Sygn. akt: KIO 3435/21

WYROK

z dnia 7 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2021 r. przez wykonawcę NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wiśniewo
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3435/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2.1. i 2.3. petitum odwołania i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod

nazwą ECO-SPEED L. B. na podstawie art. 128

ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 specyfikacji warunków zamówienia.

2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Wiśniewo i Odwołującego - wykonawcę NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie po połowie i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie:

siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - wykonawcę NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Wiśniewo na rzecz Odwołującego - wykonawcy NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie kwotę 5 550 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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 3435/21

Zamawiający - Gmina Wiśniewo [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie podstawowym, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy Pzp

na odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wiśniewo (znak postępowania: ZP.271.3.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych

w dniu 3 listopada 2021 r. pod numerem 2021/BZP 00254859/01.

W dniu 24 listopada 2021 r. wykonawca NOVAGO Sp. z o.o. z siedzibą w Mławie [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie

i zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. [dalej „Konsorcjum"] do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ, tj. dysponowania bazą magazynowo-transportową, pomimo, że z treści oświadczeń złożonych przez Konsorcjum (załącznika nr 7) nie wynika fakt dysponowania przez Konsorcjum taką bazą;

2. art. 226 ust 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum, pomimo tego, że żaden z członków Konsorcjum nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych (tj. o kodzie 20 03 01), a takiego zezwolenia wymaga Zamawiający zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ), co powoduje, że Konsorcjum nie może wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami Zamawiającego;

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie za najkorzystniejszą ofertę Konsorcjum, podczas gdy to oferta Odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą odwołania i jego uwzględnienie w całości;

2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;

4. nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, wezwanie Konsorcjum do uzupełnienia oraz odrzucenie oferty Konsorcjum;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

W ramach zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający w pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ wymagał, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał, że dysponuje bazą

magazynowo - transportową. Zamawiający w wyżej wskazanym pkt. SWZ oraz w §12 projektu umowy (stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ) szczegółowo przedstawił wymagania dotyczące bazy magazynowo - transportowej. Jednocześnie wymagania dotyczące bazy wynikają z Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z pkt 9 ust. 3.3. ppkt 5) SWZ wykonawca był zobowiązany złożyć uzupełniony załącznik nr 7 potwierdzający spełnienie powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu. Z przedstawionych przez Konsorcjum dokumentów nie wynika spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu. Każdy z członków Konsorcjum złożył odrębny Załącznik nr 7, jednak z żadnego z tych dokumentów nie wynika dysponowanie bazą magazynowo - transportową. W związku z powyższym, na podstawie art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp Zamawiający powinien wezwać Konsorcjum do uzupełnienia i wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ, tj. dysponowaniem bazą magazynowo-transportową.

W zakresie zarzutu zawartego w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymaga również, aby wykonawca wybrany w postępowaniu posiadał zezwolenie na zbieranie odpadów (§ 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ). Taki wymóg wynika także z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. Prawo o odpadach. Przedmiotem postępowania jest między innymi zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych, dla których przypisany został kod 20 03 01. Wykonawca zatem powinien posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów uwzględniające ten kod. Żaden natomiast z członków Konsorcjum takiego zezwolenia nie posiada. Nie jest również możliwe jego uzyskanie przed termin rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia. Członek Konsorcjum - ECO-SPEED B. L. posiada co prawda zezwolenie na zbieranie odpadów, jednak zezwolenie to nie obejmuje zmieszanych odpadów komunalnych. Oznacza to zatem, że nie jest ono wystarczające dla wykonania przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym, oferta Konsorcjum powinna zostać odrzucona, bowiem Konsorcjum nie spełnia wymagań Zamawiającego wynikających ze wzoru umowy, co w konsekwencji oznacza, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, Zamawiający nie dokonał prawidłowej oceny ofert, a tym samym wybór najkorzystniejszej oferty jest wadliwy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 6 grudnia 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W zakresie zarzutu 1. Zamawiający wskazał, iż wprawdzie w pkt 7 SWZ zapisano, że Zamawiający uzna, że Wykonawca spełni warunek jeżeli m.in. dysponuje bazą magazynowo-transportową, jednak wbrew temu co twierdzi odwołujący się punkt 9, ani też żaden inny SWZ nie wymagał wykazania czy też udowodnienia dysponowania bazą magazynowo-transportową. W punkcie 9 ust. 3.3. ppkt 5) SWZ przywołanym przez odwołującego się wyraźnie stanowi o wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych według załącznika nr 7 do SWZ. Uczestnik, tj. Konsorcjum złożyło załączniki w formie wzoru do SWZ. Wzór ten nie wymagał wykazania ani bazy magazynowo-transportowej, ani też innych urządzeń technicznych i wyposażenia zakładu poza określonymi w tym załączniku typu samochodów specjalistycznych, ich przeznaczenia oraz ilości sztuk, co we wzorze nr 7 pokazane było w formie tabeli do wypełnienia. Uczestnicy postępowania stosując się do wzoru według załącznika nr 7 nie mieli zatem możliwości wykazania innych urządzeń, czy też bazy magazynowo-transportowej poza wymaganymi w tym załączniku środkami transportowymi specjalistycznymi.

Odnośnie zarzutu 2. Zamawiający podał, że bezzasadny jest również zarzut braku posiadania zezwolenia na zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych dla których przypisany został kod 20 03 01. Przedmiotem postępowania w niniejszej sprawie jest odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wiśniewo, a nie na ich zbieranie, jak to podnosi odwołujący się.

Ponadto zgodnie z pkt 7 SWZ Zamawiający uzna, że wykonawca spełni warunek

udziału w postepowaniu, jeżeli posiada aktualny wpis do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Wiśniewo w zakresie kategorii odpadów objętych zamówieniem. Uczestnik - Konsorcjum, tj. zarówno ECOVIR Sp. z o.o., jak i ECO-SPEED L. B. posiadają wpis do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Wiśniewo w zakresie kategorii odpadów objętych zamówieniem, w tym odpadów komunalnych dla których przypisany został kod 20 03 01.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba po wysłuchaniu stanowisk Stron i Przystępującego oddaliła opozycję Odwołującego wobec zgłoszenia przystąpienia wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Ww. wniosek Odwołujący uzasadniał tym, iż do zgłoszenia przystąpienia nie zostało załączone pełnomocnictwo od wykonawcy L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą

ECO-SPEED L. B. na rzecz ECOVIR Sp. z o.o. umocowujące do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Odwołujący uzasadniał, iż powyższe stanowi brak formalny, niepodlegający uzupełnieniu.

Odnosząc się do powyższego wniosku wskazać należy, iż stosownie do art. 511 ust. 1 ustawy Pzp, pełnomocnik jest obowiązany, przy pierwszej czynności przed Prezesem Izby lub przed Izbą, dołączyć do akt sprawy pełnomocnictwo z podpisem mocodawcy lub wierzytelny odpis pełnomocnictwa. Jeżeli pełnomocnictwo składane jest w formie pisemnej, pełnomocnik składa je wraz z odpisem dla stron i uczestników postępowania odwoławczego, chyba że odpis pełnomocnictwa został doręczony przez pełnomocnika bezpośrednio stronie i uczestnikowi. Adwokat i radca prawny mogą sami uwierzytelnić odpis udzielonego im pełnomocnictwa oraz odpisy innych dokumentów wykazujących ich umocowanie. Z kolei w myśl art. 511 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli braki w zakresie pełnomocnictwa albo w składzie właściwych organów dają się uzupełnić, Izba wyznaczy w tym celu odpowiedni termin. Zauważyć należy, powyższy przepis został umiejscowiony w przepisach ogólnych rozdziału 2. Postępowanie odwoławcze Działu IX. Środki ochrony prawnej, przez co znajduje zastosowanie do pełnomocnictwa składanego wraz z przystąpieniem do postępowania odwoławczego.

Z kolei z załączonego do oferty pełnomocnictwa konsorcjalnego wynika, iż lider konsorcjum - ECOVIR Sp. z o.o. został umocowany m.in. do wnoszenia w imieniu wykonawców przysługujących im w postępowaniu środków ochrony prawnej jak również złożenia oświadczenia o przyłączeniu do odwołania złożonego przez innego wykonawcę w postępowaniu, co w ocenie Izby było wystarczające do potwierdzenia, iż wykonawca ECOVIR Sp. z o.o. był umocowany do zgłoszenia przystąpienia w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Wobec powyższego Izba oddaliła opozycję Odwołującego i stwierdziła, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. skutecznie przystąpili do postępowania odwoławczego w dniu 25 listopada 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Przystępującego wraz z uzupełnieniami oraz zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 19 listopada 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie oraz pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 grudnia 2021 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego stanowiące wydruki z rejestru BDO dotyczące ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz ECO-SPEED L. B..

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia jest odbieranie, transport i zagospodarowanie m.in. zmieszanych odpadów komunalnych, dla których przypisany został kod 20 03 01.

W rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ Zamawiający wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponują bazą magazynowo - transportową spełniającą określone wymogi.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał zgodnie z rozdziałem 9 pkt 3.3 ppkt 5 SWZ wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (tj. potencjału technicznego opisanego w ust. 7 pkt 2 lit. c ppkt 2) dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowanie tymi zasobami - wzór wykazu stanowi załącznik nr 7 do SWZ.

Załącznik nr 8 do SWZ stanowił wzór umowy.

Zgodnie z § 4 ust. 1 wzoru umowy:

1. Wykonawca oświadcza, że posiada odpowiednią wiedzę oraz uprawnienia, potencjał techniczny i osobowy oraz bazę magazynowo - techniczną niezbędne do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu niniejszej umowy, z zachowaniem profesjonalnego charakteru świadczonych przez Wykonawcę usług, a w szczególności:

1) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; oraz

2) zezwolenia na zbieranie odpadów/zezwolenia na przetwarzanie odpadów na podstawie właściwych przepisów w zakresie gospodarki odpadami;

3) (...).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło dwóch wykonawców, tj. Odwołujący i Przystępujący.

Przystępujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożyli załączniki nr 7 do SWZ stanowiące wykaz narzędzi, w których wskazali określone pojazdy specjalistyczne.

W dniu 19 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

Potwierdził się zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 i art. 16 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z rozdziału 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ, tj. dysponowania bazą magazynowo-transportową, pomimo, że z treści oświadczeń złożonych przez ww. wykonawców (załącznika nr 7) nie wynika fakt dysponowania taką bazą.

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty oraz proporcjonalny.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w 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.

Odnosząc się do ww. zarzutu wskazać należy, że w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ Zamawiający podał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj. dysponują bazą magazynowo - transportową spełniającą określone wymogi. Na potwierdzenie spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał zgodnie z rozdziałem 9 pkt 3.3 ppkt 5 SWZ złożenia przez wykonawcę wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowanie tymi zasobami - wzór wykazu stanowił załącznik nr 7 do SWZ. W ww. postanowieniu SWZ Zamawiający wprost odwołał się do warunku opisanego w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 specyfikacji. Z przedstawionych przez Przystępujących dokumentów (załączników nr 7) nie wynika spełnienie tego warunku udziału w postępowaniu, ponieważ w załączniku nr 7 żaden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie wskazał, iż dysponuje bazą magazynowo - transportową.

Za bez znaczenia Izba uznała okoliczność podnoszą przez Zamawiającego jakoby w treści załącznika nr 7 wykonawcy obowiązani byli wykazać się dysponowaniem jedynie określonymi samochodami specjalistycznymi, nie zaś bazą magazynowo - transportową. Skoro Zamawiający - autor dokumentacji zamówienia w SWZ w rozdziale 9 pkt 3.3 ppkt 5 wprost odesłał do potencjału technicznego, tj. warunku opisanego w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ dotyczącego dysponowania bazą magazynowo - transportową, to obowiązkiem Zamawiającego było zweryfikowanie, czy warunek udziału w postępowaniu został przez wykonawcę spełniony. Podkreślić należy, iż po upływie terminu składania ofert Zamawiający nie może zmieniać zasad i wytycznych wynikających z poszczególnych dokumentów zamówienia, których spełnienie nałożył na wykonawców. Tym samym w przypadku, gdy złożone przez danego wykonawcę dokumenty podmiotowe są niekompletne lub zawierają błędy zamawiający obowiązany jest wszcząć procedurę określoną art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, czego w okolicznościach tej sprawy Zamawiający zaniechał.

Wobec powyższego Izba uwzględniła ww. zarzut i nakazała Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 specyfikacji warunków zamówienia. W konsekwencji potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej, mimo że Zamawiający nie zweryfikował należycie zdolności podmiotowej wykonawców.

Za nieuzasadniony Izba uznała zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 266 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B., pomimo tego, że żaden z członków Konsorcjum nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych (tj. o kodzie 20 03 01), a takiego zezwolenia wymaga Zamawiający zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy (stanowiącej załącznik nr 8 do SWZ).

Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zastosowanie ww. przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia. Tym samym punktem wyjścia dla stwierdzenia wady oferty jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie

dokumentacji sporządzonej w danym postępowaniu, która powinna być rozumiana w sposób ścisły, aby ograniczyć pole dla ewentualnych niejasności i nieporozumień, skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert.

Odnosząc się do powyższego zarzutu wskazać trzeba, iż należy odróżnić etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień.
W okolicznościach przedmiotowej sprawy podkreślić należy, iż poza oceną Izby było to, czy Przystępujący wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 7 pkt 2 lit. a SWZ, ponieważ Odwołujący nie sformułował zarzutu w tym zakresie. Z kolei kwestionowana przez Odwołującego sprzeczność oferty Przystępujących z § 4 ust. 1 ust. 2 wzoru umowy zawierającym ogólne oświadczenie wykonawcy o posiadaniu na etapie realizacji kontraktu m.in. odpowiednich uprawnień do należytego, terminowego i zgodnego z przepisami prawa wykonania przedmiotu umowy, w tym zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie właściwych przepisów w zakresie gospodarki odpadami jest niemożliwa do stwierdzenia. Jakkolwiek poza sporem było, to że członkowie Konsorcjum Przystępującego nie posiadają na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiedniej decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów komunalnych zmieszanych, to nie można wykluczyć, że na etapie realizacji zamówienia będą legitymowali się decyzją w ww. zakresie. Odwołujący natomiast nie przedstawił żadnej argumentacji wskazującej na brak możliwości uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych zmieszanych przed termin rozpoczęcia świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia.

Jednocześnie dostrzec należy, iż sam Zamawiający na gruncie umowy o zamówienie publiczne wymaga, aby wykonawca dysponował nie tylko stosownym wpisem do rejestru działalności regulowanej, ale i zezwoleniem na zbieranie odpadów, co wynika wprost z § 4 wzoru umowy. Podobne zapisy zostały zawarte w rozdziale 9 pkt 3.3 ppkt 1 i 2 SWZ. Tym samym za niezrozumiałe należy uznać stanowisko Zamawiającego, który brak posiadania przez Przystępującego zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie niezbędnym do prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, uzasadniał posiadaniem przez Przystępującego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, dla których przypisano kod 20 03 01. Ponadto odróżnić należy wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 888) od decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów komunalnych, o której mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 779).

Z uwagi na powyższe zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp wobec oferty wykonawców ECOVIR Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ECO-SPEED L. B. nie zasługiwał na uwzględnienie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba uwzględniła zarzuty zawarte w punkcie 1. oraz 3. petitum odwołania, przy czym zarzut, o którym mowa w punkcie 3. jest konsekwencją zarzutu z punktu 1. petitum odwołania oraz oddaliła zarzut zawarty w punkcie 2. petitum odwołania. Tym samym stosunek zarzutów zasadnych do niezasadnych wyniósł odpowiednio % do 1/2, wobec czego

Izba kosztami postępowania obciążyła Zamawiającego i Odwołującego po połowie i zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 5 550 zł tytułem zwrotu kosztów uiszczonego przez Odwołującego wpisu od odwołania (7 500 zł) oraz wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Przewodniczący: .....