

Sygn. akt: KIO 373/23

WYROK
z dnia 24 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 24 lutego 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lutego 2023 r. przez **wykonawcę S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAPBUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Miejską Nowa Ruda**

przy udziale **wykonawcy Noworudzkie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Rudzie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAPBUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Miejską Nowa Ruda i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAPBUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Miejskiej Nowa Ruda na rzecz wykonawcy S. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą SAPBUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście

tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 373/23

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miejska Nowa Ruda - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na których powstają odpady komunalne, z terenu Gminy Miejskiej Nowa Ruda, zagospodarowanie opadów zebranych w punkcie selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), położonego w Nowej Rudzie przy ul. Niepodległości 45c oraz usuwanie odpadów z miejsc nieprzeznaczonych do składowania.”*, nr postępowania: OR.271.42.2022. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 9 grudnia 2022 r., za numerem 2022/S 238-684978.

W dniu 10 lutego 2023 r. odwołanie wniósł wykonawca S. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą SAPBUD PPHU S. K. z siedzibą w Kamieńcu Ząbkowickim – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty odwołującego oraz braku oceny podjęcia przez Odwołującego czynności związanych z uzyskaniem wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp poprzez jego błędną wykładnię i nieprawidłowe zastosowanie, polegające na uznaniu, że doszło do rażącego niedbalstwa w sytuacji, gdy zachowanie Odwołującego uznać należy za działanie ze szczególną starannością,
2. art. 431 ustawy pzp w związku z art. 110 ustawy pzp, poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Zamawiający był zobowiązany do dokonania oceny, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, z którego to obowiązku Zamawiający się nie wywiązał.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ma podstaw do zastosowania wykluczenia wobec Odwołującego, gdyż art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp odnosi się do sytuacji, w której działania Wykonawcy należy

uznać za rażące niedbalstwo. Odwołujący posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej Gminy Nowa Ruda i był przekonany, że jest to właściwy rejestr. W piśmie z dnia 24 stycznia 2023 r., Zamawiający poinformował Odwołującego, że przedłożył wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Nowa Ruda, zamiast w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Do tego dnia Odwołujący był przekonany o prawidłowości wpisu do rejestru, gdyż na tej podstawie doszło również do podpisania umowy z Zamawiającym w dniu 28 grudnia 2022 r. nr OŚ.215.15.2022 na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych w wyniku odrębnego postępowania. Odwołujący niezwłocznie po otrzymaniu w/w wezwania, jeszcze w tym samym dniu złożył wniosek do Zamawiającego o wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Gminę Miejską Nowa Ruda, dokonując jednocześnie wszystkich niezbędnych czynności dokonania ciążącego na nim obowiązku. To w gestii Zamawiającego był termin dokonania wpisu jak również uznanie braku podstaw do wykluczenia w wyniku czynności naprawczych Odwołującego. Ocena działań Odwołującego nie jest bezstronna, z uwagi na fakt, że do postępowania przetargowego stanęła również spółka, której właścicielem jest Zamawiający a w przypadku odrzucenia oferty Odwołującego, to oferta gminnej spółki zostaje wybrana , chociaż jej cena usługi brutto jest wyższa o ponad 1 250 000,00 zł od oferty złożonej przez Odwołującego. Ocena wagi naruszenia powinna uwzględnić konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. W ocenie Odwołującego, Zamawiający zupełnie zaniechał lub dokonał nieprawidłowej oceny, gdyż wskazane naruszenie w postaci braku wpisu do rejestru działalności regulowanej ma faktyczne znaczenie w momencie podpisania umowy i rozpoczęcia świadczenia usługi, co zgodnie z oświadczeniem Zamawiającego nastąpić ma 13 lutego 2023 r., a więc 10 dni po dokonaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej Odwołującego. Zamawiający naruszył w tym momencie zasadę proporcjonalności, gdyż przedmiotową sytuację zaliczyć należy do tzw. drobnej nieprawidłowości, która niezwłocznie została naprawiona przez Odwołującego .

Opierając się na komentarzach związanych z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp Odwołujący stwierdził, że „Zamawiający może wykluczyć na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 komentowanego przepisu wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o

udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych. Przepis może być zastosowany wyłącznie wówczas, jeżeli podanie nieprawdziwych informacji było celowym (zamierzonym) działaniem wykonawcy lub jest skutkiem rażącego niedbalstwa.”, co nie znajduje odzwierciedlenia w przedmiotowej sprawie. Wskazując fakultatywne przesłanki wykluczenia, zamawiający powinni zwracać szczególną uwagę na zasadę proporcjonalności „Drobne nieprawidłowości powinny jedynie w wyjątkowych okolicznościach prowadzić do wykluczenia wykonawcy.” A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2023, art. 109.

Zgodnie z art. 110 ust 2 nowej ustawy pzp zamawiający ma ocenić, czy podjęte przez wykonawcę czynności, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. W przedmiotowej sprawie Zamawiający zupełnie zaniechał dokonania tej czynności, do czego jest obowiązany przepisami wynikającymi z prawa zamówień publicznych. Korzystając z art. 110 ust. 2 ustawy pzp Wykonawca dokonał tzw. samooczyszczenia .W dniu 24 stycznia 2023 r. złożył wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda, a następnie w dniu 27 stycznia 2023 r. złożył wyjaśnienia Zamawiającemu na temat działań naprawczych dokonanych w zakresie uzyskania wpisu do prawidłowego rejestru działalności regulowanej. Następnie, w dniu 6 lutego 2023 r, podczas spotkania z Zamawiającym, wraz ze złożonym pismem, Odwołujący przedstawił ponownie szczegółowe wyjaśnienie zaistniałej sytuacji opierając się na uprawnieniu wynikającym z art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. decyzja zamawiającego o tym, aby wykonawcy nie wykluczać z ubiegania się o zamówienie następuje każdorazowo po przeprowadzeniu określonej procedury sanacyjnej, w której ten udowodni zamawiającemu, że podjął środki niezbędne powodujące, że nie popełni on podobnego czynu w przyszłości.

Odwołujący wskazał, że procedura samooczyszczenia ma na celu umożliwienie Wykonawcy wzięcia udziału w postępowaniu, pomimo ziszczenia się wobec niego niektórych przesłanek wykluczenia. Instytucja ta znajduje swoje źródło w przepisach unijnych. Procedura „self-cleaning” została unormowana w art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Instytucję „selfcleaning” należy zatem rozumieć w taki sposób, iż Wykonawca, wiedząc i mając świadomość co do tego, iż zaistniały wobec niego przesłanki wykluczenia z postępowania, opisane w cytowanych przepisach, korzysta z przysługującego mu uprawnienia do

udowodnienia zamawiającemu, że podjął on starania w celu wyeliminowania w przyszłości sytuacji, które miały wpływ na zaistnienie wobec niego przesłanki wykluczenia go z możliwości ubiegania się o zamówienie publiczne. Na podstawie art. 110 ust. 3 ustawy pzp Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Tylko jeżeli podjęte przez Wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy pzp, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, Zamawiający wyklucza Wykonawcę. W niniejszej sprawie nie ma podstaw do wykluczenia Odwołującego z uwagi na brak możliwości wykazania braku jego rzetelności. Procedura naprawcza (samooczyszczenia („self-cleaningu”) nie daje możliwości zakwestionowania podstaw wykluczenia, pozwala natomiast Wykonawcy udowodnić, że mimo zaistnienia jednej lub kilku przesłanek z art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10 ustawy pzp podjęte przez niego działania są wystarczające do wykazania jego rzetelności. Instytucja self-cleaningu służy temu, że nawet w przypadku stwierdzenia określonych naruszeń zamawiający nie będzie uprawniony do wykluczenia Wykonawcy, jeżeli ten ostatni udowodni, iż podjął środki zaradcze w celu wyeliminowania powstania takich naruszeń w przyszłości, jak też w celu naprawienia szkody. Przy dokonywaniu oceny powinno się uwzględnić konkretną przesłankę będącą podstawą wykluczenia oraz wielkość spowodowanych szkód, jak również okoliczności temu towarzyszące. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2-5 i 7-10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie przesłanki z art. 110 ust. 2 ustawy pzp. Powołał się na wyrok KIO o sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21. Wskazał, że dowodem w przedmiotowej sprawie jest złożenie w dniu 24 stycznia 2023 r. wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Gmina, jako Zamawiający odrzucając ofertę, nie odniosła się w ogóle do działań naprawczych podjętych przez Wykonawcę SAP-BUD PPHU S. K., który nie podlega wykluczeniu, gdyż dokonanie zgłoszenia do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda, stanowi podstawę udowodnienia rzetelności i świadczy o podjęciu konkretnych działań, celem spełnienia wszystkich wymogów określonych w SWZ przez Zamawiającego. Gospodarowanie odpadami jest pojęciem, pod którym kryje się wiele procesów. Wiążą się one przede wszystkim z ich zbieraniem, transportem i przetwarzaniem. Jest to również nadzór nad działalnością, która się z tym wiąże oraz działania, które dotyczą obrotu odpadami. Aby móc gospodarować odpadami, niezbędne są do tego odpowiednie

uprawnienia, uzyskane na podstawie decyzji administracyjnych. Przedsiębiorcy, którzy gospodarują odpadami, muszą również złożyć wniosek o wpisanie do rejestru BDO, czyli Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarującymi odpadami, który pozwala na gromadzenie informacji o odpadach. Rejestr BDO został stworzony w celu rejestracji, ewidencji i sprawozdania obowiązku gospodarowania odpadami drogą elektroniczną. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego NR OR.271.42.2022, koniecznym warunkiem udziału jest również uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Gminę Miejska Nowa Ruda. Działalność regulowana jest najprostszą formą reglamentacji działalności gospodarczej w Polsce. Wymaga od przedsiębiorcy: spełnienia określonych warunków jej prowadzenia, złożenia wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej, złożenia oświadczenia o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności (jako załącznik do wniosku). Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej odmawia wpisu do rejestru, gdy: wydano prawomocne orzeczenie zakazujące przedsiębiorcy wykonywania działalności gospodarczej objętej wpisem, wykreślono przedsiębiorcę z rejestru tej działalności regulowanej w wyniku wydania decyzji o zakazie wykonywania działalności w okresie 3 lat poprzedzających złożenie wniosku, w przypadkach określonych w szczegółowych przepisach. Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpłynięcia wniosku wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności gospodarczej, dla której rejestr jest prowadzony. Odwołujący się Wykonawca -SAP-BUD PPHU S. K. uzyskał wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Miejskiej Nowa Ruda w dniu 3 lutego 2023 r.

W dniu 20 lutego 2023 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca Noworudzkie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Rudzie.

Izba postanowiła nie dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum firm: Alba Dolny Śląsk sp. z o. o. oraz Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, z uwagi na brak wykazania interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje w świetle art. 525 ust. 1 ustawy pzp. W zgłoszonym przystąpieniu Wykonawca wskazał: *„Przystępujący ma interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia niniejszego odwołania na korzyść Zamawiającego, ponieważ w wyniku złożenia przez Odwołującego oferty, która podlega odrzuceniu zwiększa się szansa Przystępującego na uzyskanie przedmiotowego zamówienia. Przystępujący złożył ważną ofertę w Postępowaniu. Interes Przystępującego realizuje się w sposób taki, że w przypadku gdyby inni wykonawcy, którzy złożyli oferty w Postępowaniu zostaliby wykluczeni lub ich oferty zostałyby odrzucone przez Zamawiającego, to Przystępujący uzyskałby zysk z realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, zatem wymierną korzyść ekonomiczną.”* W ocenie Izby, ewentualne rozstrzygnięcie na korzyść Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu nie wpłynęłoby na sytuację Wykonawcy ALBA w sposób wykazywany w zgłoszonym przystąpieniu. Zauważyć należy, że żądanie odwołania sprowadzało się do przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania i unieważnienia wyboru oferty wykonawcy Noworudzkie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Rudzie. W przypadku oddalenia odwołania, czyli rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego, a więc Strony do której Wykonawca ALBA zgłosił przystąpienie sytuacja w postępowaniu nie uległaby zmianie na korzyść Wykonawcy ALBA, gdyż oferta wykonawcy Noworudzkie Usługi Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Nowej Rudzie pozostałaby ofertą najkorzystniejszą, a tego wyboru Wykonawca ALBA nie zakwestionował. Niewątpliwie, Wykonawca ALBA nie wykazał więc interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami, zgłoszenia

przystąpienia wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Odwołującego na posiedzeniu (protokół szkolenia pracowników).

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „XIII. Podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp.: (...) 4) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp).”

- „XV. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. 1. Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów jeżeli wykaże, że: W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów (art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał: 1) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO); 2) zezwolenie na transport odpadów, o którym mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach 3) aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”

W JEDZ Odwołujący wskazał: „Spełnia wymagane kryteria kwalifikacji: Tak Nie (...) Kompetencje 1) Figuruje w odpowiednim rejestrze zawodowym lub handlowym prowadzonym w państwie członkowskim siedziby wykonawcy: Jeżeli jednostronna dokumentacja jest dostępna w formie elektronicznej, proszę wskazać: [wpis do rejestru podmiotów

wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)];
2) *W odniesieniu do zamówień publicznych na usługi: Czy konieczne jest posiadanie określonego zezwolenia lub bycie członkiem określonej organizacji, aby mieć możliwość świadczenia usługi, o której mowa, w państwie siedziby wykonawcy? Jeżeli odnośna dokumentacja jest dostępna w formie elektronicznej, proszę wskazać: [x] Tak Jeżeli tak, proszę określić, o jakie zezwolenie lub status członkowski chodzi, i wskazać, czy wykonawca je posiada: [...] Tak Nie.”*

W dniu 11 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy pzp do złożenia m.in. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił m.in. zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Nowa Ruda.

Pismem z dnia 24 stycznia 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp do złożenia w terminie do dnia 27 stycznia 2023 r. m.in. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający wskazał: *„Wykonawca, w wyniku wezwania przedłożył wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Nowa Ruda, zamiast w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda.”*

Pismem z dnia 27 stycznia 2023 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o przesunięcie ww. terminu do dnia 14 lutego 2023 r. wskazując: *„Prośbę swoją uzasadniam tym, że w dniu 27.01.2023, czyli po uznaniu mojej oferty za najkorzystniejszą, złożyłem wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami. Gdy tego nie uczyni w tym terminie, to zgodnie z art. 9ca ust. 2 z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.) po upływie 14 dni od złożenia wniosku przedsiębiorca może rozpocząć działalność. Wobec tego termin 14.02.2023 r. jest*

terminem ostatecznym kiedy będę mógł przedstawić stosowny dokument. Jednakże, jeżeli otrzymam dokument przed upływem tego terminu złożę go Zamawiającemu niezwłocznie. Nadmieniam, że z przepisu art. 128 ust. 1 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) wynika jednoznacznie, że zamawiający w wezwaniu wskazuje termin, w jakim określone w tym przepisie oświadczenia lub dokumenty powinny być złożone, poprawione lub uzupełnione. Ustawa Pzp nie określa jednak w sposób wyraźny, jak długi powinien być to termin, nie precyzuje też wskazówek, którymi zamawiający powinien kierować się przy wyznaczaniu tego terminu. Mimo to, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową tego przepisu, przyjmuje się, że powinien być to termin odpowiedni, a więc umożliwiający uzupełnienie oświadczeń i dokumentów przez wykonawcę, działającego z należytą starannością i w toku zwykłych czynności.”

Odwołujący załączył do ww. pisma oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości złożone w dniu 27 stycznia 2023 r. w Gminie Miejskiej Nowa Ruda.

W dniu 2 lutego 2023 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: „w niniejszym postępowaniu odrzucono ofertę: SAP-BUD PPHU S. K., ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec Żąbkowicki. UZASADNIENIE PRAWNE Podstawą prawną odrzucenia oferty jest art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 ze zm.), który stanowi: została złożona przez wykonawcę: podlegającego wykluczeniu z postępowania. UZASADNIENIE FAKTYCZNE Zamawiający w rozdziale XIII pkt 4 SWZ, wskazał podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 109 ust. 1 Pzp, w tym z pkt 8, który stanowi: 1) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych (art. 109 ust. 1 pkt 8 Pzp). Wykonawca do oferty dołączył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w zakresie wskazanym przez Zamawiającego. Przedmiotowe oświadczenie złożone zostało na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, zwanego dalej "jednolitym dokumentem". Oświadczenie stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert. Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych, pismem z dnia 11.01.2023 r. wezwał wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia, aktualnych na dzień złożenia, podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w SWZ w terminie do 23.01.2023 r. Wykonawca w terminie wskazanym przez zamawiającego, złożył dokumenty i oświadczenia, które były niekompletne lub zawierały błędy. Wobec powyższego zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1, pismem z dnia 24.01.2023 r., wezwał wykonawcę do złożenia i poprawienia niżej wskazanych dokumentów: 1. w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej: 1) aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...) W wyniku wezwania, wykonawca złożył dokumenty i oświadczenia z pkt 2 i 3 w/w wezwania, nie dołączył jednak dokumentu, o którym mowa w pkt 1, tj. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda dokonanego na podstawie ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednocześnie wykonawca załączył pismo, w którym zwracał się z prośbą o przesunięcie wyznaczonego terminu do dnia 14 lutego 2023 r. jako uzasadnienie wskazując „(...) że w dniu 27.01.2023, czyli po uznaniu mojej oferty za najkorzystniejszą, złożyłem wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami. Gdy tego nie uczyni w tym terminie, to zgodnie z art. 9ca ust. 2 z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.) po upływie 14 dni od złożenia wniosku przedsiębiorca może rozpocząć działalność. Wobec tego termin 14.02.2023 r. jest terminem ostatecznym kiedy będę mógł przedstawić stosowny dokument. Jednakże, jeżeli otrzymam dokument przed upływem tego terminu złożę go Zamawiającemu niezwłocznie (...)” Mając powyższe na uwadze, należy wskazać, iż wykonawca na dzień składania ofert, nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, o czym świadczy chociażby fakt, iż jak sam wskazał, dopiero w dniu 27.01.2023 roku złożył stosowny wniosek o dokonanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda. W związku z powyższym, zamieszczone przez wykonawcę oświadczenie w części IV

dokumentu JEDZ w zakresie spełnienia wszystkich wymaganych kryteriów kwalifikacji nie polega na prawdzie, bowiem Wykonawca ten nie posiada wymaganego aktualnego wpisu w rejestrze działalności regulowanej i tym samym nie spełnia określonego w rozdziale XV ust. 1 pkt 3 SWZ warunku udziału w postępowaniu. Podanie Zamawiającemu nieprawdziwych informacji dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie niepolegającego na prawdzie oświadczenia i tym samym wprowadzenie Zamawiającego w błąd, prowadzi do wykluczenia Wykonawcy z postępowania. Ta przesłanka wykluczenia Wykonawcy została uregulowana w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP. Zgodnie z przepisem, „z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych”. „Celem wykluczenia jest sankcjonowanie zachowań niewłaściwych i eliminowanie wykonawców nierzetelnych” (tak: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX). Mając na uwadze powyższe wskazać należy, że złożenie przez Wykonawcę SAP-BUD PPHU S. K. oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji, pomimo że Wykonawca ten nie posiada wymaganego przez Zamawiającego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda, zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego jako wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażące niedbalstwo i w konsekwencji stanowi podstawę wykluczenia w/w Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 8 ust. 1 PZP do oceny czynności dokonywanych przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego, tym samym należy uwzględnić art. 355 § 1 k.c., zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przez należyłą staranność rozumie się określony sposób postępowania, mający prowadzić do spełnienia świadczenia, pewien model czy wzorzec skonstruowany z reguł postępowania. Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż zgodnie z art. 355 § 2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności, a zatem konstruując wzorzec należytej staranności przedsiębiorcy w stosunkach jednostronnie i obustronnie profesjonalnych, należy brać pod uwagę to, że jego działalność ma charakter

profesjonalny (zawodowy), co oznacza m. in., że prowadzona jest stale i przynajmniej w założeniu, oparta na szczególnej wiedzy i umiejętnościach. Prowadzenie działalności profesjonalnej uzasadnia zwiększone oczekiwania otoczenia co do wiedzy, skrupulatności i rzetelności podmiotu prowadzącego taką działalność. Za takiego profesjonalistę należy również uznać co do zasady wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia. Wzorzec należytej staranności nakłada zatem na wykonawcę, który składa ofertę, podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, mają one bowiem wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Zamawiający oceniając, czy informacje podane przez wykonawcę wprowadzają go w błąd, powinien ograniczyć się do jednoznacznego ustalenia, czy dana informacja jest prawdziwa, czy nieprawdziwa. Dla uznania informacji za wprowadzającą w błąd nie jest istotne ustalenie, jaka przyczyna spowodowała, że wykonawca taką informację przedstawił. Istotą nieprawdziwych informacji, tj. niezgodnych z faktami, jest brak ich zgodności z istniejącym stanem rzeczy. Zamawiający dokonał powyżej weryfikacji badając rejestr działalności regulowanej prowadzony przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda z którego treści jednoznacznie i w sposób niewątpliwy wynika, że wykonawca nie posiada wpisu do RDR (ani wskazywany przez niego podwykonawca). W tym miejscu wyjaśnienia wymaga szczególnie charakter wpisu do rejestru działalności regulowanej uprawniającego podmiot do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Należy wskazać, że zgodnie z art. 9c ust.1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z późn. zm.) „przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.” Zgodnie z utrwalonym stanowiskiem doktryny jak i orzecznictwa sądowego cytowana wyżej ustawa nakłada na przedsiębiorców odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązek uprzedniego uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierzają odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. W treści przepisu ustawodawca posłużył się zwrotem „zamierza”, co oznacza, że wykonywanie tego rodzaju działalności musi poprzedzać wpis do odpowiedniego rejestru. Brak uzyskania wpisu do RDR prowadzonego przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda oznacza, że od początku brak jest materialnoprawnej podstawy wykonywania działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Natomiast zamawiający w sposób nie budzący wątpliwości oznaczy w SWZ, iż wymaga na dzień składania ofert aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z ustawą Pzp ocena spełniania przez wykonawcę wymaganych warunków poprzedza wybór

najkorzystniejszej oferty. Zatem przedsiębiorca zobowiązany jest spełnić wymagany warunek na dzień składania ofert oraz zgodnie z art. 9c ust 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 z późn. zm.). Wymagany wpis do RDR wykonawca powinien posiadać już w momencie powzięcia zamiaru świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych jakim zapewne było złożenie oferty a nie w terminie późniejszym np. po uzupełnieniu tego braku. Zamawiający stoi na stanowisku, że nie jest możliwe w zaistniałym stanie faktycznym spełnienie wymogu uzyskania wpisu nawet po jego uzupełnieniu z uwagi na wskazany powyżej przepis art. 9c i uprzedni charakter wpisu do RDR jednoznacznie określone warunki udziału w postępowaniu. (KIO 3283/20). Niezależnie od powyższego zamawiający wskazuje, że wykonawca zamierza świadczyć usługi przy udziale podmiotu trzeciego – podwykonawcy. W związku z powyższym wymóg uzyskania uprzedniego wpisu do RDR ciąży również na podwykonawcy zamierzającym świadczyć usługi. W tym zakresie wskazany podwykonawca również nie uzyskał wpisu do RDR prowadzanego przez Burmistrza Miasta Nowa Ruda. Należy stwierdzić, że przedsiębiorcą odbierającym odpady jest nie tylko przedsiębiorca, który faktycznie wykonuje działalność w tym zakresie, lecz także przedsiębiorca zlecający odbieranie odpadów innemu podmiotowi. Nie wystarczy, aby to podmiot wykonujący zlecenie posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej. Jak wskazują sądy, z istoty umowy zlecenia wynika obowiązek wykonywania działalności na rzecz zleceniodawcy. Natomiast zleceniodawcą jest przedsiębiorca, który odbiera odpady na podstawie umowy z właścicielami nieruchomości. W związku z tym to na nim ciąży obowiązek uzyskania odpowiedniego wpisu (zob. wyrok NSA z 7.05.2019 r., II OSK 1560/17, LEX nr 2678770; wyrok WSA w Szczecinie z 10.05.2018 r., II SA/Sz 155/18).”

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania (...).”

Zgodnie z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp: „1. Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: (...) 8) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych podmiotowych środków dowodowych.”

W myśl art. 110 ustawy pzp: „1. Wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. 2. Wykonawca nie podlega wykluczeniu w okolicznościach określonych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 lub art. 109 ust. 1 pkt 2.5 i 7.10, jeżeli udowodni zamawiającemu, że spełnił łącznie następujące przesłanki: 1) naprawił lub zobowiązał się do naprawienia szkody wyrządzonej przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem, w tym poprzez zadośćuczynienie pieniężne; 2) wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności związane z przestępstwem, wykroczeniem lub swoim nieprawidłowym postępowaniem oraz spowodowanymi przez nie szkodami, aktywnie współpracując odpowiednio z właściwymi organami, w tym organami ścigania, lub zamawiającym; 3) podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom, wykroczeniom lub nieprawidłowemu postępowaniu, w szczególności: a) zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, b) zreorganizował personel, c) wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, d) utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów, e) wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów. 3. Zamawiający ocenia, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy. Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w ust. 2, nie są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający wyklucza wykonawcę.”

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 2 lutego 2023 r., a dotyczące wypełnienia się przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, skutkujących odrzuceniem oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu. W ocenie Izby, w ustalonym stanie faktycznym czynność Zamawiającego opierająca się na ww. podstawie prawnej była niezasadna z kilku powodów.

Na wstępie podkreślić należy, że przedmiotem rozpoznania i ocenie Izby podlegała wyłącznie prawidłowość czynności Zamawiającego w oparciu o uzasadnienie prawne i faktyczne wskazane w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Zaskarżona czynność oraz podniesione względem niej zarzuty odwołania wyznaczają więc granice rozpoznania, poza które Izba nie jest uprawniona wykroczać.

Dalej wskazania wymaga, że Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego zaprezentowanego na rozprawie, że brak w odwołaniu zarzutu naruszenia art. 239 ustawy pzp oraz żądania unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty powoduje, iż uwzględnienie odwołania nie jest możliwe z uwagi na brak wpływu na wynik postępowania w świetle art. 554 ust. 1 ustawy pzp oraz dyspozycję art. 555 ustawy pzp, stanowiącego że *„Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu”*. Zauważyć należy, że zarzuty i żądania odwołania zostały postawione w celu przywrócenia oferty Odwołującego do postępowania. Aby cel odwołania mógł zostać osiągnięty czynność odrzucenia oferty musi zostać unieważniona, co jest możliwe wyłącznie na etapie badania i oceny ofert. Jak stanowi art. 7 pkt 18 ustawy pzp postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest uporządkowanym ciągiem czynności prowadzącym do wyboru najkorzystniejszej oferty. Nie ulega więc wątpliwości, że Izba nakazując unieważnienie czynności odrzucenia oferty nakazuje również unieważnienie wyboru, gdyż zamawiający jest zobowiązany wrócić do etapu badania i oceny ofert. Jest to oczywista konsekwencja postawionych w odwołaniu zarzutów, pomimo że żądanie takie nie zostało wprost wyrażone w treści odwołania. Odwołujący uzasadniając interes w uzyskaniu zamówienia na str. 9 odwołania podniósł, że w świetle kryteriów oceny ofert jego oferta jest ofertą najwyższej ocenioną i na skutek czynności Zamawiającego utracił szansę na uzyskanie zamówienia, co jest argumentacją kwestionującą prawidłowość wyboru najkorzystniejszej oferty. Podkreślić także należy, że co do zasady zarzut naruszenia art. 239 ustawy pzp jako zarzut główny odwołania (*„Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.”*) dotyczy stanów faktycznych, w których naruszenie obejmuje nieprawidłową ocenę ofert w świetle postawionych kryteriów. W przedmiotowej sprawie zarzut taki mógłby być wyłącznie zarzutem wynikowym, mającym charakter wtórny względem zarzutów głównych odwołania. Co więcej, Izba nie jest związana żądaniami odwołania, dlatego też uwzględniając zarzuty odwołania oraz pojęcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jako uporządkowanego ciągu czynności, unieważniając czynność odrzucenia oferty Izba nakazała w konsekwencji również unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Przechodząc do zarzutów odwołania, wskazania wymaga, że Odwołujący zakwestionował w pierwszej kolejności czynność odrzucenia jego oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. W ocenie Izby zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

Podkreślić należy na wstępie, że nie było sporne między Stronami, iż Odwołujący oświadczył w formularzu JEDZ, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu. Bezsporne było również, że na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Nowa Ruda, zamiast w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda, a także że w odpowiedzi na wezwanie z art. 128 ust. 1 ustawy pzp nie uzupełnił wymaganego zaświadczenia, wnosząc o przesunięcie terminu na jego złożenie, z uwagi na trwającą procedurę dotyczącą uzyskania wpisu we właściwym rejestrze. Istotą sporu było natomiast, czy Zamawiający prawidłowo uznał, że w tak ustalonym stanie faktycznym wypełniła się dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Zaznaczenia wymaga, że Zamawiający wyłącznie na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego wskazując wyraźnie w treści pisma z dnia 2 lutego 2023 r., że *„złożenie przez Wykonawcę SAP-BUD PPHU S. K. oświadczenia w zakresie spełniania warunków udziału lub kryteriów selekcji, pomimo że Wykonawca ten nie posiada wymaganego przez Zamawiającego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda, zostało zakwalifikowane przez Zamawiającego jako wprowadzenie zamawiającego w błąd w wyniku zamierzonego działania lub rażące niedbalstwo i w konsekwencji stanowi podstawę wkluczenia w/w Wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.”* W ocenie Izby, kwalifikacja prawna dokonana przez Zamawiającego nie była prawidłowa.

Zgodnie z treścią uzasadnienia czynności odrzucenia oferty, Zamawiający oparł decyzję o wypełnieniu się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp na okoliczności złożenia przez Odwołującego w formularzu JEDZ oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, które to oświadczenie w wyniku weryfikacji podmiotowej Wykonawcy okazało się nieprawdziwe. Podkreślenia wymaga jednak, że okoliczność niespełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie może być każdorazowo utożsamiana z zaistnieniem przesłanek wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Oświadczenia składane przez wykonawców w formularzu JEDZ stanowią wyłącznie oświadczenia wstępne. Konkretyzacją tych oświadczeń są podmiotowe środki dowodowe, na podstawie których zamawiający dokonuje weryfikacji czy m.in. warunki udziału zostały spełnione. W niniejszej sprawie złożenie przez Odwołującego oświadczenia w JEDZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu nie spowodowało, że wypełniła się dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Zważyć należy, że przesłanki z powyższego przepisu w odróżnieniu od dyspozycji art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy pzp („(...) który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd (...)”) określają kwalifikowane przypadki wprowadzenia w błąd. Wykonawca musi przede wszystkim działać w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Przepis odsyła więc w pierwszej kolejności do zachowania zamierzonego, celowego, a więc świadomego i nastawionego na wywołanie określonych skutków. W odniesieniu natomiast do pojęcia rażącego niedbalstwa to w doktrynie podkreśla się, że jest to szczególnie negatywna, naganna ocena postępowania, które drastycznie odbiega od modelu właściwego w danych warunkach. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. (tak też: M. Sieradzka (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2022). Do podjęcia czynności wykluczenia niezbędne jest więc ustalenie, że wykonawca działał umyślnie - z zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd - lub też wprawdzie nieumyślnie, jednak z naruszeniem w sposób rażący standardu wymaganej ostrożności. (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 kwietnia 2022, sygn. akt: KIO 901/22).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy wskazania wymaga, że w ocenie Izby, na moment składania oświadczenia w JEDZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, Odwołujący nie działał w warunkach rażącego niedbalstwa, a tym bardziej z celowym, świadomym zamiarem wprowadzenia zamawiającego w błąd, wymaganym dyspozycją art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Na taką ocenę zachowania Wykonawcy nie wskazują okoliczności faktyczne ustalone w niniejszej sprawie. Po pierwsze zauważyć należy, że składając oświadczenie w JEDZ Wykonawca musiał mieć świadomość, że jest ono wyłącznie wstępnym oświadczeniem co do spełniania warunków udziału w postępowaniu i dopiero weryfikacja podmiotowa Wykonawcy – przedstawienie właściwych podmiotowych środków dowodowych umożliwi potencjalnie Wykonawcy uzyskanie zamówienia, co wynika wprost z treści SWZ. Zamawiający nie mógł na podstawie tego oświadczenia zdecydować o wyborze oferty Odwołującego. Następnie zauważyć należy, że nie było tak, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 126 ust. 1 ustawy pzp nie przedstawił żadnych dokumentów. Odwołujący złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Nowa Ruda. Odwołujący miał zatem wiedzę,

że aby realizować zamówienie musi posiadać wpis do RDR. Izba zwraca także uwagę, że dopiero po skierowaniu przez Zamawiającego drugiego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp, w którym Zamawiający informuje, że Wykonawca przedstawił wpis do rejestru prowadzonego przez Gminę Nowa Ruda zamiast Gminę Miejską Nowa Ruda, Wykonawca złożył wniosek o wpis do właściwego rejestru. Zachowanie Wykonawcy wskazuje w sposób oczywisty, że pozostawał on w błędnym przekonaniu składając oświadczenie w JEDZ, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a wpis który uzyskał przed terminem składania ofert jest wpisem do właściwego rejestru. Izba wzięła pod uwagę okoliczność bezsporną przyznaną przez obie Strony, że Wykonawca składając oświadczenie był w trakcie realizacji dla Zamawiającego innej umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych zawartej w wyniku odrębnego postępowania. Wykonawca mógł zatem pozostawać w przekonaniu o prawidłowości wpisu, skoro świadczył usługi, dla których wpis jest wymagany. Na uwagę zasługuje również, że z zaświadczenia o wpisie wynika: *„zaświadcza się, że do prowadzonego przez Wójta Gminy Nowa Ruda rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Nowa Ruda (...).”* W ocenie Izby w zakresie wymaganego wpisu mogło po stronie Wykonawcy dojść do niezamierzonej pomyłki, pomimo zachowania minimalnej staranności. Wykonawca uzyskał wpis ale dla Gminy wiejskiej. Zamawiający w tym zakresie podnosił istotne znaczenie posiadania przez wykonawcę wpisu dla prawidłowej realizacji zamówienia, jako obowiązku wynikającego z przepisów prawa, który każdy wykonawca starający się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia powinien na dzień składania ofert spełnić. Izba nie neguje wagi postawionych warunków udziału w postępowaniu i szczególnego charakteru wpisu oraz podziela stanowisko Zamawiającego, iż warunki muszą zostać spełnione na dzień składania ofert. Niemniej jednak, dla uznania, że wypełniła się dyspozycja art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i zakwalifikowania zachowania wykonawcy jako celowego (z winy umyślnej) czy też jako rażącego niedbalstwa (kwalifikowany stopień winy nieumyślnej) konieczna jest ocena tego zachowania na moment przedstawiania przez wykonawcę danych informacji w okolicznościach, w których wykonawca się znajdował. Dokonanie takiej oceny prowadzi do wniosku, że przypisanie Odwołującemu rażącego niedbalstwa było nieuzasadnione. Co więcej, przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp muszą wystąpić łącznie aby wykluczenie wykonawcy było uprawnione, a zdaniem Izby także dalsze przesłanki z tej podstawy prawnej nie wypełniły się w ustalonym stanie faktycznym.

Podkreślić należy, że dyspozycja powyższego przepisu *„wprowadził w błąd”* wskazuje na formę dokonaną. Tym samym podstawą wykluczenia wykonawcy nie może być sama próba

bądź zamiar wprowadzenia zamawiającego w błąd, a jedynie faktyczne wywołanie u zamawiającego mylnego wyobrażenia o faktach dotyczących w tym przypadku: spełnienia przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu. Co więcej, przedstawienie tych informacji musi mieć wpływ (choćbyby potencjalny) na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, przy czym w przepisie mowa o „istotnym” a nie jakimkolwiek wpływie.

Izba zauważa, że Zamawiający dysponował wszystkimi informacjami, które pozwalały mu na ocenę, czy Odwołujący spełnia czy nie warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający otrzymał wstępne oświadczenie w JEDZ o spełnieniu warunków udziału, które w ocenie Izby nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na decyzje Zamawiającego w postępowaniu, a bynajmniej tego istotnego wpływu Zamawiający nie wykazał. W decyzji o odrzuceniu oferty wskazano: *„Wzorzec należytej staranności nakłada zatem na wykonawcę, który składa ofertę, podmiotowe środki dowodowe we własnym imieniu, aby upewnić się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości, mają one bowiem wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego.”* Niemniej jednak, Zamawiający twierdzenia tego nie odniósł do ustalonych okoliczności faktycznych i nie wskazał jaki istotny wpływ i na jakie decyzje miała lub mogła mieć informacja o spełnieniu warunków udziału wynikająca z oświadczenia JEDZ Odwołującego. Zamawiający w wyniku wezwania z art. 126 ust. 1 ustawy pzp otrzymał od Wykonawcy zaświadczenie, a na podstawie informacji w nim zawartych Zamawiający stwierdził, że Wykonawca przedłożył wpis do niewłaściwego rejestru. Dokumenty zatem składane w postępowaniu przez Odwołującego (podmiotowe środki dowodowe), na podstawie których Zamawiający był zobowiązany dokonać weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedstawiały informacje prawdziwe o niewłaściwym wpisie. Dlatego też zresztą Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy pzp. Nie jest więc tak, że Zamawiający ustalał na podstawie innych źródeł, czy Wykonawca posiada wymagany wpis. Okoliczności te wynikały wprost z przedłożonych przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych oraz pisma Odwołującego z dnia 27 stycznia 2023 r. Na ich podstawie Zamawiający mógł ustalić czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Dodać należy, że zgodnie z art. 111 pkt 5 ustawy pzp wykluczenie wykonawcy w przypadku, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 następuje na okres 2 lat od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia. Wykluczenie więc wykonawcy na ww. podstawie prawnej skutkuje wysoce negatywnymi konsekwencjami i decyzja w tym zakresie powinna być podejmowana z zachowaniem szczególnej ostrożności.

W konsekwencji powyższego, Izba uznała że nie wyczerpały się przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, które muszą wystąpić łącznie, a zatem odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy pzp było nieprawidłowe.

Niezasadne w świetle czynności Zamawiającego okazały się również twierdzenia dotyczące podmiotu trzeciego - podwykonawcy Odwołującego, gdyż pozostawały one w oderwaniu od podstawy odrzucenia oferty Wykonawcy. Zaznaczyć należy, że udostępnienie zasobów zgodnie ze zobowiązaniem dołączonym do oferty dotyczyło: *„wiedza i doświadczenie oraz potencjał techniczny.”* Natomiast ustawa pzp w art. 118 stanowi: *„Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.”* Nie jest zatem możliwe udostępnienie zasobów w zakresie warunku dotyczącego uprawnień. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że zweryfikował że podwykonawca Odwołującego nie posiada wpisu do RDR co w jego ocenie również kwalifikuje się jako *„rażące niedbalstwo wprowadzające zamawiającego w błąd”*. Zamawiający nie odniósł tej okoliczności do przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp stanowiącego podstawę odrzucenia oferty m.in. że informacje wprowadzające w błąd muszą dotyczyć nie podlegania wykluczeniu, spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Twierdzenia Zamawiającego nie dotyczą więc podstawy odrzucenia oferty jako złożonej przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp.

Podkreślić należy, że przedmiotem rozpoznania Izby nie mogła być dodatkowa argumentacja Zamawiającego i Przystępującego odnosząca się do wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO), gdyż okoliczności te nie były wskazane w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego. Jak już zostało podniesione Izba bada prawidłowość czynności Zamawiającego wyłącznie w oparciu o podstawy prawne i faktyczne wskazane w decyzji Zamawiającego z dnia 2 lutego 2023 r.

Przechodząc do zarzuconego naruszenia dotyczącego braku oceny przez Zamawiającego samoocyszczenia złożonego przez Odwołującego, Izba uznała argumentację Odwołującego za niezasadną.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, że procedura samooczyszczenia ma na celu umożliwienie wykonawcy na udział w postępowaniu pomimo ziszczenia się wobec niego niektórych przesłanek wykluczenia. Instytucja ta znajduje swoje źródło w przepisach unijnych. Dyrektywa 2014/24/UE w motywie 102 stanowi, że: *„Należy jednak uwzględnić możliwość przyjęcia przez wykonawców środków dostosowawczych mających na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania. Środki takie mogą w szczególności obejmować działania personalne i organizacyjne, takie jak zerwanie wszelkich powiązań z osobami lub organizacjami odpowiedzialnymi za niewłaściwe zachowania, odpowiednie środki służące reorganizacji personelu, wdrożenie systemów sprawozdawczości i kontroli, utworzenie struktury audytu wewnętrznego monitorującego przestrzeganie i przyjęcie wewnętrznych zasad odpowiedzialności i odszkodowań. W przypadku gdy działania te oferują wystarczające gwarancje, dany wykonawca nie powinien być już wykluczony jedynie ze wspomnianych względów. Wykonawcy powinni mieć możliwość zwracania się o zbadanie środków dostosowawczych podjętych w celu ewentualnego dopuszczenia do postępowania o udzielenie zamówienia. Jednak to państwom członkowskim należy pozostawić określenie szczegółowych warunków proceduralnych i merytorycznych mających zastosowanie w takich przypadkach. Państwa członkowskie powinny w szczególności mieć swobodę w decydowaniu, czy zezwolić poszczególnym instytucjom zamawiającym na przeprowadzanie stosownych ocen, czy też powierzyć to zadanie innym organom na szczeblu centralnym lub niższym”.*

Zgodnie z art. 57 ust. 6 dyrektywy 2014/24/UE: *„Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust. 1 i 4, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Środki podjęte przez wykonawców są oceniane z uwzględnieniem wagi i szczególnych okoliczności przestępstwa lub wykroczenia. Jeżeli środki zostaną uznane za niewystarczające, wykonawca otrzymuje uzasadnienie takiej decyzji. (...)”*

W takiej sytuacji na wykonawcy ciąży obowiązek udowodnienia, że zostały podjęte niezbędne środki do wykazania jego rzetelności, usunięcia skutków zdarzenia będącego podstawą wykluczenia oraz zapobiegające wystąpieniu takich sytuacji w przyszłości. Przepis art. 110 ust. 2 ustawy pzp wymaga od wykonawcy udowodnienia Zamawiającemu, iż spełnia łącznie przesłanki wymienione w tym przepisie. Podkreślić należy dalej, że przedstawienie przez wykonawcę dowodów na podjęcie konkretnych działań naprawczych jest warunkiem sine qua non dla uznania ich za wystarczające i stwierdzenia rzetelności wykonawcy. Instytucja samooczyszczenia jako wyjątek od reguły niewątpliwie powinna być interpretowana wąsko. Zamawiający nie będzie mógł uznać zatem za wystarczające nawet obszernych i szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, przy braku dowodów na podjęcie opisanych działań (wyrok KIO z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: KIO 627/21, KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21). Na skutek prawidłowego samooczyszczenia Zamawiający powinien uzyskać gwarancję, że w wyniku przeprowadzonych działań naprawczych wykonawca jest w stanie należycie i solidnie wykonać zamówienie. Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 12 listopada 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2302/20: *„Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien bowiem dawać gwarancję prawidłowego wykonania umowy. Wykonawcy, którzy w przeszłości nie wykazali się odpowiednią rzetelnością, mogą nie zostać dopuszczeni do udziału w postępowaniu, ponieważ ustawodawca uznał, że stanowią oni realne zagrożenia dla prawidłowości wydatkowania środków publicznych i zasadnym jest ich wykluczenie.”*

Oczywiście ocena skuteczności powyższych działań należy do Zamawiającego, przy czym Zamawiający przy zachowaniu maksymalnej obiektywności, jest zobowiązany uwzględnić wagę i szczególne okoliczności zdarzenia, stanowiącego podstawę wykluczenia.

Wskazania wymaga, że wykonawca może zostać wykluczony przez zamawiającego na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Co do zasady z inicjatywą samooczyszczenia powinien wystąpić sam wykonawca, wskazując w oświadczeniu wstępnym, że znajduje się w sytuacji uzasadniającej wykluczenie. Niemniej jednak niewykluczone są sytuacje, kiedy samooczyszczenie następuje na dalszym etapie postępowania, co jest zależne i powinno być oceniane indywidualnie w kontekście zaistniałych okoliczności i konkretnych stanów faktycznych (por. wyrok KIO z dnia 28 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 315/22). Dotyczy to przede wszystkim sytuacji spornych i niejednoznacznych co do okoliczności powodujących wykluczenie wykonawcy. Kwestia terminu, w jakim wykonawca powinien podjąć działania naprawcze również pozostaje zależna od okoliczności faktycznych danej sprawy.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy podkreślić należy, że Odwołujący nie mógłby w przedmiotowym postępowaniu dokonać skutecznego samooczyszczenia, gdyż musiałby to uczynić jeszcze przed czynnością Zamawiającego wykluczenia Odwołującego z postępowania, a więc jeszcze przed uznaniem że w ogóle wypełniła się w postępowaniu względem Wykonawcy przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Jeśli czynność wykluczenia Wykonawcy byłaby zasadna, z czym Izba się nie zgadza, to dopiero w kolejnym postępowaniu Odwołujący musiałby w oświadczeniu JEDZ przyznać, że znalazł się w sytuacji, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp i wykazać, że spełnione zostały przesłanki samooczyszczenia. W niniejszym postępowaniu Odwołujący w piśmie z dnia 27 stycznia 2023 r. wnosił wyłącznie o przedłużenie terminu na złożenie zaświadczenia o wpisie do właściwego rejestru wskazując, że złożył stosowny wniosek. Z pisma nie wynika aby Wykonawca przyznał, że zachodzi wobec niego podstawa wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp, a jedynie że Wykonawca podjął próbę uzyskania dokumentów, które były wymagane na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Dokumenty i wyjaśnienia złożone w dniu 6 lutego 2023 r. na co powoływał się Odwołujący, tym bardziej nie mogły być brane pod uwagę, jako złożone już po wyborze najkorzystniejszej oferty. Podobnie dowód przedstawiony przez Odwołującego na posiedzeniu, a dotyczący szkolenia pracowników.

Pomimo, że Izba uznała powyższą argumentację za niezasadną to stanowi ona wyłącznie konsekwencję zarzutu dotyczącego naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy pzp. Celem odwołania było unieważnienie czynności odrzucenia oferty w oparciu o ww. podstawę prawną, i ten cel i wynik postępowania odwoławczego został osiągnięty na korzyść Odwołującego, dlatego też Izba uwzględniła odwołanie w całości.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz

wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Przewodniczący: