Sygn. akt: KIO 3753/21

WYROK

z dnia 11 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Nova spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu oraz Euro-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Stary Sącz w imieniu i na rzecz Gminy Stary Sącz, Gminy Nawojowa oraz Zakładu Gospodarki Komunalnej w Łącku

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej oraz PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 619 zł 21 gr (sześćset dziewiętnaście złotych dwadzieścia jeden groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem dojazdu na posiedzenie i rozprawę;

   2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 219 zł 21 gr (słownie: cztery tysiące dwieście dziewiętnaście złotych dwadzieścia jeden groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie i rozprawę.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 3753/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Stary Sącz prowadzi w imieniu i na rzecz Gminy Stary Sącz, Gminy Nawojowa oraz Zakładu Gospodarki Komunalnej w Łącku postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Stary Sącz, Gminy Nawojowa oraz Gminy Łącko. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 21 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 183-476474.

I. W dniu 27 grudnia 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Nova spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Nowym Sączu oraz Euro-Eko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mielcu (odwołujący) wnieśli do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia dokumentów - podmiotowych środków dowodowych wraz z unieważnieniem czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp":

1. art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących odpadów o nieistniejących kodach: 20 10 40, 20 10 21*, które nie były wymagane w Specyfikacji Warunków Zamówienia, co prowadzi do żądania przez Zamawiającego dokumentów bez podstawny prawnej, których przedłożenie jest ponadto obiektywnie niemożliwe;

2. art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy odwołujący uprzednio już przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień złożenia oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, aktualne na dzień składania ofert;

3. art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i wymaganie, aby przedłożone na wezwanie podmiotowe środki dowodowe były aktualne na dzień inny niż dzień ich złożenia;

4. art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia w celu ponownego wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, podczas gdy brak było podstaw prawnych i faktycznych do unieważniania czynności wyboru oferty odwołującego, ponieważ odwołujący przed wyborem jego oferty przedłożył wszelkie dokumenty wymagane w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności podjętej w dniu 16 grudnia 2021 roku, polegającej na wezwaniu odwołującego do złożenia dokumentów - podmiotowych środków dowodowych oraz unieważnieniu czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny;

2. ewentualnie - w razie nieuwzględnienia powyższego wniosku: nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny.

Dodatkowe stanowisko odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 11 stycznia 2022 r.

II. Pismem wniesionym do akt sprawy w dniu 5 stycznia 2022 r. zamawiający udzielił odpowiedzi

na odwołanie. Zarzuty podniesione przez odwołującego uznał za niezasadne i w związku z tym wniósł o oddalenie odwołania.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EMPOL" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tylmanowej oraz PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (przystępujący). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 10 stycznia 2022 r. Zarzuty podniesione przez odwołującego przystępujący uznał za niezasadne i wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych dotyczących odpadów o nieistniejących kodach: 20 10 40, 20 10 21*, które nie były wymagane w Specyfikacji Warunków Zamówienia, co prowadzi do żądania przez Zamawiającego dokumentów bez podstawny prawnej, których przedłożenie jest ponadto obiektywnie niemożliwe.

Okoliczność podania przez zamawiającego w treści wezwania nieistniejących kodów odpadów jest bezsporna. Została przyznana przez zamawiającego, który wskazał, że w tym zakresie doszło do omyłki z jego strony. Odwołujący nie był obowiązany do udzielania odpowiedzi w powyższym zakresie. Zamawiający przyznał ww. okoliczność w toku postępowania odwoławczego, a w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie wyciągał wobec odwołującego żadnych negatywnych konsekwencji. Zaistnienie ww. omyłki w treści wezwania nie pociąga za sobą konieczności unieważniania czynności zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. W żaden sposób nie wpływa też na pozostałą część wezwania. Wezwanie, jednakże wyłącznie w zakresie, w którym doszło do ww. omyłki, nie wywołuje skutków prawnych. Ww. zarzut należało zatem uznać za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, podczas gdy odwołujący uprzednio już przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe aktualne na dzień złożenia oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, aktualne na dzień składania ofert.

Zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp oraz art. 126 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wezwanie odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych i wymaganie, aby przedłożone na wezwanie podmiotowe środki dowodowe były aktualne na dzień inny niż dzień ich złożenia.

W pkt VII.2.3 SWZ zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu wymagając, aby wykonawca wykazał, że posiada aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub posiada aktualną umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów. Jak wynika z dokumentacji postępowania zamawiający wystosował do odwołującego trzy wezwania odnośnie złożenia podmiotowych środków dowodowych: w dniu 15 listopada 2021 r. (na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp) oraz w dniu 2 i 16 grudnia 2021 r. (na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp). Nie budzi wątpliwości, że postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani są spełniać przez cały czas trwania postępowania, już od wyznaczonego przez zamawiającego dnia składania ofert. Jak wynika z przepisów art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 2 ustawy Pzp wykonawca, udzielając odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowane na podstawie art. 126 ust. 1 lub art. 128 ust. 1 ustawy Pzp,

obowiązany jest do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Pojęcie aktualności odnosi się do środka dowodowego, a nie do okoliczności spełniania warunku. Złożenie podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia, potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu na ten dzień, tworzy domniemanie, że warunek ten wykonawca spełnia przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert. Nie dotyczy to jednak sytuacji, gdy ze złożonych przez wykonawcę podmiotowych środków dowodowych wprost wynika okoliczność braku spełniania przez wykonawcę warunku udziału przez cały wymagany okres lub na podstawie tych środków dowodowych zamawiający poweźmie co do tego uzasadnione wątpliwości. W takim przypadku zamawiający jest uprawniony, a wręcz zobowiązany, do wystosowania do wykonawcy wezwania do uzupełnienia środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez cały wymagany okres. Taka sytuacja wystąpiła w niniejszej sprawie, gdyż odwołujący, na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu, złożył umowy zawarte po upływie terminu składania ofert oraz ofertę otrzymaną po upływie terminu składania ofert. W związku z powyższym zamawiający zasadnie powziął wątpliwości odnośnie spełniania przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu i w związku z tym wystosował do niego wezwanie o uzupełnienie ww. podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnianie warunku na dzień składania ofert. Należy przy tym zauważyć, że umowa zawarta przed upływem terminu składania ofert lub w tym dniu, jeżeli w dalszym ciągu obowiązuje, jest dokumentem aktualnym na dzień jego złożenia w rozumieniu ww. przepisów. Mając na uwadze powyższe podniesiony w tym zakresie zarzut Izba uznała za niezasadny. Ponadto Izba uznała, że nie doszło do naruszenia wypracowanej na gruncie orzecznictwa Izby zasady jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Wezwanie z dnia 2 grudnia 2021 r. dotyczyło bowiem innego rodzaju wadliwości środków dowodowych złożonych przez odwołującego (zakres przedmiotowy pozwolenia na przetwarzanie odpadów). Jeżeli zamawiający nie od razu dostrzeże wszystkie wadliwości złożonych przez wykonawcę środków dowodowych uprawniony jest do ponowienia wezwania do wykonawcy w odniesieniu do tych środków dowodowych. Zasada jednokrotności wezwania nie mam tu zastosowania. Należy zauważyć, że przeciwne stanowisko byłoby krzywdzące dla wykonawców, którzy zostaliby pozbawieni możliwości uzupełnienia dokumentów z powodu niedostrzeżenia przez zamawiającego wszystkich braków lub błędów w tym samym czasie. W związku z powyższym postawiony w tym zakresie zarzut należało uznać za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp w związku z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie czynności wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia w celu ponownego wezwania odwołującego do złożenia dokumentów, podczas gdy brak było podstaw prawnych i faktycznych do unieważniania czynności wyboru oferty odwołującego, ponieważ odwołujący przed wyborem jego oferty przedłożył wszelkie dokumenty wymagane w postępowaniu.

Jak wynika z przedstawionego powyżej stanowiska Izby wezwanie odwołującego z dnia 16 grudnia 2021 r. Izba uznała za zgodne z przepisami ustawy Pzp i wymagane ustalonym przez zamawiającego stanem faktycznym. W zaistniałej sytuacji zamawiający zasadnie podjął decyzję o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, gdyż ponowienie wezwania do odwołującego wymagało powrotu do etapu badania i oceny ofert. Należy przypomnieć, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby zamawiający zawsze uprawniony jest do unieważnienia podjętej czynności, jeżeli jest to konieczne do zapewnienia zgodności prowadzonego postępowania z przepisami ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1) a contrario ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....