Sygn. akt: KIO 270/22

WYROK

z dnia 14 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Odrzywolska
Aneta Mlącka
Członkowie: Andrzej Niwicki
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lutego 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Euro-Eko Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Stary Sącz z siedzibą w Starym Sączu

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej i PreZero Małopolska Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uznaje zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2b w związku z art. 125 ust. 1 i 3, art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 1, 2, 4 i 5, art. 239 ust. 1 i 2, art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części 3 zamówienia ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu za podlegające odrzuceniu i w związku z tym nie podlegające rozpoznaniu na rozprawie;

2. uwzględnia odwołanie w pozostałym zakresie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz przeprowadzenie ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej i PreZero Małopolska Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie;

3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego w % części i zamawiającego w % części, i:

3.1. 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, a także kwotę 7 787 zł 06 gr. (słownie: siedem tysięcy siedemset osiemdziesiąt siedem złotych sześć groszy) stanowiącej

kwotę wynagrodzenia pełnomocników odwołującego i zamawiającego oraz koszty dojazdu na rozprawę i koszty noclegu poniesione przez zamawiającego;

3.2. zasądza od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy) stanowiącej kwotę połowy kosztów poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

3.3. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 2 093 zł 53 gr (słownie: dwa tysiące dziewięćdziesiąt trzy złote pięćdziesiąt trzy grosze) tytułem zwrotu połowy kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na rozprawę oraz kosztów noclegu.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 270/22

U z a s a d n i e n i e

Gmina Stary Sącz, Gmina Nawojowa oraz Zakład Gospodarki Komunalnej w Łącku - wspólnie prowadzący postępowanie, w imieniu i na rzecz których działa: Gmina Stary Sącz z siedzibą w Starym Sączu (dalej: „zamawiający"), prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o których stanowi art. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) - dalej „ustawa Pzp", na wykonanie usługi pod nazwą: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Stary Sącz, Gminy Nawojowa oraz Gminy Łącko", znak postępowania: ZP.271.1.14.2021 (dalej: „postępowanie" lub „zamówienie").

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich w dniu 21 września 2021 r. pod numerem: 2021/S 183-476474.

Zamawiający 21 stycznia 2022 r. przekazał wykonawcom zawiadomienie o dokonaniu czynności wyboru, jako najkorzystniejszej w części 3 zamówienia dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny, oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia:

Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej i PreZero Małopolska Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie (poprzednia nazwa Suez Południe Spółka z o.o.) - dalej „Konsorcjum Empol" lub „przystępujący".

W dniu 31 stycznia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i Euro-Eko Sp. z o.o. z siedzibą w Mielcu (dalej „odwołujący") zostało wniesione odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań zamawiającego, podjętych w postępowaniu w części 3, polegających na: wyborze oferty Konsorcjum Empol jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia, zaniechaniu odrzucenia wskazanej powyżej oferty, odrzuceniu oferty odwołującego oraz zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2a, b i c ustawy Pzp w związku z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, art.

239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Empol w zakresie części 3 zamówienia, podczas gdy przedmiotowa oferta podlega odrzuceniu, ponieważ:

1.1. została złożona przez wykonawców, którzy nie spełniają warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII.2.3) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") ze względu na fakt, że nie posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* oraz nie posiadają umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, jak również nie posiadali przedmiotowego zezwolenia lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów przez cały okres trwania postępowania - od dnia składania ofert;

1.2. została złożona przez wykonawców, którzy na wezwanie do uzupełniania dokumentów, o którym mowa w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, nie przedłożyli wymaganych podmiotowych środków dowodowych w postaci zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie wskazanych odpadów, co wynika z faktu, iż przedłożone przez wykonawców umowy z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r. zostały zawarte z podmiotem, który nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, a ponadto pomiędzy okresami obowiązywania wskazanych umów istniała przerwa, skutkująca brakiem ciągłości spełniania warunku w czasie trwania postępowania o udzielenie zamówienia;

1.3. została złożona przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp ze względu na fakt, że wskazani wykonawcy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadzili zamawiającego w błąd podając w świadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w oświadczeniu o aktualności danych, że spełniają warunek udziału w postępowaniu określony w pkt VII.2.3) SWZ, zataili informację o niespełnianiu przez nich owego warunku oraz nie są w stanie przedstawić podmiotowych środków dowodowych celem wykazania spełnienia tego warunku;

1.4. została złożona przez wykonawców podlegających wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp ze względu na fakt, że wskazani wykonawcy w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawili informacje wprowadzające w błąd błędnie podając w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, oraz w oświadczeniu o aktualności danych, że spełniają warunek udziału w postępowaniu określony w pkt VII.2.3) SWZ, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co w konsekwencji doprowadziło do bezprawnego wyboru oferty wskazanych powyżej wykonawców jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp w związku z art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1, 2, 4 i 5 ustawy Pzp, art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 253 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części 3 zamówienia ze względu na rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy spełnia on wszystkie warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek określony w pkt VII.2.3) SWZ przez cały okres postępowania od dnia składania ofert oraz wykazał spełnienie wszystkich warunków udziału w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, a ponadto zamawiający nie powziął żadnych czynności w celu wyjaśnienia powziętych przez siebie wątpliwości w tym zakresie, co w konsekwencji doprowadziło do zaniechania wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia;

3. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz 17 ust. 2 ustawy Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2a, b i c ustawy Pzp, art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp, art. 125 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty Konsorcjum Empol w zakresie części 3 zamówienia jako oferty najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, wprowadził zamawiającego w błąd odnośnie spełnia warunków oraz nie przedłożył wymaganych podmiotowych środków dowodowych, a złożona przez niego oferta podlegała odrzuceniu, a ponadto nie jest ofertą najkorzystniejszą, przy jednoczesnym zaniechaniu wyboru oferty odwołującego, która nie podlega odrzuceniu i jest ofertą najkorzystniejszą w zakresie części 3 zamówienia, co sprawia, że zamawiający był zobowiązany wybrać

ofertę odwołującego jako najkorzystniejszą w zakresie części 3 zamówienia.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty odwołującego, przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, odrzucenia oferty Konsorcjum Empol oraz dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w uzasadnieniu niniejszego odwołania na okoliczności tam przywołane oraz obciążenie zamawiającego kosztami postępowania według norm przepisanych.

Odwołujący przedstawił następującą argumentację na poparcie swojego stanowiska, że oferta Konsorcjum Empol winna ona zostać odrzucona ze względu na wystąpienie okoliczności określonych w art. 226 ust. 1 pkt 2a, b i c ustawy Pzp,.

W pierwszej kolejności podniósł, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt VII.2.3) SWZ. Zamawiający wymagał posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem posiadającym takie zezwolenie, w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym odpadków o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Konsorcjum Empol powołało się na umowy z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r., zawarte z GEOMAR RECYKLING Sp. z o.o. oraz posiadane przez ten podmiot zezwolenie - decyzję z dnia 30 grudnia 2014 r. wydaną przez Marszałka Województwa Małopolskiego, znak sprawy: SR III.7244.4.4.2014.LB. Jednakże, z treści przedmiotowej decyzji wynika jednoznacznie, że obejmuje ona przetwarzanie odpadów wyłącznie o kodach: 16 02 13*, 20 01 35*, 16 02 14 i 20 01 36 (pkt II.A sentencji). Nie obejmuje ona jednak zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, których dotyczy niniejsze postępowanie. Wskazane kody odpadów co prawda zostały wymienione w treści owej decyzji, jednakże w pkt II.B, który zawiera zezwolenie na zbieranie odpadów, a nie przetwarzanie odpadów.

Odwołujący wyjaśnił, że przetwarzanie odpadów to zupełnie inna czynność od zbierania odpadów. Przedmiotowe pojęcia są terminami prawnymi zdefiniowanymi ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.) - dalej jako „Ustawa o odpadach", do której zamawiający jednoznacznie odesłał w treści warunku. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt 21 i pkt 34 Ustawy o odpadach: „Ilekroć w ustawie jest mowa o: 21) przetwarzaniu - rozumie się przez to procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie; 34) zbieraniu odpadów - rozumie się przez to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie, nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b."

Tym samym przetwarzanie i zbieranie stanowią odrębne czynności w ramach gospodarki odpadami. Przetwarzanie polega na przetworzeniu odpadów poprzez przywrócenie ich częściowej użyteczności (odzysk) lub przetworzeniu, które nie zapewnia przywrócenia częściowej użyteczności (unieszkodliwienie). Natomiast zbieranie odpadów to po prostu gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca, w którym zostaną przetworzone.

W treści omawianego warunku zamawiający jednoznacznie postanowił, że wymaga posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów zgodnie z Ustawą o odpadach. W celu spełnienia warunku należało posiadać zezwolenie lub umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie w zakresie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Tym samym, skoro Konsorcjum Empol samo nie posiada zezwolenia lub nie ma zawartej umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, które są objęte przedmiotem zamówienia, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.3) SWZ.

Niezależnie od powyższego, z daleko idącej ostrożności procesowej odwołujący podniósł, iż nawet gdyby teoretycznie przyjąć, że przedłożone przez Konsorcjum Empol umowy z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r. zostały zawarte z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* (co jak wykazano powyżej jest nieprawdą), to oferta ta i tak podlega odrzuceniu, ponieważ nie zapewnił on ciągłości spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.3) SWZ, przez cały okres postępowania od dnia składania ofert.

Pomiędzy okresami obowiązywania przedłożonych przez Konsorcjum Empol umów z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r. występuje bowiem jeden dzień przerwy, tj. 1 stycznia 2022 r. Zgodnie z §5 ust. 1 umowy z dnia 2 stycznia 2021 r. obowiązuje ona od dnia 2 stycznia 2021 r. do dnia 31 grudnia 2021 r. Natomiast zgodnie z §5 ust. 1 umowy z dnia 2 stycznia 2022 r. obowiązuje ona od dnia 2 stycznia 2022 r. do dnia 31 grudnia 2022 r. Odwołujący podkreślił, że irrelewantne jest przy tym, że dzień 1 stycznia 2022 r., w którym nie obowiązywała żadna z przedłożonych przez przystępującego umów, przypada na dzień wolny od pracy. Ciągłość spełniania warunków udziału w postępowaniu musi zostać zachowana przez cały okres trwania postępowania od dnia składania ofert, tj. warunki muszą być spełnione przez cały czas, a nie tylko w dni robocze.

Niezależnie od powyższego, w ocenie odwołującego przedstawiony stan faktyczny wyczerpuje również przesłanką odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp tj. przesłankę odrzucenia oferty z powodu braku przedłożenia w terminie dokumentów, w tym podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. wezwał przystępującego do uzupełnia dokumentów m.in. poprzez przedłożenie zezwolenia lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzania odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Konsorcjum Empol nie przedłożył własnego zezwolenia, jak również nie przedłożył umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie w przedmiotowym zakresie. Odwołujący zaznaczył, że zamawiający wyczerpał już procedurę dodatkowego wezwania określoną w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do przedłożenia zezwolenia lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o ww. kodach, ponieważ wykonawca ten nie przedłożył tych dokumentów na pierwotne wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym brak jest podstaw do kolejnego wzywania Konsorcjum Empol do uzupełnia wskazanych podmiotowych środków dowodowych, ponieważ naruszałoby to zasadę jednokrotności wezwania, co sprawia, że oferta ta podlega odrzuceniu.

Odwołujący twierdził ponadto, że oferta Konsorcjum Empol podlega odrzuceniu również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp. Załączył on do oferty oświadczenie wstępne, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, w którym zadeklarował, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu. Następnie, na wezwanie zamawiającego z dnia 23 grudnia 2021 r. złożył oświadczenie o aktualności danych zawartych w oświadczeniu wstępnym. Wskazane powyżej oświadczenia były nieprawdziwe, ponieważ już na dzień składania ofert przystępujący nie spełniał warunku udziału określonego w VII.2.3) SWZ, ponieważ nie posiadał zezwolenia lub umowy lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Przedmiotowa teza znajduje oparcie w treści dokumentów przedłożonych przez Konsorcjum Empol w postępowaniu.

Składając ofertę przystępujący albo miał świadomość, że jego kontrahent nie posiada zezwolenia na przetwarzanie tych kategorii odpadów i liczył, że zamawiający nie zauważy tej kwestii, albo nie zweryfikował dokładnie treści decyzji posiadanej przez swojego kontrahenta. Niezależnie która z tych alternatyw rzeczywiście wystąpiła, spełnione są przesłanki określone w art. 109 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp, ponieważ mamy do czynienia z zamierzonym działaniem lub rażącym niedbalstwem. Jeżeli Konsorcjum Empol znało treść decyzji posiadanej przez GEOMAR, to możemy mówić o zamierzonym działaniu. Jeżeli natomiast nie zapoznało się z treścią tej decyzji, możemy mówić o rażącym niedbalstwie, ponieważ w branży odpadów weryfikacja posiadania odpowiednich pozwoleń przez kontrahenta jest kwestią podstawową i najważniejszą, a brak weryfikacji w tak kardynalnej kwestii stanowi zaniechanie o rażącym charakterze.

Opisany stan faktyczny w ocenie odwołującego jednocześnie wyczerpuje również przesłanki określone art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, o ile złożenie oświadczenia wstępnego o spełnieniu warunku oraz oświadczenia o aktualności danych przez Konsorcjum Empol nie miało charakteru świadomego. Jeżeli bowiem przyjąć, że przystępujący nie był świadomy, że jego kontrahent nie posiada właściwego zezwolenia, to co najmniej możemy mówić o niedbalstwie i to niedbalstwie rażącym, ewentualnie o lekkomyślności przy składaniu oświadczenia wstępnego, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu, ponieważ zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie wstępne stanowi dowód potwierdzający m. in. spełnienie warunków do dnia przedłożenia podmiotowych środków dowodowych.

W dalszej części odwołania, odnosząc się do zarzutów naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp, poprzez nieuprawnione odrzucenie oferty odwołującego z powodu braku spełnienia warunku, o którym mowa w VII.2.3) SWZ odwołujący przypomniał, że do oferty załączył oświadczenie, o którym mowa w pkt VIII.1 SWZ oraz art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, potwierdzające spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu. Pismem z dnia

15 listopada 2021 r. odwołujący został wezwany do złożenia dokumentów, w tym podmiotowych środków dowodowych, w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący przedłożył żądane dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego.

Pismem z dnia 2 grudnia 2021 r. odwołujący, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do złożenia brakującego podmiotowego środka dowodowego - zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 01 21*. Odwołujący przedłożył żądane dokumenty w terminie wyznaczonym przez zamawiającego. Złożone przez odwołujące zezwolenia oraz umowy z podmiotami posiadającymi zezwolenia, obejmowały wszystkie kategorie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym odpady o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający w niniejszym przypadku dopuszcza się rażącego nierównego traktowania wykonawców, odrzuca ofertę odwołującego ze względu na rzekome niespełnienie warunków udziału w postępowaniu, a jednocześnie nie zauważa oczywistych podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, wobec braku uzupełniania podmiotowych środków dowodowych oraz niespełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wywodził, że wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu poprzez złożenie wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które zgodnie z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp jest dowodem potwierdzającym spełnienie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, obowiązującym do dnia złożenia podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień złożenia. Następnie, na podstawie otrzymanych wezwań w trybie art. 126 ust. 1 oraz 128 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył wszystkie wymagane podmiotowe środki dowodowe, aktualne na dzień ich złożenia, potwierdzające spełnienie wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku określonego w pkt VII.2.3) SWZ. W szczególności potwierdził, że posiadał zezwolenia lub umowy od dnia składania ofert do dnia przedłożenia podmiotowych środków dowodowych, a następnie, w odpowiedzi na wezwania w trybie art. 126 ust. 1 i art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, przedłożył zezwolenie oraz umowy obowiązujące (aktualne) na dzień złożenia.

Wyjaśnił także, że złożone przez odwołującego pisemne umowy, zastąpiły obowiązujące dotychczas umowy ustne, które zostały zawarte przed złożeniem oferty w postępowaniu. Taki sposób przygotowania się do postępowania był dopuszczalny w niniejszym przypadku, ponieważ przepisy prawa nie przewidują dla zawarcia umowy na świadczenie usługi przetwarzania odpadów szczególnej formy. Z tego względu odwołujący dokonał z podmiotami świadczącymi tego rodzaju usługi ustnych uzgodnień, zawierając ustne umowy. Po otrzymania wezwania w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, strony zastąpiły ustne umowy umowami na piśmie, które następnie zostały przedłożone jako aktualne na dzień złożenia.

Odwołujący dodał, że wraz z każdą pisemną umową przedłożył decyzję potwierdzającą zezwolenia na przetwarzanie odpadów, w tym odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Wszystkie przedłożone przez niego decyzje zostały wydane przez dniem składania ofert. Ciągłość umów zawartych przez odwołującego również została zachowana, ponieważ umowy pisemne zastąpiły umowy ustne z chwilą złożenia podpisów, co sprawia, że pomiędzy umowami ustnymi a umowami pisemnymi nie występowała żadna przerwa.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że zamawiający nie odrzucił jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, tj. z powodu niezłożenia podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Z tego względu bezpodstawne jest powoływanie się przez zamawiającego na wezwanie do uzupełnienia dokumentów z dnia 16 grudnia 2021 r., skierowane do odwołującego oraz nieprawomocny wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3753/21, oddalający odwołanie złożone przez odwołującego na bezprawną czynność owego wezwania, wraz z unieważnieniem czynności wyboru oferty odwołującego.

Stwierdził w dalszej części, że odrzucając ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2b ustawy Pzp, tj. z powodu niespełnienia warunków udziału, zamawiający jest zobowiązany wykazać, że istnieje określony stan faktyczny polegający na niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a tego zamawiający w żaden sposób nie zrobił. W uzasadnieniu czynności odrzucenia jego oferty zamawiający podaje nieprawdziwą informację, jakoby rzekomo wezwanie z dnia 16 grudnia 2021 r. obejmowało podmiotowe środki dowodowe dotyczące odpadów o kodach: 20 01 40 i 20 01 21*. Przedmiotowe wezwanie nie obejmowało odpadów o wskazanych kodach, co jednoznacznie wynika z jego treści.

Z ostrożności procesowej odwołujący podniósł także, że powoływanie się przez zamawiającego na wezwanie z dnia 16 grudnia 2021 r. oraz wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 3753/21 jest ponadto bezprzedmiotowe dla oceny zgodności z prawem dokonanej czynności odrzucenia oferty odwołującego z następujących powodów: (1) wezwanie to jest bezprawne i częściowo bezskuteczne prawnie (częściową bezskuteczność prawną potwierdziła KIO w wyroku wydanym w sprawie o sygn. akt 3753/21 pomimo oddalenia odwołania); (2) wezwanie zostało zaskarżone poprzez wniesienie przez odwołującego odwołania, a wyrok KIO w sprawie o sygn. akt 3753/21 jest nieprawomocny co sprawia, że ocena zgodności z prawem przedmiotowego wezwania nie jest objęta powagą rzeczy osądzonej i pozostaje na dzień dzisiejszy nierozstrzygnięta (odwołujący zamierza skorzystać z przysługującego mu środka ochrony prawnej w postaci skargi na przedmiotowy wyrok w ustawowymi terminie, który jeszcze nie upłynął); (3) uzasadnienie wyroku KIO w sprawie o sygn. akt 3753/21 jest lakoniczne i pozbawione argumentacji prawnej, która przekonująca przedstawiałaby motywy rozstrzygnięcia; (4) zastosowanie się przez odwołującego do wezwania było obiektywnie niemożliwe, ponieważ: zamawiający żądał podmiotowych środków dowodowych dotyczących dwóch kodów odpadów nieobjętych przedmiotem zamówienia, a ponadto żądał podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień składania ofert, podczas gdy przepis art. 128 ust. 3 ustawy Pzp stanowi wyraźnie, że składane środki dowodowe muszą być aktualne na dzień złożenia, co sprawia, że odwołujący nie mógł przedłożyć umów obowiązujących na dzień składania ofert, które nie obowiązywała w dniu otrzymania wezwania, ponieważ zostały zastąpione aktualnymi umowami, przedłożonymi już wcześniej zamawiającemu, a ponadto umowy obowiązujące w dniu składania ofert miały formę ustną, co było w tym przypadku zgodne z prawem.

Odwołujący przypomniał, że aktualność podmiotowych środków dowodowych na dzień złożenia oznacza, że mają one potwierdzać stan faktyczny w dniu złożenia, ponieważ dokumentem potwierdzającym stan faktyczny w okresie wcześniejszym jest oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. Na gruncie aktualnie obowiązującej ustawy Pzp usunięto, pojawiające się na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów, wątpliwości odnośnie rozumienia aktualności dokumentu. Aktualność oznacza, że podmiotowy środek dowodowy ma poświadczań okoliczność na dzień jego złożenia, a nie na dni wcześniejsze. W przypadku dokumentu umowy oznacza to, że dokument umowy ma poświadczenie istnienie stosunku prawnego na dzień przedłożenia dokumentu umowy. Brak jest podstaw prawnych do żądania dokumentu umowy, sporządzonego przed terminem składania ofert.

Odwołujący podkreślił także, że jeżeli złożone przez odwołującego umowy na zagospodarowanie odpadów budziły wątpliwości zamawiającego w zakresie dat tych dokumentów, to mógł on skorzystać z którejś z instytucji prawnych określonych w art. 128 ust. 4 lub 5 ustawy Pzp, tj. wezwać odwołującego do wyjaśnień w przedmiotowym zakresie lub zwrócić się bezpośrednio do zleceniobiorców określonych w przedmiotowych umowach. Pokreślił przy tym, że odwołujący nie ma obowiązku samodzielnego formułowania wyjaśnień, bez otrzymania wezwania w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp. Jeżeli zamawiający powziął wątpliwości w zakresie dat dokumentów, mógł o przedmiotową kwestię zapytać. Z kolei odrzucenie oferty, bez wcześniejszego zwrócenie się o wyjaśnienie powziętych przez zamawiającego wątpliwości, należy uznać za przedwczesne i tym samym bezprawne.

Zamawiający, działając na podstawie art. 524 ustawy Pzp, poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania, wzywając uczestników postępowania do złożenia przystąpienia. Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpili wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej i PreZero Małopolska Spółka z o.o. z siedzibą w Krakowie.

Zamawiający, działając na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp, złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie. W piśmie procesowym, w pierwszej kolejności wniósł o odrzucenie odwołania, w zakresie w jakim odwołujący kwestionował czynność zamawiającego polegającą na odrzuceniu jego oferty jako, że zostały oparte wyłącznie na tych samych okolicznościach, które były przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie dotyczącej tego samego postępowania, wniesionego przez tego samego odwołującego, a nadto jako dotyczące czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z wyrokiem Izby z dnia 11 stycznia 2022 r. sygn. akt KIO 3753/21. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania, z uwagi na brak interesu prawnego po stronie odwołującego.

Odwołujący, tytułem ustosunkowania się do twierdzeń zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie, przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z 11 lutego 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania przesłaną przez zamawiającego do akt sprawy, a także po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią na nie, stanowiskiem zaprezentowanym przez odwołującego w piśmie procesowym, a także po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron i uczestnika postępowania, złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, jednakże należało uznać zarzuty naruszenia art.

226 ust. 1 pkt 2b w związku z art. 125 ust. 1 i 3, art. 126 ust. 1, art. 128 ust. 1, 2, 4 i 5, art. 239 ust. 1 i 2, art. 253 ust. 1 oraz art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego w zakresie części 3 zamówienia ze względu na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - za podlegające odrzuceniu. W związku z tym Izba nie skierowała odwołania w tym zakresie do rozpoznania na rozprawie, o czym orzeczono w pkt 1 sentencji wyroku.

W tym zakresie Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że okoliczności, jakie w niniejszej sprawie podnosi odwołujący, uzasadniając zarzuty dotyczące odrzucenia jego oferty, są tożsame z tymi, które były podnoszone przez odwołującego w uzasadnieniu odwołania w sprawie sygn. akt. 3753/21. Zarówno w sprawie, toczącej się w wyniku poprzednio wniesionego odwołania, jak też w niniejszej, odwołujący podkreśla, że: wezwanie skierowane przez zamawiającego z dnia 16 grudnia 2021 r. było niewykonalne, gdyż obejmowało nieistniejące kody 20 10 40, 20 10 21*; umowy przedłożone na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzały, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie było podstaw do wezwania wykonawcy do ich uzupełnienia; zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Wszystkie te okoliczności były już przedmiotem oceny składu orzekającego w wyroku z dnia 11 stycznia 2022 r., sygn. akt KIO 3753/21. Izba oddaliła wówczas odwołanie złożone przez odwołującego stwierdzając, że zamawiający zasadnie wezwał go do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które będą potwierdzały spełnienie warunków udziału w postępowaniu przez cały czas trwania postępowania, od dnia składania ofert.

Nie sposób podzielić oceny odwołującego, że w uprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym Izba nie weryfikowała czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jedynie oceniała zgodność z prawem czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów z 16 grudnia 2021 r. oraz unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej. Przedmiotem orzekania Izby w sprawie o sygn. akt. KIO 3753/21 było w pierwszej kolejności to czy spełniony został przez niego warunek udziału w postępowaniu i czy przedstawione przez odwołującego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnianie tego warunku. Gdyby Izba oceniła, że przedstawione dokumenty potwierdzają, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony, co ocenia się przecież na odstawie przedłożonych w postępowaniu dokumentów, nie doszłaby w konsekwencji do przekonania, że zamawiający zasadnie wezwał wykonawcę do ich uzupełnienia.

Odwołujący próbuje wywodzić, że przedmiotem odwołania w niniejszej sprawie są inne zaniechania i czynności zamawiającego, które miały miejsce w dniu 21 stycznia 2022 r. Pomija zupełnie, że Izba w wyroku o sygn. akt KIO 3753/21 nie tylko oceniła, że wezwanie skierowane przez zamawiającego do odwołującego, celem ponownego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych było zasadne, ale też, że złożone przez niego wcześniej dokumenty były nieprawidłowe, gdyż nie potwierdzały spełnienia warunków przez cały okres trwania postępowania. Z kolei odwołujący, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, nie przedstawił nowych dokumentów, ograniczając się w istocie w udzielonej zamawiającemu odpowiedzi do polemiki ze stanowiskiem Izby, wyrażonym w cytowanym wyroku. Tym samym, w świetle rozstrzygnięcia spornych okoliczności w poprzednim odwołaniu, zamawiający na obecnym etapie postępowania nie mógł postąpić inaczej, niż podjąć decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego. Czynność ta jest zatem wyłącznie bezpośrednią konsekwencja tego, że Izba rozstrzygnęła już raz, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w toku całego postepowania.

Chybione jest także stanowisko odwołującego, który zwraca uwagę, że wyrok zapadły w sprawie KIO 3753/21, jako że jest nieprawomocny - jest bez znaczenia dla niniejszego postępowania. Przypomnieć należy, że wyrok wydany przez Izbę jest skuteczny z chwilą jego wydania, a zamawiający zobowiązany jest go wykonać. Ewentualne wniesienie skargi do sądu nie wstrzymuje jego wykonania. Trafnie też dostrzegł zamawiający, że przepis art. 528 pkt 4 ustawy Pzp nie wymaga, aby te same okoliczności były uprzednio rozstrzygnięte w odwołaniu zakończonym prawomocnym wyrokiem. Celem tej regulacji jest

uniemożliwienie wielokrotnego kwestionowania kolejnych czynności zamawiającego w oparciu o okoliczności, które w danym postępowaniu zostały już uprzednio rozstrzygnięte.

W konsekwencji, z uwagi na to, że odwołujący w odwołaniu na czynność odrzucenia jego oferty nie powołał żadnych okoliczności, które miałyby odnosić się ściśle do czynności odrzucenia, a które nie zostały już wcześniej podniesione przy zaskarżeniu poprzednich czynności - odwołanie w tym zakresie należało odrzucić.

Ponadto Izba stwierdziła, że odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności.

Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, w zakresie części 3 zamówienia opisanej w SWZ, i w dalszym ciągu jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia, co potwierdza fakt złożenia niniejszego odwołania. Ponadto, pomimo wystąpienia podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie dotyczącym czynności odrzucenia oferty odwołującego, odwołujący nadal posiada interes do wniesienia odwołania w zakresie dotyczącym zaniechania odrzucenia oferty Konsorcjum Empol.

Izba nie zgadza się w tym zakresie z poglądem prezentowanym przez zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, że w sytuacji wystąpienia podstaw do odrzucenia odwołania, w części obejmującej zarzuty przeciwko czynności odrzucenia oferty odwołującego, uwzględnienie odwołania na wybór oferty konkurencyjnej, jako że nie spowoduje powrotu oferty odwołującego do postępowania, powoduje brak po jego stronie interesu we wniesieniu odwołania.

Na gruncie przepisu art. 505 ustawy Pzp, konieczne jest szerokie rozumienie interesu we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Przekłada się ono na to, że interesu wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania", ale do „danego zamówienia". Z kolei pojęcie „danego zamówienia" ma szerszy charakter niż samo postępowanie o udzielenie zamówienia. Zamówienia można bowiem udzielić nie tylko w wyniku przeprowadzenia jednego postępowania. Procedur tych może być więcej, zwłaszcza w sytuacji kiedy w wyniku poprzedniego postępowania w tej samej sprawie nie wybrano wykonawcy albo nie udzielono zamówienia.

Jeżeli zatem, w okolicznościach niniejszej sprawy, Izba uwzględni odwołanie w zakresie dotyczącym odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum Empol, zamawiający będzie musiał unieważnić przedmiotowe postępowanie. Następnie zmuszony będzie wszcząć kolejną procedurę, gdyż nie może zrezygnować z udzielenia zamówienia w przedmiocie, który stanowi ustawowy obowiązek zamawiającego, wynikający z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Tym samym odwołujący, który będzie miał ponownie możliwość złożenia oferty w nowej, powtórzonej procedurze przetargowej, będzie mógł zamówienie to uzyskać.

Niezależnie, należy też podnieść, że odwołujący, który w niniejszym odwołaniu podnosił okoliczności niezgodnego z przepisami działania zamawiającego, polegającego na odrzuceniu jego oferty pomimo, że Izba uznała przedmiotowe zarzuty za podlegające odrzuceniu, może kwestionować orzeczenie w tej części, składając skargę do właściwego Sądu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy. Izba dopuściła i oceniła dowody złożone przez odwołującego i przystępującego na rozprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że przedmiotem postępowania, zgodnie z opisem zamieszczonym w ogłoszeniu o zamówieniu i pkt IV SWZ jest świadczenie usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gmin: Stary Sącz, Nawojowa oraz Łącko. Zamawiający dokonał podziału zamówienia na trzy części, z których częścią 3 objęto: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych gromadzonych w sposób selektywny.

Dalej Izba ustaliła, że zamawiający w pkt VI.1.b przewidział podstawy wykluczenia z udziału w postępowaniu: art. 109 ust. 1 pkt 1, 4, 5, 7, 8 i 10 ustawy Pzp. Ponadto, w pkt VII.2.3) SWZ określił warunki udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wymagając aby wykonawca wykazał, że posiada aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub posiada aktualna umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na

przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, zgodnie z obowiązującymi przepisami, tj. ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.). Z kolei w pkt VIII.3.9 przewidział, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych: zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych zamówieniem.

Zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części 3 (odbiór i zagospodarowanie odpadów gromadzonych w sposób selektywny), pkt 1h załącznika nr 2.3 do SWZ, zakresem zamówienia objęto m. in. odpady niebezpieczne o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*.

Izba ustaliła także że swoje oferty w postępowaniu dla części 3 zamówienia złożyło dwóch wykonawców: odwołujący i przystępujący.

W dniu 23 grudnia 2021 r. zamawiający wezwał Konsorcjum Empol do złożenia podmiotowych środków dowodowych w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z niezłożeniem przez tego wykonawcę podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt VII.2.3 SWZ zamawiający, pismem z dnia 12 stycznia 2022 r., działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych zamówieniem, tj. m. in. odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15*, i 20 01 33*.

W odpowiedzi, pismem z dnia 17 stycznia 2022 r., Konsorcjum Empol przekazało między innymi, tytułem uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących posiadania zezwolenia na przetwarzanie lub umowy z podmiotem posiadającym pozwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* dwie umowy: z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r. zawarte z GEOMAR RECYKLING Sp. z o.o. (dalej „GEOMAR") oraz zezwolenie posiadane przez ten podmiot - decyzję z 30 grudnia 2014 r., wydaną przez Marszałka Województwa Małopolskiego, znak sprawy: SR III.7244.4.4.2014.LB.

Pismem z 21 stycznia 2022 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Konsorcjum Empol, jako najkorzystniejszej w zakresie części 3 zamówienia oraz odrzuceniu oferty odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje

Izba uznała, że w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało dostrzec, że zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia dla części 3 (odbiór i zagospodarowanie odpadów gromadzonych w sposób selektywny), pkt 1h załącznika nr 2.3 do SWZ, zakresem zamówienia objęto m. in. odpady niebezpieczne o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Zgodnie z treścią warunku udziału w postępowaniu, opisanego w pkt VII.2.3) SWZ zamawiający wymagał, aby wykonawca wykazał, że posiada aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub też aktualną umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W rezultacie, każdy z wykonawców był zobowiązany albo posiadać zezwolenie na przetwarzanie tych odpadów lub też umowę z podmiotem, który takie zezwolenie na przetwarzanie odpadów posiada.

Analiza dokumentów, złożonych przez Konsorcjum Empol, w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, prowadzi do wniosku, iż przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, w brzmieniu ustanowionym przez zamawiającego w SWZ. Nie ulega wątpliwości, że sam nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Z kolei GEOMAR, z którym przystępujący zawarł umowę, i który to podmiot zgodnie z treścią przywołanego powyżej warunku winien posiadać takie zezwolenie, powołuje się na decyzję z dnia 30 grudnia 2014 r. wydaną przez Marszałka Województwa Małopolskiego, znak sprawy: SR III.7244.4.4.2014.LB. Izba, po analizie tego dokumentu, doszła do przekonania, że rację ma odwołujący twierdząc, że z jej treści wynika jednoznacznie, że obejmuje ona przetwarzanie odpadów wyłącznie o kodach: 16 02 13*, 20 01 35*, 16 02 14 i 20 01 36 (pkt II.A sentencji). Nie obejmuje ona natomiast zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, których dotyczy

niniejsze postępowanie. Wskazane kody odpadów co prawda zostały wymienione w treści owej decyzji, jednakże w pkt II.B, który zawiera zezwolenie na zbieranie odpadów, a nie przetwarzanie odpadów.

Nie ma zatem żadnej wątpliwości, że odpady o tych kodach nie są objęte zezwoleniem na przetwarzanie, a jedynie zezwoleniem na zbieranie. W istocie, zgodnie z Ustawą o odpadach, przetwarzanie odpadów jest zupełnie inną czynnością, niż zbieranie odpadów. Pojęcia te są odrębnymi terminami, zdefiniowanymi w Ustawie o odpadach. Zgodnie z definicją mówiąc o przetwarzaniu odpadów mamy na myśli procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie, z kolei zbieranie to gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie, nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów.

Nie sposób zatem podzielić interpretacji, którą zamawiający zaprezentował na rozprawie, że analiza treści decyzji prowadzi do wniosku, że skoro w jej treści, w odniesieniu do odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* przewidziano, że te będą magazynowane (według zestawienia, zgodnie z opisem zawartym na str. 26 decyzji) to jeśli decyzja przewiduje etap magazynowania odpadów o tych kodach i jest to jeden z etapów procesu odzysku to należy uznać, że zezwoleniem objęto również jeden z etapów dotyczących przetwarzania odpadów. Interpretacja taka jest nieuprawniona, gdyż po pierwsze nie wynika ona z literalnego brzmienia decyzji (w tej dokonano jednoznacznego podziału na odpady, dla których GEOMAR posiada zezwolenie na zbieranie, oraz część, w której wymieniono te odpady, dla których udzielono zezwolenia na ich przetwarzanie). Po drugie, samo magazynowanie odpadów jest czynnością, która może być elementem zarówno przetwarzania, jak też zbierania odpadów. Powyższe wynika wprost z treści definicji wprowadzonej art. 3 ust. 1 pkt 5 Ustawy o odpadach. Zgodnie z nią magazynowanie odpadów to czasowe przechowywanie odpadów obejmujące: (a) wstępne magazynowanie odpadów przez ich wytwórcę, (b) tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, (c) magazynowanie odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów. Z przedmiotowej definicji wynika więc bezsprzecznie, że magazynowanie jest czynnością właściwą zarówno dla procesu zbierania, jak też przetwarzania odpadów. W przedmiotowej decyzji dla odpadów o kodach 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33* przewidziano zatem magazynowanie, odnoszące się wyłącznie do procesu zbierania odpadów.

Nie sposób zaakceptować także wyjaśnień składanych na rozprawie przez przystępującego. Wskazywał on na treść §1 ust. 2 zawartych z Konsorcjum Empol umów, z którego wynikać ma zapewnienie Geomar, że zobowiązuje się do realizacji usług polegających na przetwarzaniu odpadów. Powoływał się także, na wynikającą z art. 27 ust. 3 Ustawy o odpadach, możliwość przekazywania odpadów następnemu posiadaczowi odpadów, który posiada stosowną decyzję na ich przetwarzanie. Z powyższego wywodził, że skoro GEOMAR przyjął na siebie określone zobowiązanie, to musi je realizować zgodnie z treścią zawartej umowy, i w tym celu może, nawet jeśli sam nie posiada stosownego zezwolenia, przekazywać odpady innemu podmiotowi.

Takie wyjaśnienia są nie do zaakceptowania z tego powodu, że zgodnie z treścią omawianego warunku zamawiający jednoznacznie przesądził, że wymaga, aby podmiot który złożył ofertę albo sam posiadał zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub też aby przedłożył umowę, zawartą z podmiotem takie zezwolenie posiadającym. Żaden z powyższych warunków nie został spełniony, i nie może zmienić tej oceny ani treść zawartych z GEOMAR umów, ani też oświadczenie przedłożone przez przystępującego na rozprawie, w którym GEOMAR deklaruje, że będzie w stanie kompleksowo przetworzyć odpady przekazane przez Konsorcjum Empol w ramach części 3 zamówienia.

Zamawiający nie dopuścił bowiem możliwości czy to zastąpienia zezwolenia na przetwarzanie zezwoleniem na zbieranie odpadów, czy też sytuacji w której podmiot, z którym została zawarta umowa nie będzie sam przetwarzał przekazanych mu odpadów. Przypomnieć także należy w tym miejscu, że istotą warunków, formułowanych przez zamawiającego w danym postępowaniu jest uzyskanie potwierdzenia, że wykonawca będzie zdolny do realizacji zamówienia publicznego w zakresie, w jakim opisał jego przedmiot zamawiający. Na potwierdzenie powyższego żąda określonych dokumentów, a nie samych deklaracji w tym zakresie.

Tym samym Izba doszła do wniosku, że skoro Konsorcjum Empol samo nie posiada zezwolenia lub nie ma zawartej umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, które są objęte przedmiotem zamówienia w części 3, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym

mowa w pkt VII.2.3) SWZ.

Z kolei odnosząc się do twierdzeń odwołującego w zakresie, w jakim podnosił, że oferta Konsorcjum Empol podlega odrzuceniu z tego powodu, że nie zapewnił on ciągłości spełniania warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.3) SWZ, przez cały okres postępowania od dnia składania ofert - Izba podzieliła te zastrzeżenia w części.

Nie ulega wątpliwości, że pomiędzy okresami obowiązywania przedłożonych przez Konsorcjum Empol umów z dnia 2 stycznia 2021 r. i 2 stycznia 2022 r. występuje jeden dzień przerwy, tj. 1 stycznia 2022 r. Nie sposób również nie podzielić twierdzeń, że ciągłość spełniania warunków udziału w postępowaniu musi zostać zachowana przez cały okres trwania postępowania, a zatem od dnia składania ofert i przez cały czas trwania postępowania. Na tą okoliczność zwróciła również uwagę Izba w wyroku o sygn. akt KIO 3753/21, oceniając zasadność wezwania skierowanego przez zamawiającego do odwołującego.

Tym samym, jeśli zamawiający oceniając dokumenty złożone przez odwołującego na wezwanie dostrzegł, że te były nieprawidłowe, albowiem nie potwierdzały spełnienia warunków przez cały okres trwania postępowania, winien również zwrócić na tą okoliczność uwagę w odniesieniu do dokumentów złożonych na wezwanie przez Konsorcjum Empol.

Tymczasem zamawiający bagatelizuje tą kwestię stwierdzając na rozprawie, że wprawdzie istotnie mamy do czynienia z przerwą trwającą jeden dzień, jednakże ta nie ma wpływu na ocenę zdolności przystępującego do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Powyższe stanowisko nie może zyskać akceptacji głównie z tej przyczyny, że ustawodawca w art. 16 ust. 1 ustawy Pzp wprowadził, jako jedną z naczelnych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro zatem kwestie braku ciągłości spełnienia warunków podnoszone są w odniesieniu do dokumentów przedłożonych przez odwołującego, to takie same zasady obowiązują w przypadku tych, które składa Konsorcjum Empol. Zamawiający winien był zatem co najmniej wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień w tym przedmiocie, czego zaniechał.

Okoliczność ta pozostaje jednak bez znaczenia dla oceny przedmiotowych zarzutów, gdyby nawet uznać, że ciągłość świadczonych przez GEOMAR usług została zachowana, z uwagi na ciągłość relacji pomiędzy stronami (na co stosowny dowód przedstawił przystępujący na rozprawie w postaci oświadczenia złożonego przez GEOMAR) to i tak nie zmienia to oceny, że GEOMAR nie jest podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, które są objęte przedmiotem zamówienia w części 3, a zatem przystępujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt VII.2.3) SWZ.

Izba zgadza się także z oceną odwołującego, że przedstawiony stan faktyczny wyczerpuje również przesłanką odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, zgodnie z którym odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę, który nie przedłożył w terminie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający pismem z dnia 12 stycznia 2022 r. wezwał przystępującego do uzupełnia dokumentów m.in. poprzez przedłożenie zezwolenia lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzania odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*. Konsorcjum Empol nie przedłożył własnego zezwolenia, jak również nie przedłożył umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie w przedmiotowym zakresie. Zamawiający wyczerpał już więc procedurę dodatkowego wezwania określoną w art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wzywając do przedłożenia zezwolenia lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodach: 20 01 14*, 20 01 15* i 20 01 33*, gdyż przystępujący nie przedłożył przedmiotowych dokumentów na wezwanie, skierowane do niego w trybie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym, z uwagi na to, że brak jest podstaw do kolejnego wzywania Konsorcjum Empol do uzupełnia wskazanych podmiotowych środków dowodowych, ponieważ naruszałoby to zasadę jednokrotności wezwania - oferta ta podlega odrzuceniu.

Izba nie podzieliła natomiast twierdzeń zawartych w odwołaniu, że zamawiający winien odrzucić ofertę złożoną przez Konsorcjum Empol, również w oparciu o przesłankę wymienioną w przepisie art. 226 ust. 1 pkt 2c ustawy Pzp, ponieważ podlega on wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Wprawdzie potwierdziła się okoliczność, że przystępujący złożył w toku postępowania oświadczenia, że spełnia warunki udziału w postępowaniu które, co potwierdziły złożone przez niego dokumenty, były niezgodne z rzeczywistością, albowiem na dzień składania ofert przystępujący nie spełniał warunku udziału określonego w VII.2.3) SWZ, to jednak należy zaznaczyć, że aby można mówić o ziszczeniu się przesłanek do wykluczenia wykonawcy z postępowania, odwołujący musi wskazać okoliczności, które pozwalałyby stwierdzić, że wykonawca czy to celowo wprowadził zamawiającego w błąd, czy też przedstawił określone informacje działając w sposób lekkomyślny czy niedbały. Jak trafnie dostrzegła Izba w wyroku z dnia 30 kwietnia 2021 r. (sygn. akt KIO 613/21), który wydany został wprawdzie na gruncie poprzednio obowiązujących przepisów, jednak pozostanie aktualny na gruncie przepisów ustawy Pzp: „Nie każda bowiem podana przez wykonawcę informacja świadcząca o niespełnianiu przez niego warunków udziału w postępowaniu skutkuje od razu jego wykluczeniem na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 lub 17 ustawy Pzp. Na pewno taką samoistną przesłanką nie będzie wyłącznie wskazanie w oświadczeniu wstępnym wykonawcy (JEDZ), iż spełnia on warunki udziału w postępowaniu, mimo iż tych warunków być może nie spełnia. Należy wykazać bowiem wszystkie przesłanki, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 16 czy 17, a które warunkują wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie tych przepisów”.

Ponadto, jak wyjaśniał przystępujący na rozprawie, już wcześniej uczestniczył w postępowaniach organizowanych przez zamawiającego, w których ten w sposób analogiczny formułował treść warunków udziału w postępowaniu i składał swoją ofertę, załączając dokumenty tożsame do tych, które przedłożył w tym postępowaniu (dowód przystępującego złożony na rozprawie: wyciąg ze Specyfikacji Warunków Zamówienia w postępowaniu wszczętym w roku 2020 w przedmiocie „Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Stary Sącz”). Zamawiający wcześniej akceptował przedkładane przez Konsorcjum Empol dokumenty, stąd uznać należało, że przystępujący działał w przekonaniu, że wszystkie określone w treści SWZ warunki spełnia.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz na podstawie przepisów

oz. 2437).

Przewodniczący: .....