Sygn. akt: KIO 1879/22

WYROK

z dnia 12 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia UNRAVEL Sp. z o.o. z siedzibą w Gozdowie oraz NOVAGO Złotów Sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielnie zamówienia Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe

i Handel Z. D. w Tłuszczu oraz CHEMEKO - SYSTEM Sp. z o.o. Zakład Gospodarowania

Odpadów z siedzibą we Wrocławiu 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;

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3 769 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 z późń. 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 1879/22

Zamawiający - Miejski Zakład Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. z siedzibą w Wołominie [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie

przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie niesegregowanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. (znak postępowania: ZP/1/2022).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 16 lutego 2022 r. pod numerem nr 2022/S 033-084928.

W dniu 17 lipca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia UNRAVEL Sp. z o.o. z siedzibą w Gozdowie oraz NOVAGO Złotów Sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie [dalej „Odwołujący"] wnieśli odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 i art. 114 ustawy Pzp poprzez

uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ, skutkujące odrzuceniem oferty Odwołującego;

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegające na wyborze oferty Konsorcjum, pomimo że nie była to oferta najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, które nie powinny podlegać odrzuceniu, bowiem Odwołujący zaproponował cenę najniższą, wobec czego jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wnieśli o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
3. wyboru oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Wykonawcy przedstawili stan faktyczny sprawy, brzmienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ oraz uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego.

Odwołujący wskazali, że w ich ocenie Zamawiający nie miał podstaw do uznania, iż załączone do oferty pozwolenie zintegrowane nie obejmuje swą treścią zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01. Uzasadniali, że warunki udziału w postępowaniu określone w Rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ zobowiązujące Wykonawcę do „posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile nie wynika to z odrębnych przepisów" odwołują się wprost do art. 27 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „u.o."). Zgodnie z art. 27 ust. 2 ww. ustawy, wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają:

1) zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub

2) koncesję na podziemne składowanie odpadów, pozwolenie zintegrowane, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów.

Z kolei art. 45 ust. 1 pkt 4 u.o. wskazuje wprost, iż z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów zwalnia się podmiot obowiązany do uzyskania pozwolenia zintegrowanego, o którym mowa w ustawie Prawo ochrony środowiska (dalej: „p.o.ś"). Wyjątek ten dotyczy zatem pozwoleń zintegrowanych w rozumieniu p.o.ś. Stosownie do art. 201 ust. 1 p.o.ś. pozwolenia zintegrowanego wymaga prowadzenie instalacji, której funkcjonowanie, ze względu na rodzaj i skalę prowadzonej w niej działalności, może powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości. Jeżeli na

przetwarzanie odpadów wymagane jest pozwolenie zintegrowane, to zrozumiałe jest, że ustawodawca nie wymaga odrębnego zezwolenia przewidzianego w ustawie o odpadach. (tak: Danecka Daria, Radecki Wojciech, Ustawa o odpadach. Komentarz, wyd. V, LEX 2022).

Co istotne, z treści art. 45 ust. 1 pkt 4 u.o. wynika, że z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów podmiot posiadający pozwolenie zintegrowane jest co do zasady zwolniony. Jednocześnie zgodnie z art. 202 ust. 4 p.o.ś. w pozwoleniu zintegrowanym określa się warunki wytwarzania i sposoby postępowania z odpadami na zasadach określonych w przepisach ustawy o odpadach, niezależnie od tego, czy dla instalacji wymagane byłoby, zgodnie z tymi przepisami, uzyskanie pozwolenia na wytwarzanie odpadów. Innymi słowy, w pozwoleniu zintegrowanym określa się więc również sposoby postępowania z odpadami, a więc warunki zbierania odpadów oraz ich przetwarzania w zakresie objętym zezwoleniami z ustawy o odpadach. Z tego właśnie względu posiadacz pozwolenia zintegrowanego nie musi występować o osobne zezwolenia na zbieranie i (lub) przetwarzanie odpadów (tak: Rakoczy Bartosz (red.), Ustawa o odpadach. Komentarz). Dodatkowo, w kontekście pozwolenia zintegrowanego, należy zauważyć także, że zgodnie z postanowieniami art. 202 ust. 4 p.o.ś. w zakresie gospodarki odpadami, oprócz postanowień, jakie zawierałyby klasyczne decyzje sektorowe na korzystanie ze środowiska, postanowienie zintegrowane będzie zawierało postanowienia, jakie w przypadku innych podmiotów (niezobowiązanych do posiadania pozwolenia zintegrowanego) znalazłyby się w zezwoleniach na prowadzenie określonych rodzajów działalności. Przykładem tego typu rozwiązania jest konieczność ujęcia w pozwoleniu zintegrowanym sposobów postępowania z wytworzonymi odpadami, których prowadzenie zgodnie z ustawą o odpadach mogłoby wymagać oddzielnej decyzji administracyjnej. Jeżeli jednak następuje to w ramach instalacji objętej pozwoleniem zintegrowanym, taka konieczność nie będzie występowała, gdyż rozwiązania stanowiące jego podstawę zgodnie z art. 202 ust. 4 p.o.ś. znajdą się w pozwoleniu zintegrowanym (tak: Gruszecki Krzysztof, Prawo ochrony środowiska. Komentarz, wyd. V).

W związku z powyższym zauważyć należy, że czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była bezpodstawna, bowiem jak wynika z przywołanych przepisów i ich analizy, załączone do oferty pozwolenie zintegrowane jest decyzją regulującą gospodarowanie odpadami, a w tym przetwarzanie i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01. Działalność Członka Konsorcjum - spółki NOVAGO Złotów sp. z o. o. prowadzona jest na podstawie pozwolenia zintegrowanego, a nie zezwolenia na przetwarzanie, a to z tego względu, iż podmiot ten prowadzi instalację wymienioną w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 27 sierpnia 2014 r. w sprawie rodzajów instalacji mogących powodować znaczne zanieczyszczenie poszczególnych elementów przyrodniczych albo środowiska jako całości. Istotnym jest, że Członek Konsorcjum nie posiada odrębnego zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01, bowiem zgodnie z art. 23 ust. 2 pkt 5 u.o. zakazuje się ich zbierania poza miejscem wytwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Natomiast skoro posiadane przez ten podmiot pozwolenie zintegrowane przewiduje możliwość magazynowania odpadów o kodzie 20 03 01 przed ich przetworzeniem, to na jego podstawie Odwołujący ma również uprawnienia do prowadzenia zbierania odpadów.

W konsekwencji wskazać należy, że załączone do oferty Odwołującego pozwolenie zintegrowane pozwala na zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01 w sposób kompleksowy i zgodny z celem Zamawiającego. Nie jest konieczne wyszczególnienie działalności polegającej na zbieraniu odpadów o kodzie 20 03 01, skoro aby odpady te poddać przetwarzaniu i kompleksowemu zagospodarowaniu, należy je uprzednio zebrać.

Na marginesie Odwołujący wskazali, że w uzasadnieniu zaskarżonej czynności Zamawiający powołał się na dane podane w rejestrze BDO. Z powszechnie dostępnych informacji wynika, iż system BDO nie jest jeszcze w pełni gotowy do obsługi przedsiębiorców i urzędów. Jednym z istotniejszych problemów, który dotyczy zarówno przedsiębiorców, jak i urzędów, jest brak widoczności załączników dodawanych w systemie BDO. Zawarte w rejestrze BDO informacje w znacznej mierze są nieaktualne, błędne lub nie odpowiadają rzeczywistemu stanowi faktycznemu. W związku z tym podkreślenia wymaga fakt, że

Zamawiający w pierwszej kolejności swoje rozstrzygnięcie winien oprzeć na przepisach prawa oraz treści pozwolenia zintegrowanego Odwołującego, a nie na skróconej informacji ujawnionej w rejestrze BDO, która z wysokim prawdopodobieństwem jest niepełna i wadliwa.

Reasumując wskazali, iż nie sposób zgodzić się z tym, że Odwołujący nie spełnił

warunków udziału w postępowaniu. Wręcz przeciwnie - w świetle treści załączonego do oferty pozwolenia zintegrowanego oraz złożonych przez Odwołujących wyjaśnień nie sposób było uznać, że nie wykazali spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa

w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ.

W zakresie zarzutu, o którym mowa w punkcie 2. petitum odwołania Odwołujący wskazali, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegającego na wyborze oferty Konsorcjum firm: Usługi Transportowe i Handel Z. D. (Lider Konsorcjum), Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów (Partner Konsorcjum), pomimo że nie była to oferta najkorzystniejsza spośród złożonych ofert, które nie powinny podlegać odrzuceniu, bowiem Odwołujący zaproponował cenę najniższą, wobec czego jego oferta powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. Uzasadniali, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu wybrał ofertę Konsorcjum, które zaproponowało zrealizowanie zamówienia za łączną kwotę 7.128.000,00 zł. Natomiast Odwołujący złożyli ofertę na wykonanie przedmiotowego zadania opiewającą na kwotę 6.847.200,00 zł. Zaproponowana przez Odwołujących cena była więc o 280.800,00 zł niższa niż oferowana przez Konsorcjum. Skutkiem nieuzasadnionego odrzucenia oferty złożonej przez Odwołujących, Zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm Usługi Transportowe i Handel Z. D. i Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów. Odwołujący podkreślali, że oferta Konsorcjum nie byłaby uznana za najkorzystniejszą, gdyby oferta złożona przez Odwołujących nie została odrzucona.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 1 sierpnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania, zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz dopuszczenie dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Zamawiający wskazał, iż zarzut jest spóźniony na tym etapie postępowania, ponieważ sprowadza się do zakwestionowania postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania stosownych uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Uzasadniał, że Odwołujący na etapie po wszczęciu postępowania ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 11 lutego 2022 r. mógł skutecznie zakwestionować wskazany warunek oraz sposób jego spełnienia, a uprawnienie to przestało istnieć w dniu 22 lutego 2022 r. Na obecnym etapie postępowania próba wskazania, że Zamawiający błędnie sformułował sposób spełnienia warunku udziału w postępowaniu jest co najmniej spóźniona i z całą pewnością bezskuteczna. Stwierdzić należy, że wykonawca będący profesjonalistą mógł podważyć za pomocą środków ochrony prawnej w ustawowym terminie czynność Zamawiającego dotyczącą określenia ww. warunków udziału w postępowaniu. Brak uprzedniego wzruszenia omawianego warunku udziału w postępowaniu na obecnym etapie postępowania skutkuje jego wiążącym charakterem. Tym samym Zamawiający po otwarciu ofert nie mógł odstąpić od określonego w specyfikacji warunków zamówienia sposobu weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawcy.

Jednocześnie Odwołujący w swoim Odwołaniu próbuje wykazać, że skoro Zamawiający dopuścił na etapie warunków udziału w postępowaniu legitymowanie się pozwoleniem zintegrowanym/pozwoleniem wydanym na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r. poz. 1973 z późn. zm.) uwzględniające warunki zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych na poziomie rocznym nie mniejszym niż 6500 Mg to automatycznie, poprzez przedłożenie pozwolenia zintegrowanego, ze względu na rangę i specyfikę wskazanego pozwolenia nastąpi całkowite spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Jak wynika z ugruntowanej linii orzeczniczej KIO, postanowienia SWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (por. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18). Zamawiający przywołał treść art. 112 ust. 1 ustawy Pzp i uzasadniał, że określając warunki udziału w postępowaniu, powinien je określić w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Celem postawienia warunków udziału w postępowaniu i odpowiedniego ich opisania jest bowiem wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Dlatego też Zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, zobowiązany jest dokonać tego w taki sposób, aby w postępowaniu mogli uczestniczyć nie wszyscy wykonawcy, lecz jedynie tacy, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia. Swoboda Zamawiającego w określaniu warunków udziału w postępowaniu doznaje jednak ograniczenia. Granice tej swobody wyznacza art. 16 ustawy Pzp i wyrażona w art. 112 ust. 1 ustawy Pzp zasada proporcjonalności. Proporcjonalność należy rozumieć jako zakaz ustanawiania wymogów nadmiernie wygórowanych, eliminujących w sposób nieuzasadniony wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Sformułowanie odpowiednich warunków udziału w postępowaniu wymaga bowiem wyważenia uzasadnionych potrzeb Zamawiającego i umożliwienia dostępu do tego zamówienia szerokiej grupie wykonawców.

Odwołujący nie kwestionuje, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu przedłożył decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 marca 2016 r. znak DSR-II-2.7222.54.2015 udzielającą wykonawcy pozwolenia zintegrowanego mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stawnicy, gm. Złotów, oraz decyzję z dnia 7 lutego 2018 r. znak DSR-II-2-7222.68.2017 zmieniającą ww. decyzję z dnia 9 marca 2016 r., w taki sposób, że pozwolenie zintegrowane udzielone spółce zaczęło obejmować również zezwolenie na przetwarzanie odpadów i wytwarzanie odpadów, ale nie obejmuje zbierania odpadów. Odwołujący jednak próbuje wykazać, że „załączone do oferty pozwolenie zintegrowane jest decyzją regulującą gospodarowanie odpadami, a w tym przetwarzanie i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 03 01". Jednocześnie pomija fakt, że wskazane pozwolenie jest alternatywnym spełnieniem warunku z rozdziału V pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ i w żaden sposób nie jest powiązane z warunkiem udziału wskazanym w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ. Wskazane powyżej cechy, jak również fakt, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione łącznie, były i są oczywiste dla wszystkich wykonawców - profesjonalistów w branży. Próby odmiennej interpretacji warunku dokonywane przez Odwołującego są próbą udowodnienia istnienia interesu prawnego i faktycznego w uzyskaniu zamówienia.

Przedmiotem sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym jest to, czy Zamawiający po otwarciu ofert może dokonać zmiany sposobu spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jeżeli każdy z wykonawców dysponuje odmiennymi decyzjami/ zezwoleniami w zakresie przetwarzania odpadów. Odwołujący jak i Zamawiający zgodnie potwierdzają, że aby przetwarzać odpady należy posiadać zezwolenie, które określa warunki, na jakich taką działalność można prowadzić. Ustawa o odpadach określa przypadki, w których podmioty są zwolnione z obowiązku uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów, są to m.in. podmioty zobowiązane do uzyskania pozwolenia zintegrowanego, które obejmuje przetwarzanie odpadów, jak również podmioty, które posiadają pozwolenie na wytwarzanie odpadów (obejmujące zbieranie lub przetwarzanie odpadów). Zamawiający podkreśla, że po upływie terminu składania ofert nie może zmienić treści warunku i dokonywać jego rozszerzającej lub zawężającej interpretacji. Niemniej jednak w niniejszym przypadku powyższa reguła oznacza to, że zamawiający nie może po otwarciu ofert twierdzić, że dopuszczalne jest wykazanie spełnienia warunku w sposób wynikający ze specyfiki sposobu spełnienia świadczenia. Przyjęcie argumentów Odwołującego (czego Zamawiający nie dopuszcza) w powyższych okolicznościach oznacza jednocześnie, że Zamawiający narusza zasady wynikające z art. 16 ustawy Pzp przez zmianę treści warunku w odniesieniu tylko do jednego wykonawcy i to już po otwarciu ofert, zawężając tym samym konkurencję i uniemożliwiając złożenie ofert innym wykonawcom, którzy przy tak (wprost) sformułowanym warunku mogliby również chcieć złożyć ważne oferty. Wskazane powyżej cechy warunku sformułowanego w takim brzmieniu były jasne i nie budziły wątpliwości wśród wykonawców - profesjonalistów w branży. Zachowanie Odwołującego stoi więc w sprzeczności z tym, jak warunek udziału w postępowaniu rozumieli inni wykonawcy. Zasadne jest zatem twierdzenie, że w przypadku, gdyby Zamawiający przychylił się do argumentacji Odwołującego mielibyśmy do czynienia de facto ze zmianą treści warunku udziału w postępowaniu.

Niezależnie od opisanych powyżej okoliczności wskazujących na to, że przedmiotowy warunek nie budzi i nie powinien budzić wątpliwości interpretacyjnych, Zamawiający wskazuje, że dokonana przez Odwołującego wykładnia tego warunku jest sprzeczna z dyrektywami wykładni oświadczeń woli. Zamawiający wskazał, że warunki udziału w postępowaniu stanowią element SWZ, którego zapisy stanowią oświadczenie woli zamawiającego, a zatem powinny one podlegać wykładni, przy zastosowaniu reguł wynikających z przepisu art. 65 KC.

Abstrahując od prawidłowości opisu ww. warunków udziału w postępowaniu zauważyć należy, że jego konstrukcja wskazywała, że wykonawca winien dysponować zezwoleniem na przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, przy czym Zamawiający zastrzegł, że uzna warunek posiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów za spełniony również w przypadku, gdy wykonawca posiada pozwolenie zintegrowane.

Tym samym rację ma Zamawiający, że pozwolenia zintegrowanego na przetwarzanie odpadów należy traktować jako alternatywę tylko wobec zezwolenia na przetwarzanie odpadów w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, a nie wobec warunku dotyczącego decyzji w zakresie zbierania odpadów. Zamawiający skonstruował warunek wskazany w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. a, w sposób który dopuszczał alternatywną metodę jego spełnienia. Natomiast w przypadku warunków wskazanych w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b i c wskazanego rozdziału nie przewidziano możliwości ich spełnienia w sposób alternatywny. Transparentność, rzetelność oceny i równe traktowanie wykonawców wymaga, aby weryfikacja spełnienia warunków udziału w postępowaniu następowała przez pryzmat literalnej treści SWZ i dogłębnej analizy dokumentacji złożonej przez wykonawcę wezwanego do przedłożenia dokumentów podmiotowych.

Zamawiający wskazał, że na etapie badania i oceny ofert zobowiązany był zweryfikować, czy Wykonawcy legitymują się na dzień złożenia ofert stosownymi decyzjami obejmującymi wszystkie czynności związane z gospodarowaniem odpadami ujęte w warunkach udziału w postępowaniu. Odróżnić należy etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego Zamawiający bada spełnianie przez wykonawców zdolności do należytej realizacji przedmiotu zamówienia od etapu realizacji zamówienia. Zamawiający nie kwestionuje, że regulacje wskazane przez Odwołującego pozwalają mu świadczyć zgodnie z przepisami usługi stanowiące przedmiot zamówienia, jednakże Zamawiający nie może uznać, by Odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Jednocześnie Zamawiający wyjaśnił, że w zakresie zarzutów dotyczących nieprawidłowego badania i oceny ofert, Zamawiający jest uprawniony do samodzielnego unieważnienia decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nawet jeśli taki obowiązek nie wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej albo sądu powszechnego, a termin na skorzystanie ze środków ochrony prawnej jeszcze nie upłynął, jeśli dostrzeże, że dokonał wyboru oferty z naruszeniem przepisów ustawy. Takie uprawnienie wynika z faktu, że czynności zamawiającego podejmowane w postępowaniu powinny zmierzać do udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami prawa zamówień publicznych. Potwierdza to min. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 stycznia 2012 r., KIO 104/12 oraz wyrok KIO z dnia 8 grudnia 2011 r., KIO 2535/11. Nie można również odmówić Zamawiającemu - gospodarzowi postępowania o udzielenie zamówienia - prawa do samokontroli podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia czynności.

Jednocześnie argumentacja o 7 dniowym terminie ponownego badania ofert jako zbyt krótkim terminie procedowania nie znajduje pokrycia w żadnym przepisie czy wyroku. Doświadczenie Zamawiającego wskazuje, że badanie i ocena ofert (w zależności od ich ilości) może trwać 2 dni lub nawet 60 dni, nie ma tutaj ustalonego wzorca postępowania. Zamawiający wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego czynności podjęte w wyniku autokontroli, o których powiadomiono wykonawców w dniu 6 lipca 2022 r., nie były tożsame z dotkniętymi błędami czynnościami, o których powiadomiono wykonawców w dniu 29 czerwca 2022 r., choć działania Zamawiającego podjęte w wyniku autokontroli również skutkowały wyborem jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Usługi Transportowe i Handel Z. D. oraz Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów.

Odwołujący zarzuca również Zamawiającemu nierzetelność dokonanych czynności poprzez dodatkową weryfikację spełnienia warunku udziału w rejestrze BDO. Wskazać należy, że działanie takie powinno być ocenione jako przejaw należytej staranności Zamawiającego, który szczegółowo i wnikliwie dokonał oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. Co więcej, o starannym i rzetelnym badaniu ofert przez Zamawiającego świadczy także okoliczność wezwania Odwołującego w dniu 27 maja 2022 r. do uzupełnienia złożonych dokumentów podmiotowych. Zamawiający dogłębnie i wnikliwe przeanalizował złożone w postępowaniu oferty i dokonał wyboru najkorzystniejszej w oparciu o zasady określone w specyfikacji warunków zamówienia i przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może dokonywać jakichkolwiek zmian SWZ po terminie otwarcia ofert. Zamawiający przywołał wyrok NSA w Warszawie z dnia 11 października 2016 r. sygn. akt II GSK 2382/15 i uzasadniał, że dokonywanie modyfikacji SWZ, której celem jest przekazanie wszelkich informacji niezbędnych do złożenia oferty, po upływie terminu składania ofert jest niedopuszczalne i niewątpliwie wystarczające do formułowania wniosku o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oddaliła wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp w zakresie zarzutu zawartego w punkcie 1. petitum. Zamawiający stał na stanowisku, że zarzut jest spóźniony na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia, ponieważ sprowadza się do zakwestionowania postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień do prowadzenia określonej działalności.

Zgodnie z art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że

odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

W ocenie Izby z lektury odwołania jednoznacznie wynika, iż w ramach środków ochrony prawnej Odwołujący podważał czynność Zamawiającego z dnia 6 lipca 2022 r. polegającą na odrzuceniu oferty Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ, a nie sposób opisu tego warunku. Powyższe potwierdza także stanowisko Odwołującego zawarte w piśmie procesowym z dnia 9 sierpnia 2022 r., w którym Wykonawca wprost przyznał, że nie kwestionuje ww. warunku udziału w postępowaniu. Mając na uwadze zatem, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Izby w dniu 17 lipca 2022 r., a zatem zgodnie z terminem określonym w art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp, brak było podstaw do jego odrzucenia na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 19 lipca 2022 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod

nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D. w Tłuszczu oraz CHEMEKO - SYSTEM Sp. z o.o. Zakład Gospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 22 lipca 2022 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami i zmianami, ofertę Odwołującego wraz z wyjaśnieniami i uzupełnieniami, wezwania kierowane do Odwołującego, zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu ofert z dnia 29 czerwca 2022 r., pismo Zamawiającego z dnia 30 czerwca 2022 r. o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu ofert oraz pismo z dnia 6 lipca 2022 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu ofert.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika złożone ustnie i pisemnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 9 sierpnia 2022 r., w tym odpowiedź na odwołanie, pismo procesowe Przystępującego z dnia 9 sierpnia 2022 r. oraz pismo procesowe Odwołującego z dnia 9 sierpnia 2022 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału sprawy dowody złożone przez Odwołującego, tj.:

1. decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 23 stycznia 2015 r. nr DSR-II-2.7222.13.2014;

2. decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 14 czerwca 2018 r. nr DSR-II-2.7222.29.2016;

3. wydruki z artykułów internetowych dotyczące systemu BDO.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów
Wykonawca musi posiadać:

a) zezwolenie na przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych

o kodzie 20 03 01 w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.) lub pozwolenie zintergowane/pozwolenie wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r. poz. 1973 z późn. zm.) uwzględniające warunki zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych na poziomie rocznym nie mniejszym niż 6500 Mg;

b) decyzję na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01;

Z uwagi na art. 27 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.) dotyczący przenoszenia odpowiedzialności za odpady, Zamawiający nie dopuszcza sytuacji, że w przypadku odebrania odpadów niebezpiecznych nie zostaną one przekazane do ostatecznego procesu odzysku lub ostatecznego procesu unieszkodliwiania. Wykonawca będący zbierającym odpady niebezpieczne jest zobowiązany do przedstawienia umowy współpracy z firmą legitymującą się zezwoleniem na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów określonych w przedmiocie zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany do przekazania odebranych z Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Wołominie Sp. z o.o. odpadów niebezpiecznych w okresie nie dłużej niż 1 roku od momentu ich wytworzenia tak aby nie przekroczyć okresu magazynowania wynoszącego nie dłużej niż 1 rok łącznie dla wszystkich posiadaczy odpadów;

c) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, tj. Bazy Danych o Odpadach w zakresie transportu odpadów o kodzie 20 03 01, zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.).

Zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 SWZ Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących środków dowodowych:

5) Aktualnego zezwolenie na przetwarzanie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.) lub pozwolenie zintergowane/pozwolenie wydane na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r. poz. 1973 z późn. zm) uwzględniające warunki zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych na poziomie rocznym nie mniejszym niż 6500 Mg;

6) Aktualnej decyzji na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01;

7) Wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, tj. Bazy Danych o Odpadach w zakresie transportu odpadów o kodzie 20 03 01, zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.).

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia oferty złożyło 6 wykonawców.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia UNRAVEL Sp. z o.o. z siedzibą w Gozdowie oraz NOVAGO Złotów Sp. z o.o. z siedzibą w Złotowie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp złożyli m.in. decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 marca 2016 r. znak DSR-II-2.7222.54.2015 udzielającą pozwolenia zintegrowanego mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stawnicy, gm. Złotów oraz decyzję z dnia 7 lutego 2018 r. znak DSR-II-2-7222.68.2017 zmieniającą ww. decyzję z dnia 9 marca 2016 r.

Pismem z dnia 27 maja 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do poprawienia lub uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w rozdziale VII pkt 2 SWZ, tj.: - aktualnej decyzji na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 - Zamawiający podczas badania ofert stwierdził brak wyżej wskazanego dokumentu, który powinien być złożony zgodnie z rozdziałem VII pkt 2 ppkt 6 na potwierdzenie spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego wnosi o uzupełnienie ww. dokumentu.

W odpowiedzi na ww. wezwanie Odwołujący pismem z dnia 30 maja 2022 r. wskazał, że „Jeśli chodzi o wezwanie do dostarczenia aktualnej decyzji na zbieranie odpadu o kodzie 20 03 01, jako Lider Konsorcjum pragnę podkreślić, że Partner Konsorcjum tj. firma Novago Złotów Sp. z o.o. ul. Szpitalna 38, 77-400 Złotów posiada pozwolenie zintegrowane na magazynowanie i przetwarzanie odpadu 20 03 01, które dostarczyła odpowiednio wcześniej. Jest to dokument ważniejszy od decyzji na zbieranie i w przypadku wydania pozwolenia zintegrowanego urząd nie wydaje już decyzji na zbieranie."

W dniu 29 czerwca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Usługi Transportowe i Handel Z. D. oraz Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów.

Jednocześnie ww. pismem Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unravel sp. z o.o. oraz Novago Złotów sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ.

W dniu 30 czerwca 2022 r. Zamawiający unieważnił czynność z dnia 29 czerwca 2022 r. wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - konsorcjum firm: USŁUGI TRANSPORTOWE I HANDEL Z. D. - lider konsorcjum i

Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów - partner konsorcjum, jako oferty najkorzystniejszej oraz unieważnił czynność odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Unravel sp. z o.o. - lider konsorcjum, Miejski Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. - członek konsorcjum.

W dniu 6 lipca 2022 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Usługi Transportowe i Handel Z. D. oraz Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów.

Jednocześnie ww. pismem Zamawiający zawiadomił o odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Unravel sp. z o.o. oraz Novago Złotów sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ.

Zamawiający uzasadniał, iż w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b) SWZ określił, że Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada decyzję na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01. W celu potwierdzenia warunków spełnienia udziału w postępowaniu wykonawca przedłożył decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 marca 2016 r. znak DSR-II-2.7222.54.2015 udzielającą wykonawcy pozwolenia zintegrowanego mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stawnicy, gm. Złotów, oraz decyzję z dnia 7 lutego 2018 r. znak DSR-II-2-7222.68.2017 zmieniającą ww. decyzję z dnia 9 marca 2016 r. Pozwolenie zintegrowane udzielone spółce obejmuje zezwolenie na przetwarzanie odpadów i wytwarzanie odpadów, ale nie obejmuje zbierania odpadów. W tych okolicznościach Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych poprzez przedłożenie aktualnej decyzji na zbieranie. W odpowiedzi wykonawca wskazał, że posiada pozwolenie zintegrowane na magazynowanie i przetwarzanie odpadu 20 03 01 i że jest to dokument ważniejszy od decyzji na zbieranie. Odróżnić jednakże należy etap ubiegania się o udzielenie zamówienia od etapu realizacji tego zamówienia. W tych okolicznościach, po dogłębnej analizie treści pozwolenia zintegrowanego, Zamawiający stwierdził, że nie obejmuje ono zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01. Potwierdza to także informacja z bdo dotycząca obu decyzji administracyjnych przedłożonych przez wykonawcę.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 i art. 114 ustawy Pzp przez uznanie, że Odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W myśl art. 112 ust. 2 ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Z kolei zgodnie z art. 114 ustawy Pzp, w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania: 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przedmiotem niniejszego sporu było rozstrzygnięcie, czy Odwołujący wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ, tj. posiada decyzję na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01. Odwołujący stał na stanowisku, iż Zamawiający błędnie uznał, że złożone przez Wykonawcę pozwolenie zintegrowane nie obejmuje swą treścią zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01. Zdaniem Odwołującego skoro spółka NOVAGO Złotów sp. z o.o. (członek konsorcjum) ma możliwość magazynowania odpadów o kodzie 20 03 01 przed ich przetworzeniem na podstawie posiadanego pozwolenia zintegrowanego, to na jego podstawie ma również uprawnienia do prowadzenia zbierania odpadów.

Zdaniem Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie naruszała przepisów ustawy.

Odnosząc się do podniesionego zarzutu podkreślić należy, iż ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie specyfikacji, co ma na celu wykluczenie uznaniowości na etapie weryfikacji zdolności podmiotowej wykonawców. Nie jest dopuszczalna jakakolwiek modyfikacja warunku udziału w postępowaniu po upływie terminu składania czy też jego interpretacja oparta na niewyartykułowanych w dokumentach zamówienia intencjach zamawiającego (por. wyrok KIO z dnia 21 czerwca 2022 r. sygn. akt: 1437/22, wyrok KIO z dnia 30 września 2020 r. sygn. akt: KIO 1927/20). Tym samym brak wzruszenia przez wykonawców omawianego warunku udziału w postępowaniu oraz katalogu dokumentów wymaganych na jego potwierdzenie w przewidzianym przez ustawę Pzp terminie skutkuje ich wiążącym charakterem.

Z uwagi na powyższe poza oceną Izby była prawidłowość opisania przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień do prowadzenia określonej działalności, w szczególności w zakresie, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ, jak i żądanego przez Zamawiającego katalogu dokumentów celem jego wykazania oraz hierarchii podmiotowych środków dowodowych zwłaszcza w kontekście podnoszonej przez Odwołującego „wyższości" pozwolenia zintegrowanego nad decyzją zezwalającą na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01. Przedmiotu rozważań Izby nie stanowiło zagadnienie, czy posiadane przez Odwołującego decyzje z zakresu gospodarki odpadami są wystarczające dla osiągniecia celu postępowania, tj. zagospodarowania odpadów, jak również akcentowana przez Odwołującego kwestia pomocniczego charakteru zbierania odpadów komunalnych niesegregowanych względem ich zagospodarowania (przetworzenia).

Następnie Izba stwierdziła, iż literalna analiza postanowień specyfikacji w zakresie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania stosownych uprawnień (rozdział V pkt 1 ppkt 2 SWZ) oraz skorelowanego z nim katalogu dokumentów (rozdział 7 pkt 2 ppkt 5, 6 i 7 SWZ) prowadzi do wniosku, że Zamawiający od każdego wykonawcy zainteresowanego przedmiotowym postępowaniem wymagał złożenia następujących środków dowodowych: 1. aktualnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 w oparciu o przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.) lub pozwolenia zintegrowanego/ pozwolenia wydanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2021 r. poz. 1973 z późn. zm) uwzględniającego warunki zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych na poziomie rocznym nie mniejszym niż 6500 Mg, 2. aktualnej decyzji na zbieranie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 oraz 3. wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, tj. Bazy Danych o Odpadach w zakresie transportu odpadów o kodzie 20 03 01, zgodnie z Ustawą z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 poz. 779 z późn. zm.).

Z powyższego wynika zatem, że aby spełnić warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania stosownych uprawnień należało łącznie wykazać się niezbędnymi decyzjami uprawniającymi do przetwarzania, zbierania oraz transportu odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01. Dalej podnieść należy, iż Zamawiający wprost podał, jakiego dokumentu oczekuje na potwierdzenie spełniania warunku określonego w rozdziale

V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ. Co więcej, przyjęty przez Zamawiającego opis omawianego warunku udziału w postępowaniu wskazuje, że spełnienie warunku określonego w rozdziale

V pkt 1 ppkt 2 lit. a SWZ nie przekładało się na potwierdzenie sytuacji podmiotowej wykonawcy określonej rozdziałem V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ. Innymi słowy, wymagane przez Zamawiającego pozwolenie zintegrowane na przetwarzanie odpadów stanowiło alternatywę wobec zezwolenia na przetwarzanie odpadów, a nie wobec warunku dotyczącego decyzji w zakresie zbierania odpadów.

Tymczasem w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący w celu wykazania

warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień złożył m.in. decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 9 marca 2016 r. znak DSR-II-2.7222.54.2015 udzielającą wykonawcy pozwolenia zintegrowanego mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych w Stawnicy, gm. Złotów, oraz decyzję z dnia 7 lutego 2018 r. znak DSR-II-2-7222.68.2017 zmieniającą ww. decyzję z dnia 9 marca 2016 r. Bezspornie wśród dokumentów złożonych przez Odwołującego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp nie było decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01, co skutkowało wezwaniem Wykonawcy w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia rzeczonego dokumentu. W odpowiedzi Odwołujący wskazał w szczególności, że posiada pozwolenie zintegrowane na magazynowanie i przetwarzanie odpadu o kodzie 20 03 01, które dostarczył odpowiednio wcześniej oraz że jest to dokument ważniejszy od decyzji na zbieranie.

Wobec powyższego niewątpliwie Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie złożył decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01 jako dokumentu żądanego na potwierdzenie warunku, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b specyfikacji, co wyczerpuje dyspozycje art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp oraz - jak słusznie zauważył Przystępujący - art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy Pzp.

Jednocześnie w ustaleniach Zamawiającego, iż złożone przez Odwołującego pozwolenie zintegrowane nie obejmuje swoim zakresem zbierania odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości. Wskazać należy, iż bezspornie złożone przez Odwołującego pozwolenie zintegrowane pozwalało na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 03 01 i ich magazynowanie przed przetworzeniem, co - w ocenie Odwołującego - potwierdzało, iż Wykonawca posiada uprawnienia w zakresie zbierania odpadów w rozumieniu definicji legalnej zawartej w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach. W ocenie Izby nie zostało jednak wykazane, aby możliwość magazynowania odpadów przez prowadzącego przetwarzanie odpadów przekładała się jednocześnie na posiadanie uprawnień w zakresie zbierania odpadów. Co więcej, dostrzec należy, iż w definicji zbierania odpadów, na którą powoływał się Odwołujący jest mowa o tymczasowym magazynowaniu odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b, a więc magazynowaniu odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów, podczas gdy Odwołujący jest podmiotem prowadzącym działalność w zakresie przetwarzania odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c ustawy o odpadach). Ponadto Odwołujący nie wykazał, że prowadzona przez niego działalność sprowadza się do wstępnego sortowania odpadów komunalnych niesegregowanych nieprowadzącego do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodującego zmiany klasyfikacji odpadów, o czym stanowi legalna definicja zbierania odpadów. Odwołujący poprzestał w istocie na twierdzeniu, że skoro w pozwoleniu zintegrowanym wielokrotnie jest mowa o sortowaniu odpadów zmieszanych, to oznacza, to że Wykonawca posiada uprawnienia w zakresie zbierania odpadów. Tymczasem w posiadanej przez

Odwołującego decyzji czytamy o mechanicznym przetwarzaniu odpadów (sortowaniu) zmieszanych odpadów komunalnych o przepustowości 30 000 Mg/rok.

Ponadto zdaniem Izby okoliczność, iż Zamawiający dodatkowo zweryfikował spełnienie przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b SWZ w oparciu o dane zawarte w rejestrze BDO stanowi przejaw należytej staranności. Z kolei twierdzenia Odwołującego jakoby ww. rejestr zawierał niekompletne, często błędne dane, oparte zostały na archiwalnych - pochodzących z grudnia 2021 r. artykułach internetowych, przez co nie miały znaczenia dla wyniku sprawy. Co kluczowe, Odwołujący nie wykazał, że w jego przypadku katalog danych zawartych w rejestrze BDO, w szczególności dotyczących uprawnień do zbierania odpadów, jest niepełny czy też błędny.

Izba oddaliła wnioski dowodowe złożone przez Odwołującego stanowiące dwie decyzje wydane przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego dotyczące innych podmiotów prowadzących działalność w zakresie gospodarowania odpadami jako niemające znaczenia dla rozpoznania istoty sporu.

Podsumowując powyższe w ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności, o którym mowa w rozdziale V pkt 1 ppkt 2 lit. b specyfikacji warunków zamówienia. Tym samym zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

W konsekwencji powyższego za niezasadny Izba uznała zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp polegający na wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Z. D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Usługi Transportowe i Handel Z. D. w Tłuszczu oraz CHEMEKO - SYSTEM Sp. z o.o. Zakład Gospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a oraz b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....