

WYROK
z dnia 7 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska
Emil Kuriata
Małgorzata Matecka
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 sierpnia 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN Sp. z o.o.** PN-WMS Sp. z o.o. z siedzibą lidera konsorcjum: **Aleja Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o., **ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**,

przy udziale wykonawcy: **REMONDIS Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa** głaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu:

- a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- b) powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie z postępowania oraz odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o.,
- c) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa, i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN Sp. z o.o.** PN-WMS Sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: **Aleja Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie – konsorcjum w składzie: **Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN sp. z o.o., PN-WMS sp. z o.o., z siedzibą lidera konsorcjum: Aleja Krakowska 110/114, 00-971 Warszawa**, stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający, Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m. st. Warszawie sp. z o.o., prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 55 690 Mg”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 maja 2020 r. pod nr 220129-2020.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usługowe HETMAN Sp. z o.o. PN-WMS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 12.08.2020 r., tj. wyboru jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez REMONDIS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie oraz wobec:

- 1) zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o. pomimo, iż ww. oferta pozostaje sprzeczna z wymogami wynikającymi z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ w związku z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, oraz z §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ, albowiem wskazany w złożonym przez ww. wykonawcę oświadczeniu punkt przeładunkowy dla bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08) jest prowadzony przez Remondis Sp. z o.o., który nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów, w tym do przetwarzania odpadów w procesie przetwarzania R3, oraz nie posiada w tym zakresie stosownych uprawnień;
- 2) zaniechania wykluczenia Remondis Sp. z o.o. z postępowania, pomimo, iż wykonawca ten złożył lekkomyślnie lub w następstwie niedbalstwa samodzielnie swoją ofertę, oświadczając w pkt 1 Formularza oferty, iż spełnia „wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia”, gdy z okoliczności wynika że nie spełnia on wymagań

wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ,

3)zaniechania wezwania Remondis Sp. z o.o. do poprawienia błędu polegającego na wskazaniu podmiotu prowadzącego punkt przeładunkowy dla bioodpadów, który nie spełnia wymogów wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ;

4)zaniechania żądania wyjaśnień oraz informacji potwierdzających, iż Remondis Sp. z o.o.

a)prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08);

b)posiada ważne zezwolenie uprawniające do przetwarzania bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08);

- pomimo, iż z treści oświadczenia złożonego w formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ oraz z powszechnie znanych informacji wynika, że Remondis Sp. z o.o. takiej instalacji nie prowadzi, jak i nie posiada w tym zakresie stosownego zezwolenia.

Odwołujący zarzucił naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „Pzp”:

1)art. 7 ust 1 w zw. z art. 38 ust 4 Pzp, poprzez uprzywilejowane traktowanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o., polegające na niestosowaniu wobec tego wykonawcy bezwzględnych wymogów wynikających z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ i zaniechanie zbadania spełnienia wymogów wynikających z ww. postanowień SIWZ, co w konsekwencji prowadzi do niedopuszczalnej zmiany SIWZ po upływie terminu składania ofert oraz naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

2)art. 89 ust 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz art. 23 ust 10 pkt 3 ustawy o odpadach, który nakłada na Zamawiającego bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o. w sytuacji, w której wykonawca ten dwukrotnie złożył oświadczenie wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, w którym wskazał punkt przeładunkowy dla bioodpadów prowadzony przez Remondis Sp. z o.o., czyli przez podmiot, który nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów, co stanowi naruszenie wymogu wynikającego z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w zw. z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach;

3)art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ, który nakłada na Zamawiającego bezwzględny obowiązek odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o. w sytuacji, w której wykonawca ten nie posiada zezwolenia do przetwarzania bioodpadów i nie spełnia w tym zakresie wymogów wynikających z IPU;

4)art. 24 ust 1 pkt 17 Pzp, który nakłada na Zamawiającego obowiązek wykluczenia Remondis Sp. z o.o. z postępowania w sytuacji, w której wykonawca ten pomimo, iż nie spełnia wymogów pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ albowiem nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów oraz nie posiada w tym zakresie stosownych uprawnień do przetwarzania odpadów, złożył lekkomyślnie lub w następstwie niedbalstwa samodzielnie swą ofertę, oświadczając w pkt 1 Formularza oferty (cz. III SIWZ), iż spełnia „wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia” oraz że „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia”.

5)art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które obligują Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert spośród wykonawców niepodlegających wykluczeniu, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a więc z wyłączeniem oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o., która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

6)art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Remondis Sp. z o.o. do poprawienia błędu polegającego na wskazaniu podmiotu prowadzącego punkt przeładunkowy dla bioodpadów, który nie spełnia wymogów wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ;

7)art. 26 ust. 4 Pzp, polegającego na zaniechaniu żądania złożenia wyjaśnień oraz informacji potwierdzających, że Remondis Sp. z o.o.

a)prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów;

b)posiada ważne zezwolenie uprawniające do przetwarzania bioodpadów;

- pomimo, iż z treści oświadczenia złożonego w formularzu stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ oraz z powszechnie znanych informacji wynika, iż Remondis Sp. z o.o. takiej instalacji nie prowadzi, jak i nie posiada w tym zakresie stosownego zezwolenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej,

- odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o.;

- wykluczenia Remondis Sp, z o.o. z postępowania;

lub jako żądanie ewentualnie, zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Izbę żądania zasadniczego w zakresie odrzucenia oferty lub wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania:

- wezwania Remondis Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do poprawienia oświadczenia złożonego na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ i wskazania wykonawcy posiadającego punkt przeładunkowy dla bioodpadów, prowadzony przez podmiot prowadzący instalację do przetwarzania bioodpadów,

lub jako żądanie ewentualnie, zgłaszane jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia przez Izbę żądania oraz ewentualnego wezwania do poprawienia oświadczenia z art. 26 ust. 3 Pzp:

- wezwanie Remondis Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, z których jednoznacznie będzie wynikać, iż:

-wykonawca ten prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów wraz ze wskazaniem miejsca instalacji;

-posiada ważne zezwolenie uprawniające do przetwarzania bioodpadów ze wskazaniem organu wydającego, datą wydania zezwolenia oraz jego numerem;

a także zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji, zgodnie z właściwymi przepisami.

Na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp, Odwołujący wniósł o:

1)dopuszczenie dowodu z przesłuchania osoby wchodzącej w skład organu uprawnionego do reprezentowania Remondis Sp. z o.o. na okoliczność posiadania przez Remondis Sp. z o.o. instalacji do przetwarzania bioodpadów dla kodu odpadów 20 01 08 oraz ex 20 01 08 oraz posiadania stosownego zezwolenia na przetwarzanie tych bioodpadów, w celu potwierdzenia braku spełnienia wymogów, o których mowa w pkt 16 OPZ Cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ;

2)wezwanie osoby wchodzącej w skład organu uprawnionego do reprezentowania Remondis Sp. z o.o. (zarządu) do osobistego stawiennictwa na rozprawie celem jej przesłuchania w charakterze uczestnika postępowania odwoławczego;

3) zobowiązanie Remondis Sp. z o.o. do złożenia ważnego zezwolenia na przetwarzanie bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08) - w przypadku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Remondis Sp. z o.o.; lub

3) zobowiązanie Remondis Sp. z o.o. do złożenia ważnego zezwolenia na przetwarzanie bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08) - w przypadku braku zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego przez Remondis Sp. z o.o.

Odwołujący wyjaśnił, że o naruszeniu przepisów prawa przez Zamawiającego, Odwołujący powziął informację w dniu 12 sierpnia 2020 r., kiedy to zostało mu przesłane zawiadomienie o wyborze, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. W tym dniu Odwołujący mógł bowiem powziąć informację o niezgodnej z prawem ocenie spełniania wymogów wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ, §1 ust. 3 IPU oraz zaniechaniu odrzucenia z tego powodu oferty Remondis Sp. z o.o., albowiem dopiero w tym dniu Odwołujący uzyskał na podstawie art. 96 ust. 3 Pzp uprawnienie do wglądu w oświadczenia złożone przez Remondis Sp. z o.o. w dniach 9 lipca 2020 r. i 3 sierpnia 2020 r. złożone przez ww. wykonawcę w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 30.06.2020 r. oraz 31.07.2020 r., z których wynika jednoznaczna informacja o podmiocie prowadzącym punkt przeładunkowy w zakresie bioodpadów oraz o lokalizacji tego punktu. Tym samym, termin na wniesienie odwołania nie powinien być liczony od dnia 30.06.2020 r. w którym Zamawiający poinformował wykonawców o wyniku badania złożonych ofert dokonanego w procedurze odwróconej na podstawie art. 24aa ust. 1 Pzp, albowiem w tym dniu nie były znane Zamawiającemu informacje dotyczące punktów przeładunkowych, a zatem zbadanie zgodności oferty z wymogami SIWZ w zakresie punktów przeładunkowych nie mogło być dokonane na ówczesnym etapie postępowania. Ponadto, Odwołujący nie miał wiedzy odnośnie korespondencji między Zamawiającym a Remondis Sp. z o.o. poprzedzającej decyzję o braku podstaw do odrzucenia oferty, a więc nie miał też informacji niezbędnych dla oceny prawidłowości dokonanych czynności.

Odwołujący wskazał, że interes Odwołującego w złożeniu niniejszego odwołania jest oczywisty. Gdyby Zamawiający w sposób zgodny z wymogami ustawy Pzp zbadał treść oświadczenia złożonego przez Remondis Sp. z o.o. pod kątem zgodności z pkt 16 SIWZ, w konsekwencji, doprowadziłoby to do odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o. Odwołujący złożył kolejną najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu, a więc w przypadku podjęcia przez Zamawiającego czynności zgodnych z normami ustawy Pzp, tj. wykluczenia i odrzucenia oferty Remondis Sp. z o.o., oferta Odwołującego mogła zostać uznana za najkorzystniejszą.

Na istnienie interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia nie ma wpływu fakt, iż cena jego oferty (podobnie, jak i wybranej oferty Remondis Sp. z o.o.) przekracza kwotę podaną przed otwarciem ofert, jaką Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia (tak m.in. wyrok KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt KIO 2395/15, wyrok KIO z dnia 3 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1025/15). Podobnie z orzecznictwa TSUE wynika, iż wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania (pkt 27 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco (PFE)).

Złożenie oferty REMONDIS Sp. z o.o. niezgodnej z SIWZ:

wymogi Zamawiającego wynikające z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ:

Zamawiający w pkt 16 OPZ, Część II SIWZ, nałożył na wykonawców *wymóg posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach.* Wymóg posiadania punktu przeładunkowego wynika z potrzeby zapewnienia miejsca, w którym zbierane będą odpady zmieszane i bioodpady, w sytuacji, gdy:

- a) instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,
- b) wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów,
- c) zmiany instalacji, o której mowa w pkt 18.

W powyższych sytuacjach odpady obowiązkowo będą kierowane do punktów przeładunkowych. Jednocześnie Zamawiający nie wykluczył możliwości korzystania z punktów przeładunkowych w przypadku, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, objętych przedmiotem zamówienia, będą znajdowały się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Ustalenia w tym zakresie (ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub punktów przeładunkowych), zgodnie z treścią pkt 17 OPZ, zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy.

Dodatkowo, Zamawiający w pkt 4.12. SIWZ nałożył na wykonawcę wymóg osobistego wykonania zamówienia w części dotyczącej prowadzenia punktów przeładunkowych (nie dopuścił podwykonawstwa).

Przepis art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, do którego odwołuje się pkt 16 OPZ, stanowi wyjątek od zakazu „zbiórki” odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i bioodpadów poza miejscem ich wytworzenia, który to zakaz został wyrażony w art. 23 ust. 2 pkt 5) i 6) tej ustawy. Mając na względzie definicję legalną „zbierania odpadów” ujętą w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach, przepis art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach, co do zasady, zakazuje gromadzenia odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Zasadniczo zatem niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i bioodpady powinny trafiać bezpośrednio do właściwej instalacji celem ich przetworzenia. Podobnie w wyroku WSA w Gliwicach z dnia 15 czerwca 2020 r., sygn. II SA/G1 148/20 w odniesieniu do odpadów, o których mowa w art. 23 ust. 2 pkt 2 ustawy o odpadach (w: LEX nr 3030329).

Wyjątek od zakazu zbiórki odpadów „zmieszanych” i bioodpadów określa art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach, i jest szerszy niż wskazany przez Zamawiającego w pkt 16 OPZ. cz. II SIWZ. Zgodnie z ust. 10 i 11 ww. ustawy, zakaz zbiórki tych odpadów nie dotyczy bowiem:

1. stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub
- 2) prowadzącego instalację komunalną, lub
- 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów (ust. 10); oraz

2. zbierania bioodpadów stanowiących odpady komunalne przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych (ust. 11).

Jak czytamy w wyroku WSA w Poznaniu z dnia 19 grudnia 2018 r. Sygn. IV SA/Po 983/18 (w: LEX nr 2603891): „z przepisów tych wynika w sposób oczywisty, że podmiot prowadzący regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych lub prowadzący ponadregionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych jest uprawniony do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych w posiadanej przez siebie stacji przeładunkowej.” Inaczej mówiąc, w świetle przepisów ustawy o odpadach, zbiórka odpadów komunalnych niesegregowanych i bioodpadów jest możliwa w punktach przeładunkowych prowadzonych przez podmioty prowadzące odpowiednie instalacje określone w art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach.

Zamawiający, poprzez nałożenie obowiązku spełnienia przez punkty przeładunkowe wymogów z art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach, oraz obowiązku osobistego wykonania zamówienia w tym zakresie, wskazał tym samym w sposób jednoznaczny na to, iż:

1. punkt/-y przeładunkowy/-e w zakresie odpadów komunalnych zmieszanych i bioodpadów muszą być prowadzone przez wykonawcę prowadzącego odpowiednio instalację komunalną oraz instalację do przetwarzania bioodpadów;
2. wykluczył możliwość wskazania punktu przeładunkowego prowadzonego przez podmiot, który jedynie odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach) oraz - w zakresie bioodpadów - przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach).

Zamawiający ograniczył możliwość realizacji zamówienia wyłącznie do punktu przeładunkowego, o którym mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, a więc przez podmiot prowadzący instalację komunalną i instalację do przetwarzania bioodpadów.

Powyższe wymaganie jest jednoznaczne oraz zyskało dodatkowe potwierdzenie w wyjaśnieniach Zamawiającego z dnia 27.05.2020 r. W odpowiedzi na pytanie nr 5 Zamawiający wskazał: „Zamawiający wyjaśnia, że zapis dotyczący obowiązku posiadania punktu/punktów przeładunkowych spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach jest jednoznaczny i nie jest omyłką Zamawiającego. Zamawiający nie zamierza korygować przedmiotowego zapisu, poprzez odwołanie się do art. 23 ust. 10 pkt 1), 2) i 3) ustawy o odpadach. Zamiarem Zamawiającego było ograniczenie możliwości realizacji zamówienia do wykorzystania wyłącznie punktu przeładunkowego, o którym mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach.”

Dodatkowo, na powyższe rozumienie wymogów Zamawiającego wskazują decyzje Zamawiającego podjęte w postępowaniu na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy”, które zostało częściowo unieważnione, w następstwie czego Zamawiający zobowiązany był wszcząć kolejne, przedmiotowe postępowanie. Wobec tożsamości wymogów stawianych przez Zamawiającego, stanowisko Zamawiającego i orzecznictwo KIO (wyrok z dnia 19.06.2020 r. sygn. KIO 896/20) zapadłe w poprzednim postępowaniu pozostaje aktualne także w niniejszym postępowaniu.

Jak czytamy w uzasadnieniu ww. wyroku KIO: „W pierwszej kolejności konieczne jest wskazanie, że Zamawiający w SIWZ wyraźnie wykluczył w pkt 16 cz.V SIWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia możliwość, aby posiadaczem punktów przeładunkowych był podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości (art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach), wymagał bowiem, aby punkty przeładunkowe spełniały wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach. Wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie „odpadów zmieszanych” przy użyciu instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach.

W powyższym wyroku sygn. KIO 896/20 Izba potwierdziła zasadność odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum w skład którego wchodził wykonawca posiadający instalację oraz inny wykonawca posiadający punkt przeładunkowy.

Powyższy wymóg ograniczający możliwości realizacji zamówienia jedynie przez podmioty, o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach, jest całkowicie zrozumiały jeśli weźmie się pod uwagę treść art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach, zgodnie z którym „Wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają:

- 1) zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub
- 2) koncesję na podziemne składowanie odpadów, pozwolenie zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów, lub
- 3) wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 ”

Prowadzenie punktu przeładunkowego przez Remondis Sp. z o.o., który ewentualnie jako podmiot, o którym mowa w art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach (RIPOK), może posiadać uprawnienia jedynie do zbiórki odpadów od mieszkańców nie zaś od podmiotów komercyjnych. Tym samym, Remondis Sp. z o.o. stacją przeładunkową RIPOK nie może formalnie przejąć obowiązku gospodarowania odpadami od podmiotu dostarczającego (np. MPO Warszawa lub innego podmiotu odbierającego odpady od mieszkańców).

logi Zamawiającego wynikające z § 1 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy, cz. V SIWZ.

Zgodnie z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ, Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek posiadania przez cały okres realizacji Umowy uprawnień, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Skoro wymogiem Zamawiającego było posiadanie przez Remondis Sp. z o.o. punktu przeładunkowego, jako przez podmiot prowadzący instalację do przetwarzania bioodpadów, to w tym zakresie, zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, podmiot ten zobowiązany jest posiadać uprawnienia do przetwarzania odpadów w instalacji oraz zbiórki bioodpadów w punkcie przeładunkowym (art. 23 ust 10 pkt 3 ustawy o odpadach).

Zamawiający nie opisał warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień, stąd nie można w tym przypadku zastosować sankcji, o której mowa w art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, tj. wykluczenia wykonawcy z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niemniej jednak, wymóg posiadania uprawnień jest wymogiem dotyczącym realizacji zamówienia określonym w §1 ust. 3 IPU, będącym integralną częścią SIWZ. Stąd niespełnianie wymogów w tym zakresie na etapie postępowania także skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Powyższe potwierdza także orzeczenie KIO sygn. 896/20, które uwzględniło stanowisko Zamawiającego - MPO Warszawa - wskazujące na to, iż wymóg posiadania uprawnień wynika z przepisów prawa, zaś wykonawca powinien posiadać stosowne uprawnienia na etapie składania ofert niezależnie od tego, czy Zamawiający dokonał w tym zakresie opisu, czy też nie.

Dodatkowo, Odwołujący podkreślił, iż w celu sprostania wymogom Zamawiającego, PU HETMAN Sp. z o.o. (posiadający punkt przeładunkowy jako PSZOK w oparciu o art. 23 ust. 11) ustawy o odpadach, ale nie posiadający instalacji do przetwarzania bioodpadów) zawiązał konsorcjum z PN-WMS Sp. z o.o., który taką instalację wraz z punktem przeładunkowym posiada.

Zarzut braku wykazania spełnienia wymogów, o których mowa w pkt 16 OPZ w oświadczeniu Remondis Sp. z o.o.

Zamawiający, przewidział w pkt 7.3.2. SIWZ obowiązek złożenia - na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp - oświadczenia potwierdzającego, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, tj. „oświadczenia potwierdzającego miejsce zagospodarowania odpadów wg wzoru określonego w

załączniku nr 2 do SIWZ.”

Wykonawca w Załączniku nr 2 zobowiązany był do wskazania nie tylko miejsc zagospodarowania odpadów ale również punktów przeładunkowych wraz z informacją o podmiotach, które je prowadzą. Zatem wbrew nazwie nadanej przez Zamawiającego, celem złożenia oświadczenia wg wzoru określonego w Załączniku nr 2 do SIWZ było dostarczenie Zamawiającemu wiążącej informacji dotyczącej punktów przeładunkowych w celu zweryfikowania spełnienia wymogów formalnych w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego, wskazywana przez wykonawców w oświadczeniu lokalizacja punktów przeładunkowych ma doniosłe znaczenie dla procesu realizacji zamówienia, albowiem w te miejsca kierowane będą strumienie odpadów w sytuacjach wskazanych w pkt 16 i 17 OPZ cz. II SIWZ, oraz wskazana w tym oświadczeniu lokalizacja punktów nie może ulec zmianie na etapie realizacji zamówienia (pkt 17 OPZ, cz. II SIWZ). Jak wynika z §2 ust. 4 istotnych postanowień umowy (cz. V SIWZ), oświadczenie składane przez wybranego wykonawcę stanowi integralną część umowy, jako załącznik nr 3: „*Miejscem świadczenia usługi są instalacje i/lub punkty przeładunkowe wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, z zastrzeżeniem zmian dopuszczonych umową*”. Tym samym, jak wynika z istotnych postanowień umowy, informacje dotyczące punktów przeładunkowych i miejsc zagospodarowania odpadów składane w postępowaniu w formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, mają charakter istotny i wiążący.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. w złożonym dwukrotnie (9.07.2020 r. oraz 3.08.2020 r.) oświadczeniu, w pozycjach 2 i 3 dotyczących bioodpadów, wskazał na prowadzony przez siebie punkt przeładunkowy zlokalizowany w Warszawie przy ul. Zawodzie 18. Jednocześnie w obu oświadczeniach Remondis Sp. z o.o. wskazał instalację właściwą do przetwarzania bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08) prowadzoną przez inny podmiot, tj. Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej GEA-NOVA Sp. z o.o., Instalacja do fermentacji, ul. Leśna 1, 05-860 Józefów.

Treść oświadczeń złożonych przez Remondis Sp. z o.o. nie potwierdza zatem spełnienia wymogu wynikającego z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w związku z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, albowiem wśród podmiotów prowadzących instalację do przetwarzania bioodpadów nie został wymieniony Remondis Sp. z o.o.. Tym samym, złożone oświadczenia nie potwierdzają spełnienia wymogów jakościowych określonych przez Zamawiającego w pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ.

Odwołujący podkreślił, że ciężar dowiedzenia spełnienia wymogów jakościowych za pomocą dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp spoczywa na wykonawcy, który ubiega się o zamówienie publiczne.

Odmiennie jest w przypadku instalacji komunalnej prowadzonej przez Remondis Sp. z o.o., lecz nie wskazanej w oświadczeniu, z uwagi na powszechnie znany fakt zaprzestania przetwarzania w niej zmieszanych odpadów komunalnych. Wobec występowania instalacji Remondis Sp. z o.o. na liście instalacji komunalnych, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach, Odwołujący nie formułuje zarzutów dotyczących tej instalacji. Odwołujący wskazał na Komunikat Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w Warszawie, oświadczenie Miasta Stołecznego Warszawa, oświadczenie Remondis Sp. z o.o.

Zarzut braku prowadzenia instalacji do przetwarzania bioodpadów przez Remondis Sp. z o.o.

Treść złożonych oświadczeń dowodzi również, iż Remondis Sp. z o.o. nie posiada instalacji do przetwarzania bioodpadów. Jest bowiem mało prawdopodobne, aby mając własną instalację do przetwarzania bioodpadów, Remondis Sp. z o.o. cały strumień bioodpadów kierował do instalacji podwykonawcy.

Potwierdzeniem faktu braku posiadania przez Remondis Sp. z o.o. instalacji do przetwarzania bioodpadów jest opublikowany na stronie Miasta Stołecznego Warszawy „Wykaz instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego, do których podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości mogą przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady stanowiące odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”. Wśród wskazywanych instalacji do przetwarzania bioodpadów stanowiących odpady komunalne brak jest instalacji prowadzonej przez Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie. Odwołujący przedłożył wydruk „Wykaz instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego, do których podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości mogą przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady stanowiące odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.”

Dodatkowo, o braku posiadania instalacji do przetwarzania bioodpadów przez Remondis Sp. z o.o. świadczy treść uzasadnienia wyroku KIO z dnia 30 października 2017 r. sygn. akt: KIO 2151/17 (str. 15-16), zgodnie z którym Remondis Sp. z o.o. oświadczył, iż jego uprawnienie do zbiórki bioodpadów w punkcie przeładunkowym wynika z faktu odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców oraz prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), a więc z okoliczności wynikających obecnie z art. 23 ust. 10 pkt 1 i art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach, które jednoznacznie i celowo zostały przez Zamawiającego wyłączone w niniejszym postępowaniu, co wykazano powyżej.

Fakt braku instalacji do przetwarzania bioodpadów przez Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie jest faktem powszechnie znanym, w tym faktem znanym Miastu Stołecznemu Warszawa, którego zadania w zakresie zagospodarowania odpadów realizuje Zamawiający.

Zdaniem Odwołującego, potwierdzeniem faktu braku prowadzenia działalności przez Remondis Sp. z o.o. w zakresie przetwarzania bioodpadów jest informacja z Krajowego Rejestru Sądowego, która jako główną działalność wymienia działalność związaną ze zbiórką odpadów innych niż niebezpieczne. Wśród działalności dodatkowej wykonawcy wymienionej zarówno w odpisie pełnym KRS próżno szukać działalności określonej kodem 38.21 .Z - Obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne.

Jednocześnie, w celu potwierdzenia braku posiadania przez Remondis Sp. z o.o. instalacji do przetwarzania bioodpadów, a tym samym niespełnienia wymogów, o których mowa w pkt 16 OPZ cz. II SIWZ, Odwołujący na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w petitum odwołania.

Brak uprawnień Remondis Sp. z o.o. do przetwarzania bioodpadów o kodzie 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające biodegradacji)

Brak uprawnień Remondis Sp. z o.o. do przetwarzania bioodpadów o kodzie 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające biodegradacji) wynika pośrednio z braku instalacji do przetwarzania bioodpadów.

Jednocześnie, w celu potwierdzenia braku posiadania przez Remondis Sp. z o.o. uprawnień przetwarzania bioodpadów, a tym samym nie spełnieniu wymogów, o których mowa w § 1 ust. 3 Cz. V SIWZ, Odwołujący na podstawie art. 190 ust. 1 Pzp wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w petitum odwołania.

Brak możliwości wezwania do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wezwanie do uzupełnienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest bezprzedmiotowe z tego powodu, że niemożliwe jest wskazanie w oświadczeniu innego punktu przeładunkowego niż punkt przeładunkowy prowadzony przez

wykonawcę składającego ofertę. Wynika to z zastrzeżenia Zamawiającego osobistego wykonania zamówienia w części dotyczącej punktów przeładunkowych (pkt 4.12 SIWZ). Tym samym, jeśli Remondis Sp. z o.o., jako wykonawca samodzielnie składający ofertę, nie spełnia wymogów wynikających z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ, to złożona przez tego wykonawcę oferta powinna podlegać odrzuceniu bez uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż wady tej nie da się „naprawić”, albowiem niemożliwe jest zastąpienie Remondis Sp. z o.o. jakimkolwiek innym podmiotem. Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, zamawiający nie wzywa wykonawcy do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów jeśli oferta - mimo ich uzupełnienia - i tak podlega odrzuceniu.

Wzywianie do poprawienia błędów w oświadczeniu jest bezpodstawne w tej sytuacji także i z tego powodu, iż Remondis Sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje o spełnianiu wymogów OPZ, co stanowi podstawę do jego wykluczenia na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp. Tego typu rodzaju wada, jak wynika z orzecznictwa KIO, nie podlega naprawieniu.

W związku z tym, iż wykonawca dwukrotnie złożył oświadczenie na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ (w dniu 9.07.2020 r. w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego oraz samodzielnie w dniu 3.08.2020 r.) nie istnieją podstawy do wzywania Remondis Sp. z o.o. do ponownego złożenia oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z poglądem sformułowanym w orzecznictwie KIO, istnieje możliwość złożenia przez wykonawcę dokumentów samodzielnie, bez wezwania, jednak składając dokument z własnej inicjatywy, wykonawca musi przyjąć na siebie ryzyko, że przedłożony dokument może nie być dokumentem potwierdzającym spełnianie warunku. Wynika to z tego, że zamawiający w wezwaniu określa, w jakim zakresie dokument jest błędny bądź brakujący, zaś wykonawca samodzielnie uzupełniając dokument może jedynie domniemywać, na czym polega wadliwość dokumentu. Brak wiedzy w tym zakresie nie może jednak być wykorzystywany przez wykonawcę, w celu uzyskania możliwości uzupełnienia tego samego dokumentu więcej niż jeden raz (tak: wyrok KIO z dnia 27 maja 2015 r., sygn. akt: KIO 1009/15).

Odwolujący wyjaśnił, że jedynie z daleko idącej ostrożności procesowej sformułował zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp i stosowne żądanie ewentualne wezwania do poprawienia błędów w oświadczeniu złożonym na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ.

Zarzut zaniechania wykluczenia Remondis Sp. z o.o. z postępowania.

Stosownie do art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania jeśli spełnione są następujące przesłanki:

- a) przedstawienie przez wykonawcę informacji niezgodnej z rzeczywistością, która wprowadziła zamawiającego w błąd;
- b) przedstawienie informacji jest wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa;
- c) informacja ma lub może mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ad. a) Remondis Sp. z o.o. składając ofertę w „Formularzu oferty” (cz. III SIWZ) w pkt 1 złożył oświadczenie o treści: „Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 55 690 Mg” (nr postępowania: DZA.ZOZ.27.23.2020.LK), oferujemy realizację zamówienia w pełnym zakresie oraz oświadczamy, że spełniamy wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia i oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz z Formularzem elektronicznym wypełnianym poprzez Platformę”.

Jednocześnie podając w Załączniku nr 2 informację o prowadzeniu punktu przeładunkowego w zakresie bioodpadów wskazał także pośrednio, iż prowadzi w tym zakresie instalację do przetwarzania bioodpadów.

Wobec faktu, że Remondis Sp. z o.o. nie prowadził zarówno w chwili składania oferty, jak i nadal nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów (20 01 08), nie spełniał i nadal nie spełnia wymogów wynikających z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w zw. z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, co wykazał Odwołujący powyżej w uzasadnieniu odwołania.

Ponadto, wobec faktu braku posiadania przez Remondis Sp. z o.o. zezwolenia do przetwarzania bioodpadów, wykonawca ten nie spełniał odpowiednich wymogów, o których mowa w § 1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ.

Wobec powyższego, Remondis Sp. z o.o. oświadczając, iż spełnia „wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia” oraz że „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia” oraz wskazując w formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ pośrednio siebie jako prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów, przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością, która wprowadzała Zamawiającego w błąd.

Ad. b) Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, zamawiający wyklucza wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności (tzn. jest świadomy, że może podawać informacje nieprawdziwe, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie) lub niedbalstwa (tzn. podaje nieprawdziwe informacje nie zdając sobie z tego sprawy) przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20 lipca 2018 r. XXIII Ga 849/18, LEX nr 2809509).

Wymagania Zamawiającego w zakresie pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w zw. z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ były jednoznaczne, nie budzące wątpliwości, tym bardziej, iż stanowiły przedmiot wyjaśnień Zamawiającego, jak i to, iż postępowanie jest kolejnym przetargiem w którym udział bierze Remondis Sp. z o.o. w którym wymagania pozostają tożsame.

Od Remondis Sp. z o.o., jako profesjonalnego przedsiębiorcy prowadzącego od wielu lat działalność związaną z opadami, w tym uczestniczącego w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, należy oczekiwać, iż powinien on posiadać wiedzę o wymaganiach SIWZ i ich interpretacji dokonanej przez Zamawiającego, która była powszechnie znana oraz zezwoleniach, jakie są wymagane do wykonywania działalności w zakresie przetwarzania bioodpadów.

Z okoliczności wynika zatem, iż wykonawca, składając oświadczenie o spełnianiu wszystkich wymogów wynikających z OPZ, jak i oświadczenie na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, nie dochował należytej staranności przy jego składaniu, a więc postąpił w sposób niedbały, nie zdając sobie sprawy z tego, iż składa nieprawdziwe oświadczenie. Wymóg prowadzenia instalacji do przetwarzania odpadów nie wynika wprost z SIWZ lecz z odesłania w pkt 16 OPZ cz. II SIWZ do art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach, zaś Zamawiający nie przewidział w opisie warunków dotyczących uprawnień wymogów w zakresie posiadania zezwolenia na prowadzenie przez podmiot wskazany jako prowadzący punkt przeładunkowy w zakresie bioodpadów.

Ad. c) Złożenie oświadczenia co do spełniania wymogów wynikających z SIWZ miało lub mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, albowiem to na tym oświadczeniu w połączeniu z oświadczeniem złożonym na formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ, Zamawiający oparł swą decyzję o wyborze oferty jako najkorzystniejszej uznając, iż Remondis Sp. z o.o. jest podmiotem prowadzącym instalację do

przetwarzania bioodpadów oraz posiada stosowne w tym zakresie zezwolenie.

Brak żądania wyjaśnień od Remondis Sp. z o.o.

Żądanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty zostało sformułowane z ostrożności procesowej, jako ewentualne, którego zasadność rozpatrzenia zachodzi w sytuacji nie uwzględnienia przez Izbę dalej idących żądań sformułowanych w odwołaniu.

Jak podkreślono wyżej, istnieją co najmniej zasadnicze wątpliwości co do spełniania przez Remondis Sp. z o.o. wymogów wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ

Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku TSUE, „Gdy zamawiający określa jakieś kryterium oceny ofert, a następnie nie zamierza lub nie jest w stanie zweryfikować dostarczonych przez oferentów informacji odnoszących się do tego kryterium narusza zasadę równego traktowania” - wyrok ETS z 04.12.2003 r, w sprawie C-448/01 Wprawdzie wyrok ten odnosi się do kryteriów oceny ofert niemniej jednak pogląd ten ma analogiczne zastosowanie do wszystkich wymogów wynikających z SIWZ.

Jest to oczekiwanie szczególnie uzasadnione wobec wręcz drobiazgowej weryfikacji spełniania wymogów, która prowadzona była w odniesieniu do innych wykonawców niż Remondis SP, z o.o., o czym świadczy przytaczany wyrok KIO Sygn. 896/10.

Istnieją także zasadnicze wątpliwości co do spełniania przez Remondis Sp. z o.o. wymogów wynikających z §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ dotyczących prowadzenia przez tego wykonawcę instalacji do przetwarzania bioodpadów oraz posiadania stosownego zezwolenia. Jak już wskazywano wcześniej w uzasadnieniu odwołania, wątpliwości te wynikają z:

1) Treści oświadczeń złożonych przez Remondis Sp. z o.o., która nie potwierdza spełniania wymogu wynikającego z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w związku z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, albowiem wśród podmiotów prowadzących instalację do przetwarzania bioodpadów nie został wymieniony Remondis Sp. z o.o., przy czym jest mało prawdopodobne, aby mając własną instalację do przetwarzania bioodpadów, Remondis Sp. z o.o. cały strumień bioodpadów kierował do instalacji podwykonawcy.

2) Opublikowanego na stronie Miasta Stołecznego Warszawy „Wykazu instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego, do których podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości mogą przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady stanowiące odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”. Wśród wskazywanych instalacji do przetwarzania bioodpadów stanowiących odpady komunalne brak jest instalacji prowadzonej przez Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

3) Oświadczeń składanych przez Remondis Sp z o.o. w trakcie rozprawy przed Izbą w sprawie o sygn. akt: KIO 2151/17 (str. 15-16) w której Remondis Sp. z o.o. oświadczył, iż jego uprawnienie do zbiórki bioodpadów w punkcie przetwarzającym wynika z faktu odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców oraz prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK), a więc z okoliczności wynikających obecnie z art. 23 ust. 10 pkt 1 i art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach, które zostały przez Zamawiającego wyłączone w niniejszym postępowaniu.

4) Powszechnie znanego faktu braku instalacji do przetwarzania bioodpadów przez Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie.

5) Braku ujawnienia prowadzenia działalności przez Remondis Sp. z o.o. w zakresie przetwarzania bioodpadów w Krajowym Rejestrze Sądowym.

Mając na względzie wskazane powyżej obiektywne okoliczności, które uzasadniają wątpliwości co do spełniania wymogów wynikających z SIWZ przez Remondis Sp. z o.o., obowiązkiem Zamawiającego jest wyjaśnienie tych wątpliwości i obiektywne zbadanie spełnienia ww. wymogów SIWZ. Stawianie wymogów w postępowaniu, których spełnienia Zamawiający nie zamierza zweryfikować w odniesieniu do wybranego wykonawcy, pomimo tak istotnych i obiektywnych wątpliwości co do ich spełnienia, stanowi przejaw jawnej dyskryminacji pozostałych wykonawców, którzy mają prawo oczekiwać od Zamawiającego stosowania tych samych zasad wobec wszystkich wykonawców. Zasada równego traktowania i wynikający z niej zakaz dyskryminacji oznaczają, iż reguły postępowania powinny być stosowane jednakowo wobec wszystkich wykonawców.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego.

I. W ocenie Przystępującego, zarzuty są niezasadne i spóźnione. Istotą zarzutów jest bowiem brak posiadania przez Remondis Sp. z o.o. pozwolenia na prowadzenie instalacji komunalnej w zakresie przetwarzania bioodpadów. Zamawiający, zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia nie żądał posiadania na etapie składania ofert, w ramach warunków udziału w postępowaniu, pozwolenia w przedmiocie określonym przez Odwołującego (pkt. 6 i 9.6.4 SIWZ). Natomiast termin na wniesienie odwołania od treści SIWZ upłynął 22 maja 2020 r. Z tego powodu odwołanie powinno zostać odrzucone.

W niniejszym zamówieniu Zamawiający nie określił warunku w postaci wykazania się przez wykonawców dysponowaniem pozwoleniami/zezwoleniami na prowadzenie instalacji komunalnej w zakresie przetwarzania bioodpadów na chwilę składania ofert. Oznacza to, że Zamawiający może żądać od wykonawców jedynie spełnienia tych warunków udziału w postępowaniu, które określił w ogłoszeniu o zamówieniu. Tym samym nie jest również możliwe podnoszenie przez Odwołującego zarzutów, które de facto dotyczą SIWZ. Potencjalne naruszenia dotyczące sposobu formułowania SIWZ mogą być przez wykonawcę podnoszone w terminie przewidzianym na złożenie odwołania wobec treści SIWZ, nie zaś na etapie oceny ofert.

Ponadto, nawet jeśli Odwołujący postawił zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ, to nie przesądza to o tym, że termin na wniesienie odwołania w tym zakresie należy liczyć od dnia przestania przez Zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, skoro przeczą temu okoliczności faktyczne sprawy (istotą zarzutu Odwołującego jest brak posiadania przez Remondis pozwolenia na prowadzenie instalacji komunalnej w zakresie przetwarzania bioodpadów). Takie sformułowanie zarzutu, jako niezgodności oferty z treścią SIWZ, podczas gdy w sposób faktyczny odnosi się do SIWZ (warunków udziału w postępowaniu/kryteriów oceny ofert) prowadzi w istocie do obejścia przepisów prawa dotyczących terminów wnoszenia odwołań. W szczególności, iż nieprawidłowe jest formułowanie przez Odwołującego zarzutu, zgodnie z którym, Zamawiający byłby zobowiązany do żądania oświadczeń czy dokumentów, których nie potrzebuje w celu oceny warunków udziału w postępowaniu i/lub nie wymagał w SIWZ zobowiązku ich złożenia.

II. Wymogi Zamawiającego wynikające z OPZ, cz. II SIWZ oraz IPU, cz. V SIWZ/Lista Marszałka Województwa Mazowieckiego

Zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie odpadów zmieszanych przy użyciu instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach. Przedmiotowy wymóg również uwzględniony przez Zamawiającego w § 2 ust. 16 IPU pkt 3, cz. V SIWZ, zgodnie z którym wykonawca odpowiada za przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych, o których mowa w art 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 t. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797, z późn. zm.). Zgodnie z art. 38b. ust. 1 ustawy o odpadach, marszałek województwa zobligowany jest do prowadzenia listy:

1) funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach;

2) instalacji komunalnych planowanych do budowy, rozbudowy lub modernizacji.

Zgodnie z przepisami, wpisu na listę dokonuje się na pisemny wniosek prowadzącego instalację komunalną. Do pisemnego wniosku dołącza się dokumenty potwierdzające zakończenie budowy i oddanie do użytkowania instalacji komunalnej oraz kopię zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwoleń na wytwarzanie odpadów uwzględniającego przetwarzanie odpadów albo pozwoleń zintegrowanego uwzględniającego przetwarzanie odpadów w tej instalacji. Marszałek województwa odmawia w drodze decyzji wpisu na listę instalacji komunalnej, jeżeli instalacja nie spełnia wymagań dla instalacji komunalnej.

Lista Marszałka Województwa Mazowieckiego, prowadzona na podstawie art. 38b ustawy o odpadach, uwzględnia instalację Przystępującego w ramach funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów na obszarze województwa mazowieckiego. Tym samym, Przystępujący spełnił wymóg stawiany przez Zamawiającego w niniejszym zamówieniu. Natomiast działania Odwołującego, zmierzające do zmuszenia Zamawiającego do stosowania dodatkowych, nieprzewidzianych w SIWZ warunków, są bezpodstawne i pozostają w sprzeczności z ustawą Pzp Przystępujący załączyc jako dowód - Listę Marszałka Województwa Mazowieckiego prowadzoną na podstawie art. 38b ustawy o odpadach.

III. Wymogi Zamawiającego wynikające z OPZ, cz. II SIWZ oraz IPU, cz. V SIWZ - interpretacja zapisu art. 23 ust. 10 pkt 1 i 3 ustawy o odpadach/odpady „bio” jako odpady komunalne.

Zamawiający postawił wykonawcom w pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ wymóg posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach. W tym zakresie Odwołujący dokonał nieprawidłowej interpretacji ww. wymogu w kontekście treści art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach. Sformułowanie przez Zamawiającego zapisu „spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach” nie oznacza zobowiązania do spełniania obu warunków łącznie, a stanowi jedynie odesłanie do konkretnych zapisów ustawy o odpadach. Natomiast brzmienie art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach wskazuje, iż zbieranie poza miejscem wytwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz bioodpadów stanowiących odpady komunalne jest możliwe w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub

) prowadzącego instalację komunalną lub

) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów.

Tym samym, w przypadku, gdy Zamawiający odwołał się w SIWZ do art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach, to interpretacja tego zapisu powinna odbywać się w oparciu o jego brzmienie ustawowe, które wskazuje, że możliwe jest spełnienie tego wymogu na trzy możliwe sposoby, tj. wykazanie dysponowania punktem przeładunkowym z uwagi na prowadzenie instalacji komunalnej; wykazanie dysponowania punktem przeładunkowym z uwagi na prowadzenie instalacji do przetwarzania bioodpadów; wykazanie dysponowania punktem/punktami przeładunkowym z uwagi na prowadzenie instalacji komunalnej i prowadzenie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Tym samym, nie jest uzasadnione twierdzenie Odwołującego, iż pkt 16 OPZ cz. II SIWZ stawia wymóg dysponowania stacją przeładunkową zarówno z uwagi na prowadzenie instalacji komunalnej, jak również jednocześnie prowadzenie instalacji do przetwarzania bioodpadów. W szczególności, iż wymóg zagospodarowania odpadów „bio” (zgodnie z SIWZ), tj. odpadów kuchennych z gospodarstw domowych (sklasyfikowanych pod kodem ex 20 01 08) oraz odpadów kuchennych z gastronomii i bioodpadów z targowisk (sklasyfikowanych pod kodem 20 01 08) może być również prowadzony w instalacjach komunalnych, które również prowadzą przetwarzanie odpadów o ww. kodach odpadów. Nadmienić należy, iż nawet zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów, odpady o ww. kodach (20 01 08) sklasyfikowane są w grupie 20 (odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie), w podgrupie 20 01 (Odpady komunalne segregowane i gromadzone selektywnie (z wyłączeniem 15 01)). Tym samym, zagospodarowanie ww. odpadów możliwe jest w instalacjach komunalnych przetwarzających odpady z ww. grupy i podgrupy 20 01 (odpady komunalne). W efekcie możliwe jest spełnienie wymogów przewidzianych przez Zamawiającego z użyciem instalacji komunalnej, która prowadzi m.in. mechaniczne przetwarzanie odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki, oznaczonych kodami z podgrupy 15 01 i 20 01 (co również uwzględnia ww. odpady o kodach 20 01 08).

Powyższe podkreśla bezzasadność zarzutów Odwołującego, w szczególności, iż Zamawiający zastrzegł w umowie odpowiednie zapisy uprawniające go do kontroli sposobu realizacji zamówienia, jak również o ewentualnych konsekwencjach nienależytej realizacji umowy przez wykonawcę.

Na rozprawie Przystępujący wyjaśnił, że znajduje się w procesie uzyskania zezwolenia na przetwarzanie bioodpadów. Uzyskanie takiego zezwolenia będzie możliwe do czasu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Wskazał, że załączony do złożonego pisma wpis na listę Marszałka Województwa Mazowieckiego potwierdza, że Przystępujący posiada instalację komunalną spełniającą warunki dla zagospodarowywania bioodpadów. Wskazał również, że w przypadku nieuzyskania stosownego zezwolenia Zamawiający będzie mógł odstąpić od umowy. Powołał się na pkt 12 SIWZ, w którym Zamawiający wymienił odpady bio, zaliczając je do odpadów komunalnych. Powyższe wynika także z ustawy o odpadach. Wskazał na art. 3 pkt 7 ustawy o odpadach, zawierający definicję odpadów komunalnych, w świetle którego nieposiadanie instalacji komunalnej nie oznacza braku uprawnień do przetwarzania odpadów.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej. Na rozprawie wnioś o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wyjaśnił, że w prowadzonym postępowaniu nie określił warunków udziału i w związku z tym nie żądał dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień, nie określił także takiego modelu oceny ofert, jakiego oczekuje Odwołujący.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia zasady równego traktowania wyjaśnił, że posiada informacje pochodzące z rynku, że Remondis Sp. z o.o. jest w trakcie procesu uzyskiwania zezwolenia, podobnie jak inni wykonawcy prowadzący

dawniej RIPOKi, którzy od 2015 r. występowali o uzyskanie zezwoleń na prowadzenie instalacji na przetwarzanie bioodpadów. Zamawiający wskazał, że wyrok KIO 896/20 został zaskarżony do sądu okręgowego i ostateczny wyrok jeszcze nie zapadł.

Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie art. 38b ust. 6 pkt 3 ustawy o odpadach RIPOKi z mocy ustawy zostały wpisane na listę instalacji komunalnych Marszałka Województwa. Zamawiający podkreślił, że nie ma racjonalnego uzasadnienia przekonanie Odwołującego, iż Zamawiający nie będzie weryfikował uprawnień Remondis Sp. z o.o. w trakcie realizacji zamówienia i podkreślił, że subiektywne przekonanie Odwołującego nie uprawnia go do żądania przeprowadzenia takiej weryfikacji już na etapie oceny ofert, wbrew postanowieniom SIWZ. Zamawiający wskazał, że Remondis Sp. z o.o. wystawia dokumenty KPO, a to oznacza przejęcie przez wykonawcę odpowiedzialności za przyjęte odpady.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje. Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stosownie do wymogów art. 185 ust. 2 i 3 Pzp.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że zarzuty przedstawione w odwołaniu nie dotyczą postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, lecz odwołanie zostało wniesione wobec czynności badania i oceny ofert, w tym wyboru oferty najkorzystniejszej. Termin na wniesienie odwołania w powyższym zakresie został zachowany. O naruszeniu przepisów prawa przez Zamawiającego Odwołujący powziął informację w dniu 12 sierpnia 2020 r., kiedy to Zamawiający przesłał wykonawcom, w tym Odwołującemu zawiadomienie o wyborze oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej w postępowaniu. Izba nie stwierdziła zatem podstaw do odrzucenia wniesionego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp. W tym zakresie Izba nie uwzględniła wniosku Przystępującego popieranego przez Zamawiającego na posiedzeniu.

Przedmiotem zamówienia w prowadzonym postępowaniu jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 55 690 Mg, zgodnie z wymaganiami SIWZ. Odpady komunalne objęte przedmiotem zamówienia pochodzą z dzielnic Warszawy: Ochota, Ursus, Włochy.

Zgodnie z postanowieniem pkt 12 OPZ, przedmiotowe zamówienie obejmuje zagospodarowanie

następujących rodzajów odpadów komunalnych:

- a) „odpady zmieszane”, tj. odpady pozostałe po wysegregowaniu frakcji zbieranych selektywnie, sklasyfikowane pod kodem 20 03 01 – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;
- b) „bio”, tj.:
 - odpady kuchenne z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczu, sklasyfikowane pod kodem ex 20 01 08 – explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji,
 - odpady kuchenne z gastronomii i bioodpady z targowisk, sklasyfikowane pod kodem 20 01 08 – odpady kuchenne ulegające biodegradacji;
- c) „metale i tworzywa sztuczne”, tj. tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, metale w tym odpady opakowaniowe z metali, opakowania wielomateriałowe, sklasyfikowane pod kodem 15 01 06 – zmieszane odpady opakowaniowe;
- d) „papier”, tj. papier i tektura, w tym odpady opakowaniowe z papieru i tektury, sklasyfikowane pod kodem 15 01 01 – odpady opakowaniowe z papieru i tektury;
- e) „szkło”, tj. szkło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła, sklasyfikowane pod kodem 15 01 07 – opakowania ze szkła.

Jak wynika z protokołu postępowania, Zamawiający nie posiada instalacji własnych o wystarczającym wolumenie i jest zmuszony korzystać z instalacji zewnętrznych. Brak bieżącego przyjmowania do zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu m.st. Warszawy stanowi ryzyko dla bezpieczeństwa i zdrowia publicznego. Z uwagi na ilość odpadów komunalnych i brak możliwości ich magazynowania, przyjmowanie odpadów do zagospodarowania nie może zostać przerwane nawet na jeden dzień, szczególnie w trwającym stanie epidemii. Z tych względów Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu powołał się na przesłankę „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” o której mowa w art. 43 ust. 2b pkt 2 ustawy Pzp.

Zgodnie z postanowieniem pkt 14 OPZ, Zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewnił realizację zamówienia w zakresie „odpadów zmieszanych” przy użyciu instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych, zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach.

Jednocześnie w tym punkcie OPZ Zamawiający zawarł zastrzeżenie, o treści: „Jeżeli po złożeniu ofert a przed zawarciem umowy nastąpią zmiany obowiązujących regulacji prawnych dotyczących instalacji komunalnych lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych skutkujące brakiem możliwości zagospodarowania odpadów zgodnie ze zmienionymi przepisami prawa w instalacji komunalnej lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych wskazanej przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, Zamawiający informuje, że odrzuci ofertę takiego Wykonawcy.”

W pkt 15 OPZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca zapewnił przetwarzanie odpadów „bio”: - odpadów kuchennych z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczu, sklasyfikowanych pod kodem ex 20 01 08 - explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji, w procesie przetwarzania R3, - odpadów kuchennych z gastronomii i bioodpadów z targowisk, sklasyfikowanych pod kodem 20 01 08 - odpady kuchenne ulegające biodegradacji, w dowolnym procesie przetwarzania.

W pkt 16 OPZ Zamawiający zobowiązał wykonawcę „do posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach. Wymagany punkt przeładunkowy musi znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego wyznaczonego przez Wykonawcę w przypadku:

- a) gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,

b) wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów,

c) zmiany instalacji, o której mowa w pkt 18.

W pkt 4.12. SIWZ Zamawiający wprowadził zastrzeżenie wskazujące na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie posiadania przez Wykonawcę punktu przeładunkowego, o którym mowa w §2 ust. 8 Umowy.

W postanowieniach IPU dotyczących podwykonawstwa, tj. w § 8 ust. 1 Zamawiający wprowadził „zastrzeżenie wskazujące na obowiązek osobistego wykonania przez Wykonawcę kluczowych części zamówienia w zakresie posiadania przez Wykonawcę punktu przeładunkowego, o którym mowa w § 2 ust 8. Umowy. Wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcom wyłącznie w pozostałym zakresie.”

W § 2 ust. 8 IPU wykonawca został zobowiązany do „posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach. Wymagany punkt przeładunkowy musi znajdować się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Odpady będą dostarczane do punktu przeładunkowego wyznaczonego przez Wykonawcę w przypadku:

a) gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,

b) wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów,

c) zmiany instalacji, o której mowa w ust. 5 i 6.

Koszt transportu odpadów z punktu przeładunkowego do instalacji będzie pokrywany przez Wykonawcę. Lokalizacja punktu przeładunkowego nie może ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy. Ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub punktów przeładunkowych zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy.”

W pkt 7.3 SIWZ Zamawiający określił „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie na wezwanie Zamawiającego mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego a także potwierdzających brak podstaw do wykluczenia z postępowania:

[...] 7.3.2. Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego: 7.3.2.1. oświadczenie potwierdzające miejsce zagospodarowania odpadów wg wzoru określonego w załączniku nr 2 do SIWZ”

W pkt 7.3.4. UWAGI: 7.3.4.1. Zamawiający postanowił, że „wezwanie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w pkt. 7.3.2. i w pkt. 7.3.3. SIWZ z uwzględnieniem pkt. 8 SIWZ”.

W treści OPZ Zamawiający wskazał, że „Szczegółowe wymagania związane z realizacją przedmiotu zamówienia zostały określone w części V SIWZ (wzorce umowy - istotnych postanowieniach umowy).”

Zgodnie z postanowieniem IPU (część V SIWZ) § 1 „Przedmiot umowy” ust. 3, „Wykonawca, przez cały okres realizacji Umowy, zobowiązany jest do posiadania uprawnień, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Wykonawca na wezwanie Zamawiającego i w terminie przez niego wskazanym, zobowiązany jest do przedstawienia dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.”

Zgodnie z ust. 4 ww. paragrafu, „Zamawiający ma prawo do przeprowadzania kontroli sposobu i prawidłowości wykonania przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę. Kontroli podlegają w szczególności zgodność wykonywania przedmiotu zamówienia z postanowieniami Umowy oraz z przepisami prawa, sposób i prawidłowość utrzymania i eksploatacji instalacji. Zamawiający przeprowadza kontrolę, po uprzednim poinformowaniu Wykonawcy o terminie i przedmiocie kontroli, nie później jednak niż na 24 godziny przed planowaną kontrolą. Zamawiający zastrzega sobie prawo udziału w kontroli podmiotów trzecich upoważnionych przez Zamawiającego.”

Zgodnie z postanowieniem § 2 ust. 4 IPU, „Miejscem świadczenia usługi są instalacje i/lub punkty przeładunkowe wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, z zastrzeżeniem zmian dopuszczonych umową.”

W pkt 1 Formularza A stanowiącego załącznik do oferty wykonawca Remondis Sp. z o.o. złożył oświadczenie, o treści: „Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 55 690 Mg” (nr postępowania: DZA.ZOŻ.27.23.2020.LK), oferujemy realizację zamówienia w pełnym zakresie oraz oświadczamy, że spełniamy wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia i oferujemy realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz z Formularzem elektronicznym wypełnianym poprzez Platformę.”

W pkt 3 Formularza A stanowiącego załącznik do oferty wykonawca Remondis Sp. z o.o. złożył oświadczenie, o treści: „Deklarujemy spełnienie wszystkich wymagań Zamawiającego określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Jednocześnie oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SIWZ i przyjmujemy warunki tam określone do stosowania i ścisłego przestrzegania.”

W pkt 7 Formularza A stanowiącego załącznik do oferty wykonawca Remondis Sp. z o.o. złożył oświadczenie o treści: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z postanowieniami wzoru umowy, który jest częścią SIWZ i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na określonych w niej przez Zamawiającego warunkach, w miejscu i terminie przez niego wyznaczonym.”

W pkt 11 formularza A wykonawca Remondis Sp. z o.o. złożył oświadczenie, o treści „Zamówienie: a) wykonamy sami* b) wykonamy przy udziale podwykonawców, których wskazaliśmy w JEDZ - podwykonawstwo będzie dotyczyło (określić części zamówienia)*

- zagospodarowanie „odpadów zmieszanych”, tj. odpadów pozostałych po wysegregowaniu frakcji zbieranych selektywnie, sklasyfikowane pod kodem 20 03 01 – niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne;

- zagospodarowanie „bio” tj.: odpadów kuchennych z gospodarstw domowych, z wyłączeniem odpadów pochodzenia zwierzęcego oraz tłuszczy, sklasyfikowane pod kodem ex 20 01 08 – explicite odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

- zagospodarowanie „bio” tj.: odpadów kuchennych z gastronomii i bioodpady z targowisk, sklasyfikowane pod kodem 20 01 08 – odpady kuchenne ulegające biodegradacji;

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2020 r. w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykonawca Remondis Sp. z o.o. przedłożył w dniu 9 lipca 2020 r. dokument „Oświadczenie potwierdzające miejsce zagospodarowania odpadów objętych

przedmiotem zamówienia" (załącznik nr 2 do SIWZ) zawierający oświadczenie wykonawcy, iż „Ubiegając się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 55 690 Mg” (nr sprawy: DZA.ZOZ.27.23.2020.LK) oraz zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oświadczamy, że będziemy realizować zamówienie przy wykorzystaniu następujących instalacji do przetwarzania (odzysku i/lub unieszkodliwiania) odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz punktów przeładunkowych [...]”.

W oświadczeniu tym ww. wykonawca podał „nazwy i adresy instalacji do przetwarzania odpadów objętych przedmiotem zamówienia zgodnie z posiadaną decyzją administracyjną”, „nazwy, adresy podmiotów prowadzących instalacje do przetwarzania odpadów” oraz „nazwy podmiotów prowadzących punkty przeładunkowe”, „kody odpadów do zagospodarowania”, „procesy odzysku/unieszkodliwiania (R/D) zgodnie z załącznikiem nr 1 i 2 do ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r.” oraz „adresy punktów przeładunkowych i nazwy podmiotów prowadzących punkty”.

Powyższy dokument został złożony przez ww. wykonawcę ponownie w dniu 3 sierpnia 2020 r. w wyniku wezwania przez Zamawiającego z dnia 31 lipca 2020 r. do wyjaśnienia treści tego dokumentu w zakresie aktualnych adresów wskazanych podmiotów.

Z obu ww. dokumentów wynika jednoznaczna informacja o podmiocie prowadzącym punkt przeładunkowy w zakresie bioodpadów oraz lokalizacji tego punktu: „Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa.” Wykonawca Remondis Sp. z o.o. w złożonym dwukrotnie oświadczeniu, w pozycji 2 i 3 dotyczących bioodpadów, wskazał prowadzony przez niego punkt przeładunkowy, jednocześnie wskazując instalację właściwą do przetwarzania bioodpadów (kody ex 20 01 08 oraz 20 01 08) prowadzoną przez inny podmiot, tj. Przedsiębiorstwo Gospodarki Wodno-Ściekowej GEA-NOVA Sp. z o.o., Instalacja do fermentacji, ul. Leśna 1, 05-860 Józefów.

Biorąc pod uwagę ustalony w niniejszej sprawie stan faktyczny, Izba zważyła, co następuje:

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach, przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o., której treść nie odpowiada treści SIWZ, gdyż wykonawca ten dwukrotnie złożył oświadczenie wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SIWZ, w którym wskazał punkt przeładunkowy dla bioodpadów prowadzony przez Remondis Sp. z o.o., tj. podmiot, który nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów, co jest sprzeczne z wymogiem określonym w pkt 16 OPZ cz. II SIWZ w zw. z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach.

W ocenie Izby, potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o., w sytuacji w której wykonawca ten nie posiada zezwolenia do przetwarzania bioodpadów i nie spełnia w tym zakresie wymogów wynikających z IPU, stanowiącego integralną część SIWZ.

Żądania zgłoszone przez Odwołującego w odwołaniu jako ewentualne nie zostały uwzględnione przez Izbę z uwagi na uwzględnienie żądań podstawowych.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone przez Odwołującego na rozprawie dowody:

- protokół z negocjacji przeprowadzonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki z dnia 30 marca 2020 r. – na okoliczność, że w toku prowadzonych negocjacji Zamawiający odstąpił w postępowaniu prowadzonym z wolnej ręki od wymagań tożsamy jak określonych w pkt 16 OPZ w niniejszym postępowaniu, co potwierdza, że Zamawiający posiadał wiedzę, że Remondis Sp. z o.o. nie spełnia tych wymagań;
- pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 11 września 2020 r. potwierdzające, że „Remondis Sp. z o.o (...) aktualnie nie posiada pozwolenia zintegrowanego oraz zezwolenia (decyzji sektorowej) na przetwarzanie odpadów oznaczonych kodem 20.01.08”;
- pismo Urzędu Miasta St. Warszawy z dnia 4 września 2020 r. potwierdzające, że „Remondis Sp. z o.o. nie posiada aktualnej decyzji Prezydenta m. st. Warszawy na przetwarzanie odpadów o kodzie 20.01.08 (odpady kuchenne podlegające biodegradacji). Na chwilę obecną nie jest również prowadzone żadne postępowanie na wniosek ww. spółki w zakresie gospodarki odpadami”;
- wydruki z bazy danych BDO (rejestr bazy danych o produktach i opakowaniach i gospodarce odpadami) na potwierdzenie, że posiadane przez Remondis Sp. z o.o. instalacje w Zawodziu, Lęborku i Częstochowie znajdujące się w tej bazie danych nie obejmują instalacji do przetwarzania bioodpadów lub odpadów komunalnych (zmieszanych);
- oraz załączony do odwołania wykaz instalacji komunalnych prowadzony przez Urząd Miasta St. Warszawy, w którym spółka Remondis nie widnieje.

Izba uwzględniła także wniosek dowodowy złożony przez Przystępującego w postaci Listy Marszałka Województwa Mazowieckiego prowadzonej na podstawie art. 38b ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Dz.U. z 2020 r. poz. 797, z późn. zm.) (stan na 8 września 2020 r.), na okoliczność, że Remondis Sp. z o.o., wskazany w pozycji nr 8 ww. listy, jest podmiotem zarządzającym instalacją mechaniczno - biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielania z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy w sprawie Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego: o dopuszczenie dowodu z przesłuchania osoby wchodzącej w skład organu uprawnionego do reprezentowania Remondis Sp. z o.o. na okoliczność posiadania przez Remondis Sp. z o.o. instalacji do przetwarzania bioodpadów dla kodu odpadów 20 01 08 oraz ex 20 01 08 oraz posiadania stosownego zezwolenia na przetwarzanie tych bioodpadów, w celu potwierdzenia braku spełnienia wymogów o których mowa w pkt 16 OPZ Cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ. Izba stwierdziła, że ww. wnioski dowodowe zostały zgłoszone na okoliczności ustalone za pomocą innych dowodów, a tym samym spowodują nieuzasadnioną przewlekłość postępowania.

W ocenie Izby, w niniejszym postępowaniu, pomimo że Zamawiający nie określił warunków udziału w postępowaniu i nie wymagał złożenia przez wykonawców dokumentów podmiotowych, Zamawiający był zobowiązany zbadać treść oświadczenia złożonego przez Remondis Sp. z o.o. w załączniku nr 2 pod kątem zgodności z wymaganiami określonymi w SIWZ, w tym z postanowieniem zawartym w pkt 16 OPZ Część II SIWZ, w którym Zamawiający zobowiązał wykonawców do posiadania punktu/punktów przeładunkowych zapewniających możliwość przyjęcia wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach. W sytuacji bowiem, gdy:

- instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się poza granicami administracyjnymi województwa mazowieckiego,
- wystąpienia awarii instalacji wskazanych w oświadczeniu lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie

odpadów,

- zmiany instalacji, o której mowa w pkt 18.

odpady obowiązkowo będą kierowane do punktów przeładunkowych. Jednocześnie Zamawiający nie wykluczył możliwości korzystania z punktów przeładunkowych w przypadku, gdy instalacje wskazane w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia będą znajdowały się w granicach administracyjnych województwa mazowieckiego. Ustalenia w tym zakresie (ilości i rodzaje odpadów, które będą dostarczane do poszczególnych instalacji i/lub punktów przeładunkowych), zgodnie z treścią pkt 17 OPZ, zostaną uzgodnione w trybie roboczym przez koordynatorów realizacji umowy.

Zamawiający w pkt 4.12. SIWZ jednoznacznie nałożył także na wykonawcę wymóg osobistego wykonania zamówienia w części dotyczącej prowadzenia punktów przeładunkowych (nie dopuścił podwykonawstwa).

Należy zauważyć, że przepis art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, do którego odwołuje się pkt 16 OPZ, stanowi wyjątek od zakazu „zbiórki” odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) i bioodpadów poza miejscem ich wytworzenia, który to zakaz został wyrażony w art. 23 ust. 2 pkt 5) i 6) tej ustawy. Mając na względzie definicję legalną „zbierania odpadów” zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach, przepis art. 23 ust. 2 ustawy o odpadach zakazuje gromadzenia odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Zatem niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i bioodpady powinny trafiać bezpośrednio do właściwej instalacji celem ich przetworzenia, za wyjątkiem przypadków o których mowa w art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach. Zgodnie z tym przepisem, zakaz zbiórki tych odpadów nie dotyczy:

- stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub

- prowadzącego instalację komunalną, lub

- prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów (ust. 10); oraz

zbierania bioodpadów stanowiących odpady komunalne przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych (ust. 11).

Z przepisów tych wynika, że podmiot prowadzący instalację przetwarzania odpadów komunalnych lub prowadzący instalację do przetwarzania bioodpadów jest uprawniony do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych/bioodpadów w posiadanej przez siebie stacji przeładunkowej. Zbiórka odpadów komunalnych niesegregowanych i bioodpadów jest możliwa w punktach przeładunkowych prowadzonych przez podmioty prowadzące odpowiednie instalacje określone w art. 23 ust. 10 i 11 ustawy o odpadach.

Zamawiający poprzez nałożenie obowiązku spełnienia przez punkty przeładunkowe wymogów z art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach, oraz obowiązek osobistego wykonania zamówienia w tym zakresie, wskazał tym samym, że punkty przeładunkowe w zakresie odpadów komunalnych zmieszanych i bioodpadów muszą być prowadzone przez wykonawcę prowadzącego odpowiednio instalację komunalną oraz instalację do przetwarzania bioodpadów, a tym samym wykluczył możliwość wskazania punktu przeładunkowego prowadzonego przez podmiot, który odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (art. 23 ust. 10 pkt 1 ustawy o odpadach) oraz - w zakresie bioodpadów - przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych (art. 23 ust. 11 ustawy o odpadach). Zamawiający ograniczył bowiem w treści SIWZ możliwość realizacji zamówienia wyłącznie do punktu przeładunkowego, o którym mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, a więc do punktu przeładunkowego prowadzonego przez podmiot prowadzący instalację komunalną lub instalację do przetwarzania bioodpadów.

Powyższe wymaganie jest jednoznaczne. Zamawiający potwierdził jego interpretację w wyjaśnieniach treści SIWZ z dnia 27 maja 2020 r. w odpowiedzi na pytanie nr 5. Zamawiający jednoznacznie wyjaśnił, że „zapis dotyczący obowiązku posiadania punktu/punktów przeładunkowych spełniających wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach jest jednoznaczny i nie jest omyłką Zamawiającego. Zamawiający nie zamierza korygować przedmiotowego zapisu poprzez odwołanie się do art. 23 ust. 10 pkt 1), 2) i 3) ustawy o odpadach. Zamiarem Zamawiającego było ograniczenie możliwości realizacji zamówienia do wykorzystania wyłącznie punktu przeładunkowego, o którym mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach.”

Z przywołanego brzmienia SIWZ jasno zatem wynika, że Zamawiający wymagał, aby punkt przeładunkowy, jeśli będzie wykorzystywany przy realizacji zamówienia, spełniał wymogi określone w art. 23 ust. 10 pkt 2) i 3) ustawy o odpadach, czyli wyłączył punkty przeładunkowe prowadzone przez odbierających odpady, które uregulowane zostały w art. 23 ust. 10 pkt 1) ustawy o odpadach. Należy wskazać, że odpady będące przedmiotem zamówienia będą dostarczane do instalacji lub punktów przeładunkowych przez podmioty odbierające odpady wyłonione w odrębnych postępowaniach na odbiór odpadów prowadzonych zgodnie z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Mając na uwadze wskazane wyżej wymagania prawa, Zamawiający zobowiązany jest do wyboru instalacji z możliwością wykorzystania wyłącznie stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację. Taki sposób działania przyjął też Ustawodawca, co znalazło odzwierciedlenie w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, gdzie wprowadzono 3 rodzaje stacji przeładunkowej warunkowane statusem podmiotu prowadzącego te stacje. Jeśli bowiem realizowany jest odbiór odpadów, to skorzystanie ze stacji przeładunkowej przed dostarczeniem odpadów do instalacji jest możliwe w sytuacji prowadzenia tej stacji przez podmiot odbierający odpady (art. 23 ust. 10 pkt 1). Natomiast jeśli przedmiotem usługi jest zagospodarowanie odpadów, tak jak w przedmiotowym postępowaniu, to transport odpadów do instalacji może być prowadzony z wykorzystaniem stacji przeładunkowej prowadzonej przez prowadzącego instalację.

Zgodnie z treścią ustawy o odpadach, istnieje obowiązek przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej, z dopuszczeniem możliwości przekazywania tych odpadów za pośrednictwem stacji przeładunkowej oraz z dopuszczeniem możliwości przekazywania odpadów do termicznego przekształcania, jeśli gmina, z której są odbierane odpady prowadzi selektywne zbierania odpadów.

Przystępujący wywołał swoje uprawnienia w kwestionowanym przez Odwołującego zakresie z umieszczenia go na Liście Marszałka Województwa Mazowieckiego prowadzonej na podstawie art. 38b ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Przepis art. 38b ust. 1 ww. ustawy wskazuje, że Marszałek województwa w Biuletynie Informacji Publicznej prowadzi listę: 1) funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów, o których mowa w art. 35 ust. 6; 2) instalacji komunalnych planowanych do budowy, rozbudowy lub modernizacji.

Zawarta w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach definicja instalacji komunalnej wskazuje, że obejmuje ona odpady niesegregowane zmieszane, nie obejmuje zatem bioodpadów. Instalacją komunalną jest bowiem - instalacją do przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych lub pozostałości z przetwarzania tych odpadów, określona na liście, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1, spełniająca wymagania najlepszej dostępnej techniki,

o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniająca: 1) mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub 2) (uchylony) 3) składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych.

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że Lista Marszałka Województwa Mazowieckiego, prowadzona na podstawie art. 38b ustawy o odpadach, uwzględnia instalację Przystępującego w ramach funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych. Dowód ten nie potwierdza jednak, że wykonawca Remondis Sp. z o.o. posiada instalację do przetwarzania bioodpadów, która umożliwi przetwarzanie tych odpadów w procesie R3, jednoznacznie określonym przez Zamawiającego w treści SIWZ. Proces R3 przetwarzania bioodpadów wskazany przez Zamawiającego w treści SIWZ oznacza przetwarzanie bioodpadów w procesie fermentacji albo kompostowania, co jest całkowicie odmiennym procesem, niż w przypadku odpadów komunalnych zmieszanych (przetwarzanie mechaniczne)

Ja wynika z protokołu rozprawy, Zamawiający potwierdził, że posiada „informacje pochodzące z rynku”, że Remondis Sp. z o.o. jest w trakcie procesu uzyskiwania zezwolenia, podobnie jak inni wykonawcy prowadzący dawniej RIPOKi, którzy od 2015 r. występowali o uzyskanie zezwoleń na prowadzenie instalacji na przetwarzanie bioodpadów. Powyższe oznacza, że Zamawiający dokonując badania oferty Remondis Sp. z o.o. posiadał informację, że wykonawca takiej instalacji nie posiada. Zauważyć dodatkowo należy, że pomimo twierdzeń Zamawiającego i Przystępującego w powyższym zakresie, Przystępujący Remondis Sp. z o.o. nie przedstawił żadnego dowodu na poparcie swoich twierdzeń, a zatem nawet nie uprawdopodobnił okoliczności, że jest w trakcie procedury uzyskiwania zezwolenia w tym zakresie. Wobec powyższego, Izba uznała powyższe twierdzenia Przystępującego za całkowicie gołosłowne.

W ocenie Izby, skoro Zamawiający posiadał wiedzę, że wykonawca Remondis Sp. z o.o. nie dysponuje instalacją do przetwarzania bioodpadów i w tym zakresie nie posiada stosownych uprawnień, wynikających z wymagania pkt 16 OPZ, to nie mógł pominąć powyższej wiedzy przy ocenie oświadczenia wykonawcy złożonego w Formularzu A, stanowiącym załącznik do oferty o zaoferowaniu przedmiotu zamówienia zgodnego ze wszystkimi wymaganiami SIWZ, jak i oświadczenia złożonego w Załączniku nr 2 do SIWZ, w którym wykonawca ten oświadczył, że prowadzi punkt przeładunkowy dla bioodpadów, a tym samym, że posiada instalację do przetwarzania bioodpadów oraz że posiada uprawnienia w tym zakresie.

Już z treści tego oświadczenia wynika, że Przystępujący Remondis Sp. z o.o. nie posiada takiej instalacji, gdyż Przystępujący wskazał w nim instalacje do przetwarzania bioodpadów prowadzone przez inne podmioty. Okoliczność ta wynika pośrednio także z treści pisma Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z dnia 11 września 2020 r. potwierdzającego, że „Remondis Sp. z o.o (...) aktualnie nie posiada pozwolenia zintegrowanego oraz zezwolenia (decyzji sektorowej) na przetwarzanie odpadów oznaczonych kodem 20.01.08”, pisma Urzędu Miasta St. Warszawy z dnia 4 września 2020 r. potwierdzającego, że „Remondis Sp. z o.o. nie posiada aktualnej decyzji Prezydenta m. st. Warszawy na przetwarzanie odpadów o kodzie 20.01.08 (odpady kuchenne podlegające biodegradacji). Na chwilę obecną nie jest również prowadzone żadne postępowanie na wniosek ww. spółki w zakresie gospodarki odpadami”, a także z wydruku z bazy danych BDO (rejestr bazy danych o produktach i opakowaniach i gospodarce odpadami), w którym posiadane przez Remondis Sp. z o.o. instalacje w Zawodziu, Lęborku i Częstochowie znajdującej się w tej bazie danych nie obejmują instalacji do przetwarzania bioodpadów lub odpadów komunalnych (zmieszanych).

Powyższe wskazuje, że Zamawiający i Przystępujący, posiadali zatem wiedzę, że na dzień składania ofert wykonawca Remondis Sp. z o.o. nie posiadał ww. instalacji i w dalszym ciągu nie posiada instalacji do przetwarzania bioodpadów, a tym samym taka działalność nie jest przez niego prowadzona.

Jak słusznie zauważył Odwołujący, wymóg ograniczający możliwość realizacji zamówienia jedynie przez podmioty o których mowa w art. 23 ust. 10 pkt 2 i 3 ustawy o odpadach jest całkowicie zrozumiały, biorąc pod uwagę treść art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach, zgodnie z którym „Wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązków gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają:

- 1) zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub
- 2) koncesję na podziemne składowanie odpadów, pozwolenie zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów, lub
- 3) wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 ”

Zgodnie z §1 ust. 3 IPU, Cz. V SIWZ, Zamawiający nałożył na wykonawcę obowiązek posiadania przez cały okres realizacji umowy uprawnień, niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa. Skoro zatem wymogiem Zamawiającego było posiadanie przez wykonawcę punktu przeładunkowego, jako przez podmiot prowadzący instalację do przetwarzania bioodpadów, to zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, podmiot ten zobowiązany jest posiadać uprawnienia do przetwarzania odpadów w instalacji oraz zbiórki bioodpadów w punkcie przeładunkowym (art. 23 ust 10 pkt 3 ustawy o odpadach).

Chociaż wymóg posiadania wymaganych uprawnień nie został sformułowany jako warunek udziału w postępowaniu, to nie można, zdaniem Izby, uznać, że zaoferowanie realizacji przedmiotu zamówienia przez podmiot nieposiadający wymaganych uprawnień, tj. w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami i wymaganiami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, pozostaje w zgodzie z treścią SIWZ, gdyż dopiero na etapie realizacji umowy Zamawiający zastrzegł możliwość kontroli tych uprawnień.

W ocenie Izby, posiadanie uprawnień stanowi w sposób bezsprzeczny warunek prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, zgodnie z pkt 16 SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU. Tym samym, brak posiadania przez wykonawcę wymaganych uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i wynikającymi z odrębnych przepisów stanowi o braku możliwości zaoferowania przez wykonawcę realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z jednoznacznie określonymi wymaganiami. Wymóg posiadania uprawnień wynika z przepisów prawa, a zatem wykonawca powinien posiadać stosowne uprawnienia już na etapie składania oferty niezależnie od tego czy Zamawiający określił w tym zakresie warunek udziału w postępowaniu. Skoro Zamawiający wymagał posiadania odpowiednich uprawnień przez wykonawcę przez cały okres realizacji zamówienia, a od podwykonawców wymagał przedłożenia odpowiednich zezwoleń jeszcze przed rozpoczęciem realizacji usług, to tym bardziej należy uznać, że oferta złożona przez wykonawcę nieposiadającego wymaganych uprawnień do prawidłowej realizacji zamówienia powinna podlegać odrzuceniu. Niespełnianie wymogów w tym zakresie skutkuje obowiązkiem odrzucenia oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Dodatkowo wskazać należy, że w pkt 14 OPZ Zamawiający zawarł zastrzeżenie, o treści: „Jeżeli po złożeniu ofert a przed zawarciem umowy nastąpią zmiany obowiązujących regulacji prawnych dotyczących instalacji komunalnych lub instalacji przeznaczonych do termicznego przekształcania odpadów komunalnych skutkujące brakiem możliwości zagospodarowania odpadów zgodnie ze zmienionymi przepisami prawa w instalacji komunalnej lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych wskazanej przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów, Zamawiający informuje, że odrzuci ofertę takiego Wykonawcy.”, które jednoznacznie wskazuje, że Zamawiający kierował zamówienie do wykonawców posiadających wymagane uprawnienia, pomimo, że dokumenty w tym zakresie nie były wymagane, a brak tych uprawnień traktował jako niezgodność z treścią SIWZ, stanowiąca podstawę do odrzucenia oferty.

Zauważyć należy, że wskazana przez wykonawcę w oświadczeniu (Załącznik nr 2 do SIWZ) lokalizacja punktów przeładunkowych ma doniosłe znaczenie w prowadzonym postępowaniu, ponieważ dokument ten będzie stanowił załącznik do Umowy. Jak wynika z § 2 ust. 4 IPU (cz. V SIWZ), oświadczenie składane przez wybranego wykonawcę stanowi integralną część umowy jako jej załącznik nr 3, „Miejscem świadczenia usługi są instalacje i/lub punkty przeładunkowe wskazane przez Wykonawcę w oświadczeniu potwierdzającym miejsce zagospodarowania odpadów stanowiącym załącznik nr 3 do umowy, z zastrzeżeniem zmian dopuszczonych umową”. Powyższe wskazuje, że informacje dotyczące punktów przeładunkowych i miejsc zagospodarowania odpadów składane w Załączniku nr 2 do SIWZ miały istotne znaczenie i były wiążące.

Treść oświadczeń złożonych przez Remondis Sp. z o.o. uprawdopodobnia, że wykonawca nie posiada instalacji do przetwarzania bioodpadów, a tym samym że nie posiada punktu przeładunkowego spełniającego wymagania SIWZ (pkt 16 OPZ). Brak uprawnień Remondis Sp. z o.o. do przetwarzania bioodpadów o kodzie 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające biodegradacji) wynika pośrednio z braku instalacji do przetwarzania bioodpadów.

W ocenie Izby, bezprzedmiotowe jest w okolicznościach tej sprawy wzywanie Remondis Sp. z o.o. do uzupełnienia omawianego wyżej oświadczenia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż zgodnie z wymaganiami SIWZ (OPZ i IPU), nie jest możliwe złożenie oświadczenia i wskazania w nim innego punktu przeładunkowego innego niż punkt przeładunkowy prowadzony przez samego wykonawcę, co wynika wprost z zastrzeżenia przez Zamawiającego osobistego wykonania zamówienia w części dotyczącej punktów przeładunkowych (pkt 4.12 SIWZ), ponieważ wykonawca takiego punktu nie posiada.

W ocenie Izby, nie jest możliwe spełnienie wymogów przewidzianych przez Zamawiającego w pkt 16 OPZ z użyciem instalacji komunalnej, która prowadzi m.in. mechaniczne przetwarzanie odpadów pochodzących z selektywnej zbiórki, oznaczonych kodami z podgrupy 15 01 i 20 01. Izba nie stwierdziła zatem naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, poprzez zaniechanie wezwania Remondis Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia, tj. poprawienia błędu polegającego na wskazaniu podmiotu prowadzącego punkt przeładunkowy dla bioodpadów, który nie spełnia wymogów wynikających z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, cz. V SIWZ.

Izba stwierdziła zasadność zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z postępowania, jako wykonawcy, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w sytuacji, w której wykonawca ten pomimo, że nie spełnia wymogów pkt 16 OPZ, Cz. II SIWZ oraz z §1 ust. 3 IPU, Cz. V SIWZ, albowiem nie prowadzi instalacji do przetwarzania bioodpadów oraz nie posiada w tym zakresie stosownych uprawnień do przetwarzania odpadów, złożył oświadczenie w pkt 1 Formularza oferty (cz. III SIWZ), iż spełnia „wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia” oraz że „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia”.

Wykonawca Remondis Sp. z o.o. składając ofertę, w Formularzu A w pkt 1 oraz w Załączniku nr 2 złożył informację o prowadzeniu punktu przeładunkowego w zakresie bioodpadów, czym wskazał w sposób pośredni, biorąc pod uwagę wymagania OPZ, że prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów. Wobec faktu, że wykonawca Remondis Sp. z o.o. nie wykazał okoliczności, że prowadził w chwili składania powyższych oświadczeń (oferty), jak i nadal prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów (20 01 08), należało uznać, że nie spełnia on wymogów wynikających z pkt 16 OPZ Cz. II SIWZ w zw. z art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach.

Wobec braku posiadania przez Remondis Sp. z o.o. zezwolenia na przetwarzanie bioodpadów, wykonawca ten nie spełnia także wymogów, o których mowa w § 1 ust. 3 IPU Cz. V SIWZ.

Wobec powyższego, Remondis Sp. z o.o. oświadczając, iż spełnia „wszystkie wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia” oraz że „oferuje realizację przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia”, a także wskazując w formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ siebie, jako prowadzącego punkt przeładunkowy, a w konsekwencji - instalację do przetwarzania bioodpadów, przedstawił informację niezgodną z rzeczywistością, wprowadzającą Zamawiającego w błąd, co do istotnych okoliczności mających wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu.

Od wykonawcy Remondis Sp. z o.o. jako profesjonalnego przedsiębiorcy prowadzącego od wielu lat działalność związaną z opadami, w tym uczestniczącego w postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego, należy oczekiwać, że posiada wiedzę o wymaganiach SIWZ oraz o zezwoleniach, jakie są wymagane do wykonywania działalności w zakresie przetwarzania bioodpadów.

Z ustalonych okoliczności wynika natomiast, że ww. wykonawca, składając oświadczenie o spełnieniu wszystkich wymogów wynikających z OPZ, jak i oświadczenie w Załączniku nr 2 do SIWZ, nie dochował należytej staranności przy składaniu oświadczenia, że posiada punkt przeładunkowy, zgodnie z pkt 16 OPZ, który mógłby wskazać jedynie w przypadku, gdyby zgodnie art. 23 ust. 10 pkt 3 ustawy o odpadach posiadał instalację do przetwarzania bioodpadów. Wykonawca przekazał Zamawiającemu w ofercie informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego. Zauważyć przy tym należy, że ten charakter informacji nie jest uzależniony od tego, czy w rzeczywistości nastąpiło wprowadzenie w błąd, czy też Zamawiający nie mógł być wprowadzony w błąd, ponieważ dane okoliczności były mu wcześniej znane. Chodzi bowiem o sam charakter informacji i ich potencjalne znaczenie w postępowaniu.

Nie ulega wątpliwości, że złożenie w ofercie oświadczeń potwierdzających spełnienie wymagań dotyczących OPZ miało istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu, w szczególności na decyzję polegającą na wyborze oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez zaniechanie żądania złożenia wyjaśnień oraz informacji potwierdzających, że Remondis Sp. z o.o.

- prowadzi instalację do przetwarzania bioodpadów;
- posiada ważne zezwolenie uprawniające do przetwarzania bioodpadów;

pomimo, że z treści oświadczenia złożonego w formularzu stanowiącym Załącznik nr 2 do SIWZ oraz z powszechnie znanych informacji wynika, iż Remondis Sp. z o.o. takiej instalacji nie prowadzi, jak i nie posiada w tym zakresie stosownego zezwolenia, Izba stwierdziła, że Zamawiający, mając na uwadze transparentność postępowania i zachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powinien był wezwać wykonawcę Remondis Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty w zakresie prowadzonego punktu przetłokowego, zgodnie z pkt 16 OPZ, cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ oraz prowadzenia przez tego wykonawcę instalacji do przetwarzania bioodpadów i posiadania stosownego zezwolenia. Jednak z uwagi na fakt, że Zamawiający posiadał stosowne informacje o braku spełnienia tych wymogów, wezwanie w konsekwencji byłoby bezprzedmiotowe. Zatem zaniechanie wezwania nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania. Wezwanie do wyjaśnień nie mogło zmienić sytuacji wykonawcy Remondis Sp. z o.o. względem wymagań zawartych w SIWZ.

Powyższe znalazło potwierdzenie w zgromadzonym materiale dowodowym, biorąc pod uwagę, że wykonawca ten, twierdząc, że znajduje się w procesie uzyskiwania stosownych zezwoleń nie wykazał, ani nie uprawdopodobnił nawet swoich twierdzeń. Nie potwierdza tego faktu także treść opublikowanego na stronie Miasta Stołecznego Warszawy „wykazu instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych dla regionu zachodniego, do których podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości mogą przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady stanowiące odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”, co jest faktem także znanym Zamawiającemu.

W konsekwencji, w ocenie Izby, należy podkreślić, że brak weryfikacji przez Zamawiającego spełnienia wymagań co do zgodności treści oferty wykonawcy Remondis Sp. z o.o. z treścią SIWZ, w sytuacji gdy Zamawiający dysponuje stosownymi wiadomościami, w świetle których oświadczenia złożone w ofercie przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. nie odpowiadają rzeczywistości, stanowi naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Tym samym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust 1 Pzp, poprzez uprzywilejowane traktowanie wykonawcy Remondis Sp. z o.o., polegające na pominięciu weryfikacji złożonej przez niego oferty w zakresie wymogów wynikających z pkt 16 OPZ cz. II SIWZ oraz §1 ust. 3 IPU cz. V SIWZ.

Reasumując powyższe, Izba stwierdziła, że zasadny jest zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 17 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, które obligowały Zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród wykonawców niepodlegających wykluczeniu, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, a więc z wyłączeniem oferty złożonej przez Remondis Sp. z o.o., która podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 Pzp.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia

15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:

Członkowie:

.....