezesowi UZP ponieważ prawdopodobnie nie został skopiowany przez omyłkę i przesłany z pozostałymi dokumentami.

W zakresie stwierdzonego przez Prezesa UZP trzeciego naruszenia, Zamawiający wskazał, że nie każda zmiana SIWZ wymaga zmiany ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych. Dlatego też, głównym źródłem informacji dla oferentów jest Biuletyn Informacji Publicznej (BIP) zamawiającego. Wprowadzona zmiana nie miała żadnego wpływu na oferentów, a jedynie na sposób wykonywania usługi.

Zamawiający wskazał, że zmiana w specyfikacji ograniczała się do kwestii przekazywania — w trakcie realizacji zamówienia — informacji o przekazywaniu do RIPOK odpadów. Zmiana ta nie miała więc, w ocenie Zamawiającego, absolutnie żadnego wpływu na sposób sporządzenia oferty czy zakres i przedmiot zamówienia, wymagający przemyślenia przez wykonawców treści złożonych ofert. Powyższa zmiana nie wymagała żadnych dodatkowych aktów staranności, czy analizy strony wykonawców. W ocenie Zamawiającego zmiana nie była objęta zakresem regulacji art. 38 ust. 6 ustawy Pzp, który stanowi o konieczności przesunięcia terminu składania ofert o „niezbędny dodatkowy czas na wprowadzenie zmian w ofertach”.

Zamawiający wskazał, że zmiana treści SIWZ została zamieszczona w Biuletynie Informacji Publicznej, który jest głównym źródłem informacji dla oferentów. W ocenie Zamawiającego brak zamieszczenia zmiany SIWZ w ogłoszeniu na Biuletynie Zamówień Publicznych nie wpłynęła na niekorzyść któregokolwiek z oferentów. Ponadto, Zamawiający wskazał, że wykonawca, na dzień składania oferty posiadał wszystkie niezbędne zezwolenia do świadczenia usługi w zakresie i transportu odpadów i spełniał warunki określone w SIWZ przez Zamawiającego. Oferta, która została wybrana pozwoliła na niższe koszty gospodarowania odpadami komunalnymi, a co za tym idzie niższe koszty ponoszone przez mieszkańców gminy.

Prezes UZP, odpowiadając na zastrzeżenia zgłoszone od wyniku kontroli wskazał, że nie podziela argumentacji Zamawiającego i w całości podtrzymuje ustalenia zawarte w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*.

Prezes UZP wskazał, że nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż w celu wykazania spełnienia ww. warunku należało wykazać wykonanie usług odbioru odpadów komunalnych o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, gdyż przeczy to literalnemu zapisowi tego warunku. Jeżeli Zamawiający zamierzał dopuścić do udziału w postępowaniu również wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonywaniu wielu usług o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, to powinien wyraźnie zaznaczyć to w treści warunku, np. poprzez podanie w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c SIWZ, aby wykonawcy wykazali w celu spełnienia warunku wykonanie usług odbioru odpadów (w liczbie mnogiej) o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. W ocenie Prezesa UZP nawet użycie wyrażenia „o łącznej masie” nie świadczy o zamiarze Zamawiającego uznania doświadczenia wykonawcy w postaci kilku usług, gdyż charakter usługi odbioru odpadów powoduje, iż w ramach świadczenia jednej usługi wykonawca zwiększa

odbierany tonaż odpadów przy każdym kolejnym odbiorze od danego mieszkańca gminy bądź przedsiębiorstwa (w zależności od przedmiotu świadczenia), a dopiero suma ilości zebranych odpadów za dany okres wskazuje rzeczywisty tonaż zebranych odpadów w ramach zleconej usługi.

Jednocześnie Prezes UZP wskazał, iż w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający nie zastrzegł, iż wymaga doświadczenia w postaci realizacji przynajmniej jednej usługi o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg na rzecz jednego podmiotu, bowiem poprzez użycie „usługi” miał na myśli „jeden rodzaj usługi”, podczas gdy w wezwaniu z dnia 11 grudnia 2018 r. skierowanym do Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp żądał przedłożenia *stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie co najmniej jednej usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg (np. referencje określające tonaż, umowy itp.) (...)*. Powyższe potwierdza, iż pierwotnie Zamawiający wymagał doświadczenia w postaci wykonania (co najmniej) jednej usługi odbioru odpadów komunalnych, a nie usług jednego rodzaju.

Ponadto Prezes UZP podkreślił, iż w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej* z dnia 12 maja 2020 r. nie wskazano, iż usługa odbioru odpadów musi być wykonana na podstawie jednej umowy. Należy zauważyć, iż dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej należało wykazać wykonanie usługi odbioru odpadów komunalnych wykonanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, przy czym Zamawiający nie zastrzegł, iż poprzez usługę rozumie świadczenie wykonywane na podstawie jednej umowy. Prezes UZP wskazał, iż jedna usługa zawarta pomiędzy zleceniodawcą i zleceniobiorcą może być świadczona na podstawie kilku umów, przy zachowaniu ciągłości świadczenia. Zatem, analiza zapisu zawartego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ prowadzi do wniosku, iż wykonawca był zobowiązany do wykazania wykonania usługi odbioru odpadów, przy czym ww. usługa mogła być wykonywana na podstawie kilku następujących po sobie umów.

Prezes UZP wskazał, że w niniejszym przypadku zasada interpretacji niejasnych i dwuznacznych zapisów SIWZ na korzyść wykonawcy nie znajduje zastosowania, gdyż warunek udziału w postępowaniu zawarty w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ jest precyzyjny, konkretny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. W ocenie Prezesa UZP zmiana

interpretacyjna ww. warunku, poprzez dopuszczenie wykazania wykonania kilku usług odbioru odpadów, dokonana przez Zamawiającego po terminie składania ofert jest niedopuszczalna oraz naruszająca zasadę równego traktowania wykonawców. W ocenie Prezesa UZP można bowiem przypuszczać, iż gdyby w zapisach SIWZ zawarto powyższą informację – która w sposób znaczący zmniejsza wymagania Zamawiającego – to ofertę mogliby złożyć również inni wykonawcy będący w stanie wykazać doświadczenie w postaci zebrania tonażu co najmniej 2000 Mg odpadów na podstawie kilku usług, a jednocześnie nie spełniający warunku w brzmieniu rozdziału IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ.

Odnosząc się do kwestii naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dwukrotne wezwanie Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej w zakresie ujętym w rozdziale IV pkt 1 ust. 3 lit. c tiret 2 SIWZ, Prezes UZP wskazał, że pismem z dnia 10 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ, czyli usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, gdyż spełnienie ww. warunku nie wynikało z treści dokumentów złożonych przez Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. w dniu 10 grudnia 2018 r. Natomiast, w piśmie z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający dodatkowo wskazał, iż żąda przedłożenia dokumentów, np. referencji określających tonaż, umowy. Zatem, nie można uznać, iż pierwsze wezwanie skierowane na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, które zawierało podstawę wezwania (przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności zawodowej wykonawcy) oraz żądanie – dostarczenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ – nie było precyzyjne i konkretne. Na podstawie pisma z dnia 10 grudnia 2018 r. wykonawca powinien przedłożyć dokumenty potwierdzające spełnienie warunku zawartego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ, przy czym w rozdziale VI pkt 3 lit. c SIWZ zawarto katalog dokumentów, które wykonawca powinien przekazać Zamawiającemu w celu wykazania spełniania ww. warunku.

Z uwagi na powyższe, w ocenie Prezesa UZP, nie można zgodzić się z Zamawiającym, iż był uprawniony do ponownego wezwania Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu

zawartego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ, tym samym poprzez wystosowanie do ww. Wykonawcy pisma z dnia 11 grudnia 2018 r. Zamawiający naruszył dyspozycję art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Prezes UZP wskazał, iż Zamawiający może żądać przedłożenia od wykonawcy jedynie dokumentów wymienionych w treści rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. *w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.). Zatem, zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Zamawiający mógł wezwać ww. Wykonawcę jedynie o poprawnie wypełniony wykaz usług w celu potwierdzenia wykonania usługi o tonażu nie mniejszym niż 2000 Mg, gdyż treść przedłożonych w dniu 10 grudnia 2018 r. referencji potwierdza już należyte wykonanie zamówień, bądź o przedłożenie nowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Natomiast, treść rozporządzenia nie zezwala na wzywianie wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie czy wskazane w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP, Zamawiający naruszył również § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia poprzez żądanie przedłożenia dokumentów na potwierdzenie okoliczności nieujętych w treści rozporządzenia, tj. referencji i umów służących określeniu „tonażu” zebranych odpadów. Należy wyjaśnić, iż ujęcie referencji i umów jako przykładowych dokumentów potwierdzających ilość tonażu odbieranych odpadów komunalnych w niniejszym przypadku ma znaczenie drugorzędne, bowiem Zamawiający nie miał postaw prawnych do żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, gdyż ocena spełniania ww. warunku jest dokonywana na podstawie złożonego wykazu usług. W niniejszym przypadku Zamawiający nie wezwał ww. Wykonawcy do przedłożenia poprawionego wykazu usług ani do złożenia wyjaśnień w zakresie ilości zebranego tonażu odpadów.

Dalej Prezes UZP wskazał, że wraz z pismem z dnia 21 maja 2020 r. zawierającym zastrzeżenia od wyniku kontroli Zamawiający przekazał potwierdzoną za zgodność z oryginałem kopię zaświadczenia o wpisie Spółki WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jedn. Dz. U. z 2018 r. poz. 992 ze zm.), dalej: „ustawa o odpadach”. Dokument ten nie został udostępniony Prezesowi Urzędu na etapie trwania kontroli. Prezes UZP wskazał, że na przekazanym dokumencie nie zawarto

adnotacji o wpływie do siedziby Zamawiającego, został on jednak potwierdzony za zgodność zarówno przez Zamawiającego, jak i Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający stwierdził jedynie lakonicznie, iż nie wezwał Spółki WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia odpowiedniego wpisu do rejestru na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ dokument ten był w posiadaniu Zamawiającego.

Prezes UZP wskazał, iż zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570 oraz z 2018 r. poz. 1000, 1544 i 1669), jednakże jak wskazano w § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w *sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia* (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) – w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Powyższe oznacza, że to wykonawca powinien powołując się na ww. przepisy wskazać dokumenty, do których przedłożenia został wezwany a które są już w posiadaniu zamawiającego, aby móc skorzystać ze zwolnienia go z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów zamawiającemu. Analiza przekazanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wykazała, iż w żadnym z pism Wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. nie powołał się na uprawnienie przewidziane w § 10 ust. 2 rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zatem, w niniejszym przypadku nie wystąpiły przesłanki do zwolnienia go z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów zamawiającemu. W ocenie Prezesa UZP odmienna interpretacja możliwości skorzystania z ww. uprawnienia przez wykonawcę byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem § 10 ust. 2 rozporządzenia.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP, należy stwierdzić, iż w niniejszym przypadku Zamawiający był zobowiązany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach.

Prezes UZP wskazał, że modyfikacja zapisów rozdziału II ust. 10 pkt 1 SIWZ w zakresie realizacji usługi dokonana w dniu 3 grudnia 2018 r. powinna doprowadzić do zmiany treści ww. zapisu zawartego w sekcji II.4) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27 listopada 2018 r. pod numerem 654015-N-2018. Ponadto należy zaznaczyć, iż powyższa zmiana dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, gdyż raportowanie przekazania do RIPOK odpadów komunalnych jest jedną z czynności ujętych w realizacji zamówienia. Ponadto Wykonawca wnoszący o powyższą zmianę wskazał, iż w ustawie o odpadach nie funkcjonuje definicja mówiąca o sposobach utylizacji, co uniemożliwi podanie takich informacji w potwierdzeniu przekazania RIPOK odpadów komunalnych (pismo Wykonawcy ZGO-NOVA Sp. z o.o. z dnia 30 listopada 2018 r.). Zatem, pierwotne brzmienie rozdziału II ust. 10 pkt 1 SIWZ budzi wątpliwości co do możliwości realizacji usługi w zakresie raportowania o przekazaniu do RIPOK odpadów komunalnych. Modyfikacja treści SIWZ w powyższym zakresie powinna zostać ujęta również w sekcji II.4) ogłoszenia o zamówieniu.

Wobec powyższego, w ocenie Prezesa UZP doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku z modyfikacją treści SIWZ.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpatrując zastrzeżenia Zamawiającego zgłoszone wobec informacji o wyniku kontroli, uznała, iż nie zasługują one na uwzględnienie.

Na podstawie przedłożonej dokumentacji postępowania, Izba stwierdziła, iż w trakcie kontroli właściwie zrekonstruowano i przedstawiono stan faktyczny sprawy – ustalenia kontrolującego w tym zakresie Izba przyjmuje za własne.

Izba podziela w całości argumentację przedstawioną przez Prezesa UZP.

Wskazać należy na wstępie, iż zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1 ustawy Pzp, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Na tle art. 26 ust. 3 ustawy Pzp orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jak i sądów powszechnych wypracowało zasadę jednokrotnego wezwania wykonawców do uzupełnienia dokumentów. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, by zamawiający nie wzywał dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego dokumentu (oświadczenia) bądź potwierdzenia tej samej okoliczności.

W ocenie Izby, Prezes UZP prawidłowo ustalił, że wezwanie wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. z dnia 10 grudnia 2018 r. oraz z dnia 11 grudnia 2018 r. dotyczyło uzupełnienia tego samego oświadczenia na potwierdzenie tej samej okoliczności. Analiza treści obu wezwań nie pozostawia, w ocenie Izby, wątpliwości, iż Zamawiający wezwał wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ, czyli usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Izba nie podziela poglądu Zamawiającego zawartego w treści złożonych zastrzeżeń, iż wezwanie z dnia 11 grudnia 2018 r. stanowiło doprecyzowanie dokumentów jakie wykonawca winien złożyć w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a w związku z tym nie może być traktowane jako ponowne wezwanie dotyczących tych samych kwestii, które Zamawiający pierwotnie wskazał w wezwaniu z dnia 10 grudnia 2018 r. Podkreślić bowiem należy, że to na wykonawcy ciąży obowiązek wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w sposób określony przez Zamawiającego w SIWZ. Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp umożliwia jednokrotne uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający korzystając z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w wskazanego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ. Skoro Zamawiający uznał, że złożone przez wykonawcę dokumenty i oświadczenia w odpowiedzi na wezwanie z dnia 10 grudnia 2018 r. nie potwierdzają ww. warunku udziału w postępowaniu, to

winien w takiej sytuacji wykluczyć wykonawcę z postępowania. Ponowne wezwanie wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do wykazania spełnienia tego samego warunku udziału w postępowaniu było, w ocenie Izby, niedopuszczalne. Stało bowiem w sprzeczności z zasadą równego traktowania wykonawców w postępowaniu wyrażająca się w zasadzie jednokrotnego wzywania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba podziela pogląd Prezesa UZP, iż zgodnie z § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 ze zm.) (dalej „**rozporządzenie**”) Zamawiający mógł wezwać wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. jedynie o poprawnie wypełniony wykaz usług w celu potwierdzenia wykonania usługi o tonażu nie mniejszym niż 2000 Mg, gdyż treść przedłożonych w dniu 10 grudnia 2018 r. referencji potwierdza już należyte wykonanie zamówień, bądź o przedłożenie nowego wykazu usług wraz z dowodami potwierdzającymi ich należyte wykonanie. Natomiast, treść rozporządzenia nie zezwala na wzywanie wykonawców o przesłanie dowodów na inną okoliczność niż ustalenie czy wskazane w wykazie usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Tym samym, Zamawiający naruszył również § 2 ust. 4 pkt 2 rozporządzenia poprzez żądanie przedłożenia dokumentów na potwierdzenie okoliczności nieujętych w treści rozporządzenia, tj. referencji i umów służących określeniu „tonażu” zebranych odpadów. Należy wyjaśnić, iż ujęcie referencji i umów jako przykładowych dokumentów potwierdzających ilość tonażu odbieranych odpadów komunalnych w niniejszym przypadku ma znaczenie drugorzędne, bowiem Zamawiający nie miał postaw prawnych do żądania dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w powyższym zakresie, gdyż ocena spełniania ww. warunku, zgodnie ze SIWZ, jest dokonywana na podstawie złożonego wykazu usług.

W ocenie Izby nie zasługują również na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące interpretacji warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ. Izba w tym zakresie w pełni aprobuje stanowisko Prezesa UZP. Wskazać należy, że w rozdziale IV pkt 1 ust. 3 lit. c tiret 2 SIWZ Zamawiający wskazał, że uzna warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności zawodowej za spełniony, jeżeli w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonawca wykonał: usługę odbioru odpadów komunalnych wykonanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Zgodzić się należy z Prezesem UZP, iż użycie w opisie warunku słowa

„usługa” świadczy jednoznacznie, iż w celu wykazania spełnienia warunku wykonawca powinien posiadać doświadczenie zdobyte przy realizacji przynajmniej jednej usługi o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg. Ponadto, wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawartym w zastrzeżeniach, w wynikach kontroli nie zostało wskazane, iż wykładania ww. warunku udziału w postępowaniu wymaga wykazaniem się przez wykonawcę realizacją usługi na podstawie jednej umowy. Słusznie Prezes UZP wskazał, że nie musi to być usługa świadczona na podstawie tylko jednej umowy. Należy zaznaczyć, iż jedna usługa zawarta pomiędzy zleceniodawcą i zleceniobiorcą może być świadczona na podstawie kilku umów, przy zachowaniu ciągłości świadczenia. Zatem, analiza zapisu zawartego w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ prowadzi do wniosku, iż wykonawca był zobowiązany do wykazania wykonania usługi odbioru odpadów, przy czym ww. usługa mogła być wykonywana na podstawie kilku następujących po sobie umów.

Należy podkreślić, że jeżeli Zamawiający zamierzał dopuścić do udziału w postępowaniu również wykonawców, którzy posiadają doświadczenie w wykonywaniu wielu usług o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg, to powinien wyraźnie zaznaczyć to w treści warunku, np. poprzez użycie słowa „usługa” w liczbie mnogiej. Zgodzić się należy z Prezesem UZP, iż nawet użycie wyrażenia „o łącznej masie” nie świadczy o zamiarze Zamawiającego uznania doświadczenia wykonawcy w postaci kilku usług, gdyż charakter usługi odbioru odpadów powoduje, iż w ramach świadczenia jednej usługi wykonawca zwiększa odbierany tonaż odpadów przy każdym kolejnym odbiorze od danego mieszkańca gminy bądź przedsiębiorstwa (w zależności od przedmiotu świadczenia), a dopiero suma ilości zebranych odpadów za dany okres wskazuje rzeczywisty tonaż zebranych odpadów w ramach zleczonej usługi.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż posłużenie się w SIWZ terminem „usługa” odniosło się do wskazania jednego rodzaju usługi. Twierdzeniom Zamawiającego przeczy treść wezwania skierowana do wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w którym Zamawiający żądał przedłożenia *stosownych dokumentów potwierdzających wykonanie co najmniej jednej usługi odbioru odpadów komunalnych wykonywanych na rzecz właścicieli nieruchomości o łącznej masie nie mniejszej niż 2000 Mg (np. referencje określające tonaż, umowy itp.) (...).*

Nie zasługuje również na uwzględnienie argument podniesiony przez Zamawiającego w treści zastrzeżeń, iż niejasne, dwuznaczne zapisy SIWZ winny być interpretowane na korzyść

wykonawcy. Uciekło uwadze Zamawiającego, iż powyższa zasada interpretacji zapisów SIWZ na korzyść wykonawcy nie znajduje zastosowania w przedmiotowym postępowaniu, gdyż warunek zawarty w rozdziale IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ jest precyzyjny, konkretny i nie budzi wątpliwości interpretacyjnych. Sposób w jaki Zamawiający dokonał interpretacji ww. warunku poprzez dopuszczenie wykazania wykonania kilku usług odbioru odpadów, nie znajduje odzwierciedlenia w literalnej jego wykładni. Rozszerzająca wykładnia została zastosowana przez Zamawiającego na etapie oceny oferty wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. i stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców. Można bowiem przypuszczać, iż gdyby w zapisach SIWZ zawarto powyższą informację – która w sposób znaczący zmniejsza wymagania Zamawiającego – to ofertę mogliby złożyć również inni wykonawcy będący w stanie wykazać doświadczenie w postaci zebrania tonażu co najmniej 2000 Mg odpadów na podstawie kilku usług, a jednocześnie nie spełniającego warunku w brzmieniu rozdziału IV pkt 1 ppkt 3 lit. c tiret 2 SIWZ.

W ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego w zakresie stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. ustawy o odpadach, a w konsekwencji również art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, oraz poprzez udzielenie temu wykonawcy niniejszego zamówienia publicznego.

W zastrzeżeniach od wyniku kontroli Zamawiający stwierdził jedynie lakonicznie, iż nie wezwał spółki WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do przedłożenia odpowiedniego wpisu do rejestru na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ dokument ten był w posiadaniu Zamawiającego.

Wskazać należy, że zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2017 r. poz. 570

oraz z 2018 r. poz. 1000, 1544 i 1669), jednakże jak wskazano w § 10 ust. 2 rozporządzenia – w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne. Powyższe oznacza, że to wykonawca powinien powołując się na ww. przepisy wskazać dokumenty, do których przedłożenia został wezwany a które są już w posiadaniu zamawiającego, aby móc skorzystać ze zwolnienia go z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów zamawiającemu.

W analizowanej sprawie w żadnym z pism wykonawca WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. nie powołał się na uprawnienie przewidziane w § 10 ust. 2 rozporządzenia w zw. z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zatem, w niniejszym przypadku nie wystąpiły przesłanki do zwolnienia go z obowiązku ponownego przekazania tych dokumentów zamawiającemu. Należy zaznaczyć, iż odmienna interpretacja możliwości skorzystania z ww. uprawnienia przez wykonawcę byłaby sprzeczna z literalnym brzmieniem § 10 ust. 2 rozporządzenia. Tym samym, Zamawiający był zobowiązany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcę WM Wiatrowiec Energie Sp. z o.o. do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów wydane przez właściwy organ lub wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach.

W ocenie Izby nie zasługują również na uwzględnienie zastrzeżenia Zamawiającego dotyczące stwierdzonego przez Prezesa UZP naruszenia art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku z modyfikacją treści SIWZ. Należy wskazać, że przepis art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp nie uzależnia dokonania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu od kategorii zmian treści specyfikacji, jednakże nie ulega wątpliwości, iż zmiany dokonane w zakresie opisu przedmiotu zamówienia mogą wpływać na decyzję o złożeniu oferty, zatem powinny bezwzględnie zostać ujęte również w treści ogłoszenia o zamówieniu. Modyfikacja zapisów rozdziału II ust. 10 pkt 1 SIWZ w zakresie realizacji usługi dokonana w dniu 3 grudnia 2018 r. powinna w konsekwencji doprowadzić do zmiany treści ww. zapisu zawartego w sekcji II.4) ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień

Publicznych w dniu 27 listopada 2018 r. pod numerem 654015-N-2018. Ponadto należy zaznaczyć, iż powyższa zmiana dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, gdyż raportowanie przekazania do RIPOK odpadów komunalnych jest jedną z czynności ujętych w realizacji zamówienia. Ponadto wykonawca wnoszący o powyższą zmianę wskazał, iż w ustawie o odpadach nie funkcjonuje definicja mówiąca o sposobach utylizacji, co uniemożliwi podanie takich informacji w potwierdzeniu przekazania RIPOK odpadów komunalnych (pismo Wykonawcy ZGO-NOVA Sp. z o.o. z dnia 30 listopada 2018 r.). Zatem, pierwotne brzmienie rozdziału II ust. 10 pkt 1 SIWZ budzi wątpliwości co do możliwości realizacji usługi w zakresie raportowania o przekazaniu do RIPOK odpadów komunalnych. Modyfikacja treści SIWZ w powyższym zakresie powinna zostać ujęta również w sekcji II.4) ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający w złożonych zastrzeżeniach nie opiera się na brzemieniu przepisów ustawy Pzp, przedstawiając wyłącznie subiektywne stanowisko odnośnie źródła informacji dla potencjalnych oferentów oraz przedstawiając własną ocenę zmian wprowadzonych w SIWZ. Wskazać jednakże należy, że gdyby uzależnić stosowanie art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp od subiektywnej interpretacji zmian SIWZ dokonywanej przez Zamawiającego, to wówczas stosowanie ww. regulacji wymykałoby się spod jakiegokolwiek obiektywnej kontroli, wykonawcy zaś przygotowując swoje oferty nie posiadaliby pełnej wiedzy o zmianach wprowadzonych przez Zamawiającego. Co więcej, indywidualna sytuacja każdego z wykonawców zainteresowanych danym postępowaniem przetargowym sprawia, że trudno w tym zakresie *a priori* uznać co ma istotne bądź nieistotne znaczenie w kontekście przygotowania ofert. W konsekwencji, zasadnie Prezes UZP stwierdził naruszenie przez Zamawiającego art. 38 ust. 4a pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie zamieszczenia ogłoszenia o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych w związku z modyfikacją treści SIWZ.

Podsumowując ocenę stanu faktycznego i prawnego przedmiotowego zamówienia publicznego Izba uznała, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w *Informacji o wyniku kontroli doraźnej*, które to naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania przetargowego.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zastrzeżenia Zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza na podstawie art. 167 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, wyraża opinię, jak wyżej.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....