Sygn. akt: KIO 28/22

WYROK

z dnia 21 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę Novago Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grzebskiego 10, 06-500 Mława w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Wiśniewo, Wiśniewo 86, 06-521 Wiśniewo
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Ecovir Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością (lider) oraz L. B., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Eco-Speed B. L. z siedzibą dla lidera: ul. Jana Pawła II 36, 09-228 Ligowo, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Novago Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Grzebskiego 10, 06-500 Mława i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

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

zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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: .....

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Wiśniewo”, prowadzonego przez Gminę Wiśniewo, Wiśniewo 86, 06-521 Wiśniewo (dalej „zamawiający”) wykonawca Novago Sp. z o.o., ul. Grzebskiego 10, 06-500 Mława (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności zamawiającego, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm w składzie: Ecovir Sp. z o.o. oraz EcoSpeed B. L. (dalej „konsorcjum” albo „przystępujący”) oraz wobec zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum oraz ewentualnie wobec zaniechania wezwania konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

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

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) w zw. z art. 266 i art. 16 ust. 1, poprzez ich

   niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, które nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać, że dysponuje bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w § 4 ust. 1 oraz § 12 wzoru umowy oraz przepisach § 1 pkt 4) oraz § 2 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) oraz które nie złożyło w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ,

2. art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 266 i art. 16 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie

   i zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ konsorcjum nie wykazało, że posiada wymaganą do spełnienia warunków udziału oraz wymaganą do realizacji zamówienia bazę magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w określone w § 4 ust. 1 oraz § 12 wzoru umowy oraz przepisach § 1 pkt 4) oraz § 2 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122),

   ewentualnie

   3. art. 128 ust 1 w zw. z art. 266 i art. 16 ust. 1, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7 ppkt 2) lit. a) SWZ, poprzez przedłożenie dokumentów opisanych w pkt. 9 pkt. 3.3.) ppkt. 2) SWZ, tj. aktualnego zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach - warunki określone w ust. 7 pkt 2 lit a,

   4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 266, poprzez jego niewłaściwe zastosowanie i uznanie za najkorzystniejszą ofertę konsorcjum, podczas gdy to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania całości oraz o nakazanie zamawiającemu, odpowiednio do zarzutów:

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert ,
- odrzucenia oferty konsorcjum,
- wezwania konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych

opisanych w pkt. 9 ppkt 3.3. ppkt 2) SWZ.

W odniesieniu do zarzutu zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum z uwagi na

niespełnianie warunku udziału w postępowaniu oraz nieprzedłożenie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zamawiający w pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ wymagał, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, aby wykonawca wykazał, że dysponuje bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania określone w SWZ w tym w § 4 ust. 1 oraz § 12 wzoru umowy oraz przepisach § 1 pkt 4) oraz § 2 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) („Rozporządzenie").

Stwierdził, że zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego oraz wymaganiami wynikającymi z przepisów powszechnie obowiązującego prawa wykonawca musi posiadać odpowiednio usytuowaną oraz odpowiednio wyposażoną bazę magazynowo-transportową położoną na terenie gminy lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy oraz musi posiadać tytuł prawny do terenu, na którym zlokalizowana jest baza, dodatkowo:

a) teren bazy musi być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym,

b) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów muszą być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,

c) teren bazy musi być 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 2018 r. poz. 2268 z późn. zm.),

d) na terenie bazy znajdowała się legalizowana samochodowa waga najazdowa - w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

Odwołujący wskazał także, iż zgodnie z pkt 9 ust. 3.3. ppkt 5) SWZ wykonawca był zobowiązany złożyć uzupełniony załącznik nr 7 potwierdzający spełnienie powyżej wskazanego warunku udziału w postępowaniu.

Podał, że podczas pierwszej oceny ofert konsorcjum nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania bazą magazynowo-transportową, a Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 grudnia 2021 r. (sygn. akt KIO 3435/21) nakazała wezwanie konsorcjum do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie ww. warunku udziału.

Podał nadto, że 23 grudnia 2021 r., w odpowiedzi na wezwanie z 21 grudnia 2021 r. konsorcjum uzupełniło oświadczenia (Załącznik nr 7 do SWZ) dotyczące wykazu narzędzi, podpisane odrębnie przez członków konsorcjum, w których członkowie konsorcjum zamieścili następujące oświadczenia:

- zgodnie z roz. 9 pkt. 3.3 ppkt 5 SWZ oświadczam, iż dysponujemy bazą magazynowo-transportową, która spełnia wymogi określone w pkt 7 ppkt 2 lit. C pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia na podstawie umowy użyczenia; załącznik został podpisany przez członka konsorcjum - ECO SPEED L. B.,

- zgodnie z roz. 9 pkt. 3.3 ppkt 5 SWZ oświadczam, iż dysponujemy bazą magazynowo-transportową, która spełnia wymogi określone w pkt 7 ppkt 2 lit. C pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia na podstawie umowy dzierżawy; załącznik został podpisany przez członka konsorcjum Ecovir Sp. z o.o.

W ocenie odwołującego podmiotowe środki dowodowe uzupełnione przez konsorcjum nie pozwalają na potwierdzenie, że konsorcjum spełnia warunek udziału w postępowaniu co do dysponowania bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania wynikające z SWZ oraz odnośnych przepisów Rozporządzenia oraz nie pozwalają na uznanie, że konsorcjum złożyło w przewidzianym terminie podmiotowy środek dowodowy potwierdzający spełnianie warunków udziału w postępowaniu z następujących względów:

- złożone przez konsorcjum oświadczenia mają charakter blankietowy i de facto nie

pozwalają na potwierdzenie i weryfikację czy wykonawca posiada/dysponuje bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w SWZ oraz w przepisach prawa,

- blankietowe oświadczenie złożone przez członków konsorcjum sprowadzają się do powtórzenia wymagań określonych w SWZ i złożenia przez członków konsorcjum oświadczenia co do dysponowania bazą magazynowotransportową rzekomo spełniającej wymagania określone w SWZ, co nie pozwala na faktyczną weryfikację czy konsorcjum dysponuje taką bazą - w treści Załącznika nr 7 konsorcjum nie wskazało nawet na tak podstawową informację jak lokalizacja rzekomej bazy magazynowo-transportowej, uniemożliwiając zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu jednoznaczną identyfikację o jaki obiekt chodzi oraz weryfikację czy warunek jest faktycznie spełniony i czy obiekt ten spełnia wymagania określone w SWZ i przepisach prawa.

Stanął na stanowisku, że opis warunków udziału w postępowaniu ma charakter materialny, a nie jest jedynie formalnym zabiegiem wymaganym przez procedurę udzielenia zamówienia, celem ustalania warunków udziału w postępowaniu jest powierzenie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego wykonawcy, którego właściwości podmiotowe pozwalają racjonalnie uznać, że wykona ją należycie.

Podkreślił, że obowiązkiem wykonawcy jest podanie zamawiającemu konkretnych informacji wskazujących na posiadane przez niego wiedzę i doświadczenie, a nie jedynie powielenie postanowień SIWZ, informacje niezbędne, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp to informacje umożliwiające realne wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu i nie są to informacje odtwarzające dosłownie brzmienie SIWZ, gdyż te mają charakter blankietowy w tym znaczeniu, że określają poziom wymagań zamawiającego; zadaniem wykonawcy jest podanie informacji stanowiących in concreto, w jaki sposób wymagania zamawiającego są przez niego spełnione.

- dopuszczenie weryfikacji spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie blankietowego oświadczenia złożonego przez konsorcjum wypacza sens postawienia „warunków udziału w postępowaniu" oraz sens wymagania podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu narzędzi. Uzupełnił, że zamawiający postawił „konkretny warunek" oraz wymagał wykazania przez wykonawcę dysponowania danym narzędziem (bazą magazynowo-transportową) wobec czego w konsekwencji, wykazując spełniania warunku udziału wykonawca winien podać konkretne, materialne informacje pozwalające zamawiającemu ocenić czy wykonawca warunek udziału spełnia.

Podniósł także, iż dopuszczenie przez zamawiającego blankietowego oświadczenia konsorcjum narusza zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ponieważ pozwala na dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawcy, który może nie posiadać wymaganych zasobów i de facto może nie spełniać postawionego warunku udziału lub posiadanie tych zasobów jest w rzeczywistości nieweryfikowalne.

Zdaniem odwołującego konsorcjum nie dysponuje, a przynajmniej nie wykazało, że dysponuje bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w SWZ oraz przytoczonych przepisach Rozporządzenia.

Stwierdził, że konsorcjum nie tylko nie wykazało spełniania warunku udziału w postępowaniu, ale też nie przedłożyło podmiotowego środka dowodowego, z którego spełnianie tego warunku mogłoby wynikać, ponieważ nie można uznać za prawidłowe wykazanie warunku udziału lub prawidłowy podmiotowy środek dowodowy gołosłowne powtórzenie w treści Załącznika nr 7 do SWZ (Wykazu narzędzi) treści warunku, który postawił zamawiający bez jednoznacznej identyfikacji bazy magazynowo-transportowej, tj. określenia o jaki obiekt chodzi lub gdzie jest położony.

Zaznaczył, że samo wezwanie zamawiającego z 21 grudnia 2021 r. było precyzyjne i jasne - zamawiający wymagał przekazania dokumentacji dotyczącej wykazania dysponowania bazą magazynowo-transportową; zamawiający w treści wezwania nawiązał do orzeczenia Izby z 7 grudnia 2021 r. (KIO 3435/21) oraz celu przedłożenia podmiotowego środka dowodowego tzn. na potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu. Uzupełnił, że z ww. orzeczenia Izby wynikało jednoznacznie, że zamawiający winien zweryfikować czy warunek udziału jest faktycznie przez wykonawcę spełniony toteż konsorcjum, jako podmiot profesjonalny, powinno zatem zdawać sobie sprawę z tego, że wykazanie warunku udziału wymaga materialnego potwierdzenia jakim konkretnie zasobem/ narzędziem konsorcjum dysponuje oraz poprzez jednoznaczną identyfikację tego zasobu.

Podniósł, że konsorcjum nie może zostać ponownie wezwane do uzupełnienia

Wykazu narzędzi, poprzez wskazanie bazy magazynowo-transportowej, ponieważ byłoby to kolejne wezwanie, które stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7) w zw. z art. 266 PZP i art. 16 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty konsorcjum, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

ponieważ konsorcjum nie wykazało, że posiada wymaganą do realizacji zamówienia bazę magazynowo-transportową odwołujący stwierdził, że działanie, którego dopuściło się konsorcjum należy zakwalifikować jako czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisu art. 3 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji („UZNK") - artykuł 3 ust. 1 UZNK jako czyn nieuczciwej konkurencji kwalifikuje każde działanie, które jest sprzeczne z prawem oraz z dobrymi obyczajami, pod warunkiem, iż zagraża ono lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Podał, że "dobre obyczaje" to normy postępowania nie będące normami prawnymi, które jednak są normami postępowania, podobnie jak "zasady współżycia społecznego" oraz "ustalone zwyczaje" i powinny ich przestrzegać osoby fizyczne oraz inne podmioty prowadzące działalność gospodarczą - chodzi o zachowanie przedsiębiorców w działalności gospodarczej.

Uzupełnił, że jednocześnie o naruszeniu interesu innego przedsiębiorcy można mówić wówczas, gdy na skutek działania konkurencyjnego podjętego przez innego przedsiębiorcę nastąpi pogorszenie możliwości zbytu zbywanych przez niego dóbr lub usługi oraz, że za działanie wyczerpujące znamiona czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu art. 3 ust. 1 UZNK będzie uznane również działanie przedsiębiorcy sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy.

Zdaniem odwołującego działaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami wyczerpującymi normę art. 3 ust. 1 UZNK jest zachowanie konsorcjum, polegające na wyłącznie pozornym, a przez to też nieskutecznym, wykazywaniu spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ, poprzez złożenie ogólnego, blankietowego oświadczenia polegającego na powtórzeniu treści warunku - tak złożone oświadczenia nie pozwala na stwierdzenie czy konsorcjum warunek faktycznie spełnia, ponieważ niemożliwa jest faktyczna weryfikacja z uwagi na brak skonkretyzowania obiektu/lokalizacji bazy magazynowo-transportowej, w konsekwencji czego do realizacji zamówienia może zostać dopuszczony wykonawca, który nie daje gwarancji wykonania zamówienia zgodnie z SWZ.

Stwierdził, że działanie konsorcjum jest ukierunkowane na utrudnienie pozyskania zamówienia przez odwołującego.

W odniesienia do zarzutu dotyczącego zaniechanie wezwania konsorcjum do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych odwołujący podał, że zamawiający wymagał również, aby w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu

opisanego w pkt 7 ppkt 2) lit. a) SWZ, w tym m.in. wykazania posiadania wpisu do

właściwego rejestru BDO w zakresie wskazanych w SWZ rodzajów odpadów wykonawca przedłożył dokumenty opisane w pkt. 9 pkt. 3.3) ppkt. 2) SWZ, tj. aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach - warunki określone w ust. 7 pkt 2 lit a SWZ.

Wskazał, że przedmiotem postępowania jest między innymi zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 toteż wykonawca powinien posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów uwzględniające ten kod.

Stwierdził, że żaden z członków Konsorcjum nie przedłożył w postępowaniu zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów obejmującego kod 20 03 01 wobec czego zamawiający winien wezwać konsorcjum do uzupełnienia takiego dokumentu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału opisanego w pkt 7 ppkt 2) lit. a) SWZ.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez zamawiającego na informatycznym nośniku danych (płyta CD-R) 21 stycznia 2022 r. - dokumentów przywołanych w dalszej części uzasadnienia, złożonego przez zamawiającego w toku rozprawy wezwania zamawiającego do przystępującego z 21 grudnia 2021 r., Odpowiedzi na odwołanie - pismo zamawiającego z 18 stycznia 2022 r., a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych na rozprawie skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp (posiada legitymacje do wniesienia odwołania), czego ani zamawiający, ani przystępujący nie kwestionował.

Zarzut pierwszy - zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu wynikającego z pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ, zgodnie z którym wykonawca winien wykazać, że dysponuje bazą magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w § 4 ust. 1 oraz § 12 wzoru umowy oraz przepisach § 1 pkt 4) oraz § 2 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) oraz który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7 ppkt. 2) lit. c) pkt 2 SWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 7 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych Warunków" pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ zamawiający wskazał, że „O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: (...) 2) Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) c) zdolności technicznej lub zawodowej (...) 2. dysponuje bazą magazynowo - transportową. Teren bazy musi być zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym. Miejsce do parkowania pojazdów na bazie powinno być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu.

Na terenie bazy muszą być zabezpieczone miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, które będą zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych. Teren bazy magazynowo - transportowej musi być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach ustawy Prawo wodne. Baza magazynowo - transportowa musi być wyposażona w: miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające ilości zatrudnionych osób, miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych, legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów. Na terenie bazy powinny znajdować się także: punkt bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów, miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów (o ile czynności te nie będą wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy).
Na terenie bazy muszą znajdować się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania."

Na potwierdzenie spełniania warunku posiadania bazy magazynowo - transportowej zamawiający oczekiwał, zgodnie z rozdziałem 9 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia." pkt 3) „Oświadczenia i dokumenty aktualne na dzień złożenia, które ma złożyć wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni" ppkt 3.3. 5) SWZ złożenia „wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych (tj. potencjału technicznego opisanego w ust. 7 pkt 2 lit. c ppkt 2) dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - wzór wykazu stanowi załącznik nr 7 do SIWZ."

W opracowanym przez zamawiającego wzorze załącznika nr 7 do SWZ zamawiający oczekiwał wypełnienia przez wykonawcę tabeli, tj. podania informacji w następujących kolumnach" „Lp.", „Typ samochodu specjalistycznego", „Przeznaczenie", „ilość (szt.)"

Pismem z dnia 21 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał przystępującego, powołując się na przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do „przesłania brakującej dokumentacji, o której

mowa w pkt 7 ppkt 2 lit.c) pkt 2 SWZ, tj. dokumentacji dotyczącej wykazania dysponowania bazą magazynowotransportową".

Zamawiający uzasadnił wezwanie w następujący sposób: „Zamawiający - Gmina Wiśniewo - po orzeczeniu Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 07.12 ,2021 r., sygn. akt KIO 3435/21 dot. braku wymaganej dokumentacji nadesłanej przez ECOVIR Sp. z o.o., Jana Pawła II 36, 09-228 Ligowo (Lider Konsorcjum), wraz z ECO-SPEED L. B., Kominy 6A, 87-300 Brodnica (Uczestnik Konsorcjum), wzywa do (...)"

Przystępujący złożył dwa oświadczenia (podpisane odpowiednio przez L. B. i D. Ś.) o tożsamej treści co do bazy magazynowo-transportowej w trzech kolumnach, tj. wypełniono w następujący sposób kolumny 1,2 i 4 tabeli:

- kolumna 1 „Lp." - „4",
- kolumna 2 „Typ samochodu specjalistycznego" - „Baza magazynowo-transportowa",
- kolumna 4 „Ilość (szt.)" - „1".

W kolumnie 3 „Przeznaczenie" D. Ś. wpisał: „Miejsce do parkowania i magazynowania, posiadająca pomieszczenia socjalne", zaś L. B. wpisał: „Miejsce do parkowania pojazdów, magazynowania odpadów, posiadające pomieszczenia socjalne dla pracowników".

Pismem z dnia 27 grudnia 2021 r. - „Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej"

Zamawiający zawiadomił wykonawców, że wybrał ofertę przystępującego, która uzyskała 100 pkt. Podał także, iż oferta odwołującego uzyskała 99,05 pkt.

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności przypomnienia wymaga, że ocena spełniania przez wykonawcę ustanowionych przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu winna być oceniana ściśle wedle reguł, zasad wyartykułowanych przez zamawiającego w postanowieniach SWZ i to tak co do odczytywania samych warunków, jak i sposobu wykazywania ich spełniania.

Dostrzec należy, że w ustanowionym warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym dysponowania bazą magazynowo-transportową (rozdział 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ) zamawiający nie odesłał do ujętego przez odwołującego w zarzucie rozporządzenia, ale „samodzielnie" opisał swoje wymagania co do tejże bazy wobec czego stwierdzić należy, że wymagania zamawiającego co do bazy należy odczytywać wyłącznie przez pryzmat opisu ujętego w SWZ w rozdziale 7 pkt 2) lit. c) ppkt 2 SWZ (a nie przez pryzmat np. opisu uj ętego w załączniku nr 9 do SWZ - „Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia", gdzie rzeczywiście zamawiający zastrzegł, że baza ma być usytuowana w gminie Wiśniewo lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy Wiśniewo na terenie, do którego wykonawca posiada tytuł prawny).

W zacytowanym powyżej opisie wymagań co do bazy magazynowo-transportowej zamawiający nie ujął wymogu co do lokalizacji bazy (odległości bazy od granic gminy) toteż oczekiwanie przez odwołującego wykazania (co najmniej na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej) tego elementu przez przystępującego jest, w świetle postanowień SWZ, nieuzasadnione.

Podniesienia w dalszej kolejności wymaga, że zamawiający nie wskazał w SWZ żadnych wymagań co do stopnia szczegółowości danych, informacji na temat bazy magazynowo-transportowej. Jest to zwłaszcza widoczne w kontekście opracowanego przez zamawiającego wzoru załącznika nr 7 do SWZ, który miał posłużyć wykazaniu dysponowania bazą, w którym zamawiający oczekiwał jedynie podania informacji na temat typu samochodu specjalistycznego, jego przeznaczenia i ilości. Treść opisu kolumn tabeli załącznika nr 7, przede wszystkim kolumny 2 „Typ samochodu specjalistycznego" referująca ewidentnie wyłącznie do potencjału wykonawcy w postaci pojazdów specjalistycznych,

prowadzi do wniosku, że zamawiający żadnych szczegółowych informacji co do bazy magazynowo-transportowej nie oczekiwał.

Uwzględniając powyższe (brak w opisie wymagań co do odległości bazy od granic gminy oraz brak wymagań co do konkretnych informacji na temat bazy w tym np. co do jej lokalizacji), skład orzekający Izby uznał, że przystępujący, wpisując w obu oświadczeniach wymaganego załącznika nr 7 do SWZ jako swój potencjał bazę magazynowo-transpoprtową i wskazując jej przeznaczenie (którego odwołujący nie kwestionował), wykazał w sposób określony w postanowieniach SWZ, że dysponuje oczekiwaną przez zamawiającego bazą magazynowo-transportową.

Skład orzekający Izby, wobec braku w SWZ w opisie warunku wymogu co do odległości bazy magazynowo-transportowej od granic gminy, złożone przez odwołującego na rozprawie materiały uznał za bezprzedmiotowe (trasy wg mapy Google, decyzja na zbieranie odpadów z 5 stycznia 2016r. OŚ.6233.818.2015.2020.ET oraz Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Środowiska - z upoważnienia ministra - na zapytanie nr 4940).

Ze wskazanych względów zarzut nie potwierdził się.

Zarzut drugi - zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, która została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r.

o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, ponieważ konsorcjum nie wykazało, że posiada wymaganą do spełnienia warunków udziału oraz wymaganą do realizacji zamówienia bazę magazynowo-transportową spełniającą wymagania określone w § 4 ust. 1 oraz § 12 wzoru umowy oraz przepisach § 1 pkt 4) oraz § 2 ust. 1 i ust. 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) nie potwierdził się.

Ustalenia składu orzekającego Izby poczynione w odniesieniu do zarzutu pierwszego pozostają aktualne także w odniesieniu do zarzutu drugiego.

Wobec uznania, że przystępujący, w sposób określony w postanowieniach SWZ, wykazał, że dysponuje oczekiwaną przez zamawiającego bazą magazynowo-transportową, skład orzekający Izby uznał także, że zarzut drugi nie potwierdził się.

Skoro bowiem zarzut odwołującego został oparty, co nie znalazło potwierdzenia, na tym, że przystępujący nie wykazał dysponowania bazą magazynowo-transportową (wykazał to, w ocenie odwołującego, jedynie „pozornie") uznać należało, że zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut trzeci (ewentualny) - zaniechania wezwania przystępującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. 7 ppkt 2) lit. a) SWZ, poprzez przedłożenie dokumentów opisanych w pkt. 9 pkt. 3.3.) ppkt. 2) SWZ, tj. aktualnego zezwolenie na prowadzenie

działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach - warunki określone w ust. 7 pkt 2 lit. a SWZ nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Zgodnie z rozdziałem 7 „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych Warunków" pkt 2) lit. a) SWZ zamawiający wskazał, że „O udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy: (...) 2) Spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego"

Na potwierdzenie spełniania tego warunku zamawiający oczekiwał, zgodnie z rozdziałem 9 „Wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia." pkt 3) „Oświadczenia i dokumenty aktualne na dzień złożenia, które ma złożyć wykonawca, którego oferta została najwyżej oceniona w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni" ppkt 3.3. 2) SWZ złożenia

„aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu i zbierania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach - warunki określone w ust. 7 pkt 2 lit. a”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Abstrahując nawet od dywagacji na temat tego, czy zarzut trzeci jest zarzutem spóźnionym (jak zdawał się twierdzić zamawiający), skład orzekający Izby ponownie przypomina, że ocena spełniania przez wykonawcę ustanowionych przez zamawiającego w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunków udziału w postępowaniu winna być oceniana ściśle wedle reguł, zasad wyartykułowanych przez zamawiającego w postanowieniach SWZ i to tak co do odczytywania samych warunków, jak i sposobu wykazywania ich spełniania.

Podkreślić należy, że w rozdziale 7 pkt 2) lit. a SWZ zamawiający wskazał jedynie na „kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej”. Taki wielce ogólny opis warunku przesądza w istocie o braku jakiegokolwiek wymogu w tym

zakresie.

Zakładając nawet, że przedmiotem zamówienia jest m.in. odbiór odpadów o kodzie 20 03 01 (w załączniku nr 9 do SWZ - I.2 lit. e) zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia są odpady komunalne z koszy na przystankach), to podnieść jednak należy, że zamawiający oczekiwania złożenia zezwolenia w tym zakresie w rozdziale 7 pkt 2) lit. a) nie sprecyzował (nie ujął) toteż oczekiwanie przez odwołującego wykazania na etapie wyboru oferty najkorzystniejszej tego elementu przez przystępującego jest, w świetle postanowień SWZ, nieuzasadnione.

Ze wskazanych względów zarzut nie potwierdził się.

Zarzut czwarty - uznania za najkorzystniejszą oferty przystępującego, podczas gdy to oferta odwołującego powinna zostać uznana za najkorzystniejszą nie potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Odwołujący nie zaprezentował żadnej argumentacji w odniesieniu do zarzutu czwartego wobec czego już choćby z tego względu zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego uznać należy, wobec faktu, że nie potwierdził się żaden z zarzutów wcześniejszych, że także ten zarzut się nie potwierdził.

Brak podstaw, w świetle zarzutów odwołania, do odrzucenia oferty przystępującego oznacza, że oferta przystępującego mogła zostać poddana przez zamawiającego ocenie z zastosowaniem ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert. Oferta przystępującego uzyskała wyższą ocenę (100 pkt) niż oferta odwołującego (99,05 pkt) toteż oczekiwanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej (pomijając kwestię wykazania spełniania przez odwołującego warunków udziału w postępowaniu) jest

nieuzasadnione.

Skład orzekający Izby nie zasądził od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów, z jakiegokolwiek tytułu, ponieważ zamawiający nie złożył do akt sprawy żadnego rachunku lub spisu kosztów [§ 5 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)].

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 ustawy Pzp, a także w oparciu o § 8 ust. 2 i § 5 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku 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: .....

KIO 28/22

15