

WYROK

z dnia 4 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 września 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 lipca 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum Ekopartner Recykling Sp. z o.o. w Lublinie i Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zawierciu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Wójta Gminy Legnickie Pole przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. w Jaworze przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru oferty

najkorzystniejszej, ponowienie badania i oceny oferty, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. wykonawcy Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. w Jaworze do uzupełnienia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności przetwarzania odpadów, potwierdzającego spełnienie warunku udziału w przetargu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, zgodnie z lit. a pkt 4.2.1. SIWZ oraz dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Wójta Gminy

Legnickie Pole i:

3.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500,00 zł (siedem tysięcy pięćset złotych) uiszczoną przez konsorcjum Ekopartner Recykling Sp. z o.o. w Lublinie i Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zawierciu tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od zamawiającego Wójta Gminy Legnickie Pole na rzecz konsorcjum Ekopartner Recykling Sp. z o.o. w Lublinie i Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zawierciu kwotę 11 100,00 zł (jedenaście tysięcy sto złotych) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w postaci wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (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 Legnicy.

Przewodniczący:

### Uzasadnienie

wyroku z dnia 4 września 2020 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 1673/20

Zamawiający - Wójt Gminy Legnickie Pole, ul. Dientzenhofera 1, 59-241 Legnickie Pole, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Legnickie Pole”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym 10 czerwca 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 550039-N-2020, zwane dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie na usługę, o wartości poniżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej jako „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 20 lipca 2020 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego konsorcjum Ekopartner Recykling Sp. z o.o., ul. Zielona 3, 59-300 Lublin i Zakład

Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Podmiejska 53, 42-400 Zawiercie (dalej zwani jako „odwołujący”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty (pisownia oryginalna):

1. art. 24 ust. 1 pkt 17 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COM-D, pomimo, iż w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy COM-D, względnie art. 26 ust. 3 PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy COM-D do uzupełnienia dokumentów;
3. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 UZNK poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy COM-D, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji;
4. art. 91 ust. 1 PZP oraz art. 7 ust. 3 PZP poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty COM-D podlegającego wykluczeniu;
5. art. 94 ust. 1 pkt 2 PZP poprzez przedwczesne udzielenie zamówienia wykonawcy COM-D.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o unieważnienie umowy (jeśli została zawarta), nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenia badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawcy COM-D z postępowania. Wniesiono także o zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu wniesionego środka zaskarżenia odwołujący podniósł co następuje. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lipca 2020 r., wystosowane w trybie art. 26 ust. 2 p.z.p., zobowiązujące wykonawcę COM-D m.in. do przedłożenia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wykonawca - przy piśmie z dnia 6 lipca 2020 r. - przedłożył decyzję Starosty Jaworskiego z dnia 9 grudnia 2014 r. (znak GNiŚ.6233.19.2014) dotyczącą zezwolenia na zbieranie odpadów i wygaszającą poprzednie

zezwolenie na zbieranie odpadów, a także decyzję Starosty Jaworskiego z dnia 20 kwietnia 2010 r. (znak OŚ.764518/10), zmienioną decyzjami z 30 maja 2012 r. (znak OŚ.6230.4.2012), z 7 stycznia 2013 r. (znak OŚ.6230.6.2012) oraz z 19 kwietnia 2013 r. (znak OŚ.6233.5.2013). Dodatkowo, w treści swojego pisma, wykonawca wskazał „Informujemy również, że posiadamy podpisane umowy ze składowiskami odpadów które mają aktualne zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów oraz dysponują statusem instalacji do przetwarzania odpadów”. Ponadto, co istotne zdaniem odwołującego, w treści oferty wykonawca wskazał, iż zamówienie zrealizuje samodzielnie, czyli bez udziału podwykonawców. Przedkładając ww. decyzje, wykonawca COM-D przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a nastąpiło to w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy, co wyczerpuje przesłanki wykluczenia, określone w art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

Dalej odwołujący zaznaczył, że stosownie do art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Pojęcia „zbierania odpadów” oraz „przetwarzania odpadów” zostały zdefiniowane w art. 3 ust. 1 ustawy o odpadach i oznaczają odpowiednio: zbieranie - gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, przetwarzanie - procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie. Zatem w ocenie odwołującego przedstawiona przez wykonawcę COM-D decyzja Starosty Jaworskiego z dnia 9 grudnia 2014 r., wydana na podstawie art. 41 ustawy o odpadach, dotyczy wyłącznie zezwolenia na zbieranie odpadów, a nie na ich przetwarzanie. Kiedy postanowienia SIWZ oraz samo wezwanie zamawiającego z dnia 1 lipca 2020 r. wyraźnie wskazują na konieczność przedstawienia aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Z kolei decyzja Starosty Jaworskiego z dnia 20 kwietnia 2010 r. zatwierdziła program gospodarki odpadami niebezpiecznymi wraz z udzieleniem zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu i odzysku odpadów i była zmieniana kolejnymi decyzjami. Jak również, decyzja ta została wydana na podstawie poprzednio obowiązującej ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. W odniesieniu do tej decyzji zastosowanie miały przepisy przejściowe określone w art. 232 ustawy o odpadach z 2012 r. i decyzje te zachowują ważność w zakresie zbierania, odzysku lub unieszkodliwiania odpadów na czas, na jaki zostały wydane, nie dłużej niż przez trzy lata od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy. Ustawa o odpadach z 2012 r. weszła w życie 23 stycznia 2013 r., więc decyzje wymienione w art. 232 ust. 2 i 3 obowiązywały maksymalnie do 23 stycznia 2016 r. Według odwołującego oznacza to, iż decyzja z dnia 20 kwietnia 2010 r., wraz ze zmieniającymi ją decyzjami, którą wykonawca COM-D przedstawił zamawiającemu, była od ponad czterech lat nieaktualna. Zaś decyzja z 2014 r., która jest aktualna, dotyczy zezwolenia na zbieranie, a nie na przetwarzanie odpadów.

W ocenie odwołującego nie ulega zatem wątpliwości, iż szereg decyzji Starosty Jaworskiego, przedłożone przy piśmie z dnia 6 lipca 2020 r., wprowadziły zamawiającego w błąd, co do spełnienia przez wykonawcę COM-D warunku posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt 4.2.1 lit. a SIWZ). Decyzje te są obszerne, a ustalenie ich wzajemnej relacji i określenie prawidłowego zakresu oraz daty obowiązywania nie wynika bezpośrednio z ich treści, lecz wymaga zastosowania przepisu przejściowego określonego w ustawie o odpadach. Ponadto informacje te mogły mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie ulega wątpliwości, że gdyby wykonawca COM-D rzetelnie poinformował zamawiającego, iż nie posiada aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, zostałby wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. Zgodnie bowiem z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt VI ACa 1971/13) „Jeśli dokumentacja złożona przez wykonawcę wskazuje, że nie spełnia on warunków ustalonych przez zamawiającego w sposób nieusuwalny, to wówczas brak jest podstaw do wszczęcia procedury naprawczej, a wykonawca powinien zostać wykluczony od udziału w przetargu bez podejmowania próby usunięcia braków oferty, którą złożył”. Odwołujący dodał, że wykonawca COM-D wykazał się co najmniej niedbalstwem, składając oświadczenie o spełnieniu wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a następnie przedkładając zamawiającemu nieobowiązujące zezwolenie oraz obowiązujące, ale irrelevantne dla oceny spełnienia warunku (choć również wydane na podstawie art. 41 ustawy o odpadach) decyzje. Zamawiający nie tylko zaniechał właściwej weryfikacji przedłożonych przez wykonawcę oświadczeń i dokumentów, lecz zaniechał wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.

W zakresie zarzutu nr 2 odwołujący wskazał, że zgodnie z powyższą argumentacją wykonawca COM-D w istocie nie przedstawił na żądanie zamawiającego, wystosowane pismem z dnia 1 lipca 2020 r., aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wydanego przez właściwy organ, zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., tj. wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu, który został określony w pkt 4.2.1 lit. a SIWZ.

Jak również wykonawca nie wykazał spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej, określonej w pkt 4.2.3 lit. a-c SIWZ, bowiem w załączonym do oferty oświadczeniu zmodyfikowano wzór określony w załączniku nr 5 do SIWZ i zamiast wymaganego przez zamawiającego oświadczenia o dysponowaniu określonymi instalacjami, wykonawca COM-D oświadczył, iż „posiadamy podpisane umowy współpracy z poniższymi instalacjami: a) instalacją komunalną, spełniającą wymogi określone w pkt. 4.2.1.b), lub urządzeniami do przetwarzania odpadów w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.); b) instalacją do mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (MBP); c) instalacją do kompostowania odpadów zielonych i odpadów ulegających biodegradacji; d) instalacją składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno - biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów”. Kiedy w opinii odwołującego zamawiający dopuścił posiadanie umowy z instalacją jedynie w przypadku warunku określonego w pkt 4.2.3 lit. d SIWZ, gdzie po zmianie SIWZ dodano: „bądź posiadać umowę z Instalacją spełniającą powyższe wymagania.” Brak jest takiego dopisku w pkt 4.2.3 lit. a-c SIWZ, zatem oświadczenie o posiadaniu umowy nie jest wystarczające dla wykazania spełnienia warunku w przetargu. Zatem zdaniem odwołującego jednostka zamawiająca zaniechała wezwania wykonawcy COM-D w trybie art. 26 ust. 3 p.z.p. do uzupełnienia właściwych dokumentów, a wobec

oczywistego braku posiadania aktualnego zezwolenia oraz braku dysponowania wymaganymi instalacjami o statusie instalacji komunalnej, zaniechano także wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.

W stosunku do zarzutu nr 3 odwołujący podniósł, że wykonawca COM-D naruszył także art. 3 ust. 1 z.n.k. i jego oferta miała na celu wyeliminowanie pozostałych podmiotów z rynku przetwarzania odpadów komunalnych z gminy Legnickie Pole. Zawarte przez wykonawcę w ofercie świadczenie, zgodnie z przytoczonymi powyżej przepisami ustawy o odpadach, nie może zostać zrealizowane przez wykonawcę w sposób opisany w ofercie (tj. samodzielnie, bez udziału podwykonawców), a przy tym zgodnie z wymaganiami SIWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Złożenie oferty stanowiło więc czyn nieuczciwej konkurencji, ponieważ utrudniono odwołującemu dostęp do rynku, poprzez oferowanie świadczenia niemożliwego do spełnienia - zgodnie z wymogami posiadanych decyzji, przepisów oraz SIWZ i treści samej oferty w pkt 6 formularza ofertowego. W ocenie odwołującego powoduje to konieczność odrzucenia oferty wykonawcy COM-D.

Zarzut nr 4 odwołujący uzasadnił w sposób następujący - fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę COM-D, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, stanowiło oczywiste i rażące naruszenie przepisów p.z.p. Natomiast w zakresie zarzutu nr 5 podniesiono, iż zamawiający dnia 15 lipca 2020 r. przesłał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zamieścił w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie nr 510128246-N-2020 o udzieleniu zamówienia wykonawcy COM-D, czyli zawarto umowę w tym samym dniu, w którym przesłano informację o wyborze oferty, co narusza art. 94 ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż postawione zarzuty są bezzasadne i odwołanie powinno zostać oddalone.

Zamawiający podniósł, że zarzuty nr 1, 2, 3 i 4 nie zasługują na uwzględnienie i sprowadzają się do kwestionowania posiadania przez wykonawcę COM-D zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach. Zarzuty te są jednak nieuzasadnione i bezpodstawne, ponieważ według zamawiającego dla realizacji zadania niezbędne były jedynie umowy wykonawcy z instalacjami na przetwarzanie. Wynika to z pkt 4.4. SIWZ, w myśl którego „Wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 4.2 SIWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.”

W opinii zamawiającego wykonawca w sposób uprawniony w piśmie z dnia 6 lipca 2020 r. zaznaczył, że dysponuje umowami z odpowiednimi instalacjami na zagospodarowanie odpadów, tj.: a) Legnickim Przedsiębiorstwem Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. Wysypisko odpadów komunalnych Legnica, b) Eneris Ekologiczne Centrum Utylizacji Sp. z o.o. Jarosów, c) TKM Recykling Polska Sp. z o.o. Sp. k. Strzegom, d) Zakład Wtórnego Obrotu Zużyтым Ogumieniem W. M. Rogoźnica. Ponadto, wykonawca COM-D ma zawarte z innymi gminami umowy i na tej podstawie realizuje zadania zagospodarowania odpadów.

Natomiast odnosząc się do piątego zarzutu zamawiający podniósł, że zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty zostało przesłane w dniu 15.07.2020 r. i w tymże dniu również zostało umieszczone ogłoszenie o udzieleniu zamówienia w Biuletynie Zamówień Publicznych, tym niemniej nie zawarto z wykonawcą umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 185 ust. 2 i 3 p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o., ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (dalej zwanego jako „przystępujący”), zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko procesowe w formie pisemnej.

Krajowa Izba Odwoławcza - po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej

sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem procesowym przystępującego, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy - ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p., dotyczy materii określonej w art. 180 ust. 2 pkt 6 p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 187 ust. 1 p.z.p. Izba stwierdziła dalej, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałooby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Jak również, w ocenie składu orzekającego, odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia, zgodnie z przesłankami art. 179 ust. 1 p.z.p.

W oparciu o akta sprawy odwoławczej Izba ustaliła następujące okoliczności w zakresie istotnym dla rozstrzygnięcia - okoliczności te nie były sporne pomiędzy stronami postępowania odwoławczego.

I. Zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

1. w pkt 4.2. rozdziału IV SIWZ zamawiający określił warunki udziału w przetargu,

dotyczące:

1.1. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (pkt 4.2.1.). „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że:

a. posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z art.

41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.);

b. instalacja do przetwarzania odpadów posiada status instalacji komunalnej, zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1396 z późn. zm.). Potwierdzeniem może być w szczególności odpowiedni akt prawa miejscowego wskazujący instalację do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz instalację do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, jako instalację komunalną (status komunalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych dla instalacji MBP, kompostowni, składowania odpadów innych niż obojętne i niebezpieczne) (po zmianie) bądź posiadać umowy z Instalacją spełniającą powyższe wymagania”;

1.2. zdolności technicznej lub zawodowej (pkt 4.2.3. SIWZ). „Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że dysponuje:

a. instalacją komunalną, spełniającą wymogi określone w pkt 4.2.1.b) lub urządzeniami do przetwarzania odpadów w rozumieniu art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.);

- b. instalacją do mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych (MBP);
- c. instalacją do kompostowania odpadów zielonych i odpadów ulegających biodegradacji,
- d. instalacją składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów (po zmianie) bądź posiadać umowę z Instalacją spełniającą powyższe wymagania”;

2. w dniu 19 czerwca 2020 r. zamawiający, działając na podstawie art. 38 ust. 2 p.z.p., opublikował wyjaśnienia treści SIWZ, w których poinformował wykonawców, że „wykonawca dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej oraz zdolności technicznej lub zawodowej powinien posiadać umowy z instalacją spełniającą wymagania w zakresie zagospodarowania.” Załącznikiem do wyjaśnień jest zmodyfikowana treść SIWZ, którą udostępniono wykonawcom. Zgodnie ze zmienioną SIWZ w pkt 4.2.1. lit. b dopisano „(po zmianie) bądź posiadać umowy z instalacją spełniającą powyższe wymagania” i w pkt 4.2.3. lit. d dopisano „(po zmianie) bądź posiadać umowy z instalacją spełniającą powyższe wymagania”.

Treść zmodyfikowanej SIWZ opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych, ogłoszenie nr 540108448-N-2020 z 19 czerwca 2020 r., sekcja II zmiany w ogłoszeniu.

3. w pkt 5.3. rozdziału V zamawiający określił dokumenty, składane na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p., tj. „a) aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.), b) aktualna informacja o statusie instalacji do przetwarzania odpadów, jako instalacji komunalnej,

c) oświadczenie wykonawcy w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 5 do SIWZ”.

II. Pismem z dnia 1 lipca 2020 r. zamawiający wezwał przystępującego do złożenia m.in. aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności przetwarzania odpadów. W dniu 6 lipca 2020 r. wykonawca przedstawił decyzję Starosty Jaworskiego z dnia 20 kwietnia 2010 r. w przedmiocie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania, transportu i odzysku odpadów wraz z decyzjami ją zmieniającymi.

Stan faktyczny sprawy nie był pomiędzy stronami sporny, sporna była ocena prawna oferty przystępującego, który zdaniem odwołującego powinien zostać wykluczony z postępowania, ponieważ w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd (art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p.) oraz nie wykazał spełnienia warunków udziału w przetargu (art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p.) - w tym zakresie przystępujący względnie winien zostać wezwany przez zamawiającego do uzupełnienia (art. 26 ust. 3 p.z.p.). Jak również, zdaniem odwołującego, oferta przystępującego powinna zostać odrzucona (art.

89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2019 r. poz. 1010 ze zm.), dalej zwanej jako „z.n.k.”).

W odwołaniu postawiono zamawiającemu także zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 2 p.z.p., poprzez przedwczesne podpisanie umowy z przystępującemu, a także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 p.z.p.

Skład orzekający dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba - uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności w oparciu

o postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożone oferty, korespondencję prowadzoną w toku przetargu pomiędzy zamawiającym a przystępującym, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu - stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty znajdują częściowe potwierdzenie w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a więc odwołanie posiada uzasadnione podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą uwzględnione. W konsekwencji powyższego skład orzekający nakazał

zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej, ponowne badanie i ocenę ofert, w tym wezwanie przystępującego w trybie naprawczym do uzupełnienia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności przetwarzania odpadów (lit. a pkt 5.3. SIWZ), potwierdzającego spełnienie warunku udziału

w przetargu dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia działalności regulowanej, zgodnie z lit. a pkt 4.2.1. SIWZ.

Przechodząc do omówienia poszczególnych zarzutów skład orzekający wskazuje, że podzielono stanowisko odwołującego, iż przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności

zawodowej, czyli aktualnego zezwolenia, wydanego na podstawie art. 41 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r., poz. 797 ze zm.) dalej zwanej jako "ustawa o odpadach", wskazanego w lit. a pkt 4.2.1. SIWZ oraz lit. a pkt 5.3. SIWZ. Izba ustaliła, że na

wezwanie zamawiającego, dotyczące m.in. przedłożenia ww. zezwolenia, przystępujący złożył nieaktualne decyzje dotyczące nie przetwarzania, a zbierania odpadów (vide pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia). Kiedy ustawodawca w sposób jednoznaczny w ustawie o odpadach rozgraniczył pojęcia zbierania i przetwarzania odpadów, co ma także bezpośrednie odzwierciedlenie w treści dokumentacji przetargu. Okoliczność, że przedstawione decyzje nie potwierdzają spełnienia warunku przetargu nie była sporna. Ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionowali argumentacji odwołującego, że decyzje, złożone w odpowiedzi na wezwanie z dnia 1 lipca 2020 r., są nieprawidłowe i utraciły swoją ważność.

Zamawiający w tym zakresie podnosił, że zezwolenie na przetwarzanie odpadów nie jest konieczne, a wystarczające jest legitymowanie się umowami na przetwarzanie odpadów zawartymi z instalacjami je przetwarzającymi. Skład orzekający stwierdził, że hipotezy zamawiającego są wprost sprzeczne z treścią SIWZ i jednostka zamawiająca w sposób całkowicie nieuprawniony usiłuje odejść od wymagań zawartych w dokumentacji przetargu i bezprawnie uprzywilejować wykonawcę przystępującego, zwalniając go z wymogu

posiadania odpowiedniego zezwolenia. W lit. a pkt 4.2.1. SIWZ wprost wymagano rzeczowego zezwolenia (vide lit. a pkt 1.1. okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), co jest spójne z lit. a pkt 5.3. SIWZ, gdzie zamawiający na potwierdzenie posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej żądał złożenia dokumentu zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Jest to spójne także z wezwaniem zamawiającego z dnia 1 lipca 2020 r., a przede wszystkim, aby wykonywać rzeczoną działalność, ustawodawca narzucił przedsiębiorcom wymóg uzyskania takiego zezwolenia (art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach). Podnoszenie - wbrew brzmieniu wiążącej dokumentacji przetargu - że można odejść od wymagań ustawowych i prowadzić gospodarowanie odpadami nielegalnie, bez stosownych uprawnień, jest nie tylko zadziwiające, ale wprost wpisuje się w hipotezę art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach, zgodnie z którym kara za przetwarzanie odpadów bez wymaganego zezwolenia wynosi nie mniej niż 10 000,00 zł i nie może przekroczyć 1 000 000,00 zł.

Nie przekonuje argumentacja zamawiającego, że możliwość zawarcia umów wynika z pkt 4.4. SIWZ, gdzie wskazano, że „wykonawca może w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 4.2. SIWZ, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.”

Po pierwsze, umknęło zamawiającemu, że zdolności podmiotowe w zakresie posiadania decyzji dotyczącej możliwości przetwarzania odpadów należą do dokumentów potwierdzających posiadanie odpowiednich uprawnień (art. 25 ust. 1 pkt 1 p.z.p. w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2020 r., poz. 1282)) i nie zostały nawet uwzględnione w tym punkcie SIWZ, który dotyczy zdolności technicznych, zawodowych, finansowych lub ekonomicznych. Po drugie, ustawodawca dopuścił możliwość powołania się na potencjał podmiot trzeciego, ale nie w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących posiadanych kompetencji i uprawnień (art. 22a ust. 1 p.z.p.). Ustawodawca nie dopuścił do możliwości korzystania z koncesji, zezwoleń i licencji innych podmiotów, bo byłoby to obejściem prawa w zakresie konieczności spełnienia wymagań i uzyskania stosownych kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Co również istotne, aby w ogóle można było w sposób uzasadniony twierdzić, że wykonawca korzysta z potencjału podmiotu trzeciego, to taka informacja powinna wynikać z oferty przystępującego. Wymagane jest w tym zakresie co najmniej przedłożenie zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów, zgodnie z art. 22a ust. 2 p.z.p., co zamawiający wskazał w pkt 4.5.1. SIWZ (a co nie jest możliwe dla zezwolenia prowadzenia działalności regulowanej

w zakresie gospodarowania odpadami), którego przystępujący nie przedstawił, a także oświadczył, że wykona zamówienie samodzielnie.

Zatem w ocenie składu orzekającego argumentacja zamawiającego i usiłowanie ferowania - wbrew przepisom prawa, wbrew dokumentacji przetargu i wbrew treści oferty przystępującego - możliwości przyjęcia od przystępującego oświadczenia, że korzysta on ze zdolności innych podmiotów w zakresie wymaganych uprawnień oraz stanie na stanowisku, że wystarczające jest oświadczenie przystępującego, że posiada umowy z instalacjami przetwarzającymi odpady, w miejsce jednoznacznego i precyzyjnego wymagania SIWZ legitymowania się aktualnym zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydanym przez właściwy organ na podstawie art. 41 ustawy o odpadach, jest co najmniej niezrozumiałe i sprzeczne z ustalonym stanem rzeczy.

Natomiast w zakresie stanowiska przystępującego Izba zauważa, że wyjaśnienia treści SIWZ wraz z jej modyfikacją i zmienionym ogłoszeniem o zamówieniu nie obejmują zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych z lit. a pkt 4.2.1. SIWZ (vide pkt II okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia), a dotyczą wyłącznie lit. b pkt 4.2.1. SIWZ, czyli instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Zatem nieuprawnionym na kanwie brzmienia dokumentacji przetargu jest stwierdzenie, że zamawiający dopuścił możliwość wykazania się umową z instalacją, zamiast omawianym zezwoleniem. Pomijając już okoliczność, że byłoby to próbą obejścia prawa w zakresie konieczności posiadania uprawnień do prowadzenia działalności regulowanej.

Odwołujący podnosił, że w przedmiocie wykazania spełnienia warunku posiadania stosownych uprawnień doszło do wypełnienia hipotezy art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. i zamawiający winien wykluczyć przystępującego z przetargu. Skład rozpoznający spór nie podzielił tego stanowiska. W ustalonym stanie rzeczy zamawiający odszedł od wymogów dokumentacji przetargu i stwierdził, że wbrew ustalonym warunkom podmiotowym, przyjmie oświadczenie przystępującego o posiadaniu wskazanych umów, w miejsce zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Trudno zatem uznać, aby nieaktualne zezwolenia na zbieranie odpadów mogły - chociażby hipotetycznie - wprowadzać zamawiającego w błąd, skoro ich nawet nie weryfikowano. Ponadto, same zezwolenia na zbieranie odpadów nie wprowadzają w błąd, nie przedstawiają stanu niezgodnego z rzeczywistością, jak podnosił odwołujący. W błąd ewentualnie mogłoby wprowadzać oświadczenie przystępującego, że warunki spełnia, a same nieaktualne zezwolenie wskazuje na okoliczność, że w okresie jego obowiązywania przedsiębiorca posiadał uprawnienie do prowadzenia działalności zgodnie z brzmieniem przedłożonych decyzji. Jeżeli wykonawca składa oświadczenie, że warunki przetargu spełnia, a następnie na wezwanie zamawiającego przedkłada dokumenty, które tego nie potwierdzają, to wprost wpisuje się to w przesłanki art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. - kiedy wykonawca nie wykaże, że spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W konsekwencji powyższego Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzut nr 1 z petitum odwołania, naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 17 p.z.p. i częściowo uwzględniła zarzut nr 2 - naruszenia art. 26 ust. 3 p.z.p. z powodu zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, zgodnie z lit. a pkt 5.3. w zw. z lit. a pkt 4.2.1. SIWZ. Na podstawie akt postępowania odwoławczego Izba ustaliła, że przystępujący nie został wezwany przez zamawiającego, w trybie naprawczym, do złożenia dokumentu przedmiotowego zezwolenia. Przed wykluczeniem wykonawcy z przetargu na zamawiającym ciążyą ustawowe obowiązki uregulowane w art. 26 ust. 3 p.z.p., czyli w ustalonym stanie faktycznym obligatoryjnego wezwania do uzupełnienia dokumentu zezwolenia, co skład orzekający nakazał jednostce zamawiającej w sentencji orzeczenia.

Izba wskazuje ponadto, że wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że złożone w przetargu oferty zostaną ocenione zgodnie z wymaganiami zamawiającego wyartykułowanymi w dokumentacji postępowania i zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki rzetelnego zbadania złożonych ofert, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje na konieczność jednakowego traktowania wykonawców, bez ulg i przywilejów, zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami, jakie ustawodawca nakłada na zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia, w tym dokonania starannej oceny złożonych ofert. W postępowaniu objętym odwołaniem zamawiający odszedł od treści dokumentacji postępowania, a także nie dochował należytej staranności i nie podołał ciążącym na nim obowiązkom, czym naruszył również zasady naczelnie wskazane w art. 7 ust. 1 p.z.p., więc skład orzekający uwzględnił również zarzut nr 4 z petitum odwołania.

W zakresie wykazania spełnienia warunków udziału w przetargu dotyczących posiadania zdolności technicznej lub zawodowej Izba wskazuje co następuje. Zgodnie z brzmieniem SIWZ wykonawca winien dysponować instalacjami wskazanymi w pkt 4.2.3. SIWZ (vide pkt 1.2. okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia) i na potwierdzenie spełnienia

tego warunku przedstawić zamawiającemu oświadczenie według wzoru z załącznika nr 5 do SIWZ, co wynika z lit. c pkt 5.3. SIWZ.

Odwołujący podnosił, że wymóg ten można wykazać posiadaniem umowy z instalacją jedynie w zakresie instalacji składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno - biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów (lit. d pkt 4.2.3.). Skład orzekający nie podzielił tej argumentacji. Izba stwierdziła, że wymaganie odpowiedniej zdolności technicznej można spełnić posiadając umowy ze wszystkimi instalacjami, uregulowanymi w lit. a-d omawianego warunku. Umknęło uwadze odwołującego, że dysponowanie - które nie zostało uregulowane w normach p.z.p., ani w kodeksie cywilnym (art. 14 p.z.p.) - jest pojęciem znacznie szerszym od posiadania. Dysponujący potencjałem technicznym nie musi być jego właścicielem, ale winien mieć realną możliwość skorzystania z instalacji w trakcie realizacji zamówienia. Zatem, niezależnie od wyjaśnień zamawiającego potwierdzających możliwość zawarcia umowy z instalacją z lit. d pkt 4.2.3. SIWZ, nie można ograniczyć możliwości wykazania się dysponowania potencjałem instalacjami komunalnymi do posiadania ich na własność. Nic takiego nie wynika też z dokumentacji przetargu.

Skład orzekający podziela trafne stanowisko wyrażone w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa - Praga w Warszawie z dnia 8 kwietnia 2011 r., sygn. akt: IV Ca180/11, który stwierdził, że: "w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty - nie będąc właścicielami rzeczy - dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp (...)". Izba uznała zatem za prawidłowo wykazany potencjał podmiotowy dotyczący zdolności technicznej, który przystępujący wykazał środkiem dowodowym w postaci oświadczenia o posiadaniu umów z instalacjami wymienionymi w lit. a-d pkt 4.2.3. SIWZ. Ponadto przystępujący w sposób uprawniony zmodyfikował załącznik nr 5 do SIWZ, który zgodnie z brzmieniem dokumentacji stanowi jedynie wzór.

Mając na uwadze powyższe Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., względnie art. 26 ust. 3 p.z.p., w zakresie kwalifikacji technicznej, ponieważ przystępujący w sposób prawidłowy wykazał spełnienie warunku udziału w przetargu w przedmiocie posiadania odpowiedniej zdolności wskazanej w pkt 4.2.3. SIWZ.

Skład rozpoznający spór oddalił także zarzut nr 3 z petitum odwołania - naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 3 ust. 1 z.n.k., jako zarzut nieudowodniony. Wykazanie naruszenia tych norm nie może sprowadzać się do zdawkowego przytoczenia poglądów orzecznictwa. W odwołaniu nie zawarto okoliczności faktycznych, które mogłyby zostać poddane subsumpcji pod zasadę generalną wyrażoną w art. 3 ust. 1 z.n.k., a wadliwie zdublowano stanowisko o niespełnieniu warunków udziału w przetargu, co miało rzekomo nastąpić w celu utrudnienia odwołującemu dostępu rynku. Ponadto, obarczony ciężarem dowodu odwołujący nie udowodnił, aby przystępujący nie posiadał zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych. Odwołanie jest w tym zakresie nie tylko merytorycznie puste, ale także sprowadza się do gołosłownego i subiektywnego przekonania strony.

Izba oddaliła również zarzut nr 5, naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ na gruncie materiału procesowego nie potwierdziło się, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta. Zamawiający w sposób nieprawidłowy opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, co należy wykonać dopiero po zawarciu umowy. Tym niemniej, zgodnie ze stanowiskiem jednostki zamawiającej, co ma potwierdzenie w dokumentacji postępowania, umowa ta nie została podpisana.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie, bowiem wykazano, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p. Stwierdzone naruszenie przepisów ustawy miało istotny wpływ na wadliwy wynik postępowania o udzielenie zamówienia, tj. na przedwczesny wybór oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego wydano na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 p.z.p., tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. § 3 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972), obciążając zamawiającego, jako stronę przegrywającą, kosztami postępowania odwoławczego, na którełożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, zasądzone na

podstawie złożonej faktury VAT w kwocie wynikającej z § 3 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: