

WYROK

z dnia 10 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2021 r. przez wykonawcę EKOM Maciejczyk Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Piotrków Trybunalski

przy udziale wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S.B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 3655/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i:

a) nakazuje Zamawiającemu Miastu Piotrków Trybunalski unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w zakresie części 2,

b) nakazuje Zamawiającemu Miastu Piotrków Trybunalski dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim w zakresie części 2, w tym złożonych przez niego podmiotowych środków dowodowych,

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Miasto Piotrków Trybunalski i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EKOM Maciejczyk Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego Miasta Piotrkowa Trybunalskiego na rzecz wykonawcy EKOM Maciejczyk Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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 wraz 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.....

Zamawiający: Miasto Piotrków Trybunalski wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Piotrkowa Trybunalskiego” znak referencyjny: SPZ.271.22.2021 w zakresie Części 2.

W dniu 8 grudnia 2021 r. Odwołujący: EKOM Maciejczyk Spółka Jawna z siedzibą w Nowinach powziął wiadomość o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący w dniu 17 grudnia 2021 r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec dokonania niezgodnej z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. w części 2 z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 253 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie Części 2 wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. podczas gdy oferta ta winna zostać odrzucona z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia

2. art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w sprawie w zakresie Części 2 a polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z uwagi na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia a polegającego na braku wykazania w ramach jednej usługi odbioru i zagospodarowaniu zmieszanych odpadów komunalnych w ilości co najmniej 4 400 Mg odebranych w okresie 12 miesięcy następujących po sobie w trakcie realizacji umowy trwającej minimum 1 rok,

3. art. 16 pkt. 1 ustawy Pzp polegające na naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegający na wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i winien zostać odrzucony.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Zakład Usług Komunalnych HAK S.B.,
- 3) dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej.

Ponadto wnosił o przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania oraz dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania przetargowego a w szczególności:

- 1) Specyfikacji Warunków Zamówienia wraz z załącznikami,
- 2) dokumentów podmiotowych złożonych przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. w tym wykazu wykonanych usług oraz przedłożonych referencji z dnia 26.11.2021 roku wystawionych przez Gminę Koluszki na okoliczność wykazania braku spełnienia warunków udziału w postępowaniu i zaistnienia przesłanek

odrzućenia oferty.

Dodatkowo wnosił o dopuszczenie dowodów przedkładanych bezpośrednio na rozprawie na poparcie okoliczności tam przytoczonych.

Odwołujący zwrócił uwagę, że analiza treści przedłożonego przez Przystępującego wykazu usług zgodnie z załącznikiem nr 6 doprowadziła go do wniosku, że Zamawiający w świetle postawionego warunku udziału w postępowaniu nie był w stanie ocenić faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych zmieszanych w ramach podanej przez wykonawcę ZUK HAK usługi.

Zauważył, że Przystępujący podał jedynie ogólną ilość odebranych odpadów komunalnych przy czym nie zaznaczył jaką ilość tych odpadów stanowią odpady zmieszane.

Dodatkowo, Odwołujący zaznaczył, że w tym zakresie jego wątpliwości wzbudziły wystawione referencje z dnia 26.11.2021 r., gdzie z ich treści wynikało, że w okresie 01.12.2018 roku do 31.11.2019 roku ZUK HAK odebrał i zagospodarował 4 453,64 Mg odpadów komunalnych i odpadów o kodzie 20 01 99, w którym znajdują się odpady komunalne zmieszane.

Natomiast - w ocenie Odwołującego - z treści referencji również nie wynika faktyczna ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów zmieszanych w podanym okresie.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 02 stycznia 2020 roku w sprawie katalogu odpadów (tabela odpadów) zmieszane odpady komunalne znajdują się pod kodem 20 03 01 niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. Odpad zmieszany to odpad do którego zalicza się wszystkie te nieczystości, które z różnych względów nie można zakwalifikować do frakcji odpadów, które są zbierane w sposób selektywny. Zatem wszystkie pozostałe odpady których nie można zakwalifikować do odpadów zmieszanych będą odpadami segregowanymi.

Jednocześnie argumentował, że odpady o kodzie 20 01 99 to inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny i nie są to zatem odpady zmieszane komunalne.

Według Odwołującego - w świetle zaistniałych faktów nikt nie jest w stanie określić o jakie odpady tutaj chodzi w szczególności, że w referencjach znajduje się enigmatyczny zapis cyt.: „20 01 99 w tym znajdują się odpady komunalne zmieszane”. Również to dowodzi, że przedmiotowe referencje budzą bardzo duże wątpliwości albowiem dany odpad nie może znajdować się pod różnymi kodami. Albo jest to odpad zmieszany albo inny odpad tj. odpad segregowany.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, że Przystępujący nie podał wymaganego zakresu usługi, w tym nie podał ilości faktycznie odebranych i zagospodarowanych odpadów zmieszanych.

Odwołujący również podniósł, że wskazany przez wykonawcę ZUK HAK okres realizacji tj. 01.12.2018 roku do 31.11.2019 roku usługi odbioru i zagospodarowania odpadów na rzecz gminy Koluszki odbywał się w ramach dwóch oddzielnych umów. Albowiem jedna umowa wygasła z dniem 30.09.2019 roku, zaś kontynuacja usługi odbywała się w oparciu o zupełnie nową umowę (po przeprowadzeniu nowego postępowania przetargowego), która trwa do dziś.

Zdaniem Odwołującego - z literalnego brzmienia postawionego warunku udziału w postępowaniu należy wnosić, że Zamawiający wymagał wykazania jednej usługi (trwającej nieprzerwanie przez okres 12 miesięcy) w ramach jednej umowy trwającej minimum 1 rok, co potwierdził również indeks 2 Załącznika nr 6, gdzie Zamawiający wprost wskazał, że cyt.:

„W przypadku, gdy wykonawca wykonał w ramach jednego kontraktu/umowy większy zakres prac...”.

W związku z tym argumentował, że Zamawiający doprecyzował co rozumie pod pojęciem jednej usługi, a zatem nie musi w tym zakresie posiłkować się definicją legalną pojęcia usługi w rozumieniu ustawy.

Z uwagi na wadliwe złożenie wykazu usług przez ZUK HAK w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający nie ma już możliwości dokonania kolejnego wezwania w tym zakresie.

W dniu 20 grudnia 2021 r. zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Usług Komunalnych HAK S. B. z siedzibą w Piotrkowie Trybunalskim, zwany dalej Przystępującym.

Pismem z dnia 4 stycznia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść akt sprawy odwoławczej, w tym treść Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ, oferty Przystępującego, wykazu wykonanych usług wraz z referencją Miasta i Gminy Koluszki z dnia 26 listopada 2021 r., informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 8 grudnia 2021 r., odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie z dnia 8 listopada 2021 r., pism Miasta i Gminy Koluszki z dnia 22 grudnia 2021 r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i dowodów Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczoney, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.16 pkt 1, art.226 ust.1 pkt 2 lit. b oraz art.253 ust.1 ustawy Pzp.

Rozpoznając meritum przedmiotowej sprawy należy wskazać, że podstawowym, istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia była kwestia oceny czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do odrzucenia oferty Przystępującego na zasadzie art. 226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że rozdziale VI. pkt 2 ppkt 4 dla części 2 SWZ Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej polegającej na należytych wykonaniu (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonywaniu), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwóch zamówień, odpowiadających rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj.:

- jednej usługi, polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych zmieszanych od właścicieli nieruchomości od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują / częściowo zamieszkują mieszkańcy, o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych w ilości co najmniej 4 400 Mg, odebranych w okresie 12 miesięcy następujących po sobie w trakcie realizacji umowy trwającej minimum 1 rok

oraz

- jednej usługi, polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują w całości lub częściowo mieszkańcy zbieranych selektywnie o łącznej masie co najmniej 1 600 Mg, odebranych w okresie 12 miesięcy następujących po sobie w trakcie realizacji umowy trwającej minimum 1 rok.

Konkretyzując powyższe warunki udziału w postępowaniu Zamawiający w rozdziale VIII pkt 7 ppkt 4 dla 2 części zamówienia SWZ określił zakres wymaganych dokumentów wskazując, że podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy, w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, obejmują wykaz usług potwierdzający, że wykonawca wykonał należycie (a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych wykonuje), w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, co najmniej dwa zamówienia, odpowiadające rodzajem przedmiotowi niniejszego zamówienia, tj.:

a. jedną usługę, polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych zmieszanych od właścicieli nieruchomości od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują / częściowo zamieszkują mieszkańcy, o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych w ilości co najmniej 4 400 Mg, odebranych w okresie 12 miesięcy następujących po sobie w trakcie realizacji umowy trwającej minimum 1 rok

oraz

b. jedną usługę, polegającą na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują w całości lub częściowo mieszkańcy zbieranych selektywnie o łącznej masie co najmniej 1 600 Mg, odebranych w okresie 12 miesięcy następujących po sobie w trakcie realizacji umowy trwającej minimum 1 rok;

- wg załącznika nr 6 do IDW.

W zakresie niezbędnym do wydania wyroku Izba ustaliła również, że Przystępujący w wykonaniu powyższego warunku SWZ w wykazie wykonanych usług (załącznik nr 6) oświadczył, że wykonywał odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta i gminy Koluszki pochodzących z nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe w ilości zebranych odpadów komunalnych w okresie 01.12.2018 roku - 31.11.2019 roku, która wynosiła 4 453,64 Mg.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w referencji wydanej z upoważnienia Burmistrza Miasta Koluszki załączonej przez Przystępującego do powyższego wykazu złożono oświadczenie, że w okresie od 01.12.2018 roku do 31.11.2019 roku ZUK HAK odebrał i

zagospodarował 4 453,64 Mg odpadów komunalnych i odpadów o kodzie 200199, w którym znajdują się odpady komunalne zmieszane.

Izba ustaliła również, że pismem z dnia 22 grudnia 2021 r. podpisanym przez tą samą osobę co powyższa referencja udzielono odpowiedzi Odwołującemu na otrzymany w dniu 9 grudnia 2021 r. wniosek nr 1 o udostępnienie informacji publicznej, w którym poinformowano, że Zakład Usług Komunalnych „HAK” S. B., ul. Próchnika 25, 97-300 Piotrków Trybunalski, realizujący dla Gminy Koluszki w ramach zamówień publicznych odbiór odpadów komunalnych, odebrał od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i nieruchomości na których znajdują się domki letniskowe na terenie Gminy Koluszki następujące ilości odpadów zmieszanych o kodzie 200301:

- w miesiącu grudniu 2018 roku 334,010 Mg,

- w okresie od dnia 1 stycznia 2019 roku do 30 listopada 2019 roku 3.827,120 Mg.

Z treści przywołanego wyżej warunku wynika jednoznacznie, że sporna usługa na potwierdzenie zdolności technicznej i zawodowej Przystępującego miała być wykonana na rzecz podmiotu trzeciego w ilości co najmniej 4 400 Mg, podczas gdy zgodnie ze stanem faktycznym opisanym w piśmie z dnia 22 grudnia 2021 r. była ona wykonana na rzecz tego podmiotu w ilości 4 161,13 Mg, czyli poniżej postawionego warunku.

Wymaga przyznania racji Odwołującemu, że zaniechanie przez Zamawiającego wnikliwego badania podmiotowych środków dowodowych złożonych przez Przystępującego (wykazu i referencji) i w jego następstwie ich błędnej oceny, bez przeprowadzenia

odpowiedniego postępowania wyjaśniającego w zakresie enigmatycznego stwierdzenia, że w okresie od 01.12.2018 roku do 31.11.2019 roku ZUK HAK odebrał i zagospodarował 4

453,64 Mg odpadów komunalnych i odpadów o kodzie 200199, w którym znajdują się odpady komunalne zmieszane, doprowadziło Zamawiającego do wadliwego wyboru oferty

Przystępującego jako najkorzystniejszej, zamiast jej odrzucenia z powodu niespełniania spornego warunku udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z tym Izba uznała cyt. wyżej dowód z pisma Miasta i Gminy Koluszki z dnia 22 grudnia 2021 r. jako stanowiący podstawę do rozstrzygnięcia sprawy.

Zdaniem Izby powyższym dowodem usunięto wszelkie wątpliwości co do zakresu wykonanej przez Przystępującego usługi referencyjnej, potwierdzając ilości odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych zmieszanych na poziomie niższym niż określony przez Zamawiającego.

Natomiast, w przekonaniu Izby - cała argumentacja Zamawiającego odnosząca się do możliwości kwalifikowania odpadu z popiołów jako odpadu zmieszanego nie miała żadnego znaczenia dla rozstrzyganej sprawy wobec udowodnienia przez Odwołującego, że Przystępujący przedmiotowego warunku nie spełnił.

W dalszej kolejności Izba uznała, że dla rozstrzygnięcia zarzutów odwołania nie miała również znaczenia okoliczność wykonywania przez Przystępującego referencyjnej usługi na podstawie dwóch umów.

Niezależnie od powyższego - Izba dostrzegła, że w rozdziale VIII pkt 7 ppkt 4 dla 2 części zamówienia SWZ Zamawiający posłużył się wyrazem „umowy” nie zaznaczając przy tym, że ma być to jedna umowa. Okoliczność ta nie powinna powodować konieczności przyjęcia przez Zamawiającego niekorzystnej dla Przystępującego interpretacji.

Jako, że co zostało wyżej wykazane Przystępujący oczekiwanego przez Zamawiającego warunku nie spełnił nie mógł stać się beneficjentem przedmiotowego zamówienia, a jego oferta powinna zostać odrzucona na zasadzie art.226 ust.1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, który stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Ostatecznie, Izba postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Doroty K. uznając, że zebrany w sprawie materiał dowodowy jest wystarczający do wydania wyroku.

Podobnie za nieprzydatny w tej sprawie z powyższych przyczyn Izba uznała dowód Odwołującego w postaci wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych z dnia 19.11.2021 r. dotyczący wykonawcy JUKO Sp. z o.o., a także wykazu wykonanych przez tego wykonawcę usług w zakresie zadania nr 4.

W tym stanie rzeczy, uznając, iż powyższe naruszenia przepisów ustawy miały i mogły mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, Izba na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 wraz ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, postanowiła odwołanie uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i art.576 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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

Przewodniczący:.....