

KANCELARIA PRAWNA
Radca Prawny Joanna Wołkowska
al. Gen. Józefa Hallera 11, lok. 13, 53-319 Wrocław
tel. + 48 601-454-800, e-mail: radca.prawny@wolkowska.pl
NIP 691-134-65-16

Wrocław, dnia 08.02.2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A

02-676 Warszawa

Odwołujący: SAP-BUD PPHU Sylwester Kowal, ul. Wileńska 4, 57-230 Kamieniec
Ząbkowicki, NIP 887-159-30-88, telefon: +48 790605008 e-mail
biuro@sap-bud.pl,

działający przez: Joannę Wołkowską prowadzącą Kancelarie Prawna we
Wrocławiu(kod 53-319) przy al. Hallera 11/13, tel. +48
601454800, email; radca.prawny@wolkowska.pl

Zamawiający: GMINA MIEJSKA NOWA RUDA UL. RYNEK 1 telefon:+48 (74)
872-03-15, e-mail miasto@um.nowaruda.pl

ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującego, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w związku z art. 505 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych [dalej: „ustawa Pzp”] wnoszę odwołanie na niezgodną z przepisami ustawy czynność zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz na zaniechanie czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do której zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy.

Przedmiotem zamówienia jest „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.”

(numer referencyjny: OR.271.42.2022)

Numer ogłoszenia o zamówieniu z Biuletynu Zamówień Publicznych :

BZP 00499508_01 Numer ogłoszenia: 2022/BZP 00499508

Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzuca niezgodność z przepisami ustawy, to:

- 1) Odrzucenie oferty odwołującego,
- 2) Brak oceny podjęcia przez Odwołującego czynności związanych z uzyskaniem wpisu do rejestru działalności regulowanej jako okoliczności wystarczającej do wykazania jego rzetelności

Czynnościom i zaniechaniom czynnościom Zamawiającego stawiam zarzuty:

- 1) Naruszenie art.226 ust.1 pkt.2 Pzp w związku z art.109 ust.1 pkt.8 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) Naruszenie przepisów Pzp w przedmiocie 431 pzp w związku z art.110 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 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 wnosi o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) Unieważnienie odrzucenia oferty przez Zamawiającego
- 2) Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji według przedstawionych na rozprawie faktur i rachunków.
- 3) Przeprowadzenia dowodów z załączonych do odwołania dokumentów na poparcie twierdzeń Odwołującego.

UZASADNIENIE

W dniu 02.02.2023 r. Zamawiający wysłał drogą elektroniczną zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego na usługi 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.”

Zamawiający doręczył Odwołującemu drogą elektroniczną informację o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.226 ust.1pkt.2 a., podając w uzasadnieniu jako podstawę wykluczenia art.109 ust.1 pkt.8 Pzp.

W przedmiotowej sprawie Zamawiający nie ma podstaw do zastosowania wykluczenia wobec Odwołującego, gdyż art. 109 ust.1 pkt 8 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 24.01.2023 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 28.12.2022 r. nr OŚ.215.15.2022 na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wytwarzanych przez właścicieli nieruchomości niezamieszkałych 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 Miejska Nowa Ruda, dokonując jednocześnie wszystkich niezbędnych czynności do wykonania 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 13.02.2023 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.pkt.8 należy stwierdzić, 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 pzp Wykonawca dokonał tzw. samooczyszczenia .W dniu 24.01.2023r.,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 27.01.2023 r. złożył wyjaśnienia Zamawiającemu na temat działań naprawczych dokonanych w zakresie uzyskania wpisu do prawidłowego rejestru działalności regulowanej.

Następnie, w dniu 06.02.2023 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 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.

W pierwszej kolejności wskazania wymaga, 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. 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.

Procedura „self-cleaning” została unormowana w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp. Instytucję „self-cleaning” 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 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: zerwał wszelkie powiązania z osobami lub podmiotami odpowiedzialnymi za nieprawidłowe postępowanie wykonawcy, zreorganizował personel, wdrożył system sprawozdawczości i kontroli, utworzył struktury audytu wewnętrznego do monitorowania przestrzegania przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów oraz wprowadził wewnętrzne regulacje dotyczące odpowiedzialności i odszkodowań za nieprzestrzeganie przepisów, wewnętrznych regulacji lub standardów.

Jak wskazano w wyroku KIO z dnia 15 kwietnia 2021 r., sygn. akt: [KIO 627/21](#), KIO 630/21, KIO 657/21, KIO 658/21 "Najważniejszym krokiem w procedurze samooczyszczenia jest przedstawienie dowodów, które potwierdzają podjęte przez wykonawcę działania w celu oczyszczenia się z zarzutów wykluczenia.

Takim dowodem w przedmiotowej sprawie jest złożenie w dniu 24.01.2023 r. wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Miejskiej Nowa Ruda.

Ocena, czy podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ust. 2 ustawy Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, należy do Zamawiającego. **Jeżeli podjęte przez wykonawcę czynności, o których mowa w art. 110 ust. 2 ustawy Pzp, są wystarczające do wykazania jego rzetelności, zamawiający nie może wykluczyć z postępowania wykonawcy.**

Gmina, jako Zamawiający odrzucając ofertę, nie odniosła się w ogóle do działań naprawczych podjętych przez Wykonawcę SAP-BUD PPHU SYLWESTER KOWAL, 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. Wiązą 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 wpisu 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 Sylwester Kowal uzyskał wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Miejskiej Nowa Ruda w dniu 3 luty 2023 r.

KWESTIE FORMALNE

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, ponieważ złożył ofertę, która uwzględniając kryteria oceny ofert jest ofertą najwyższej ocenioną. Odrzucenie oferty spowodowało, że Odwołujący utracił szanse na uzyskanie zamówienia.

Wpis od odwołania w wymaganej wysokości został przez Odwołującego uiszczony. Dowód uiszczenia wpisu od odwołania stanowi załącznik numer 1.

Zgodnie z art. 514 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie przed upływem terminu do wniesienia odwołania. Dowód przesłania odwołania Zamawiającemu stanowi załącznik numer 2 do niniejszego odwołania.

Wykaz załączników:

- 1) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania w kwocie 15 000, zł.
- 2) Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.
- 3) Wydruk komputerowy z systemu teleinformatycznego CEIDG Odwołującego.
- 4) Pełnomocnictwo
- 5) dowód uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa

- 6) informacja z otwarcia ofert z dnia 10.01.2023 r.
- 7) wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy z dnia 11.01.2023 r.
- 8) wezwanie do złożenia dokumentów wykonawcy z dnia 24 .01.2023 r.
- 9) zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 02.02.2023 r.
- 10) pismne stanowisko z dnia 06.02.2023 r
- 11) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (RDR)Gmina Nowa Ruda
- 12) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości RDR Gmina Miejska Nowa Ruda
- 13) wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej wraz z uzupełnieniem
- 14) specyfikacja warunków zamówienia OR.271.42.2022

Mając powyższe na uwadze, wnoszę jak na wstępie.

Joanna Wołkowska, radca prawny

