

KIO 3721/21

Sygn. akt: KIO 3721/21

WYROK

z dnia 18 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 grudnia 2021 r. przez w. przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Waśniów, ul. Rynek 24, 27-425 Waśniów

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.1. zasądza od Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie na rzecz Gmina Waśniów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Sygn. akt: KIO 3721/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Waśniów prowadzi w trybie podstawowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Waśniów na 2022 r. ", numer referencyjny: T.2710.24.2021, dalej: „Postępowanie”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 26 listopada 2021 r. BZP nr 2021 /BZP 00286879.

Odwołujący: Remondis sp. z o.o. w Warszawie wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań Zamawiającego w postępowaniu.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że w toku Postępowania naruszył przepisy:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2b PZP w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Fart-Bis”), pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej sformułowanego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2 c SWZ, gdyż przekazana Zamawiającemu promesa została wystawiona przez podmiot, który nie został wymieniony na liście instalacji zawartej w pkt V formularza ofertowego złożonego przez Fart-Bis, a tym samym Fart-Bis nie zamierza przekazać odpadów do zagospodarowania i poddania procesowi sortowania podmiotowi, którego promesę przedstawił;

ewentualnie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Fart-Bis, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie w jakim Fart-Bis w pkt V formularza ofertowego stanowiącego oświadczenie dotyczące instalacji do których będą przekazane i przetwarzane odebrane odpady przewidział zagospodarowanie odpadów w instalacjach innych niż ta, w stosunku do której przedstawił promesę;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Fart-Bis, pomimo że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim Fart-Bis w pkt V formularza ofertowego stanowiącego oświadczenie dotyczące instalacji do których będą przekazane i przetwarzane odebrane odpady:

a) podał instalację (instalacja Fart-Bis), która nie posiada statusu instalacji w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, a zatem zadeklarował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia;

b) nie podał pełnych nazw i adresów instalacji, w przypadku znacznej większości frakcji odpadów podał jedynie nazwy podmiotów prowadzących instalacje, a nie konkretne instalacje do których będą trafiały odpady danej frakcji, co uniemożliwia ustalenie do której konkretnie instalacji trafiają odpady odbierane z terenu Gminy Waśniów;

c) dla odpadów frakcji papier i tektura podał dwa podmioty, z których jeden (instalacja własna Fart-Bis) nie ma statusu instalacji, a drugi (BIO MED sp. z o.o.) ma zezwolenie na przetwarzanie odpadów wyłącznie o kodzie 15 01 01 - opakowania z papieru i tektury (nie ma zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 01 01 papier i tektura), a zatem należy uznać, że Fart-Bis nie wskazał instalacji, do której będą przekazywane i w której będą przetwarzane odpady frakcji papier i tektura;

3. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp przez nieuprawnione przyznanie Fart-Bis 12 punktów w kryterium oceny ofert Mycie pojemników, podczas gdy wykonawca ten nie wykazał dysponowania pojazdem posiadającym myjkę spełniającą wymagania OPZ co powoduje, że powinien otrzymać 0 pkt w tym kryterium, a w konsekwencji nieuprawnione uznanie, że oferta złożona przez Fart-Bis jest ofertą najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia; ewentualnie w przypadku nieuwzględnienia przez Izbę powyższych zarzutów:

4. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Fart-Bis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem (warunek określony przez zamawiającego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZ).

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

2. powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem postawionych zarzutów, tj. odrzucenia oferty Fart-Bis, ewentualnie, w przypadku nieuwzględnienia zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, tj. - wezwania Fart-Bis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem (warunek określony w rozdziale VI pkt 2 ppkt 4 lit. a) SWZ);

- przyznania Fart-Bis „0” punktów (zamiast 12 punktów) w kryterium Mycie pojemników, a w konsekwencji uznanie, że ilość punktów uzyskanych łącznie przez Fart-Bis to 88 punktów;

3. ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Oferta odwołującego uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu ofert. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego oferta złożona przez FART-BIS zostałaby odrzucona, a w konsekwencji to oferta Odwołującego zostałaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Zarzut dot. zaniechania odrzucenia oferty Fart-Bis - niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

1. W pkt V formularza oferty, wykonawcy zobowiązani byli złożyć oświadczenie dotyczące instalacji, do których będą przekazywane i w których będą przetwarzane odpady odebrane z terenu Gminy Waśniów. Informacje podane w tym punkcie formularza oferty zostaną następnie umieszczone w § 5 ust. 9 będą stanowiły istotne umowy (instalacje zadeklarowane przez Fart-Bis w formularzu ofertowym po podpisaniu umowy staną się jej treścią).

2. Zgodnie z rozdziałem XX pkt 3 a) i b) SWZ, Wykonawca, będzie zobowiązany przed podpisaniem umowy do przedłożenia:

„a) Umowy zawartej z instalacją komunalną w zakresie przyjęcia przez instalację co najmniej niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz odpadów ulegających biodegradacji - umowa musi być zawarta z instalacją spełniającą wymogi dotyczące zasady bliskości o której mowa w art. 20 ustawy o odpadach,

b) Umowy z pozostałymi instalacjami wskazanymi przez Wykonawcę w ofercie, do których Wykonawca przekazywał będzie pozostałe odpady objęte przedmiotem zamówienia, w tym odpady selektywnie zbierane, ”

3. W świetle przytoczonych postanowień nie pozostawia wątpliwości, że oświadczenie w zakresie instalacji do których będą przekazywane i przetwarzane odpady z terenu Gminy stanowi treść oferty oraz istotną deklarację co do sposobu realizacji zamówienia w zakresie miejsca przekazywania odpadów. Oświadczenie dotyczące listy instalacji jest ściśle powiązane z warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonej działalności sformułowanym przez Zamawiającego w rozdziale VI SWZ.

4. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia może się ubiegać Wykonawca, który spełnia warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów w tym posiada ważne:

„zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia 0 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, lub umowę/y z podmiotem/ami posiadającym/i ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenia zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów w zakresie obejmującym, co najmniej odpady do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39,

lub

promesę od podmiotu/ów posiadającego/ych ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym, co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, gwarantującą zawarcie przez podmiot/y wystawiający/e promesę umowy z Wykonawcą na przyjęcie do zagospodarowania i poddania procesowi ręcznego lub mechanicznego sortowania odpadów komunalnych o kodach jw. z terenu Gminy Waśniów, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. ”

5. W złożonym Formularzu ofertowym,- Fart-Bis w pkt V wymienił instalacje do których będą trafiały odpady z 18 frakcji odbieranych w ramach realizacji przedmiotu zamówienia,

6. 8 grudnia 2021 r. Zamawiający wezwał Fart-Bis do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym w/w zezwoleń, umów lub promesy. W odpowiedzi w celu

wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, r. VI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, Fart-Bis przedłożył: umowę zagospodarowania odpadów zawartą z BIO MED sp. z o.o. oraz promesę przyjęcia odpadów do zagospodarowania wystawioną przez EKO-SAM BIS sp. z o.o.

7. Przedstawiona przez Fart-Bis promesa przyjęcia odpadów pochodząca od EKO-SAM BIS sp. z o.o. nie może być uznana za potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, gdyż EKO-SAM BIS sp. z o.o. nie został wymieniony formularzu ofertowym tj. nie został umieszczony na liście instalacji. Zobowiązanie zawarte w promesie ma na celu jedynie pozorne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykonawca Fart-Bis nie zakładał, że będzie przekazywał odpady do tej konkretnej instalacji.

8. Z literalnego brzmienia warunku sformułowanego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2 lit. c) SWZ, wynika że Zamawiającemu nie chodziło o przedstawienie jakiegokolwiek promesy obejmujące określone kody odpadów, ale promesy gwarantujące zawarcie przez podmiot/y wystawiający/e promesę umowy z wykonawcą na przyjęcie do zagospodarowania i poddania procesowi ręcznego lub mechanicznego sortowania odpadów komunalnych o kodach wskazanych pochodzących z terenu Gminy, w sytuacji gdy oferta wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą. Celem przedstawienia promesy było zatem zagwarantowanie, że podmiot (instalacja), który ją wystawił będzie następnie faktycznie uczestniczył w realizacji zamówienia poprzez zagospodarowywanie odpadów. Skoro Fart-Bis nie przewidział w formularzu realizacji zamówienia przy wykorzystaniu instalacji EKOSAM to przedstawiona promesa nie jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunków udziału.

9. Zatem treść oferty Fart-Bis jest niezgodna z warunkami i jako taka podlega odrzuceniu.

10. Biorąc pod uwagę, że oświadczenie zawarte w pkt V formularza oferty dotyczące instalacji do których będą przekazywane odpady stanowi treść oferty, brak jest podstaw do skorzystania przez Zamawiającego z dyspozycji art. 128 ust. 1 lub ust. 4 PZP i wezwania wykonawcy Fart-Bis do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów. Takie działanie prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty polegającej na uzupełnieniu listy instalacji zamieszczonej w pkt V formularza ofertowego.

11. Umowa o zagospodarowanie odpadów zawarta pomiędzy Fart-Bis, a BIO-MED nie obejmuje wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kodów odpadów, gdyż nie obejmuje kodów 20 01 01 (papier i tektura) i 20 01 39 (tworzywa sztuczne), a zatem nie jest możliwe wykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale VI pkt 2 ppkt 2c SWZ wyłącznie poprzez powołanie się na w/w umowę.

Zarzut dot. zaniechania odrzucenia oferty Fart-Bis - niezgodność z warunkami zamówienia.

1. W art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wskazano, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zgodnie z definicją warunków zamówienia zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć 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. W wyroku z dnia 7 maja 2012 r., sygn. akt KIO 817/12, który w dalszym ciągu pozostaje aktualny, Izba podkreśliła: "Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp (obecnie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp - przyp. wt.) podstawą odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Niezgodność ta przejawia się przede wszystkim w zaofiarowaniu przedmiotu zamówienia nieposiadającego wymaganych właściwości lub cech, lub też niewłaściwego, w stosunku do wymagań zamawiającego, sposobu realizacji przedmiotu zamówienia".

2. Oferta złożona przez Fart-Bis jest niezgodna z warunkami zamówienia, w zakresie w jakim w pkt V formularza ofertowego wykonawca ten dla frakcji odpadów wymienionych w ppkt 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12 oraz 17 podał instalację własną wskazując: „PUK FART-BIS sp. z o.o. (z chwilą uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów) która nie posiada statusu instalacji w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, a zatem nie będzie w stanie przyjąć i przetworzyć odpadów odebranych z terenu Gminy Waśniów.

3. Podany w formularzu ofertowym Fart-Bis ma jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów, nie posiada natomiast wymaganego zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów. Powyższe zostało potwierdzone przez samego wykonawcę, który w każdym z w/w punktów w nawiasie dodała adnotację, że do tej instalacji odpady będą przekazywane z chwilą uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

4. Jak podnoszono, informacje zamieszczone w formularzu oferty w zakresie instalacji stanowią treść oferty oraz istotną deklarację co do sposobu realizacji zamówienia (miejsca przekazywania i przetwarzania odpadów). Jest to wiążące oświadczenie wykonawcy, które nie może być dowolnie zmieniane. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie zarówno w fakcie umieszczenia tej listy przez Zamawiającego w treści formularza ofertowego, jak i w tym, że wspomniana lista zostanie powtórzona w § 5 ust. 9 wzoru umowy.

5. Treść pkt V formularza oferty jest precyzyjna i jednoznaczna „oświadczamy, że odebrane odpady, będą przekazywane i przetwarzane w następujących instalacjach Sformułowanie „odebrane odpady, będą przekazywane i przetwarzane” jednoznacznie wskazuje, że w tym punkcie formularza należało podać instalacje do których wykonawca będzie faktycznie przekazywał odpady odebrane z terenu Gminy Waśniów, a nie wszystkie znane mu instalacje, w tym również takie które w bliżej nieokreślonym momencie w przyszłości mogą uzyskać wymagane zezwolenie, ale nie posiadają go w momencie złożenia oferty (a zatem w momencie złożenia przez wykonawcę deklaracji co do sposobu realizacji zamówienia). Oświadczenie zawarte w pkt V formularza oferty stanowi zobowiązanie do realizacji zamówienia w sposób wskazany w ofercie tj. przy udziale konkretnych instalacji.

6. Podkreślenia wymaga, że żądanie przez Zamawiającego podania w treści formularza oferty listy instalacji do których będą przekazywane i przetwarzane poszczególne frakcje odpadów stanowi wypełnienie obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2021 r. poz. 888 ze zm.). Zgodnie z przepisem wójt w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: „instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

7. Podsumowując, Fart-Bis poprzez wskazanie w pkt V formularza oferty dla frakcji odpadów wymienionych w ppkt 2, 4, 5, 6, 7, 10, 12 oraz 17 podmiotu nieposiadającego statusu instalacji (nieposiadającego odpowiednich uprawnień w tym zakresie) zadeklarował wykonanie zamówienia, w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, co stanowi przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

8. Powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w orzecznictwie. Warto zwrócić uwagę na wyrok KIO 809/19, w którym Izba podzieliła stanowisko zamawiającego o konieczności odrzucenia jako niezgodnej z treścią SIWZ oferty wykonawcy, który wskazał na liście instalacji podmioty, którym nie będzie mógł przekazywać odpadów, gdyż uznała, że lista stanowi treść oferty, która nie może ulec zmianie lub uzupełnieniu w toku postępowania:

„Odnosząc się do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty odwołującego z powodu jej niezgodności z siwz, należy w pierwszej kolejności zauważyć, że zgodnie z art. 66 § 1 ustawy kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1025 ze zm.) oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z przepisu wynika, że oferta jest oświadczeniem woli zawierającym istotne postanowienia przyszłej umowy. Składający ww. oświadczenie woli jest nim związany przez określony czas, który to czas - w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego- jest wskazany przez zamawiającego.

Biorąc pod uwagę powyższe, nie można zgodzić się z odwołującym, że zawarty przez niego w ofercie wykaz instalacji, do których będzie przekazywał odpady, powinien być traktowany jako wyłącznie informacyjny, czy deklaratoryjny. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, podmiot składający ofertę składa oświadczenie woli, które nie może być dowolnie zmieniane i które ma charakter wiążący, zatem nie można traktować oferty jako wyłącznie "pisma informacyjnego". Po drugie, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu treść nad tabelą, do której należało wpisać instalacje, była precyzyjna: "Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości". Tekst: "do których przekazywane będą" jasno wskazuje, że do tabeli należało wpisać wyłącznie te instalacje, do których wykonawca po zawarciu umowy z zamawiającym faktycznie będzie przekazywał odpady, a nie wszystkie instalacje, które są znane odwołującemu i co do których dopiero po zawarciu umowy podejmie on decyzję, do której wozić odpady, a do której nie. Innymi słowy: decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, odwołujący zobowiązał się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki był cel zamieszczenia przez zamawiającego ww. tabeli w formularzu ofertowym.

Odwołujący wpisał do tabeli w ofercie 39 instalacji, z których część nie jest uprawniona do odbioru odpadów, gdyż: są instalacjami spoza regionu, do którego można te odpady

przekazywać zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa śląskiego albo nie mogą odbierać odpadów o określonych kodach, które odwołujący wpisał do tabeli albo nie odbierają w ogóle odpadów od podmiotów zewnętrznych. Tym samym, skoro odwołujący wpisał do oferty m.in. instalacje, którym z ww. przyczyn nie będzie mógł przekazywać odpadów, to znaczy, że odwołujący zaoferował realizację przedmiotu zamówienia niezgodnie z siwz. Należy bowiem zauważyć, że w pkt II ust. 1 OPZ zamawiający wpisał: "Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa". Z kolei choćby w art. 20 ustawy o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.) Ustawodawca sformułował zasadę bliskości przetwarzania odpadów, w tym w szczególności w ust. 7 i 8.

9. Oferta Fart-Bis podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp jako niezgodna z warunkami zamówienia również z uwagi na fakt, że w omawianym pkt V formularza oferty, wykonawca nie podał pełnych nazw i adresów instalacji, co uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację sposobu realizacji zamówienia, w szczególności weryfikację czy podane przez wykonawcę instalacje posiadają status instalacji oraz faktycznie będą w stanie przyjąć i zagospodarować odpady odebrane z terenu gminy (weryfikacja mocy przerobowych konkretnej instalacji), jak również weryfikację instalacji pod kątem spełniania zasady bliskości.

10. Np. w ppkt 3 dla odpadów z frakcji szkło bezbarwne i kolorowe, FartBis jako instalacje podał nazwę podmiotu prowadzącego instalacje tj. K. Recykling S.A. Podmiot ten prowadzi 3 instalacje, w których przyjmuje i przetwarza odpady tej frakcji. Brak podania adresu instalacji lub innego konkretnego oznaczenia instalacji uniemożliwia weryfikację, do której konkretnie z instalacji prowadzonych przez ten podmiot będą trafiały odpady odbierane z terenu Gminy, co jest istotne nie tylko pod kątem badania i oceny ofert, ale przede wszystkim pod kątem kontroli realizacji przedmiotu zamówienia w toku obowiązywania umowy.

11. Kolejnym argumentem jest fakt, że dla odpadów frakcji papier i tektura wykonawca ten w pkt V formularza ofertowego podał dwa podmioty, z których jeden (instalacja Fart-Bis) nie ma statusu instalacji, gdyż nie ma odpowiednich zezwoleń, z kolei drugi - BIO MED sp. z o.o., ma zezwolenie na przetwarzanie odpadów wyłącznie o kodzie 15 01 01 - opakowania z papieru i tektury (nie ma zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 01 01 papier i tektura, które również są objęte przedmiotem zamówienia). W związku z tym należy uznać, że Fart-Bis pomimo ciążącego na nim obowiązku nie wskazał instalacji, do której będą przekazywane i w której będą przetwarzane odpady frakcji papier i tektura, gdyż BIO MED nie ma zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 01 01 papier i tektura.

12. Po raz kolejny podkreślenia wymaga, że lista instalacji jako treść oferty - wiążące oświadczenie wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia, nie podlega uzupełnieniu ani zmianie na tym etapie postępowania.

Zarzut dot. nieuprawnionego przyznania Fart-Bis 12 punktów w kryterium oceny ofert Mycie pojemników.

1. W r. XIX pkt 4 SWZ, Zamawiający wskazał, że wybór oferty zostanie dokonany w oparciu o przyjęte kryteria oceny ofert: K1 - cena (60%), K2 - wyposażenie nieruchomości w pojemniki do zbiórki selektywnej odpadów (16%), K3 - mycie pojemników - mycie i dezynfekcja wszystkich dostarczonych pojemników na odpady komunalne (12%), K4 - częstotliwość odbioru odpadów wielkogabarytowych z nieruchomości (12%).

, Zamawiający wskazał, że w kryterium Mycie pojemników (K3) punkty będą przyznawane w następujący sposób: Punkty w tym kryterium zostaną przyznane jak poniżej:
za zobowiązanie do mycia pojemników K3 = 12 pkt za brak zobowiązania mycia pojemników K3 = 0 pkt

Wymagane jest wykonywanie mycia pojemników za pomocą pojazdu specjalistycznego przystosowanego do mycia i dezynfekcji pojemników wyposażonego w myjkę o zamkniętym obiegu wody. W przypadku zobowiązania się Wykonawcy do mycia pojemników, termin wykonania ich mycia i dezynfekcji zostanie ujęty przez Wykonawcę w dostarczonym do akceptacji Harmonogramie odbioru odpadów. Sposób realizacji kryterium przez Wykonawcę został opisany także w OPZ Zał nr 1 do SWZ. Zobowiązanie nie dotyczy lokalizacji wskazanych jako trudnodostępne gdzie dojechanie pojazdu specjalistycznego nie jest możliwe."

3. W odpowiedzi na pytanie nr 4, wyjaśnienia treści SWZ z dnia 1 grudnia 2021 r. , Zamawiający dopuścił możliwość wykonania zadania przy wykorzystaniu dwóch samochodów udzielając następującej odpowiedzi na pytanie jednego z wykonawców:
„Zamawiający po przeanalizowaniu zapisów w Opisie Przedmiotu Zamówienia - zwanego dalej „OPZ”, dopuszcza możliwość wykonywania zadania przy wykorzystaniu dwóch

samochodów. Nadmieniamy, iż usługa musi być wykonywana jednocześnie poprzez jeden samochód który odbiera odpady, oraz drugi który dokonuje mycia i dezynfekcji pojemników. Nadmieniamy, iż pojazd który będzie służył do mycia pojemników musi spełniać wymagania opisane w OPZ ”

4. W związku z udzieloną odpowiedzią, Zamawiający zmodyfikował rozdział XVI pkt 4 lit.

b) SWZ nadając mu następujące brzmienie: „Dysponuje pojazdami wymaganymi przez Zamawiającego które będą wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia, o których mowa w Rozdziale II pkt. 9 ppkt.2 OPZ, w tym co najmniej: dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych; dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych; jednym pojazdem bezpylnym przystosowanym do odbioru odpadów biodegradowalnych jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej jednym pojazdem przystosowanym do odbierania odpadów komunalnych z terenów trudnodostępnych, jednym pojazdem posiadającym zamontowaną myjkę do pojemników, przystosowanym do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów (dysponowanie pojazdem posiadającym myjkę spełniającą wymagania opisane w OPZ musi wykazać Wykonawca który w kryterium pozacenowym „K3” zadeklarował mycie pojemników)”

5. W drodze tych h wyjaśnień z 1 grudnia 2021 r. , Zamawiający wprowadził również zmiany w rozdziale II punkt 7 lit. a) OPZ nadając mu następujące brzmienie: „a) Mycie w zabudowie jednorodzinnej pojemników na odpady komunalne. W przypadku, gdy na etapie oceny oferty Wykonawca zadeklarował mycie w zabudowie jednorodzinnej pojemników na za co otrzymał dodatkowe punkty za spełnienie kryteriów niezwiązanych z ceną podczas oceny oferty, jest zobowiązany do mycia, dezynfekcji i dezynsekcji pojemników zgodnie z wymaganiami z zakresu ochrony środowiska i ochrony sanitarnej w miejscu odbioru odpadów raz w roku w okresie wiosna/ lato. Mycie pojemników musi się odbywać przy użyciu:

1) specjalistycznego pojazdu typu „śmieciarko-myjka” o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 26 ton, bezpylnego, z funkcją kompaktującą, którego konstrukcja umożliwia jednocześnie odbiór odpadów i mycie pojemników, wyposażonego w myjkę z zamkniętym obiegiem wody, który uniemożliwia wydostawanie się na zewnątrz pojazdu odpadów i zanieczyszczonej wody z mytego pojemnika lub Pojazdu specjalistycznego typu „myjka” wyposażonego w myjkę z zamkniętym obiegiem wody, który uniemożliwia wydostawanie się na zewnątrz pojazdu odpadów i zanieczyszczonej wody z mytego pojemnika.

Odbiór odpadów i mycie pojemników musi się odbyć w miejscu odbioru odpadów, jednocześnie i w tym samym czasie. Wykonawca jest zobowiązany do przedstawiania pisemnych raportów z wykonania usługi, zawierających adresy nieruchomości, na których usługa była wykonana i rodzaj oraz liczbę pojemników poddanych myciu i dezynfekcji.

6.7. W formularzu ofertowym Fart-Bis zobowiązał się do mycia dostarczonych pojemników. Na wezwanie do złożenia dokumentów z 8 grudnia 2021 r., przedstawił wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia, w którym w poz. 6 podał informacje w zakresie dysponowania jednym pojazdem posiadającym zamontowaną myjkę do pojemników, przystosowanym do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów, podał nie pojazd, a zespół pojazdów (bus i przyczepa).

8. Zgodnie z art. 2 pkt 31 ustawy prawo o ruchu drogowym, pojazd to środek transportu przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszynę lub urządzenie do tego przystosowane, z wyjątkiem urządzenia wspomagającego ruch. Natomiast zgodnie z art. 2 pkt 49) te same ustawy, zespół pojazdów oznacza pojazdy złączone ze sobą w celu poruszania się po drodze jako całość; nie dotyczy to pojazdów złączonych w celu holowania. W końcu, przyczepa - zgodnie z pkt 50) tego samego artykułu to pojazd bez silnika, przystosowany do łączenia go z innym pojazdem.

9. Zamawiający posługuje się w dokumentacji przetargowej pojęciami „pojazd” lub „samochód”, nie posługuje się natomiast pojęciem „zespołu pojazdów”. Wobec uwarunkowań lokalnych mogą występować zatem ograniczenia faktyczne (jak np. wąskie drogi z ostrymi zakrętami) lub prawne (zakazy ruchu dla zespołów pojazdów), które mogą uniemożliwiać zrealizowanie usługi mycia pojemników zespołem pojazdów. Podsumowując, w tych okolicznościach wykazanie przez Fart-Bis w wykazie zespołu pojazdów zamiast pojazdu powoduje, że wykonawca ten nie powinien otrzymać punktów w kryterium oceny ofert Mycie pojemników (nie wykazał dysponowania wymaganym przez Zamawiającego pojazdem).

10. Jak wynika z Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, Fart-Bis otrzymał łącznie 100 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, w tym 12 pkt w ramach kryterium Mycie pojemników. W przypadku prawidłowego działania Zamawiającego i przyznania Fart-Bis „O” punktów w ramach kryterium Mycie pojemników, łączna punktacja tego wykonawcy wyniosłaby 88 punktów, a zatem złożona przez niego oferta została sklasyfikowana na

drugiej, a nie na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

IV. Zarzut dot. zaniechania wezwania Fart-Bis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. 1. Przedmiotowy zarzut został sformułowany z daleko posuniętej ostrożności jako zarzut ewentualny, w przypadku nie podzielenia przez Izbę argumentacji podniesionej w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Fart-Bis. Został on sformułowany z uwagi na brzmienie art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp, zgodnie z którym, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. W przypadku uwzględnienia przez Izbę zarzutów dotyczących zaniechania odrzucenia oferty Fart-Bis zastosowanie znajdzie art. 128 ust. 1 pkt 1 Pzp.

2. Zamawiający wezwał FartBis do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym w/w wykazu usług (zał 8 do SWZ) wraz z dowodami określającymi czy usługi podane w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie. W odpowiedzi, w załączeniu do pisma z 13 grudnia 2021 r. Fart-Bis przedstawił Wykaz wykonanych lub wykonywanych usług, w którym podano dwie usługi, usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Ćmielów oraz usługę zrealizowaną na rzecz Gminy Rozprza.

3. Analiza złożonego wykazu prowadzi do wniosku, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż:

a) W odniesieniu do żadnej z usług wskazanych w wykazie, Fart-Bis nie podał informacji o masie odpadów odebranych w ramach realizacji referencyjnych usług, a zatem brak jest możliwości zweryfikowania czy spełniają one wymóg łącznej masy odebranych i zagospodarowanych odpadów na poziomie 900 Mg rocznie;

b) Do wykazu nie dołączono dowodów określających czy usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

4. Biorąc pod uwagę powyższe nieprawidłowości, należy dojść do wniosku, że zaktualizował się obowiązek Zamawiającego określony w art. 128 ust. 1 Pzp. W tych okolicznościach, zaniechanie wezwania Fart-Bis do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych stanowi naruszenie wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp.

Zamawiający dnia 14 stycznia 2022 r. w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Złożone w postępowaniu oferty kształtowały się następująco:

1) oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach — na kwotę 835 725,60 zł brutto,

2) oferta Odwołującego Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim — na kwotę 862 893,00 zł brutto.

Jako oferta korzystniejsza została wybrana oferta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. (dalej jako „Fart-Bis”).

Zamawiający przytoczył zarzuty i żądania odwołującego, a następnie przedstawił stanowisko własne.

Ad. 1

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i żądania Odwołującego w całości.

Odwołujący zarzucił, że promesa przyjęcia odpadów do zagospodarowania, pochodząca od EKO-SAM BIS sp. z o.o. nie może być uznana za potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, gdyż podmiot ten nie został wymieniony w pkt 5 formularza ofertowego Fart-Bis, tj. nie został umieszczony na liście instalacji, do których Fart-Bis będzie przekazywał odpady odebrane z terenu Gminy Waśniów.

Zamawiający informuje, że Fart-Bis składając ofertę, w dziale V kwestionariusza ofertowego

dla kodów 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05; 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39 jako instalację przetwarzającą odpady wskazał BIO-MED Sp. z o.o.

Zamawiający pismem z dnia 08 grudnia 2021 r. wezwał Fart-Bis do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Oferent ten w dniu 13 grudnia 2021 r. złożył żądane dokumenty. Jednym z nich była umowa z firmą EKO-SAM BIS sp. z o.o., która potwierdzała posiadanie umowy z instalacją przetwarzającą odpady dla kodów: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06. Ponieważ przedłożona umowa nie dotyczyła odpadów dla kodów 20 01 01 (papier i tektura) i 20 01 39 (tworzywa sztuczne), Zamawiający w dniu 16 grudnia 2021 r. (pismo o znaku T.2710.24.2021, plik o nazwie „09.wezwanie do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień FART” w folderze „02.Procedura - od otwarcia ofert”) wezwał Fart-Bis do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Fart-Bis przesłał bowiem dwa pliki, których nazwy wskazywały na aneksowanie powyższej umowy (pliki o nazwach „BioMed aneks1” i „BioMed aneks2”), lecz Zamawiający nie mógł zweryfikować ich treści, gdyż były w formacie podpisu kwalifikowanego „XADES”. Zamawiający wskazał również, że Oferent przedłożył promesę z EKO-SAM BIS sp. z o.o., która obejmowała odpady o kodach 20 01 01 i 20 01 39, lecz podmiot ten nie został wskazany w kwestionariuszu ofertowym jako odbierający odpady typu papier i tektura oraz tworzywa sztuczne.

W odpowiedzi Fart-Bis pismem z dnia 20 grudnia 2021 r. przedłożył aneks z dnia 1 grudnia 2021 r. do umowy z BIO-MED sp. z o.o., obejmujący odbieranie odpadów o kodach 20 01 01 i 20 01 39 (pismo przewodnie oraz aneks znajdują się w folderze

„09a.Uzupełnienie II”). Poinformował, że przesłane wcześniej pliki to pierwsza i druga strona ww. aneksu w formacie JPG. Wskazał również, iż promesa przyjęcia odpadów do zagospodarowania z EKO-SAM BIS sp. z o.o. została złożona dodatkowo.

Zamawiający uznał, że Fart-Bis poprawnie przedłożył wymagane podmiotowe środki dowodowe, potwierdzające posiadanie umowy z instalacją przetwarzającą odpady, wskazaną w kwestionariuszu ofertowym. Ponadto, skoro umowa z BIO-MED sp. z o.o. obejmowała wszystkie wymagane kody odpadów, nie było konieczności weryfikowania pod tym kątem promesy z EKO-SAM BIS sp. z o.o.

Ad. 2

Zamawiający nie uwzględnił zarzutu i żądania Odwołującego w całości.

Odwołujący zarzucił, że oferta złożona przez Fart-Bis jest niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie, w jakim w pkt. V formularza ofertowego oferent ten dla frakcji odpadów wymienionych w pkt. 2 — 7, 10, 12 i 17 podał instalację własną, wskazując „PUK FART-BIS sp. z o.o. (z chwilą uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów)”. Odwołujący wskazał, że podmiot ten nie posiada statusu instalacji w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska, a zatem nie będzie w stanie przyjąć i przetworzyć odpadów odebranych z terenu Gminy Waśniów. Podany w formularzu ofertowym Fart-Bis ma jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów, nie posiada natomiast wymaganego zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów. Zostało to potwierdzone przez ww. oferenta, który w każdym z przytoczonych podpunktów w nawiasie dodał adnotację, że do tej instalacji odpady będą przekazywane z chwilą uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Zamawiający nie zgadza się z powyższym zarzutem. W wykazie ujęte zostały instalacje, do których Fart-Bis może przekazywać odpady komunalne określonych frakcji. Oceniając oferty Zamawiający nie brał pod uwagę instalacji, przy których dodano adnotację, iż nie posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Zamawiający przyjął, że oferent wpisał je dodatkowo, aby móc do nich przekazywać odpady w przyszłości, gdy uzyskają niezbędne pozwolenia. Było to działanie zbędne, gdyż wbrew twierdzeniom Odwołującego, zmianę instalacji można przeprowadzić na etapie realizacji umowy (o czym będzie mowa dalej). Natomiast nie jest możliwe odrzucenie oferty Fart-Bis w sytuacji, gdy obok instalacji, do których odpady mogą być przekazywane, wpisał dodatkowo takie, które nie posiadają jeszcze pozwoleń. Nie sposób przyjąć, by oferent ten działał w celu wprowadzenia Zamawiającego w błąd, gdyż wyraźnie podał, że owe dodatkowe instalacje nie posiadają zezwoleń na przetwarzanie określonych frakcji odpadów na dzień składania wykazu.

Odwołujący zarzucił, że instalacja PUK Fart-Bis sp. z o.o. nie posiada zezwoleń na przetwarzanie odpadów, wobec czego nie będzie w stanie przyjąć i przetworzyć odpadów z terenu Gminy Waśniów. Stwierdził, iż informacje zamieszczone w formularzu oferty w zakresie instalacji stanowią treść oferty oraz „istotną deklarację co do sposobu realizacji zamówienia (miejsca przekazywania i przetwarzania odpadów,). Jest to wiążące oświadczenie wykonawcy, które nie może być dowolnie zmieniane”.

O ile Zamawiający dobrze rozumie intencje Odwołującego, to twierdzi on, iż Fart-Bis,

przyznając wyraźnie w wykazie, że jego instalacja własna nie posiada jeszcze zezwoleń na przetwarzanie odpadów, zadeklarował przekazywanie do niej odpadów. Jest to teza co najmniej ryzykowna, gdyż zakłada sabotowanie przez Fart-B s złożonej przez siebie oferty, oczywistym jest bowiem, że Zamawiający odrzuciłby taką ofertę lecz jedynie pod warunkiem, że w wykazie nie byłoby żadnych innych podmiotów, do których ww. oferent mógłby przekazywać odpady. Podmioty takie jednakże zostały przez Fart-Bis w wykazie jednoznacznie określone.

Odnieść się w tym miejscu należy do twierdzenia Odwołującego, jakoby informacje zamieszczone w formularzu oferty w zakresie instalacji nie mogą być dowolnie zmieniane. Istotnie, nie mogą być zmieniane „dowolnie”, jednostronnie, jednakże nie są one stałe i niewzruszone w trakcie realizacji zamówienia. Jak wynika bowiem z orzecznictwa KIO, obowiązek określania instalacji, do których podmiot odbierający odpady jest obowiązany przekazać odebrane odpady, ma charakter informacyjny i nie może nakładać na wykonawcę zobowiązania, iż całość odpadów odebranych zostanie przekazana do określonych w umowie instalacji. Świadczenie zamówienia ma charakter ciągły i obejmuje relatywnie długi czas. Nie jest nawet możliwe do przewidzenia, czy instalacje wskazywane przez oferenta będą funkcjonować przez cały okres realizacji zamówienia. Izba podkreśla: „ani przepisy ustawy Pzp, ani tym bardziej przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie ograniczają w żaden sposób możliwości zmiany instalacji wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie na etapie realizacji zamówienia” (wyrok z dnia 1 czerwca 2021 r., KIO 1229/21).

Wobec powyższego, możliwa jest zmiana instalacji, ujętych w przedłożonym przez oferenta wykazie. Tym bardziej jest to dopuszczalne w sytuacji, która ma miejsce w niniejszym postępowaniu: gdy Fart-Bis podał w formularzu ofertowym instalacje alternatywne.

Odwołujący przytoczył wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 maja 2019 r. (KIO 809/19) na rzekomy dowód tego, że odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, który wskazał na liście instalacji podmioty, którym nie będzie mógł przekazywać odpadów, gdyż „lista stanowi treść oferty, która nie może ulec zmianie lub uzupełnieniu w toku postępowania”. Jednakże Odwołujący pomija fakt, iż w sprawie, której dotyczy powyższy wyrok, oferent zamieścił na wykazie 39 instalacji, twierdząc następnie, że wykaz ten powinien być traktowany wyłącznie jako informacyjny. Natomiast w przypadku będącym przedmiotem bieżącego postępowania Fart-Bis wskazywał na wykazie podmioty, którym realnie będzie przekazywał odpady — czy to od początku realizacji umowy, czy to po uzyskaniu przez dany podmiot (tu: PUK Fart-Bis sp. z o.o.) właściwego zezwolenia.

Odwołujący zarzucił, iż Fart-Bis „nie podał pełnych nazw i adresów instalacji, co uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację sposobu realizacji zamówienia”. Zamawiający stwierdza, że jeżeli oferent w kwestionariuszu wskazał nazwę instalacji, a nie podał jej pełnego adresu, to Zamawiający za pomocą ogólnodostępnych informacji (np. poprzez strony internetowe danych podmiotów) może pozyskać owe adresy, wobec czego nie wymagał składania wyjaśnień w tym zakresie. W przypadku natomiast przedsiębiorstwa K. Recycling S.A., Odwołujący słusznie zauważył, że podmiot ten prowadzi trzy instalacje, które przyjmują i przetwarzają odpady frakcji szkło bezbarwne i kolorowe (w miejscowościach Wyszaków — woj. mazowieckie, Pełkinie — woj. podkarpackie i Lubiniec — woj. śląskie). Zamawiający ustalił, że instalacją położoną najbliżej Zamawiającego jest znajdująca się w miejscowości Pełkinie. Wykonawca składając ofertę zaakceptował treść SWZ i opisu przedmiotu zamówienia, które zobowiązują wykonawcę do przekazywania odpadów odebranych od mieszkańców gminy zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z zasadą bliskości, sformułowana w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach. Wobec tego Zamawiający przyjął, iż odpady, o których mowa powyżej, będą kierowane do instalacji zlokalizowanej najbliżej, tj. do miejscowości Pełkinie.

Odwołujący zarzucił, że dla odpadów frakcji papier i tektura Fart-Bis w pkt. V formularza ofertowego podał dwa podmioty, z czego jeden (Fart-Bis) nie posiada statusu instalacji, a drugi (BIO-MED sp. z o.o.) posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), a nie ma zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 01 01 (papier i tektura).

Fart-Bis pismem z dnia 20 grudnia 2021 r. przedłożył aneks do umowy z BIO-MED sp. z o.o., obejmujący przyjmowanie i zagospodarowywanie odpadów m.in. o kodzie 20 01 01 (papier i tektura), o czym mowa w odpowiedzi na zarzut ad. 1. Wobec tego nie sposób zaakceptować stanowiska Odwołującego, który twierdzi, że Fart-Bis nie wskazał instalacji, do której będą przetwarzane i przekazywane odpady frakcji papier i tektura.

Zamawiający w toku postępowania nie badał zezwoleń posiadanych przez instalacje, wskazywane przez oferentów. Wymóg taki nie został ujęty ani w specyfikacji warunków zamówienia, ani w żadnym innym dokumencie postępowania. Podobnie w pkt. XX Specyfikacji Warunków Zamówienia ujęte zostały dokumenty, których Zamawiający mógł żądać od wykonawcy, którego oferta uznana zostanie za najkorzystniejszą. W wykazie tym

znajdują się umowy z instalacjami komunalnymi, potwierdzenie wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy, umowa konsorcjum oraz harmonogram odbioru odpadów. Zobowiązanie wykonawcy do przedłożenia zezwoleń posiadanych przez instalacje, stanowiłoby naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Zamawiający nie posiada wiedzy, jakoby BIO-MED sp. z o.o. nie posiadał zezwoleń, niezbędnych do odbioru i przetwarzania odpadów. Natomiast w związku z informacjami ujętymi w odwołaniu, kwestia ta będzie przedmiotem kontroli w zakresie prawidłowej realizacji przedmiotu umowy.

Ad. 3

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu.

Odwołujący zarzucił, iż Fart-Bis, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojazdem posiadającym zamontowaną myjkę do pojemników, przystosowanym do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów, podał nie pojazd, a zespół pojazdów. Następnie przytoczył definicję pojazdu z ustawy Prawo o ruchu drogowym. Wskazał, że Zamawiający posługuje się w dokumentacji przetargowej pojęciami „pojazd” lub „samochód”, nie posługuje się natomiast pojęciem „zespołu pojazdów”. Zasugerował, iż mogą istnieć ograniczenia faktyczne (wąskie drogi z ostrymi zakrętami) lub prawne (zakazy ruchu dla zespołu pojazdów), które mogą uniemożliwić zrealizowanie usługi mycia pojemników zespołem pojazdów.

Jak zauważył sam Odwołujący, Zamawiający posługuje się w dokumentacji przetargowej pojęciami „pojazd” lub „samochód”. Są to pojęcia w rozumieniu potocznym. Dowodem na to jest fakt, iż gdyby Zamawiający zamierzał używać terminów ustawowych, to w miejscu „samochodu” zastosowałby zapewne „samochód ciężarowy” (którym w rozumieniu ustawy Prawo o ruchu drogowym — jest pojazd samochodowy przeznaczony konstrukcyjnie do przewozu ładunków), a w miejscu „pojazdu” (wg ustawy „środek transportu przeznaczony do poruszania się po drodze oraz maszyna lub urządzenie do tego przystosowane, z wyjątkiem urządzenia wspomagającego ruch”, czyli również np. wózek rowerowy, dorożka zaprzęgnięta w czwórkę koni czy ciągnik rolniczy) znalazłby się zapewne „pojazd samochodowy” („pojazd silnikowy, którego konstrukcja umożliwia jazdę z prędkością przekraczającą 25 km/h; określenie to nie obejmuje ciągnika rolniczego”). Z kolei zamiast „pojazdu specjalistycznego”, użytego w S2 ust. 9 projektu umowy (załącznik nr 4 do SWZ), a nie zdefiniowanego w ustawie Prawo o ruchu drogowym, pojawiłby się „pojazd specjalny”, oznaczający „pojazd samochodowy lub przyczepę przeznaczone do wykonywania specjalnej funkcji, która powoduje konieczność dostosowania nadwozia lub posiadania specjalnego wyposażenia”

Skoro Zamawiający w całej dokumentacji postępowania nie posługuje się precyzyjnymi terminami z ustawy Prawo o ruchu drogowym, to nadużyciem jest sugerowanie, że zastosował je w jednym tylko miejscu: pisząc o pojeździe do mycia pojemników. Zgodnie natomiast z orzecznictwem Izby, wszelkie nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą wywoływać negatywnych skutków wobec podmiotów uczestniczących w przetargu (wyrok z dnia 4 grudnia 2019, KIO 2352/19).

Na marginesie Zamawiający stwierdza, iż wbrew obawom Odwołującego, nie ma na terenie gminy Waśniów miejsc, do których dostęp przez zespół pojazdów byłby ograniczony prawnie. Zamawiający jest zarządcą dróg gminnych i posiada wiedzę, iż zakazy tego rodzaju nie są stosowane. Nie ma ich również na odcinkach dróg wojewódzkich. Zamawiający uzyskał także informację ze Starostwa Powiatowego w Ostrowcu Świętokrzyskim, iż zakazów wjazdu busów z przyczepkami nie ma na drogach powiatowych (pismo z dnia 29 grudnia 2021 r., znak: IR.III.033.761.2021). Jeżeli chodzi natomiast o ograniczenia faktyczne, czyli przytoczone przez Odwołującego „wąskie drogi z ostrymi zakrętami”, to zgodnie z wiedzą Zamawiającego nie ma na terenie gminy miejsc, z których odbierane są odpady, a niemożliwy byłby do nich dojazd przedmiotowym busiem z dołączoną przyczepką.

Ad. 4

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu i żądania Odwołującego w całości.

Odwołujący z ostrożności procesowej skonstruował ostatni zarzut, na wypadek nie podzielenia przez Izbę argumentacji podniesionej w zakresie zarzutów zaniechania odrzucenia oferty Fart-Bis. Podniósł mianowicie, jakoby zaistniały braki w „Wykazie wykonanych lub wykonywanych usług”, przedłożonych przez ww. Oferenta. W owym wykazie podano dwie usługi, realizowane odpowiednio na rzecz Gminy Ćmielów i na rzecz Gminy Rozprza. Odwołujący zarzucił, że Fart-Bis nie podał w tym dokumencie informacji o masie odpadów odebranych w ramach realizacji usług oraz że nie dołączono dowodów określających, czy usługi wymienione w wykazie zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Twierdzenia Odwołującego nie są prawidłowe.

Zamawiający wymagał wskazania i udowodnienia wykonywania co najmniej „jednej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, o łącznej masie minimum 900 Mg rocznie o wartość zamówienia minimum 700 000,00 zł (słownie: siedemset tysięcy złotych) i od co najmniej 4 500 mieszkańców. W dniu 14 grudnia 2021 r. Wykonawca przedłożył wykaz dwóch usług, wykonywanych odpowiednio na rzecz Gminy Ćmielów i na rzecz Gminy

Rozprza. A następnie Fart-Bis przedłożył referencje z tych gmin (w dokumentacji postępowania).

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach wnosząc o oddalenie odwołania.

Strony na rozprawie przedstawiły argumentacje na poparcie swoich stanowisk

Wskazał, że Przystępujący przedstawił na wezwanie promesę firmy, która nie figuruje w wykazie instalacji przedstawionym w pkt 5 formularza ofertowego. Podkreślił, że wykaz stanowi treść oferty, także przez wskazanie sposobu wykonania zamówienia z wykorzystaniem konkretnych instalacji. Wskazuje na orzecznictwo w tym zakresie (wyrok KIO 3609/21). Tym samym lista instalacji nie jest przykładową listą podmiotów, lecz wiążącą wykonawcę. Wskazał przy tym na formułę zawartą w wykazie w odniesieniu do jednego podmiotu „z chwilą uzyskania pozwolenia”. Złożył pismo z Urzędu Marszałkowskiego w Kielcach oraz Urzędu Miasta Kielce celem potwierdzenia, iż organy te nie prowadzą postępowania dotyczącego zezwolenia na przetwarzanie odpadów dla przedsiębiorstwa FART BIS Sp. z o.o. Wskazał na opis firmy K. Recykling S.A. wymienionej w ofercie wskazując na brak konkretnej instalacji, w której miałyby być przetwarzane odpady. Tym samym sprecyzowanie samodzielnie informacji przez Zamawiającego przez wskazanie adresu instalacji nie jest oparte na treści oferty. Podtrzymuje zarzut z punktu 2C o braku zezwolenia na przetwarzanie odpadów o wskazanych kodach, w tym miejscu składa wydruk zezwoleń firmy BIO-MED, gdzie brak jest zezwolenia dla opadu o kodzie 20.01.01. wskazuje na postanowienie ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach podkreślając wymóg wskazania konkretnych instalacji, do których konkretne odpady będą przekazywane.

Wskazał, że obydwa dokumenty otrzymane przez Zamawiającego (promesa i umowa) podlegają ocenie. Lista instalacji powinna być zgodna z dowodami na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. W odmiennym stanie rzeczy należało mówić o pozorności czynności. Przypomniał wymogi specyfikacji precyzującej kody odpadów. Wskazał na obowiązki i odpowiedzialność Zamawiającego oraz wykonawców opisane w szczególności w ustawie o odpadach. Podtrzymał zarzut z pkt III.3 dot. mycia pojemników dot. zadeklarowanego zestawu pojazdów, który nie odpowiada wymogom specyfikacji.

Zamawiający podtrzymał stanowisko przedstawione w złożonej odpowiedzi. Stwierdził, że oceniając spełnienie warunków nie uwzględnił oferty EKO-SAM BIS, lecz podmiot wymieniony w wykazie, tj. BIO-MED Sp. z o.o., wykonawca który złożył na wezwanie dokumenty, wśród nich umowę z firmą Bio-MED Sp. z o.o. (na stronie 4 odpowiedzi omyłkowo wskazano firmę Eko-Sam Bis Sp. z o.o.). Stwierdził, że w formularzu ofertowym w pkt 5 wskazano podmioty uprawnione niezależnie od dodatkowego wskazania podmiotu własnego, który jeszcze nie posiadał zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Przypomniał argumentację o możliwości zmiany podmiotu prowadzącego instalacje w trakcie wykonywania umowy. Stwierdził, iż wykonawca nie deklarował, w jakim terminie przewiduje uzyskanie planowanego zezwolenia na własną instalację, stąd informacje o nieprzewodzeniu postępowania w sprawie zezwolenia na przetwarzanie odpadów nie mają znaczenia. Potwierdził dokonanie własnego ustalenia dot. adresu instalacji firmy K. Recykling.

Odnosnie zarzutu co do braku zezwolenia na odpad o kodzie 20.01.01 zaznaczył, że w specyfikacji nie przewidywano i nie badano konkretnych kodów odpadów w deklarowanych instalacjach. W złożonej umowie potwierdzono odbiór i zagospodarowanie wymaganych odpadów przedstawionych w ofercie. Podtrzymał argumentację w tym zakresie (strona 7 i 8 odpowiedzi na odwołanie) stwierdzając, że do wykonawcy, a nie instalacji należy osiągnięcie pewnych poziomów recyklingu.

Odnosnie mycia pojemników podtrzymał argumentację z odpowiedzi na odwołanie, w tym co do sposobu opisanego wymogu i użycia pojęcia samochód lub pojazd. Taki opis wymogu mógł pozytywnie wpłynąć na poszerzenie konkurencyjności i dostępu do zamówienia. Nie ocenił złożonej promesy jako dokumentu związanego z ofertą, jako że nie dotyczyła ona instalacji

wskazanej w wykazie. Ponownie wskazuje na treść listy instalacji, w tym instalacji potencjalnych. Wskazuje na obowiązki wykonawcy, w tym kary umowne przewidziane we wzorze umowy (par. 9).

Przystępujący stwierdził, że spełnia warunki udziału w postępowaniu co potwierdził przedłożonymi dokumentami. Wskazał na par. 5 ust. 9 wzoru umowy z powołaniem art. 6d ust. 4 pkt 5 z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, z czego wywodzi dopuszczalność wskazania instalacji z zezwoleniem na zbieranie odpadów danej frakcji w niewielkiej ilości (KIO 1229/21). Nie każda frakcja wymagana musiała być wykazana w formularzu ofertowym, w tym np. frakcja opakowania z papieru i tektury. Stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, że nie wydano zezwolenia dla BIO-MED. dla frakcji 20.01.01., zauważył, że w poprzedniej umowie całość odpadów z papieru i tektury była pod jednym kodem. Wskazał, że w par. 2 wzoru umowy sformułowano zasady bliskości i na tej podstawie Zamawiający prawidłowo określił adres instalacji firmy K. Recycling. W zakresie mycia pojemników wskazał na odpowiedź - wyjaśnienie Zamawiającego z 1.12.2021 r. dotyczące pytania nr 4, zgodnie z którym zaoferował prawidłowo urządzenie do mycia. Przedstawił zdjęcie urządzenia.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika przedstawione w pismach, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie w zakresie rozpoznawanych zarzutów nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie składu orzekającego czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego nie naruszyła przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, w szczególności wskazanych przez Odwołującego, a także postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Izba podziela w całości stanowisko zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, potwierdzone w dokumentacji postępowania i prawidłowo uzasadnione.

W szczególności uznając za słuszne stanowisko odwołującego, iż treść formularza ofertowego, a w nim przedstawiony w pkt V wykaz instalacji przewidzianych do odbierania i przetwarzania określonych odpadów stanowi treść oferty, czyli stanowi jej część, należy zauważyć, że wymienione instalacje są uprawnione do deklarowanych czynności, a stwierdzenia o przewidywaniu w przyszłości przetwarzania odpadów przez instalację przystępującego po uzyskaniu wymaganego zezwolenia jest jedynie dodatkowym dopiskiem pozostającym bez wpływu na treść oferty i nie podlegającym ocenie.

Izba podziela także stanowisko zamawiającego o uprawnionym ustaleniu adresu instalacji do przetwarzania szkła prowadzonej przez oznaczoną imiennie firmę, umiejscowionej w odległości najbliższego miejsca powstawania odpadów - gminy zamawiającego.

Treść dokumentów ofertowych, w tym złożonych na wezwanie zamawiającego pozwala w pełni uznać, że wykonawca przedstawił prawidłowe referencje co do wykonanych usług na rzecz innych gmin, a także wykazał spełnienie warunku i uprawnienie do uzyskania punktów w kryterium mycia pojemników wobec wykazania dysponowania urządzeniem - pojazdem - samochodem przeznaczonym do wykonywania takich czynności. Zgodność z wymogami stała się w sprawie oczywista w świetle wyjaśnienia zamawiającego przedstawionego wykonawcom w odpowiedzi na pytanie 4, z dnia 1 grudnia 2021 r.

W świetle powyższego, ponawiając stwierdzenie o zasadności czynności zamawiającego w postępowaniu, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: