

Sygn. akt: KIO 984/20

**WYROK**

**z dnia 14 lipca 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Danuta Dziubińska**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 lipca 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 maja 2020 r. przez wykonawcę **PZOM S. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa** z siedzibą w Konopiskach, ul. Przemysłowa 7, 42-274 Konopiska w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Żarki**, ul. Kościuszki 15/17, 42-310 Żarki

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego, i:
  - zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Częstochowie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Gmina Żarki (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Żarki”, numer referencyjny: RGK 111.2721.1.2020. Wartość zamówienia przekracza kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 033-077755

Zamawiający w dniu 28 kwietnia 2020 r. powiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez P.H.U. „REKO” J. C. (dalej: „wykonawca REKO”). W dniu 8 maja 2020 r. wykonawca PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego:

- 1) zaniechanie wezwania w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wykonawcy REKO w sytuacji sprzeczności złożonych oświadczeń w treści oferty oraz w JEDZ ewentualnie niepoprawienia omyłki pisarskiej w treści oferty tego wykonawcy;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy REKO z uwagi na niespełnienie przez niego warunków SIWZ;

z ostrożności procesowej;

- 3) zaniechania wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych z dnia 03.04.2020 r. z uwagi na jego rozbieżność z treścią JEDZ;

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych oraz obrazę przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający przejrzystości wyrażające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty i tym samym zaniechaniu rzetelnego i wszechstronnego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez wykonawcę REKO oraz niewyjaśnienie sprzeczności pomiędzy treścią oświadczeń złożonych w ofercie, a w formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: „JEDZ”), ewentualnie art. 87 ust 2 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego

- poprawy omyłki pisarskiej poprzez skorygowanie treści oferty wykonawcy REKO w zakresie oświadczenia o ilości samochodów spełniających normę nie niższą niż EURO 5;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REKO jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”);

oraz z ostrożności procesowej;

- 3) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych z dnia 03.04.2020 roku, z uwagi na jego sprzeczność z treścią złożonego przez tego wykonawcę oświadczenia zawartego w części IV C:ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA pkt 9) JEDZ.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie w całości, a w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej tj. oferty wykonawcy REKO;
- 2) wezwania wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią JEDZ ewentualnie poprawienia oczywistej omyłki pisarskiej w treści oferty;
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy REKO z uwagi na jej sprzeczność z treścią SIWZ;
- 4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

oraz z ostrożności procesowej:

- 5) wezwania wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu poprzez posiadanie pojazdów specjalistycznych zgodnych z wymaganiami SIWZ, w tym przedłożenia na tę okoliczność dowodów.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie pierwszego zarzutu Odwołujący przywołał pkt 32 pkt 57), 58), 59) rozdziału IV SIWZ, gdzie zostały opisane wymagania dotyczące środków transportu i odbioru odpadów komunalnych oraz rozdział VI pkt 2 ppkt 3 lit. b) SIWZ, gdzie zostały opisane warunki udziału w postępowaniu oraz przesłanki wykluczenia z postępowania, a także rozdział XV, zawierający opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert, oraz wskazał, że wykonawca REKO w punkcie 3 złożonej oferty oświadczył, iż posiada 6 sztuk samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5. W treści JEDZ w Części IV: Kryteria kwalifikacji dziale C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA pkt 9) wykonawca ten oświadczył natomiast, iż będzie dysponował następującymi narzędziami, urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia: 2 śmieciarki, emisja spalin Euro 4 przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, w tym z pojemników o pojemności: 1201, 2401, 2601, 11001, 2 samochody skrzyniowe, emisja spalin Euro 5, przystosowane do odbierania selektywnie

zebranych odpadów komunalnych (zgromadzonych w workach na odpady segregowane i w pojemnikach) w tym odpadów wielkogabarytowych oraz odpadów biodegradowalnych, Bramowiec odbiór odpadów komunalnych z kontenerów o pojemności 4 m<sup>3</sup>, 5 m<sup>3</sup>, 7 m<sup>3</sup>, i 0 m<sup>3</sup>, 20 m<sup>3</sup> pojazdami Euro 4, Hakowiec odbiór odpadów komunalnych z kontenerów o pojemności 4 m<sup>3</sup>, 3 M<sup>3</sup>, 7 m<sup>3</sup>, 10 m<sup>3</sup>, 20 m<sup>3</sup> pojazdami Euro 5, 2 pojazdy przystosowane do odbierania odpadów komunalnych segregowanych i zmieszanych o ładowności do 3,5 Mg, przystosowane do odbioru odpadów z posesji o utrudnionym dojeździe, Euro 6.

Odwołujący stwierdził, że z treści złożonych przez wykonawcę REKO oświadczeń wywieść można sprzeczne informacje, otóż z treści JEDZ wynika, iż wykonawca będzie dysponował 5 samochodami spełniającymi normę nie niższą niż EURO 5, natomiast z treści oferty wynika, iż wykonawca dysponować będzie 6 samochodami spełniającymi taką normę. Zamawiający nie podjął jednak żadnych czynności aby rozbieżności te wyjaśnić, czy poprawić ewentualne omyłki pisarskie, zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Niewykluczone, że złożone wyjaśnienia stanowiłyby podstawę do dokonania przez Zamawiającego w trybie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp korekty omyłki pisarskiej. Zamawiający pozostał jednakże bierny, pomimo, iż uprawnienie zamawiającego dotyczące możliwości wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień, zmienia się w jego obowiązek w momencie gdy treść oferty jest nieprecyzyjna. Dla zachowania należytej staranności w prowadzeniu postępowania Zamawiający jest zobowiązany do wyjaśnienia niejasności. Biorąc pod uwagę, że ustawodawca nie wiąże skutku w postaci konieczności odrzucenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oferty wykonawcy, który nie udzielił wyjaśnień nie można mówić o bezwzględnym obowiązku wzywania wykonawców do składania wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Jednakże nie można pominąć obowiązku, jaki ciąży na Zamawiającym, czyli rzetelnego przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Dokonując zestawienia uprawnienia wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie treści złożonej oferty oraz należytej oceny ofert wydaje się słusznym, że regulacja art. 87 ust. 1 ustawy Pzp powinna być rozpatrywana w kategoriach kompetencji Zamawiającego - czyli prawa Zamawiającego do żądania wyjaśnień, jednakże połączonych z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień celem wypełnienia obowiązku przeprowadzenia oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający korzystając z tego uprawnienia wyjaśnia złożone przez wykonawcę oświadczenie woli - czyli treść oferty (wyrok KIO z dnia 25 listopada 2019 r., sygn. akt KIO 2272/19, LEX nr 2760398). Obowiązek wyjaśnienia przez Zamawiającego treści oferty materializuje się wówczas, gdy zaistnieją wątpliwości co do jej treści, w sytuacji gdy np. oferta zawiera postanowienia niejasne, sprzeczne lub gdy jej treści nie da się jednoznacznie i stanowczo wywieść bez udziału wykonawcy. W takich okolicznościach, w celu dochowania przez Zamawiającego należytej staranności przy czynnościach badania i oceny ofert

Zamawiający winien wystąpić do wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty (wyrok KIO z dnia 1.4 października 2019 r. o sygn. akt KIO 1926/19, LEK nr 2745478). Złożone przez wykonawcę w treści oferty oświadczenie w zakresie dysponowania pojazdami o normie spalin nie niższej niż EURO 5 było podstawą do oceny kryterium oceny ofert, jakim było kryterium, środowiskowe, Zamawiający winien więc ze szczególną uwagą skonfrontować to oświadczenie z treścią formularza JEDZ celem dochowania zasady przejrzystości postępowania, która opisana została w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący dodatkowo wskazał, iż zgodnie z poglądem doktryny i linią orzecniczą do stwierdzenia faktu naruszenia zasad, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp nie jest wymagane wykazanie faktycznego naruszenia tych zasad, tj., udowodnienie i wskazanie okoliczności faktycznych wynikających z nieuprawnionego działania zamawiającego. Wystarczy samo uprawdopodobnienie, że dane działanie mogło wpłynąć na naruszenie zasad wyrażonych w ustawie Pzp. W zaistniałej sytuacji faktycznej Zamawiający poprzez niezgodne z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych zaniechanie polegające na braku obiektywnego wyjaśnienia treści oświadczeń złożonych przez wykonawcę REKO dokonał ich wiążącej interpretacji, choć oświadczenia te w swej treści były sprzeczne. Zamawiający zatem, pominął obowiązek przejrzystości prowadzonego postępowania.

W uzasadnieniu drugiego zarzutu, Odwołujący przywołał ust. 32 pkt 57, 58, 59 działu IV SIWZ oraz ust. 2 pkt 3 lit. b) działu VI SIWZ i wskazał, że w zakresie opisanego tam wymogu posiadania minimum dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (zgromadzonych w workach na odpady segregowane i w pojemnikach) w tym odpadów wielkogabarytowych (samochód skrzyniowy) oraz odpadów biodegradowalnych, wykonawca nie wykazał w JEDZ spełnienia tego wymogu. Wykonawca oświadczył, iż będzie posiadał 2 pojazdy skrzyniowe, którym, zdaniem Odwołującego, nie można odebrać odpadów zgromadzonych w pojemnikach, a tego wymagał Zamawiający. Odpady zgromadzone w pojemnikach można odebrać wyłącznie pojazdem typu śmieciarka, a posiadania takiego pojazdu nie wykazał wykonawca REKO. Wykazał on wyłącznie posiadanie dwóch pojazdów skrzyniowych mogących służyć ewentualnie do odbioru odpadów wielkogabarytowych.

Okoliczność braku posiadania pojazdów przystosowanych do odbioru odpadów selektywnych wykonawca potwierdził dodatkowo złożonym wykazem z dnia 03.04.2020 r. w którym zabrakło nie tylko pojazdu do zbiórki odpadów selektywnych z pojemników (śmieciarki), ale również pojazdu skrzyniowego do odbioru odpadów wielkogabarytowych, których posiadanie pierwotnie deklarował wykonawca w treści JEDZ.

Zamawiający w SIWZ wyraźnie odróżnił samochody typu hakowiec lub bramowiec przystosowane do odbioru odpadów selektywnych zgromadzonych w kontenerach, które to nie posiadają funkcji kompaktującej (tzw. kontenerowce) od samochodów przystosowanych do odbioru odpadów selektywnych zgromadzonych w workach i w pojemnikach. Skoro takie rozróżnienie zostało wyartykułowane nie można mieć wątpliwości, iż wymagany samochód do odbioru odpadów selektywnych zgromadzonych w pojemnikach musi być śmieciarką, której cechą charakterystyczną jest urządzenie ładunkowe umożliwiające wysypywanie odpadów do skrzyni ładunkowej bezpośrednio z pojemników dostosowanych do tego urządzenia oraz zgniatarka, pozwalająca pomieścić więcej odpadów przy tej samej pojemności pojazdu (tzw. funkcja kompaktująca). Wykazywane w treści JEDZ przez wykonawcę 2 samochody skrzyniowe do odbioru odpadów selektywnych można byłoby uznać za właściwe, gdyby w treści wykazu z dnia 03.04.2020 roku dookreślono, iż będą to śmieciarki. Można bowiem byłoby pokusić się o wykładnię, iż śmieciarki posiadają nadbudowę skrzyniową, więc można je w skrócie myślowym nazwać skrzyniowymi, jednakże treścią wskazanego wykazu z dnia 03.04.2020 roku wykonawca obalił możliwość zastosowania takiej tezy, wymieniając oprócz 2 śmieciarek do odbioru odpadów zmieszanych jedynie samochody typu hakowiec i bramowiec, a zatem tylko takie samochody wykonawca przewidział do odbioru odpadów selektywnych, co zdaniem Odwołującego jest niezgodnie z treścią wymagań SIWZ. Złożony przez wykonawcę wykaz nie potwierdził pierwotnie złożonego przez niego oświadczenia w treści JEDZ, był natomiast próbą zmiany wstępnego oświadczenia, co do spełniania warunków SIWZ. W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego oferta wykonawcy REKO winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust i pkt 2 ustawy Pzp, jako sprzeczna z wymaganiami SIWZ.

W uzasadnieniu trzeciego zarzutu, Odwołujący przywołał art. 26 ust. 1 ustawy Pzp i podniósł, że Zamawiający wobec oceny najwyższej oferty wykonawcy REKO wezwał tego wykonawcę pismem z dnia 24.03.2020 r. do złożenia m.in. wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych na formularzu określonym w załączniku nr 6 do SIWZ. Wykonawca przedłożył wykaz, w którym oświadczył, że będzie dysponował 1 samochodem ciężarowym do 3,5t - EURO 6, 2 samochodami typu śmieciarka - EURO 5 oraz 5 samochodami typu hakowiec - w tym 4 EURO 5, 1 EURO 6 i 1 samochodem typu bramowiec - EURO 5. Wykaz ten jest niezgodny ze złożonym oświadczeniem w treści JEDZ w Części IV: Kryteria kwalifikacji dziale C: ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA pkt 9)

Odwołujący stwierdził, że postępowanie prowadzone z zastosowaniem tzw. "procedury odwróconej" polega na tym, że, potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu następuje w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona. Zamawiający w pierwszej kolejności dokonuje wyboru oferty, która na podstawie kryteriów określonych w SIWZ zostaje najwyższej oceniona, uzyskuje najwyższą ilość punktów, a

następnie w stosunku do tego wykonawcy kieruje wezwaniem w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego składa oświadczenia lub dokumenty potwierdzające brak podstaw do wykluczenia oraz potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, i dopiero w oparciu o tak złożone oświadczenia lub dokumenty Zamawiający dokonuje m.in. oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Uzupelnione oświadczenie wykonawca składa w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego - czyli po terminie składania ofert, jednakże jego istotą jest to, aby w swej treści, odnosiło się ono do stanu na dzień składania ofert i potwierdzało okoliczności aktualne na ten dzień. Oświadczenie JEDZ stanowi bowiem wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Na Zamawiającym ciąży obowiązek wynikający z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp dotyczący wezwania wykonawcy do złożenia, uzupełnienia czy poprawienia oświadczenia JEDZ, bez względu na to czy wykonawca nie złożył w ogóle, złożył z błędami czy złożył jedynie w części wymagane oświadczenie. Dyspozycja art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zrównuje powyższe okoliczności, nakazując zamawiającemu w każdej z powyższych sytuacjach do wezwania, uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia lub dokumentu. Skoro w stanie faktycznym oświadczenia JEDZ w ocenie Zamawiającego (uwaga: Odwołujący ma w tym zakresie zdanie odmienne - opisane w pkt 2 uzasadnienia) potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, a złożony wykaz w wyniku spełnienia wezwania Zamawiającego wykluczał spełnienie w tym zakresie warunków SIWZ, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do wyjaśnienia powyższych rozbieżności. Oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawców w odpowiedzi na wezwanie kierowane w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, mają być aktualne na dzień ich złożenia. Z tego samego przepisu wynika dodatkowo, że mają one "potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1", zatem dokumenty te mają dowodzić prawdziwości wstępnych oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu "aktualnych na dzień składania ofert" (wyrok KIO z dnia 10 października 2017 roku, sygn. akt KIO 2003/17, LEX nr 2406824). W stanie faktycznym sprawy złożony dokument w postaci wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych z dnia 03,04,2020 r. zdaniem Odwołującego nie tylko nie potwierdził wstępnych oświadczeń wykonawcy złożonych w JEDZ, ale dodatkowo zaprzecza spełnieniu przez Wykonawcę warunków SIWZ.

Odwołujący podał, że dopiero w przypadku bezskutecznego, lub nierozwiewającego wątpliwości Zamawiającego dokonania czynności wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający będzie miał możliwość wykluczenia wykonawcy REKO na podstawie

art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wobec nie wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co będzie skutkowało uznaniem jego oferty na mocy art. 24 ust. 4 ustawy Pzp za odrzuconą. Konstruowanie zarzutów opartych na wskazanych przepisach art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w ocenie Odwołującego byłoby na obecnym etapie postępowania przedwczesne, gdyż zastosowanie przewidzianych norm prawnych musi zostać poprzedzone wezwaniem wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał.

W piśmie z dnia 7 lipca 2020 r. Zamawiający przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Odnosząc się do pierwszego zarzutu odwołania Zamawiający potwierdził, iż na etapie wyboru oferty nie zwrócił uwagi na rozbieżności pomiędzy ofertą, a JEDZ. wykonawcy REKO. W ocenie Zamawiającego zapisy oferty spełniały warunki postępowania, a ocena oferty dokonana była bez konfrontacji z dokumentami JEDZ. Zamawiający przywołał rozdział XV pkt 4 siwz: 4. Kryterium 3 - Aspekt środowiskowy, gdzie określi wartość punktową ofert oraz podał, że ilość punktów wykonawcy REKO ustalona na podstawie oferty to 6 samochodów posiadających EURO 5, co oznacza przyznanie 30 pkt, a ilość punktów tego wykonawcy ustalona na podstawie JEDZ to 5 samochodów posiadających EURO 5, co również oznacza przyznanie 30 pkt. Powyższe wskazuje, że ilość punktów ustalona na podstawie JEDZ jest taka sama jak ilość punktów ustalona na podstawie oferty. W związku z tym niedopatrzenie Zamawiającego nie miało wpływu na wynik postępowania. Nadto Zamawiający podał, że na mocy zapisów SIWZ dokonał wizji lokalnej u wykonawcy wynikiem której stwierdził, iż posiadane samochody są zgodne ze złożoną ofertą, zaznaczając, że protokół z wizji lokalnej wraz z załącznikami znajduje się w aktach sprawy.

Odnosząc się do drugiego zarzutu Zamawiający stwierdził, że fakt spełnienia przez wykonawcę warunków określonych w SIWZ oraz fakt, iż zarówno przy ocenie na podstawie oferty jak i przy ocenie na podstawie JEDZ wykonawca REKO otrzymał taką samą liczbę punktów nie dawał możliwości odrzucenia oferty. Nie nastąpiło zatem naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wykazane w odwołaniu niezgodności w samochodach zarówno co do rodzaju jak i co do norm EURO nie miały miejsca, bowiem jak wykazał protokół z wizji lokalnej wykonawca posiadał wszystkie wymagane samochody.

Zamawiający zauważył, że niezrozumienie dotyczy faktu, iż wykonawca REKO do odbioru odpadów segregowanych zamiast pojazdów skrzyniowych zamierzał wykorzystać pojazdy hakowce i bramowce (samochody te zgodnie z dowodami rejestracyjnymi są samochodami skrzyniowymi, nazwa hakowiec lub bramowiec dotyczy rodzaju zabudowy) poprzez zamontowanie na nich kontenerów. W ten sposób samochody te stają się samochodami, którymi można przewozić odpady segregowane.



Następnie Zamawiający stwierdził, że również różnice w normach EURO zostały wyjaśnione w czasie wizji lokalnej. Jedyna różnica dotyczy faktu, iż wykonawca przedstawił więcej o jeden samochód, niż był wymagany, a mianowicie samochód Mercedes - mały hakowiec. Samochód ten nie był jednak brany pod uwagę podczas wizji lokalnej, bowiem pozostałe samochody już wypełniały zapisy SIWZ. Zamawiający przedstawił wyjaśnienie niezgodności:

Pojazdy do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych:

poz. nr 1 w protokole z wizji to poz. Nr 8 w wykazie - załącznik nr 6

poz. nr 2 w protokole z wizji to poz. Nr 6 w wykazie - załącznik nr 6

Pojazdy do odbioru odpadów segregowanych:

poz. nr 1 w protokole z wizji to poz. Nr 3 w wykazie - załącznik nr 6

poz. nr 2 w protokole z wizji to poz. Nr 7 w wykazie - załącznik nr 6

Pojazdy do odbioru popiołów:

poz. nr 1 w protokole z wizji to poz. nr 2 w wykazie - załącznik nr 6

Pojazdy do odbioru odpadów z nieruchomości o utrudnionym dojeździe:

poz. nr 1 w protokole z wizji to poz. nr 1 w wykazie - załącznik nr 6

poz. nr 2 w protokole z wizji to poz. nr 9 w wykazie - załącznik nr 6

Pojazdy do obsługi PSZOK:

poz. nr 1 w protokole z wizji to poz. nr 5 w wykazie - załącznik nr 6

poz. nr 2 w protokole z wizji to poz. nr 7 w wykazie - załącznik nr 6

Ustosunkowując się do trzeciego zarzutu Zamawiający podniósł, że brak wezwania wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na etapie oceny oferty, w przypadku tego postępowania, jak wykazano powyżej, nie miał wpływu na wynik postępowania.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego na płycie CD oraz dowody przedłożone przez Odwołującego na rozprawie w postaci: zdjęcia spornego pojazdu wykonawcy REKO z dnia 5.06.2020r. na dowód wysokości załadunku od poziomu terenu, pisma z dnia 27.05.2020r. skierowanego do niego przez Zamawiającego z prośbą o przedstawienie cennika na odbiór odpadów komunalnych na miesiąc czerwiec, pisma Odwołującego z dnia 27.05.2020 r. stanowiącego odpowiedź na ww. pismo Zamawiającego z prośbą o udzielenie informacji, na podstawie, jakiego trybu PZP zostało złożone zapytanie, pisma Zamawiającego z dnia 27.05.2020r., pisma Odwołującego z 29.05.2020r. zawierającego prośbę o udzielenie informacji czy ciągłość świadczenie usługi jest zapewniona mieszkańcom

gmin, czy z dniem 1.06.2020r. został wyłoniony wykonawca, który będzie świadczył usługę oraz na podstawie, jakiego trybu objętego PZP zostało zlecone świadczenie usługi, pisma Zamawiającego z dnia 1.06.2020r. informującego o podjęciu kroków w celu zapewnienia ciągłości odbioru odpadów i wybrania wykonawcy, o czym będzie zamieszczona informacja w BIP oraz ogłoszenie ze strony internetowej BIP Zamawiającego o zamiarze zawarcia zamówienia z wolnej ręki.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:**

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał, iż jego oferta uzyskała drugą pod względem kolejności liczbę punktów, a co za tym idzie w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy REKO, mógłby się spodziewać uzyskania zamówienia. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy wskazanych w odwołaniu i utracić korzyści związane z realizacją przedmiotowego zamówienia.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

**Następnie Izba ustaliła:**

Rozdział IV Opis przedmiotu zamówienia pkt 32 SIWZ zawiera m.in. wymagania dotyczące środków transportu i odbioru odpadów komunalnych, tj.

- 57) wszystkie pojazdy muszą spełniać wymogi normy emisji spalin nie niższą niż EURO 4,
- 58) posiadać co najmniej 1 samochód umożliwiający odbiór odpadów komunalnych zmieszanych jak i selektywnych o ładowności do 3,5 Mg w celu odbioru odpadów z terenu nieruchomości zlokalizowanych w terenach trudno dostępnych,
- 59) posiada co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych oraz co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbioru selektywnie zebranych odpadów komunalnych a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej,

Pkt 29 ppkt 39 rozdziału IV SIWZ *Inne obowiązki Wykonawcy* stanowi:

39) Wykonawca umożliwi Zamawiającemu po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed zawarciem umowy przeprowadzenie wizji lokalnej u Wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą. Wykonawca udostępni do wizytacji bazę magazynowo - transportową oraz sprzęt przewidziany do realizacji umowy. W zakresie pojazdów Wykonawca okaże pojazdy co najmniej w takiej ilości jak zadeklarowane w ofercie. Na czas realizacji umowy, Wykonawca zobowiązany zapewnić taką liczbę pojazdów, aby umożliwiło to wykonanie umowy zgodnie z harmonogramem.

Stosownie do Rozdziału VI *W postępowaniu mogą wziąć udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące m.in.:*

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów Wykonawca spełni ten warunek, jeżeli wykaże, że posiada:
  - a) dokumenty potwierdzające uzyskanie stosownych zezwoleń właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami,
  - b) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm.);
  - c) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.);
- 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej Wykonawca spełni ten warunek jeżeli jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości nie niższej niż 500 000,00 zł (słownie: pięćset tysięcy złotych);
- 3) zdolności technicznych lub zawodowych Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że:
  - a) wykonał, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonuje, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej 1 usługę obejmującą zagospodarowanie odpadów komunalnych o łącznej wartości 500 000,00 zł przez okres co najmniej 12 miesięcy. Warunek uważa się za spełniony, kiedy Wykonawca wykaże wykonanie wyżej wymienionych usług łącznie w jednym zamówieniu lub oddzielnie w kilku odrębnych zamówieniach,

b) Wykonawca musi wykazać, że spełnia warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r., poz. 122) w szczególności:

1. dysponuje w celu wykonania zamówienia pojazdami specjalistycznymi spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami ustawy prawo o ruchu drogowym oraz innymi przepisami szczególnymi w ilości:
  - a. co najmniej dwa pojazdy przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, w tym z pojemników o pojemności: 120l, 240l, 360l, 1100l,
  - b. minimum dwa pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (zgrupowanych w workach na odpady segregowane i w pojemnikach) w tym odpadów wielkogabarytowych (samochód skrzyniowy) oraz odpadów biodegradowalnych,
  - c. a także co najmniej jeden pojazd do odbierania odpadów komunalnych bez funkcji kompaktującej. Zamawiający dopuszcza odbiór odpadów komunalnych z kontenerów o pojemności 4 m<sup>3</sup>, 5 m<sup>3</sup>, 7 m<sup>3</sup>, 10m<sup>3</sup>, 20 m<sup>3</sup> pojazdami typu hakowiec lub bramowiec.
  - d. minimum jeden pojazd przystosowany do odbierania odpadów komunalnych segregowanych i zmieszanych o ładowności do 3,5 Mg, przystosowany do odbioru odpadów z posesji o utrudnionym dojeździe o szerokości jezdni do 2,5m.

*Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia (pkt 8 lit. c SIWZ) obejmuje m.in.:*

- a) W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych i zawodowych Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zostanie wezwany do złożenia:
  - 1) wykazu usług -na formularzu określonym w załączniku nr 5 do SIWZ;
  - 2) Wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych- na formularzu określonym w załączniku nr 6 do SIWZ;
  - 3) dowodów określających, czy usługi objęte wykazem, o którym mowa w tiret pierwszym, zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami tymi 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.

Stosownie do rozdziału XV SIWZ *Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert*, kryteriami wyboru ofert są: cena (znaczenie 60%); warunki płatności (znaczenie 10%); aspekt środowiskowy (znaczenie 30%). Kryterium 3 - Aspekt środowiskowy. Zamawiający określi wartość punktową ofert w następujący sposób:

- a. posiadanie 1 samochodu do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5 – 10 pkt,
- b. posiadanie 2 samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5 – 20 pkt,
- c. posiadanie 3 samochodów lub więcej do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5 – 30 pkt,
- d. brak samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5 – 0 pkt.

**Izba zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których Izba orzeka. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp *Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.*

*Ad. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w związku z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający przejrzystości wyrażające się w zaniechaniu wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty i tym samym zaniechaniu rzetelnego i wszechstronnego wyjaśnienia treści oferty złożonej przez wykonawcę REKO i niewyjaśnienie sprzeczności pomiędzy treścią oświadczeń złożonych w ofercie, a JEDZ, ewentualnie art. 87 ust 2 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego poprawy omyłki pisarskiej poprzez skorygowanie treści oferty Wykonawcy w zakresie oświadczenia o ilości samochodów spełniających normę nie niższą niż EURO 5.*

Stosownie do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp *zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.* Zgodnie natomiast z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. (...).*

Nie jest sporne, że w JEDZ wykonawca REKO podał, że posiada 5 samochodów do odbioru odpadów komunalnych spełniających normy emisji spalin nie niższej niż EURO 5, zaś w ofercie podał, że posiada 6 takich samochodów.

Zgodzić się zatem należy z Odwołującym, że różnica ta powinna zostać wyjaśniona przez Zamawiającego. Jak wynika z pisma Zamawiającego z dnia 7 lipca 2020 r. Zamawiający ustalenia w tym zakresie poczynił w drodze wizji lokalnej przewidzianej w SIWZ i stwierdził w jej wyniku, że oferta zawiera prawidłową ilość samochodów. Zgodnie z SIWZ wizja lokalna przeprowadzona przez Zamawiającego, miała służyć m.in. do okazania przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, pojazdów, co najmniej w takiej ilości jak zadeklarowana w ofercie. Odwołujący na rozprawie nie zaprzeczył tym stwierdzeniom, nie zaprzeczył przeprowadzeniu wizji i możliwości zapoznania się z protokołem z wizji lokalnej wraz z załącznikami, które, jak stwierdził Zamawiający w ww. piśmie z dnia 7 lipca 2020 r., znajdują się w aktach sprawy, a jedynie stwierdził, że nadal nie są wyjaśnione okoliczności związane z różnicami, co do ilości pojazdów w JEDZ i w ofercie wykonawcy REKO, nie podając, uzasadnienia w tym zakresie i nie wskazując czego aktualnie one dotyczą.

Zauważenia wymaga, że w sytuacji, gdy, jak stwierdził Zamawiający, w wyniku wizji lokalnej stwierdzono posiadanie przez wykonawcę 6 samochodów spełniających punktowane wymogi emisji spalin, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, a jest to ilość podana w ofercie tego wykonawcy, to należy uznać, że nie wystąpiła w ofercie omyłka, która wymagałaby poprawy na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Nie jest sporne, że stosownie do postanowień SIWZ zarówno w przypadku posiadania 5 jak i 6 takich samochodów w kryterium oceny ofert wykonawcy przysługiwała maksymalna ilość punktów, tj. 30 pkt. Zamawiający w wyniku wizji lokalnej wyzbył się wątpliwości co ilości i rodzaju posiadanych przez wykonawcę pojazdów, a protokół z wizji, podobnie jak złożone wyjaśnienia jest jawny, to należy uznać, że zarzut nie potwierdził się.

*Ad. 2 – zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy REKO jako sprzecznej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.*

*Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Jak podał na rozprawie Odwołujący, sporną kwestią jest sprawa posiadania przez wykonawcę REKO pojazdu do odbioru odpadów segregowanych z pojemników, co ma znaczenie dla odbioru popiołu, który jest odbierany z pojemników. Odwołujący nie kwestionuje przy tym możliwości odbierania przez te pojazdy odpadów zmieszanych, które również są odbierane z pojemników. W wykazie wykonawcy REKO został wskazany w tym zakresie pojazd Scania (bramowiec), który w ocenie Odwołującego nie ma możliwości odbioru popiołu, bowiem nie ma systemu do załadunku pojemników. Zdaniem Odwołującego można na niego

załadować worki, ale nie można załadować popiołu z pojemników. Jak natomiast wynika ze stanowiska Zamawiającego wykonawca REKO do odbioru odpadów segregowanych zamierza wykorzystywać pojazdy hakowce i bramowce, które zgodnie z dowodami rejestracyjnymi są samochodami skrzyniowymi, poprzez zamontowanie na nich kontenerów, w wyniku czego samochody te stają się samochodami, którymi można przewozić odpady segregowane.

Różnica stanowisk stron sprowadza się do kwestii wyposażenia samochodu w system załadunku pojemników, który, jak wskazał na rozprawie Odwołujący, ma kluczowe znaczenie dla odbioru popiołu z pojemników, a o którym Zamawiający nie wspomina w swoim piśmie prezentującym jego stanowisko. Odwołujący na poparcie swojego stanowiska nie wskazuje postanowienia SIWZ, gdzie widniałby wyraźny wymóg wyposażenia samochodów do przewozu popiołu w system załadunku pojemników. Tymczasem SIWZ od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca zarówno dla zamawiającego jak i wykonawców, a jej postanowienia winny być ściśle przestrzegane, z uwagi na to, że jest to jedna z podstawowych gwarancji realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W związku z tym na etapie oceny ofert, nie ma możliwości zmiany treści SIWZ, czy nadawania jej zapisom innego znaczenia, niż wynikające z ich brzmienia. Skoro Odwołujący nie przytacza postanowień SIWZ, gdzie miałyby być zapisany wymóg, aby pojazd do wywozu popiołu musiał być wyposażony w system załadunku pojemników, to wskazuje, że takich zapisów w SIWZ nie znalazł. Tym samym, nie zostało wykazane, aby Zamawiający narzucił sposób załadunku odpadów zgromadzonych w pojemniku i wymagał pojazdu z zainstalowanym w nim systemem, o którym wspomina Odwołujący.

Nie zostało wykazane aby odbiór popiołu z pojemników bez takiego systemu zamontowanego w pojeździe był niemożliwy, tym bardziej, że jest możliwe, jak stwierdził Odwołujący, dokonanie odbioru z pojemników odpadów zmieszanych. Na rozprawie Odwołujący, na uzasadnienie swojego stanowiska w tym zakresie, podniósł, że odbiór odpadów selektywnych z pojazdu typu hakowiec (skrzyniowy) nie spełnia wymogów Ministra Środowiska określonych w par. 20 rozporządzenia z dnia 16.06.2009r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi. Zgodnie z tymi przepisami ręczne rozładowywanie odpadów jest dopuszczalne do 1,5 metra od poziomu terenu, a sposób załadunku w pojeździe wykonawcy REKO, zdaniem Odwołującego, wskazuje na przekroczenie ww. maksymalnej wysokości. Nie potwierdza jednak tego złożony na rozprawie na tę okoliczność dowód w postaci zdjęcia samochodu wykonawcy REKO. Jest bowiem zauważalne, że tylne drzwi skrzyni są otwieralne, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, a zatem nie występuje potrzeba załadunku od góry skrzyni i nie występuje ww. przekroczenie 1,5 m od poziomu terenu.

*Ad. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy REKO do złożenia wyjaśnień w zakresie przedstawionego wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych z dnia 03.04.2020 roku z uwagi na jego sprzeczność z treścią złożonego przez wykonawcę oświadczenia zawartego w części IV C:ZDOLNOŚĆ TECHNICZNA I ZAWODOWA pkt 9) JEDZ.*

*Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, 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.*

Odwołujący nie stawia zarzutu dotyczącego wykluczenia wykonawcy REKO z postępowania z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, lecz podstawy również tego zarzutu upatruje w różnicach pomiędzy treścią JEDZ i treścią wykazu złożonego na wezwanie Zamawiającego.

Jak wyżej zaznaczono, zgodzić się należy z Odwołującym, że rozbieżności pomiędzy SIWZ a ofertą powinny być wyjaśnione przez Zamawiającego. Nie można jednak pomijać, że to nastąpiło za sprawą wizji lokalnej przeprowadzonej przez Zamawiającego, w wyniku której posiadanie przez wykonawcę REKO wymaganych w SIWZ pojazdów, wskazanych w złożonym wykazie, zostało potwierdzone. Z porównania postanowień SIWZ, określających warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania określonych w nich pojazdów oraz treści JEDZ w tym zakresie i treści Wykazu wyposażenia i urządzeń technicznych przytoczonych złożonego wg załącznika nr 6 do SIWZ przez wykonawcę REKO wynika, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Zarówno JEDZ, jak i ww. Wykaz wskazują na posiadanie wymaganych w SIWZ pojazdów, w liczbie przekraczającej minimalną ilość wskazaną w SIWZ.

Podsumowując należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał, że dla odbioru popiołu z pojemników konieczne było wyposażenie pojazdów w system załadunku pojemników, chociaż stosownie do art. 6 k.c. w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu w tym zakresie na nim spoczywał. Nie potwierdził się zatem zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Mając na względzie, iż zostało wykazane, że różnice istniejące pomiędzy treścią JEDZ a ofertą oraz Wykazem wyposażenia i urządzeń technicznych, złożonymi przez wykonawcę REKO, zostały wyjaśnione w wyniku wizji lokalnej, przeprowadzonej przez Zamawiającego,



która była przewidziana w SIWZ i z której został sporządzony protokół, a z analizy każdego z tych dokumentów wynika, że wykonawcy przysługuje taka sama ilość punktów w kryterium oceny ofert oraz, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadania określonych w SIWZ samochodów, należy uznać, że stwierdzone w odwołaniu zaniechania odnośnie zastosowania, celem wyjaśnień wskazanych przepisów ustawy Pzp, tj. odpowiednio art. 87 ust. 1 i 26 ust. 3, pozostają bez wpływu na wynik postępowania, a w konsekwencji nie mogą stanowić o uwzględnieniu odwołania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp *Izba może uwzględnić odwołanie, jeśli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.*

Jak zaznaczono powyżej, Izba orzeka w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu, na które składa się zarówno podstawa prawna jak i podstawa faktyczna. Odwołujący nie kwestionuje w odwołaniu spełnienia przez wykonawcę REKO wymogu legitymowania się wpisem do rejestru działalności regulowanej, określonego w rozdziale VI pkt 2 ust. 1b SIWZ. W związku z tym podniesione na rozprawie okoliczności, że skoro z treści oferty wynika, że występują sprzeczności z informacjami podanymi w JEDZ, co do ilości pojazdów, a także ich warunków technicznych, to Zamawiający powinien także zweryfikować czy wpis do rejestru działalności regulowanej wykonawcy jest prawidłowy, mogłoby się, bowiem okazać, że wykonawca REKO nie spełnia wymogu określonych w ustawie o utrzymaniu czystości w gminach, należy pozostawić poza przedmiotem rozpoznania.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w sprawach sygn. akt KIO 433/20 i KIO 435/20 orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....