Sygn. akt: KIO 2628/21

WYROK

z dnia 24 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 września 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 września 2021 r. przez odwołującego: EKO-TRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Samoklęskach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Jastków przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „APGG" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe G.G.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: „APGG" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe G.G. do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.4 b) Specyfikacji Warunków Zamówienia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 349 zł 53 gr (słownie: trzysta czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) poniesioną przez odwołującego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

2.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 18 949 zł 53 gr (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset czterdzieści dziewięć złotych pięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 2628/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Jastków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Jastków". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 marca 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 062 - 157546.

I. W dniu 6 września 2021 r. wykonawca EKO-TRANS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Samoklęskach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części II.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp

ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp", poprzez brak odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia niespełniających warunków udziału w postępowaniu w zw. z naruszeniem przepisu art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, która to oferta powinna zostać odrzucona.

W związku z podniesionym zarzutem odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 27 sierpnia 2021 r. w zakresie części II zamówienia, dokonanie ponownej oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia APGG Sp. z o.o. oraz Usługi Transportowe G.G. oraz oferty wykonawcy P.H.U. EKO-TRANS C.K.

oraz - w razie pozytywnej weryfikacji - wybranie jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, która to oferta została najwyżej oceniona w dalszej kolejności w zakresie części II zamówienia.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie z dnia 21 września

2021 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 21 września 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał przedstawiony w odwołaniu zarzut za niezasadny i wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego zgłosił wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: „APGG" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lublinie oraz G.G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Transportowe G.G. (dalej jako „przystępujący"). W piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego przystępujący uznali przedstawiony w odwołaniu zarzut za niezasadny i wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z pkt 6.1.4 b) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") zamawiający wymagał od wykonawców biorących udział w postępowaniu w zakresie części II wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu doświadczenia w wykonaniu co najmniej jednej usługi świadczonej w sposób ciągły przez okres minimum 6 miesięcy polegającej na prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej także jako „PSZOK").

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu przystępujący złożyli wykaz usług wraz z załączonymi do niego referencjami. W wykazie wskazano dwie usługi: 1. Odbiór i zagospodarowanie zmieszanych i zebranych w sposób selektywny odpadów komunalnych z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) na terenie Gminy Głusk oraz 2. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) na terenie Gminy Trawniki.

Należy wskazać, że prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych przez przedsiębiorcę wymaga posiadania przez ten podmiot zezwolenia na zbieranie odpadów. Zgodnie z przepisem art. 9c ust. 1a ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, ze zm.) nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2021 r. poz. 779, ze zm.), dalej „ustawa o odpadach", prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się: punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzony samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną gminą lub gminami lub przez związek metropolitalny bezpośrednio przez urząd obsługujący wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, gminną jednostkę budżetową lub gminny zakład budżetowy lub urząd obsługujący związek metropolitalny (punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzony samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną

gminą lub gminami - zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym przed 23 września 2021

r.).

Z materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie nie wynika, że przystępujący wykazali spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 6.1.4 b) SWZ. Okoliczność ta nie została również potwierdzona dodatkowymi dokumentami pozyskanymi przez zamawiającego. Wykonanie/wykonywanie usług wskazanych w wykazie usług złożonym przez przystępujących (odbiór i zagospodarowanie zmieszanych i zebranych w sposób selektywny odpadów komunalnych z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych) nie stanowi spełniania warunku dotyczące prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Nie można również tego wywieść z treści załączonych do wykazu referencji. Spełnianie warunku posiadania doświadczenia w prowadzeniu punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych nie wynika również z informacji przekazanych przez Gminę Głusk w odpowiedzi na zapytanie zamawiającego z dnia 24 sierpnia 2021 r. (pismo z dnia 25 sierpnia 2021 r.) - mowa jest o usłudze obsługiwania i administrowania PSZOK, a nie na o prowadzeniu PSZOK, jak i nie wynika z treści umowy z dnia 12 grudnia 2019 r. przekazanej przez Gminę Głusk - w § 6 ust. 5, na który powoływał się zamawiający, mowa jest o jedynie o zobowiązaniu wykonawcy do obsługi i nadzorowania PSZOK. Z treści tej umowy nie wynika, że wykonawcy powierzono prowadzenie PSZOK, na podstawie posiadanego przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów, co jest wymagane zgodnie z przywołanymi powyżej przepisami.

Należy podkreślić, że zamawiający w sposób jasny sformułował opis warunku udziału w postępowaniu, tj. że wymagane doświadczenie dotyczy prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych. Zamawiający nie wskazał w ramach opisu warunku co należy rozumieć pod pojęciem „prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów

Komunalnych". W związku z tym należy dokonywać wykładni tego pojęcia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa (przywołanymi powyżej). W ocenie Izby treść opisu warunku nie budziła wątpliwości interpretacyjnych. W związku z tym ewentualne uznanie, że zamawiający ustanowił zbyt rygorystyczny, w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, warunek udziału w postępowaniu, nie ma dla niniejszej sprawy znaczenia. Zgodnie z ugruntowanym w orzecznictwie poglądem „postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiejkolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego." (tak przykładowo Krajowa

Izba Odwoławcza w wyroku z 28 sierpnia 2018 r. sygn. akt KIO 1612/18). Wymaga podkreślenia, że dokonywanie rozszerzającej wykładni opisu warunku udziału w postępowaniu wbrew jednoznacznej treści tego opisu stanowi naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Należy mieć na uwadze, że krąg wykonawców, którzy wzięli udział w postępowaniu mógłby być inny, gdyby opis warunku został sformułowany zgodnie z obecnie prezentowanym przez zamawiającego stanowiskiem - w ocenie Izby nie znajdującym potwierdzenia w treści postanowienia zawartego w pkt 6.1.4 b) SWZ.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że potwierdził się zarzut dotyczący niewykazania przez przystępujących spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

Natomiast zgodnie z przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Ww. przepis stanowi odpowiednik uprzednio obowiązującego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r. Uwzględniając zatem wykładnię tego przepisu wynikającą z bogatego orzecznictwa Izby oraz orzecznictwa sądowego należy uznać, że podobnie na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego przed podjęciem decyzji o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający obowiązany jest wystosować do wykonawcy jednokrotne wezwanie do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wystosowanie ww. wezwania nie ma miejsca między innymi w przypadku uznania, że oferta podlega odrzuceniu w związku z zaistnieniem podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp. Odwołujący nie podniósł zarzutu naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 ustawy Pzp ani innych zarzutów czy okoliczności wyłączających zastosowanie wezwania, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy

Pzp. W związku z powyższym, uznając, że odwołanie podlega uwzględnieniu, Izba nie nakazała zamawiającemu odrzucenia oferty przystępujących, lecz wezwanie ich do wykazania spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący zaniechania odrzucenia oferty P.H.U. EKO-TRANS C.K. nie został w odwołaniu wprost podniesiony. Mając jednak na uwadze twierdzenia przedstawione przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania należy wskazać, że kwestia ta została już rozstrzygnięta wyrokiem Izby z dnia 9 lipca 2021 r. (sygn. akt KIO 1638/21). Wymaga przypomnienia, że zamawiający obowiązani są do wykonywania prawomocnych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie

art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a i b ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz.

2437).

Przewodniczący: