

WYROK

z dnia 10 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 stycznia 2022r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2021 r. przez wykonawcę Partner Sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Olsztyn

przy udziale wykonawcy REMONDIS Warmia-Mazury Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania odciąża Odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołujących tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych jako wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 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:.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Olsztyn prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021r., poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Olsztyn.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 172-449476 w dniu 6 września 2021r.

W dniu 20 grudnia 2021r. wykonawca - Partner sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie dotyczące części 2 i 5 zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie przyznania ofercie Odwołującego punktów w ramach kryterium oceny ofert „Odległość bazy magazynowo transportowej od granicy miasta Olsztyna /B/” (dalej: Kryterium Odległość), pomimo że Odwołujący posiada bazę magazynowo transportową położoną na terenie Olsztyna, która spełnia wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122; dalej: „Rozporządzenie MŚ”), co Odwołujący należycie wykazał w sposób przewidziany w SWZ, a więc w formie oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym,

2. § 2 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenia MŚ poprzez bezzasadne uznanie, że Odwołujący nie posiada tytułu prawnego do terenu, na którym położona jest baza magazynowo transportowa, podczas gdy Odwołujący taki tytuł prawny posiada, a Zamawiający jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie sformułował dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

3. § 2 ust. 2 pkt 4) Rozporządzenia MŚ poprzez bezzasadne uznanie, że teren bazy magazynowo transportowej Odwołującego nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami Prawa wodnego, podczas gdy teren bazy magazynowo transportowej przy ul. Towarowej 20 takie urządzenia / systemy posiada, a Zamawiający jakiegokolwiek wątpliwości w tym zakresie sformułował dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

ewentualnie, zarzucił naruszenie:

4. art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 2) Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym na potrzeby oceny jego oferty w ramach Kryterium Odległości i ujawnienie jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co sprzeciwia się zasadzie przejrzystości prowadzenia Postępowania, bowiem pozbawiło Odwołującego prawa do odniesienia się do wątpliwości wyrażonych przez Zamawiającego w trakcie procesu badania i oceny oferty Odwołującego.

W związku z tak postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem przyznania ofercie Odwołującego

maksymalnej liczby punktów w ramach Kryterium Odległości,

ewentualnie:

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu oraz nakazanie Zamawiającemu przeprowadzenia ponownego procesu badania i oceny ofert złożonych w Postępowaniu, w tym wezwania Odwołującego do wyjaśnień w zakresie oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym na potrzeby oceny jego oferty w ramach Kryterium Odległości.

Uzasadniając zarzuty odwołania, Odwołujący wskazał, że zgodnie z Rozdziałem VIII ust. 2 pkt 3) lit. b) ppkt. a) SWZ, Zamawiający w ramach warunków udziału w postępowaniu wymagał, aby wykonawcy dysponowali jedną bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia MŚ oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 104 poz. 868; dalej: „Rozporządzenie z 16 czerwca 2009r.”). Jednocześnie, zgodnie z Rozdziałem XVIII ust. 6 SWZ Zamawiający przewidział Kryterium Odległości o wadze 20%. Maksymalną liczbę punktów w ramach tego kryterium miały

otrzymać oferty tych wykonawców, którzy zadeklarują, że baza magazynowo-transportowa będzie znajdować się na terenie miasta Olsztyna. Zgodnie z postanowieniami SWZ, ocena spełnienia przez wykonawców warunku udziału, jak również ocena oferty pod względem Kryterium Odległości miała nastąpić na podstawie oświadczeń własnych (deklaracji) wykonawców.

Odwołujący podkreślił, że w złożonym wraz z ofertą formularzu ofertowym zadeklarował, że baza magazynowo-transportowa będzie zlokalizowana na terenie miasta Olsztyna, pod adresem ul. Towarowa 20. Wskazał także, że w dniu 27 października 2021 r. Zamawiający wezwał go do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty, motywując, że „z wiedzy posiadanej przez niego” wynika, że teren przy ul. Towarowej 20 „nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniu MŚ”. W związku z tym,

Zamawiający zwrócił się o potwierdzenie, że teren przy ul. Towarowej 20 spełnia wymogi określone w Rozporządzeniu MŚ. Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 3 listopada 2021 r. udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podkreślając po pierwsze, że Zamawiający nie sprecyzował konkretnych wątpliwości co do terenu przy ul. Towarowej 20 i wzywając do ewentualnego ich wyrażenia, a po drugie potwierdził, że posiada bazę magazynowo-transportową spełniającą wymagania Rozporządzenia MŚ.

Kolejno wskazał, że w dniu 16 listopada 2021 r. Zamawiający poinformował Odwołującego, że jego oferta została najwyżej oceniona w postępowaniu, w związku z czym wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 26 listopada 2021 r. Odwołujący przedłożył żądane przez Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, w tym Wykaz Narzędzi. W Wykazie Narzędzi potwierdził, że baza magazynowo-transportowa położona przy ul. Towarowej 20 w Olsztynie spełnia wymogi Rozporządzenia MŚ. W dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający ponownie wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonego w Wykazie Narzędzi oświadczenia. Zamawiający po raz kolejny przywołał wymagania w stosunku do bazy magazynowo-transportowej sformułowane w Rozporządzeniu MŚ i zwrócił się do Odwołującego o „jednoznaczną odpowiedź” czy teren przy ul. Towarowej 20 spełnia przedmiotowe wymagania. W dniu 6 grudnia 2021 r. Odwołujący udzielił odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, podkreślając, że złożone przez niego w Wykazie Narzędzi oświadczenie jest jasne w swej treści. Jednocześnie Odwołujący ponownie oświadczył, że dysponuje bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi sformułowane w SWZ, tj. że Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Dalej Odwołujący wyjaśnił, że w dniu 10 grudnia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o braku przyznania Odwołującemu punktów w Kryterium Odległości. Swoją decyzję Zamawiający uzasadnił:

- brakiem odpowiedzi na skierowane przez niego w dniu 19 listopada 2021 r. do właściciela nieruchomości przy ul. Towarowej 20 pismo dotyczące tego, czy zawarł on umowę z Odwołującym,

- przeprowadzoną w dniu 16 listopada 2021 r. wizją lokalną przy ul. Towarowej 20 oraz informacją z Wydziału Inwestycji Miejskich Miasta Olsztyna z dnia 17 listopada 2021 r., z których ma wynikać, że kanalizacja deszczowa przy ul. Towarowej 20 nie jest wyposażona w urządzenia podczyszczające.

Uwzględniając tak przedstawiony stan faktyczny, Odwołujący wskazał, że ocena spełnienia przez bazę magazynowo-transportową warunków określonych w Rozporządzeniu MŚ miała nastąpić w oparciu o oświadczenie własne (deklarację) wykonawcy. Zarówno w odniesieniu do warunku udziału, jak i Kryterium Odległości fakt ten wynika bezpośrednio z SWZ obowiązującej w postępowaniu (tj. odpowiednio z Rozdziału VIII ust. 2 pkt 3) lit. b) ppkt. a) SWZ oraz z Rozdziału XVIII ust. 6 SWZ). Odwołujący podkreślił, że aż czterokrotnie złożył oświadczenie, że baza magazynowo-transportowa położona przy ul. Towarowej 20 w Olsztynie spełnia wszystkie warunki określone w Rozporządzeniu MŚ. Kolejno Odwołujący potwierdzał tę okoliczność w dniach 12 października 2021 r. (w formularzu ofertowym), 3 listopada 2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści złożonej oferty), 26 listopada 2021 r. (w Wykazie Narzędzi) oraz 6 grudnia 2021 r. (w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień treści Wykazu Narzędzi). W opinii Odwołującego, powyższe dowodzi, że Zamawiający wykroczył poza swoje uprawnienia opisane w SWZ w postępowaniu, dwukrotnie dążąc do „wyjaśnienia treści” jednoznacznych oświadczeń składanych przez Odwołującego - najpierw w trybie „wyjaśnienia treści oferty”, a później „wyjaśnienia treści podmiotowego środka dowodowego”. Tymczasem, SWZ obowiązująca w postępowaniu nie pozostawia wątpliwości, że jedyną podstawą do oceny oferty w ramach kryteriów oceny ofert (w tym w zakresie Kryterium Odległości) pozostaje oświadczenie własne wykonawcy

składane w formularzu ofertowym. Wprowadzenie przez Zamawiającego na obecnym etapie dodatkowego, wykraczającego poza SWZ wymagania jest niedopuszczalne, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że zostało dokonane wyłącznie w stosunku do oferty Odwołującego

Odwołujący wskazał na chronologię czynności podejmowanych przez Zamawiającego i stwierdził, że pomimo, iż Zamawiający w dniu 26 listopada 2021 r. poinformował go, że jego oferta otrzymała punkty w ramach Kryterium Odległości, to w dniu 10 grudnia 2021 r. poinformował, że jednak jego oferta nie otrzymała punktów w ramach Kryterium Odległości z powodu informacji powziętych przez Zamawiającego w dniach 16, 17 i 19 listopada 2021 r. (a więc przed dniem 26 listopada 2021 r.). Podkreślił, że po otrzymaniu wyjaśnień złożonych przez niego w dniu 3 listopada 2021 r., Zamawiający nie wzywał już go do jakichkolwiek dodatkowych wyjaśnień dotyczących Kryterium Odległości. W szczególności, Zamawiający nie wezwał go do wyjaśnienia okoliczności, o których Zamawiający miał powziąć wiedzę w dniach 16, 17 i 19 listopada 2021 r. Będąc już w posiadaniu tych informacji Zamawiający w dniu 26 listopada 2021 r. poinformował Odwołującego o przyznaniu jego ofercie punktów w Kryterium Odległości. Następnie zaś, w dniu 2 grudnia 2021 r. Zamawiający zwrócił się do Odwołującego o przedłożenie wyjaśnień dotyczących spełniania przez niego warunku udziału (tj. treści Wykazu Narzędzi). Należy przy tym wskazać, że przedmiotowe wezwanie było praktycznie identyczne w stosunku do wezwania z dnia 27 października 2021 r. dotyczącego Kryterium Odległości, na które Odwołujący udzielił już Zamawiającemu satysfakcjonującej odpowiedzi. Ponadto wskazał, że w wezwaniu z dnia 2 grudnia 2021 r. Zamawiający ograniczył się po raz kolejny do ogólnego zacytowania wymagań dla bazy magazynowo-transportowej, które zostały sformułowane w Rozporządzeniu MŚ, natomiast nie wskazał żadnych konkretnych wątpliwości w stosunku do terenu przy ul. Towarowej 20, mimo że od dwóch tygodni pozostawał już przecież w posiadaniu informacji powziętych w dniach 16, 17 i 19 listopada 2021 r. opisanych w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej. Zdaniem Odwołującego powyższe działanie Zamawiającego pozbawiło go prawa do obrony swoich interesów w postępowaniu. Ani razu bowiem Zamawiający nie sformułował w pismach kierowanych do Odwołującego jakichkolwiek konkretnych wątpliwości w stosunku do bazy magazynowo-transportowej przy ul. Transportowej 20. Wątpliwości te - i przesłanki, w oparciu o których miały one powstać - zostały ujawnione Odwołującemu dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 10 grudnia 2021 r. Podkreślił ponadto, że treść udzielonej przez niego odpowiedzi na wezwania Zamawiającego była podyktowana zakresem informacji wymaganych przez samego Zamawiającego z jednej strony w SWZ, a z drugiej - w wezwaniach z 27 października 2021 r. oraz 2 grudnia 2021 r. W konsekwencji, Zamawiający zaniechał sformułowania konkretnych wątpliwości w stosunku do oferty Odwołującego w którymkolwiek kierowanym do niego wezwaniu, wyznaczając niejako zakres odpowiedzi Odwołującego. Gdyby natomiast Zamawiający po skierowaniu pisma do właściciela nieruchomości przy ul. Towarowej 20, przeprowadzeniu wizji lokalnej tego terenu oraz uzyskaniu informacji z Wydziału Inwestycji Miejskich poinformował go o tych czynnościach, a także wnioskach, które z nich wywodzi, to Odwołujący mógłby się do nich odnieść w ramach procesu badania i oceny jego oferty złożonej w postępowaniu (w zakresie, w którym zezwalają na to przepisy Prawa zamówień publicznych).

Odnosząc się kolejno do kwestionowanego przez Zamawiającego tytułu prawnego Odwołującego do terenu przy ul. Towarowej 10 wskazał, że Zamawiający ani razu nie zwrócił się do Odwołującego z bezpośrednim pytaniem dotyczącym podstawy dysponowania terenem przy ul. Towarowej 10 (tj. podmiotu oraz rodzaju umowy, która łączy Odwołującego z jego dysponentem). Tymczasem, Odwołujący dysponuje (i dysponował w momencie złożenia oferty w postępowaniu) terenem przy ul. Towarowej 10 na podstawie umowy zawartej z podmiotem innym niż którykolwiek z dwóch powyżej wymienionych, co wykaże podczas rozprawy.

Odnosząc się do wyposażenia terenu przy ul. Towarowej 10 w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami Prawa wodnego wyjaśnił, że uzyskał wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.; dalej: „u.c.p.g.”). Warunkiem uzyskania wpisu jest złożenie oświadczenia o spełnianiu warunków wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym dotyczących baz magazynowo-transportowych, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy (art. 9c ust. 4 u.c.p.g.). W związku z uzyskaniem takiego statusu, Odwołujący podlega kontroli przez właściwego wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, który jest obowiązany prowadzić kontrolę co najmniej raz na dwa lata (art. 9u ust. 1 i 1a u.c.p.g.). Tym samym, Prezydent Miasta Olsztyna, działając jako organ administracji publicznej, pozostaje nie tylko uprawniony, ale również obowiązany, do weryfikacji wyposażenia bazy Odwołującego w formule przewidzianej przez prawo, z zachowaniem uprawnień kontrolowanego podmiotu wynikających z ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz.

162). W sytuacji, w której kontrola taka nie mogła zostać przeprowadzona, niedopuszczalne jest zastępowanie jej ustaleń powoływaniem się na całkowicie nieformalną wizję lokalną. Odwołujący podkreślił, że działając w przepisany trybie, Prezydent Miasta Olsztyna pozostawałby związany podstawowymi zasadami procedury administracyjnej, w odniesieniu do których orzecznictwo wskazuje przykładowo na niedopuszczalność poprzestania na lakonicznym stwierdzeniu zawartym w protokole kontroli, że "teren bazy nie jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i roztopowych", bez konkretnych ustaleń, materiału zdjęciowego i odniesienia do konkretnych przepisów wodnoprawnych (wyrok WSA w Bydgoszczy z dnia 12 kwietnia 2017 r., II SA/Bd 1516/16). Występując w charakterze Zamawiającego, Prezydent Miasta Olsztyna nie podlega oczywiście wymaganiom k.p.a. Tym niemniej, w przedmiotowym Postępowaniu zdecydował się na poczynienie w trybie zupełnie swobodnym konkretnych ustaleń faktycznych, dla których prawo przewiduje określoną formę, określone wymagania i warunki proceduralne, a wreszcie wskazuje ten sam podmiot jako odpowiedzialny za ich dopełnienie, co w ocenie Odwołującego pozostaje niedopuszczalne.

Odwołujący zaprzeczył ponadto ustaleniom faktycznym poczynionym przez Zamawiającego w efekcie przeprowadzonej „wizji lokalnej”. Przepis, do którego odwołuje się Zamawiający, nakazuje, aby teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz.U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz

z 2013 r. poz. 21) (§ 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia MŚ). Odwołujący stosuje zabezpieczenia oparte na sorbentach polipropylenowych, które pozostają wystarczające do zapewnienia zgodności z wymaganiami wodnoprawnymi, co Odwołujący wykaże podczas rozprawy. Tym samym baza pozostaje wyposażona w urządzenia i systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami Prawa wodnego. W sytuacji, w której Zamawiający uznałby, że rozwiązania te nie spełniają wymogów ustawowych, powinien był co najmniej wskazać, który przepis prawa wodnego - lub aktów wykonawczych - pozostaje w jego ocenie naruszony. Zamawiający tego obowiązku nie dopełnił.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości, wskazując, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału XVIII — Opis kryteriów i sposób dokonywania oceny ofert Zamawiający w ust 1 pkt 4) stwierdził, iż waga w kryterium odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy miasta Olsztyna /B/ będzie wynosiła 20%. W ust 6 Zamawiający jednoznacznie opisał ocenę tego kryterium „Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy miasta Olsztyna” — wskaźnik „B”, ranga (znaczenie): 20 % - kryterium rozpatrywane będzie na podstawie deklaracji Wykonawcy zamieszczonej w pkt. 4.1.4., 4.2.4., 4.3.4., 4.4.4., 4.5.4. lub 4.6.4. (w zależności której części dotyczy) Formularza Ofertowego dotyczącej odległości bazy magazynowo-transportowej od granicy miasta Olsztyna, spełniającej wymogi Rozporządzenia MŚ. Wykonawca w formularzu ofertowym zobowiązany był zaznaczyć właściwą informację w zakresie lokalizacji bazy magazynowo-transportowej. Dla podkreślenia znaczenia tego kryterium Zamawiający wymagał aby „Zaznaczyć w sposób wyraźny właściwą informację oraz wpisać adres bazy magazynowo-transportowej”. Odwołujący zadeklarował w swoim formularzu ofertowym umiejscowienie bazy magazynowo-transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia MŚ na terenie miasta Olsztyna na ul. Towarowa 20.

Zamawiający wyjaśnił, że w dniu 21.10.2021 r. wykonawca Remondis Warmia — Mazury Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie (dalej: „Przystępujący”) poinformował Zamawiającego, że Odwołujący nie dysponuje bazą transportowo-magazynową spełniającą wymogi Rozporządzenia MŚ w podanej w ofercie, a punktowanej lokalizacji tj. Olsztyn ul. Towarowa 20. Z uwagi, iż powyższa informacja miała istotne znaczenie dla oceny ofert w oparciu o kryteria podane w SWZ, Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 1 Pzp w dniu 27 października 2021 r. wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie zgodności z wymogami Rozporządzenia MŚ, wskazanej przez niego lokalizacji bazy materiałowo-transportowej w m. Olsztyn ul. Towarowa 20 wskazując zakres informacji jakie winien on potwierdzić. Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie, Odwołujący pomijając istotne dla Zamawiającego informacje pozwalające na rozwianie wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty odniósł się jedynie do wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej (RDR) prowadzonej przez Prezydenta Miasta Olsztyna.

Zamawiający wskazał następnie, że w dniu 16 listopada 2021 r. w oparciu o art. 126 ust. 1 Pzp wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, który w oświadczeniu „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy” potwierdził m.in. dysponowanie bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia MŚ zlokalizowaną w Olsztynie przy ul. Towarowa 20. W celu potwierdzenia spełnienia warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej,

Odwołujący w wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami ponownie potwierdził, iż baza magazynowo-transportowa jest zlokalizowana przy ulicy Towarowej 20 w Olsztynie i spełnia wymagania wskazane w powyższym rozporządzeniu.

Ponadto, w ocenie Zamawiającego, tak doświadczony wykonawca jak Odwołujący doskonale zna i stosuje przepisy w oparciu o które prowadzi działalność gospodarczą i wie, że Prezydent Olsztyna nie może skontrolować podmiotu przed dokonaniem wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej. W związku z tym organ po wpisaniu podmiotu do RDR w dniu 11 października 2021 r. zawiadomił Odwołującego o planowanej kontroli. W odpowiedzi pismem z dnia 22 października 2021 r. Odwołujący poinformował, że podmiot ten wyczerpał już limit przewidziany na kontrolę w tym roku kalendarzowym oraz, że Gmina Olsztyn jest 11 gminą w kolejce oczekującą na przeprowadzenie kontroli, co oznacza, że przed zawarciem umowy wykonawczej nie ma możliwości jej dokonania. Kolejno Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 2 grudnia 2021 r. w oparciu o art. 128 ust 4 Pzp wezwał Odwołującego do wyjaśnienia treści oświadczenia prosząc aby odpowiedź na poszczególne wątpliwości była 0-1 czyli TAK/NIE. W odpowiedzi Wykonawca nie odniósł się do treści wezwania, pozostając w dotychczasowej narracji treści oświadczeń.

Zamawiający wskazał, że w związku z wątpliwościami, działając na podstawie art. 128 ust. 5 Pzp, zwrócił się pismem z dnia 19 listopada 2021 r. do właściciela nieruchomości WM Nieruchomości Spółka Cywilna Izidor Zapadka, Cezary Losko, ul. Towarowa 20, 10-416 Olsztyn (w zawiadomieniu Wykonawcy REMONDIS widnieje nazwa Spółka Olsztyn, Inwestycje Sp. z o.o. której współnikiem jest p. Cezary Losko dlatego zamiennie używano tej nazwy) o potwierdzenie m.in. czy zawarł on umowę najmu, służebności lub użytkowania z Odwołującym na plac pod bazę magazynowo-transportową przy ul. Towarowej 20. Na powyższe pismo nie otrzymał odpowiedzi.

Dalej Zamawiający wyjaśnił, że realizując ustawowy obowiązek, pomimo braku dobrej woli Odwołującego, przeprowadził szereg czynności zmierzających do wyboru najkorzystniejszej oferty z zachowaniem zasady zapewniającej zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania, w sposób przejrzysty i proporcjonalny. Podkreślił, że przeprowadzona przez Wydział Środowiska UM Olsztyna w dniu 16 listopada 2021 r. wizja lokalna we wskazanej przez Odwołującego lokalizacji bazy tj. Olsztyn ul. Towarowa 20, nie potwierdziła między innymi wyposażenia tej bazy w urządzenia i systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych. Informacja z Wydziału Inwestycji Miejskich tut. Urzędu potwierdziła, że istniejąca kanalizacja deszczowa we wskazanej przez Wykonawcę lokalizacji nie jest wyposażona w urządzenia podczyszczające oraz, że do dnia 17 listopada 2021r. (a zatem na 1,5 m-ca przed rozpoczęciem realizacji usługi) nie wpłynął wniosek o uzgodnienie warunków technicznych, niezbędny do podłączenia takiego urządzenia do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej. W wyniku kolejnego wezwania o wyjaśnienie z art. 128 ust. 4 Pzp z dnia 2 grudnia 2021 r. otrzymana od Odwołującego odpowiedź nie potwierdziła w żaden sposób, że wskazana w formularzu ofertowym lokalizacja bazy spełnia wymogi Rozporządzenia MŚ, za które zgodnie z zapisami SWZ w kryterium oceny ofert Odwołujący mógł otrzymać dodatkowe punkty. W związku z powyższym Zamawiający dokonał ponownej oceny ofert nie przyznając Odwołującemu punktów w zakresie Kryterium Odległości.

Podsumowując, Zamawiający wskazał, że pomimo złej woli Odwołującego dokonał wszelkiej staranności w celu wyjaśnienia treści oferty poprzez między innymi :

- wezwanie do wyjaśnienia treści oferty,
- przeprowadzenie wizji lokalnej,
- próbę przeprowadzenia kontroli,
- uzyskania informacji z Wydziału Inwestycji Miejskich,
- notatka służbowa Wydziału Środowiska.

Podkreślił, że Odwołujący powinien współpracować z Zamawiającym aby móc wyjaśnić treść oferty, co znalazło m.in. potwierdzenie w wyroku z dnia 28 lipca 2021 r. o

sygn. akt KIO 1928/21.

Zamawiający odnosząc się do wywodów Odwołującego w zakresie „wyposażenia terenu przy ul. Towarowej 10 w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z

wymaganiami Prawa Wodnego stwierdził, że twierdzenia Odwołującego o zastosowaniu sorbentu potwierdzają, że lokalizacja przy ul. Towarowej 20 nie jest wyposażona w urządzenia lub systemy (należy zapewnić aby: teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy) zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21), co w pełni potwierdza właściwą decyzję Zamawiającego o nieprzyznaniu punktów za posiadanie bazy magazynowo-transportowej we wskazanej lokalizacji. Sorbenty są to bowiem materiały porowate, które wykorzystywane są do zbierania, zatrzymywania, pochłaniania przede wszystkim różnego rodzaju cieczy takich jak oleje, substancje ropopochodne, kwasy, zasady, woda, oraz inne płynne substancje. Urządzeniem jest natomiast - według Słownika Języka Polskiego (red. B. Dunaja) - rodzaj mechanizmu bądź zespołu mechanizmów, niekiedy bardzo skomplikowanych technicznie, służących do wykonywania określonych czynności, pełniących jakąś funkcję; przyrządu.

System to - według Słownik Języka Polskiego - Wydawnictwo Naukowe PWN - zespół wielu urządzeń, dróg, przewodów itp., funkcjonujących jako całość.

Analiza powyższych pojęć nie pozwala na przyjęcie, że sorbent (niezależnie pod jaką postacią występuje) jest urządzeniem lub systemem w związku z tym nie spełnia wymogów ustawy Prawo wodne i Rozporządzenia MŚ.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 4 stycznia 2022r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę REMONDIS Warmia-Mazury Sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie ustalając, że przystąpienie wpłynęło w terminie określonym w art. 525 ust. 1 Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z treści SWZ, a także z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy odwoławczej.

Na podstawie ww. dokumentów Izba ustaliła, że stan faktyczny spraw nie jest sporny i został przedstawiony przez strony adekwatnie do treści przywołanych powyżej dokumentów.

Izba ustaliła:

W piśmie z dnia 10 grudnia 2021r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez Przystępującego oraz o przyczynach braku przyznania Odwołującemu punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert tj. w Kryterium Odległości. Zamawiający wskazał: „w dniu 21.10.2021 r. Wykonawca Remondis Warmia - Mazury Sp. z o.o. poinformował Zamawiającego, że Wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp. K., nie dysponuje bazą transportowo - magazynową spełniającą wymogi Rozporządzenia

Ministra Środowiska z dnia 11.01.2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie

odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w podanej w ofercie i punktowanej lokalizacji tj. Olsztyn ul. Towarowa 20.

Z uwagi, iż informacja ta miała istotne znaczenie dla oceny ofert w oparciu o kryteria podane w SWZ, Zamawiający w oparciu o art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w dniu 27.10.2021 r. wezwał Wykonawcę Partner Sp. z o.o. Sp. K., ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa do wyjaśnienia treści złożonej oferty, w zakresie zgodności z wymogami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 104 poz. 868)", wskazanej przez Wykonawcę lokalizacji bazy materiałowo-transportowej w m. Olsztyn ul. Towarowa 20.

W odpowiedzi na wezwanie, Wykonawca ten pomijając istotne dla Zamawiającego informacje pozwalające wyjaśnić wątpliwości w zakresie treści złożonej oferty odniósł się jedynie do wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej (RDR) prowadzonej przez Prezydenta Miasta Olsztyna. W opinii Wykonawcy „Jednym z wymogów uzyskania tego wpisu, było posiadanie bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymagania wynikające z ww. aktu delegowanego. W konsekwencji posiadanie przez Wykonawcę wpisu do Rejestru, ustanawia domniemanie spełniania wymogów o których mowa powyżej". Potwierdził on, aktualność wszystkich informacji zawartych w ofercie.

W ocenie Zamawiającego, tak doświadczony Wykonawca jak Partner Sp. z o.o. Sp. K. doskonale zna i stosuje przepisy w oparciu o które prowadzi działalność gospodarczą i wie, że Prezydent Olsztyna nie może skontrolować podmiotu przed dokonaniem wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej.

Na etapie składania wniosku o wpis do RDR dokonujący wpisu organ nawet nie wie, pod jakim adresem podmiot planuje zlokalizować swoją bazę magazynowo-transportową, ponieważ podanie takiej informacji wniosek nie przewiduje. Dokonanie wpisu to czynność techniczna, na którą organ ma 7 dni. Jeśli nie dokona wpisu w ciągu 14 dni od wpływu wniosku - przedsiębiorca może rozpocząć działalność po tym czasie (art. 9c ust. 1 i 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Prezydent Olsztyna ma za zadanie kontrolować podmioty wpisane do RDR (art. 9u ust. 1a). Organ po wpisaniu podmiotu do RDR wysłał zawiadomienie o planowanej kontroli. W odpowiedzi otrzymał pismo z 22 października 2021r., w którym poinformowano, że podmiot ten wyczerpał już limit przewidziany na kontrolę w tym roku kalendarzowym oraz, że Gmina Olsztyn jest 11 gminą w kolejce oczekującą na przeprowadzenie kontroli, co oznacza, że przed zawarciem umowy wykonawczej nie ma możliwości jej dokonania. Jednocześnie podmiot ten (Wykonawca) uznał zawiadomienie o kontroli jako przejaw stronniczości Zamawiającego.

W związku z chęcią rozwiania wątpliwościami, Zamawiający zwrócił się pismem z dnia 19.11.2021 do właściciela nieruchomości WM Nieruchomości Spółka Cywilna Łydzor Zapadka, Cezary Łosko, ul. Towarowa 20, 10-416 Olsztyn, o potwierdzenie m.in. czy zawarł on umowę najmu, służebności lub użytkowania ze Spółką PARTNER ul. Płytowa 1, 03-046 Warszawa na plac pod bazę magazynowo - transportową przy ul. Towarowej 20, 10-416 Olsztyn? Niestety Zamawiający nie otrzymał odpowiedzi.

Przeprowadzona przez Wydział Środowiska UM Olsztyna w dniu 16.11.2021 r. wizja lokalna we wskazanej przez Wykonawcę lokalizacji bazy tj. Olsztyn ul. Towarowa 20, nie potwierdziła między innymi wyposażenia tej bazy w urządzenia i systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych.

Informacja z Wydziału Inwestycji Miejskich tut. Urzędu potwierdziła, że istniejąca kanalizacja deszczowa we wskazanej powyżej lokalizacji nie jest wyposażona w urządzenia podczyszczające oraz, że do dnia 17 listopada 2021r. (a zatem na 1,5 m-ca przed rozpoczęciem realizacji usługi) nie wpłynął wniosek o uzgodnienie warunków technicznych, niezbędny do podłączenia takiego urządzenia do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej.

W wyniku kolejnego wezwania o wyjaśnienie z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp z dnia 02.12.2021 r. otrzymana od Wykonawcy odpowiedź nie potwierdziła w żaden sposób, że wskazana w formularzu ofertowym lokalizacja bazy spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 104 poz. 868), za które zgodnie z zapisami SWZ w kryterium oceny ofert Wykonawca mógł otrzymać dodatkowe punkty.

W związku z powyższym Zamawiający nie przyznał punktów w zakresie kryterium

„Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy miasta Olsztyna”.

Wykonawca Partner Sp. z o.o. Sp. K. ul. Płykowa 1, 03-046 Warszawa jako profesjonalny podmiot działający na tym rynku powinien wyjaśniać konkretnie i precyzyjnie wszelki wątpliwości, o wyjaśnienie których zwrócił się do niego Zamawiający.

Z uwagi, iż postępowanie prowadzone jest w oparciu o art. 139 ust. 1 ustawy Pzp. (tzw. procedura odwrócona) a oferta wykonawcy Partner Sp. z o.o. Sp. K. ul. Płykowa 1, 03-046 Warszawa, po ponownym przeliczeniu punktów nie została oceniona najwyżej, Zamawiający odstąpił od dalszego jej badania oraz oceny podmiotowych środków dowodowych.”

Kolejno Izba ustaliła, że w wezwaniu z dnia 27 października 2021r. Zamawiający działając na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp zażądał od Odwołującego wyjaśnień treści oferty wskazując: „Zgodnie z zapisami Rozdziału VIII ust. 2 pkt. 3) ppkt. b) lit. a. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych

od właścicieli nieruchomości w ilości co najmniej: „jednej bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 104 poz. 868)”.

W formularzu oferty, Państwo zadeklarowaliście, że baza magazynowo - transportowa będzie na terenie Olsztyna pod adresem: ul. Towarowa 20, 10-416 Olsztyn.

Z wiedzy posiadanej przez Zamawiającego wynika, że umowa najmu zawarta z Wynajmującym - Spółka Olsztyn Inwestycje Sp. z o.o. nie dotyczy bazy magazynowo - transportowej i teren ten nie spełnia wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Proszę zatem o potwierdzenie, że teren wskazany przez Państwa zapewnia i w jaki sposób m.in.:

1) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;

2) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;

3) teren bazy magazynowo - transportowej wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia

18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);

4) baza magazynowo - transportowa wyposażona nie tylko w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, ale także, m.in., w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów;

5) natomiast w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić m.in., aby na terenie bazy magazynowo - transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.”.

Odpowiadając na powyższe wezwanie, Odwołujący w piśmie z dnia 3 listopada 2021r. wskazał: „że z jednej strony odnoszą się Państwo do warunku udziału w postępowaniu, tj. okoliczności podmiotowej weryfikowanej po dokonaniu oceny i badania ofert - względem wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, a z drugiej odnoszą się Państwo do złożonej przez Nas oferty (jej treści). Powyższe generuje po stronie Wykonawcy, uzasadnione trudności w identyfikacji zastosowanej przez Państwa procedury oraz jej zgodności z przepisami Pzp. W konsekwencji, uznajemy - w oparciu o wskazaną podstawę prawną - że Państwa wniosek o wyjaśnienia dotyczy treści oferty, a nie warunku udziału w postępowaniu weryfikowanego na podstawie podmiotowych środków dowodowych, o złożenie których Państwo nie wzywaliście jeszcze Wykonawcy.

Po wtóre wskazujemy, że nie skonkretyzowali Państwo wątpliwości, do których Wykonawca mógłby się odnieść, składając wyjaśnienia. Wobec ogólnikowego wniosku, Wykonawca działając z należytą starannością, wskazuje, że posiada bazę magazynowo-transportową spełnia wymagania wynikające z przywołanego w Państwa piśmie Rozporządzenia. Powyższe potwierdza posiadanie przez Wykonawcę wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Prezydenta Miasta Olsztyna. Jednym z wymogów uzyskania tego wpisu, jest posiadanie bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymagania wynikające z ww. aktu delegowanego.

W konsekwencji posiadanie przez Wykonawcę wpisu do Rejestru, ustanawia domniemanie spełniania wymogów o których mowa powyżej.

Wobec tego, że aspekt spełniania przez bazę magazynowo - transportową winien być weryfikowany w ramach oceny podmiotowej Wykonawcy, kierujemy wniosek o zbadanie powyższego (o ile Zamawiający będzie miał ku temu podstawy prawne i faktyczne) we właściwej dla Pzp procedurze (w ramach weryfikacji podmiotowej Wykonawcy). Jednocześnie wobec nieskonkretyzowania wątpliwości jakie Państwo powzięli, poprzez wskazanie, których wymogów w przekonaniu Zamawiającego, baza magazynowo-transportowa będąca w dyspozycji Wykonawcy, nie spełnia, kierujemy wniosek aby ewentualne dalsze wnioski o wyjaśnienia były bardziej skonkretyzowane i wskazywały, których wymogów w ocenie Zamawiającego, baza nie spełnia. Powyższe jest warunkiem koniecznym szczegółowego ustosunkowania się Wykonawcy do Państwa wątpliwości i dochowania w tym zakresie pełnej przejrzystości."

W dniu 2 grudnia 2021r. Zamawiający ponownie, działając na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp zwrócił się do Odwołującego o udzielenie wyjaśnień, wskazując: „Zgodnie z zapisami Rozdziału VIII ust. 2 pkt. 3) ppkt. b) lit. a. Wykonawca musi wykazać, że dysponuje wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w ilości co najmniej: „jednej bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 104 poz. 868)”.

W Wykazie Narzędzi, Wyposażenia Zakładu, urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy (załącznik nr 5), zostało złożone przez Państwa oświadczenie, o treści: „Oświadczam, że dysponuję jedną bazą magazynowo - transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (d. U. nr 104 poz. 868) zlokalizowaną: ul. Towarowa 20, 10-416 Olsztyn będzie na terenie Olsztyna pod adresem: ul. Towarowa 20, 10-416 Olsztyn (dysponowanie samodzielne).”

Proszę zatem o jednoznaczną odpowiedź na wszystkie poniżej postawione pytania (tak/nie):

1) czy teren bazy magazynowo-transportowej jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;

2) czy miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów są zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;

3) czy teren bazy magazynowo-transportowej jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia

18 lipca 2001r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);
5) czy baza magazynowo-transportowa jest wyposażona w:

a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,

b) pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych

osób.”

Odpowiadając w dniu 6 grudnia 2021r. Odwołujący stwierdził, że: „skierowanie do Wykonawcy wniosku o wyjaśnienia w ww. trybie budzi zdziwienie co najmniej z tego powodu, że Wykonawca w dniu 26.11.2021 r. przestał Załącznik nr 5 razem innymi dokumentami podmiotowymi na wezwanie, zgodnie z przekazaniem przez Zamawiającego wzorem dokumentów. Oświadczenie zostało sporządzone wiernie w oparciu o przesłany przez

Państwa wzór, zatem nie dostrzegamy powodów dla których jego treść może budzić wątpliwości. Oświadczenie jest jasne w swej treści.

Wykonawca oświadczył, że dysponuje bazą magazynowo — transportową zgodnie z warunkami ustanowionymi w SWZ. W ocenie Wykonawcy skierowany przez Zamawiającego wniosek nie służy w istocie wyjaśnieniu złożonego oświadczenia w treści jaka została ustalona przez Zamawiającego - z założenia tożsama dla każdego wykonawcy - lecz do pozyskania dodatkowych informacji - wyłącznie od Partner Sp. z o.o. Sp. K., co wykazuje przejawy nierównego traktowania wykonawców w Postępowaniu.

Wykonawca oświadcza, iż spełnia ustanowione w Postępowaniu warunki oraz posiada ważny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Prezydenta Miasta Olsztyna, którego obliguje do posiadania odpowiedniej bazy magazynowo-transportowej.”

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 239 ust. 1 Pzp Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Z powyższego przepisu wynika, że Zamawiający spośród ofert złożonych w postępowaniu, musi wybrać ofertę najkorzystniejszą, aby móc zrealizować cel postępowania, tj. udzielić zamówienia. Wyboru tego dokonuje się w oparciu o kryteria oceny ofert, stosując wybrane przez Zamawiającego sposoby oceny ofert w oparciu o te kryteria, a następnie, adekwatnie do wagi przypisanej przez Zamawiającego poszczególnym kryteriom, ustala się, która z ofert przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu do kryteriów jakościowych. Podkreślić także należy, że Zamawiający w celu respektowania podstawowych zasad zamówień publicznych, w tym zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz przejrzystości musi mieć całkowitą pewność, co do możliwości i zasadności przyznania wykonawcom konkretnej liczby punktów w ustanowionych przez siebie w SWZ kryteriach oceny ofert. Powyższe wiąże się natomiast z możliwością weryfikowania przez Zamawiającego informacji podanych przez wykonawców w toku postępowania przetargowego

pod kątem ich prawdziwości i zgodności ze stanem faktycznym. Powyższego w żaden sposób nie ogranicza to, że wykonawcy mieli złożyć oświadczenie o spełnieniu dodatkowych, punktowanych wymagań.

Izba analizując stan faktyczny niniejszej sprawy, stwierdziła, że Zamawiający uzyskując wiedzę co do ewentualnego niespełnienia wymagań wynikających z SWZ przez wskazaną przez Odwołującego w formularzu oferty bazę magazynowo-transportową zlokalizowaną przy ul. Towarowej 20 Olsztynie, w tym przede wszystkim wymogów wynikających z rozporządzenia MŚ, zasadnie wystąpił do Odwołującego o wyjaśnienie zaistniałych okoliczności. Jak już bowiem wyżej wskazano, w celu poszanowania zasad postępowania, Zamawiający musi mieć pewność, co do możliwości przyznania wykonawcy danej ilości punktów.

W ocenie Izby Zamawiający w sposób uprawniony nie przyznał Odwołującemu punktów w kryterium B oceny ofert. Podkreślić bowiem należy, że już w pierwszym wezwaniu Zamawiający wprost zażądał od Odwołującego potwierdzenia, że zaproponowana przez niego baza magazynowo-transportowa zapewnia, a jednocześnie żądał wskazania w jaki sposób:

- 1) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
- 2) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
- 3) teren bazy magazynowo - transportowej wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia

18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);

- 4) baza magazynowo - transportowa wyposażona nie tylko w miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, ale także, m.in., w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje

magazynowanie odpadów;

5) natomiast w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego należy zapewnić m.in., aby na terenie bazy magazynowo - transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania”.

Obowiązkiem więc Odwołującego było szczegółowe odniesienie się do wszystkich wskazanych wyżej kwestii, w tym wyjaśnienia w jaki sposób wykonawca ten zapewnia zabezpieczenie zebranych odpadów komunalnych przed ich emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczenie przed działaniem czynników atmosferycznych. Odwołujący winien ponadto w sposób wyraźny odpowiedzieć czy teren bazy magazynowo - transportowej wyposażony jest w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych. Tymczasem Odwołujący odpowiadając na powyższe wezwanie wdał się w polemikę z treścią wezwania, nie odnosząc się w żadnym zakresie do wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości. Nie wyjaśnił, czy a jeśli tak, to w jaki sposób wskazana przez niego baza zapewnia spełnienie wskazanych w wezwaniu wymogów. W ocenie Izby treść wezwania Zamawiającego, w sposób konkretny wskazywała na posiadane przez Zamawiającego wątpliwości, w tym np. wątpliwości wskazanych w punkcie 3 wezwania, czy teren bazy wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy Prawo wodne.

Jeżeli natomiast dla Odwołującego wezwanie było niejasne, bądź nieuprawione, czy nieprecyzyjne mógł on skorzystać z przysługujących wykonawcom środków ochrony prawnej i zaskarżyć powyższą czynność Zamawiającego wnosząc odwołanie do KIO. Brak skorzystania z powyższych środków prawnych skutkowało natomiast koniecznością ustosunkowania się do wskazanych przez Zamawiającego wątpliwości i kwestii.

Ponadto, Izba stwierdziła, że samo oświadczenie Odwołującego zawarte w piśmie z dnia 27 października 2021r., że baza magazynowo-transportowa położona przy ul. Towarowej 20 w Olsztynie spełnia wszystkie warunki określone przepisami Rozporządzenia MŚ nie może stanowić wiarygodnego potwierdzenia, że baza ta rzeczywiście zapewniała spełnienie wymogów określonych w Rozporządzeniu MŚ. W konsekwencji braku udzielenia przez Odwołującego jasnej i precyzyjnej informacji w zakresie oczekiwanym przez Zamawiającego, Izba za prawidłowe uznała czynności Zamawiającego podjęte w celu ustalenia, czy złożone przez Odwołującego oświadczenia odnoszące się do bazy magazynowo-transportowej są prawdziwe. Jak natomiast wynika z poczynionych przez Zamawiającego ustaleń, oświadczenie odwołującego nie polegało na prawdzie. Jak bowiem wykazał Zamawiający przedkładając dowody w postaci protokołu z przeprowadzonej przez Urząd Miasta Olsztyn wizji lokalnej, wraz z dokumentacją zdjęciową, teren przy ul. Towarowej 20 nie jest wyposażony w żadne urządzenia czy systemy podczyszczające. Ponadto, jak wynika z wyjaśnień Zamawiającego z informacji uzyskanych z Wydziału Inwestycji Miejskich wynika, że istniejąca kanalizacja deszczowa w lokalizacji przy ul. Towarowej 20 nie jest wyposażona w urządzenia podczyszczające, a Odwołujący do dnia 17 listopada 2021r. (a zatem na 1,5 m-ca przed rozpoczęciem realizacji usługi) złożył wniosku o uzgodnienie warunków technicznych, niezbędnych do podłączenia takiego urządzenia do istniejącej sieci kanalizacji deszczowej.

Podkreślić należy, że Zamawiający w sposób wiarygodny wykazał, że uzyskanie wpisu do RDR w żaden sposób nie może potwierdzać, że baza spełnia wszystkie wymogi żądane i określone przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, w tym ich zgodność z rozporządzeniem. Wskazał, że na etapie składania wniosku o wpis do RDR dokonujący wpisu organ nawet nie wie, pod jakim adresem podmiot planuje zlokalizować swoją bazę magazynowo-transportową, ponieważ podanie takiej informacji wniosek nie przewiduje. Dokonanie wpisu to czynność techniczna.

W konsekwencji Izba stwierdziła, że Odwołujący nie zdołał wykazać, że dokonane przez Zamawiającego ustalenia co do bazy magazynowo - transportowej są nieprawidłowe, co wiązałoby się z niezasadnym nieprzyznaniem mu punktów w Kryterium Odległości.

Izba przeprowadziła ponadto dowód z dokumentu stanowiącego umowę najmu z dnia 15 września 2021r. złożonego przez Odwołującego na rozprawie. Jednak w ocenie Izby dowód ten oprócz potwierdzenia, że Odwołujący posiada prawo do dysponowania określoną powierzchnią przy ul. Towarowej 20, potwierdza także fakt, że na terenie tym nie są zainstalowane żadne urządzenia, czy systemu podczyszczające. Jak wynika z § 2 ust. 1 ww. umowy: „Wynajmujący wynajmuje Najemcy plac parkingowy o łącznej powierzchni 1000 metrów kwadratowych, z zapewnieniem odprowadzenia wody opadowej do kanalizacji, oraz pomieszczenie biurowo-socjalne, do wyłącznego użytku Najemcy...”. Powyższe

postanowienie potwierdza, że na terenie wskazanym jako baza magazynowo-transportowa nie zainstalowano żadnych urządzeń czy systemów podczyszczających.

Izba oddaliła dowody z dokumentacji zdjęciowej złożonej przez Odwołującego, uznając po pierwsze, że z tych zdjęć nie wynika kiedy i na jakim terenie zostały zrobione. Ponadto, Izba uwzględniając twierdzenia Odwołującego dotyczące roku budowy kanalizacji deszczowej na ul. Towarowej 20, tj. lata 70-te XX w. i zestawiając je z polską normą PN-EN 124 widoczną na studzienkach kanalizacyjnych, która to norma - jak wskazał Przystępujący - pochodzi z 2016r. uznała, że również ta okoliczność podważa wiarygodność twierdzeń Odwołującego, że zdjęcia obrazują studzienki kanalizacyjne znajdujące się na terenie bazy. Powyższe ustalenia i ocenę dowodu, w ocenie Izby potwierdzają również zdjęcia załączone przez Zamawiającego do protokołu z wizji lokalnej przeprowadzonej na terenie bazy przy ul. Towarowej 20 w Olsztynie.

Izba oddaliła również złożony przez Odwołującego dowód z opinii prywatnych sporządzonych przez prof. Dr hab. Marka Górskiego oraz prof. Zbigniewa Bukowskiego stwierdzając, że opinii prywatną uznać należy jedynie dowód tego, że osoba lub osoby, które ją podpisały wyraziły zawarty w niej pogląd, nie korzystają one natomiast z domniemania zgodności z prawdą zawartych w niej twierdzeń (por. wyrok KIO z dnia 22.05.2020 r., sygn. akt KIO 342/20)

W konsekwencji Izba stwierdziła, że w okolicznościach niniejszej sprawy zgromadzone przez Zamawiającego informacje wskazują na to, że baza magazynowo-transportowa, którą zadeklarował Odwołujący, nie spełnia wymogów przewidzianych przepisami prawa. Skoro bowiem Zamawiający wymagał od wykonawców dysponowania jedną bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia MŚ oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r., a Odwołujący pomimo dwukrotnego wezwania Zamawiającego nie zdołał wykazać, że deklarowana baza wymogi spełnia, to oferta Odwołującego nie mogła uzyskać dodatkowych punktów w ramach Kryterium Odległości.

Z uwagi na fakt, że Izba ocenia poprawność czynności Zamawiającego w postępowaniu, co wynika to z art. 516 ust. 1 pkt 7 Pzp, który odnosi się do „czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy”, Izba za spóźnione uznała powoływanie się przez Odwołującego w odwołaniu na zastosowanie sorbentów polipropylenowych, w celu potwierdzenia, że teren położony przy ulicy Towarowej 20 jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie z wymaganiami określonymi w Prawie wodnym. Izba stwierdziła, że powyższe winno zostać wskazane Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwania, co pozwoliłoby Zamawiającemu ocenić, czy baza spełnia postawione przez Zamawiającego wymogi. Natomiast skoro Odwołujący powyższej okoliczności Zamawiającemu nie ujawnił, to w ocenie Izby na podstawie udzielonych przez Odwołującego wyjaśnień, Zamawiający nie mógł dokonać pozytywnej oceny oświadczenia i przyznać Odwołującemu punktów w Kryterium Odległości.

W związku z powyższym Izba za niezasadny uznała zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 239 ust. 1 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 oraz § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia MŚ.

Izba za niezasadny uznała także zarzut dotyczący naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym na potrzeby oceny jego oferty w ramach Kryterium Odległości i ujawnienie jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie dopiero w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Izba stwierdziła, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, Zamawiający dwukrotnie wzywał Odwołującego do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 Pzp, oraz w trybie art. 128 ust. 1 Pzp. W treści wezwania zażądał m.in. wyjaśnienia, czy teren położony przy ulicy Towarowej 20 jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy, zgodnie z wymaganiami określonymi w Prawie wodnym. Odwołujący rezygnując ze wskazania m.in. czy i w jaki sposób zapewnia realizację powyższego wymogu wynikających w ww. Rozporządzeń niejako zgodził się z ewentualną, negatywną oceną oferty w Kryterium Odległości i brakiem przyznania mu punktów.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....