Sygn. akt KIO 2128/22

WYROK

z dnia 31 sierpnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 sierpnia 2022r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: "Kompostech" sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, "Kamir" M. C. sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, L. G. działający pod firmą DROTEX PKL, L. G. oraz ZODIAK sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach w postępowaniu prowadzonym przez Wodociągi Miasta Krakowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Krakowie

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania odciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Wodociągi Miasta Krakowa S.A. z siedzibą w Krakowie prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.; dalej: „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. „Wywóz oraz zagospodarowanie zmagazynowanych odpadów o kodzie 19 09 02 - osady z klarowania wody powstałych w procesie uzdatniania wody z terenu Zakładów Uzdatniania Wody: Rudawa, Dłubnia, Bielany oraz Raba”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 kwietnia 2022 r. nr 2022/S 084-228183.

W dniu 16 sierpnia 2022r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: "Kompostech" sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, "Kamir" M. C. sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, L. G. działający pod firmą DROTEX PKL, L. G. oraz ZODIAK sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach (dalej: „Odwołujący") wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 522 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wykonania żądań ujętych w odwołaniu, jakie zostało wniesione do Izby (sygn. KIO 3428/20), mimo faktu jego uznania przez Zamawiającego, w tym w szczególności niewykonania żądania odrzucenia ofert wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. w ramach Części I-IV postępowania;

2. art. 362 pkt 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia w ramach części I-IV postępowania ofert wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. mimo faktu, iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym w szczególności z uwagi na fakt, iż wykonawca K.T.M. zaoferował spełnienie świadczenia w taki sposób, że to po stronie Zamawiającego będzie przeprowadzenie badań, a co za tym idzie, także ponoszenie kosztów z tym związanych, co pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia i co Zamawiający mógł ocenić m.in. w związku ze złożonymi w dniu 26 lipca 2022 r. wyjaśnieniami przez wykonawcę K.T.M. , które - gdyby były ocenione w sposób prawidłowy, jasno pokazują, że badania nie mogą być wykonane przez wykonawcę K.T.M. . Świadczy to jednocześnie o prowadzeniu postępowania we wszystkich czterech częściach w sposób naruszający zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 Pzp, a więc w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania

oraz o:

- nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności polegającej na wyborze w ramach Części I-IV postępowania ofert wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. jako najkorzystniejszych, oraz czynności badania i oceny ofert,
- nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert w ramach części I-IV postępowania, a w ramach tych czynności nakazanie wykonania żądań ujętych w

odwołaniu wniesionym w dniu 15 lipca 2022 r., sygn. KIO 3428/20 (zarzut nr 1), czy też - w związku z zarzutem 2 - nakazanie odrzucenia w ramach Części I-IV postępowania ofert złożonych przez wykonawcę K.T.M. sp. z o.o. z uwagi na fakt, że ich treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia.

Uzasadniając zarzut nr 1 odwołania Odwołujący wskazał, że: „wniósł w dniu 15 lipca 2022 r. odwołanie, które zostało zarejestrowane pod sygnaturą KIO 1867/22. Odwołujący postawił w nim dwa zarzuty, a to - jako pierwszy - zarzut zaniechania odrzucenia ofert K.T.M. w ramach części I-IV Postępowania z powodu ich niezgodności z warunkami zamówienia. (...) Odwołujący z związku z zarzutem nr 1 wniósł o odrzucenie ofert K.T.M. . Jednocześnie - mając w szczególności na uwadze treść rozstrzygnięcia KIO 3428/20, postawiony został i drugi zarzut, a to zaniechania wezwania w trybie art. 223 ust. 1 PZP, a więc braku zwrócenia się przez Zamawiającego do K.T.M. z żądaniem złożenia analogicznych wyjaśnień, jakie były żądane w 2021 r. (.) W konsekwencji też - w związku z zarzutem nr 2 (zaniechania wezwania w trybie art. 223 ust. 1 PZP) Odwołujący zażądał, aby nakazać Zamawiającemu wezwać w ramach Części I-IV Postępowania wykonawcę K.T.M. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w ramach których to wyjaśnień K.T.M. sp. z o.o. wyjaśniłoby „jak w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego z dnia 20 maja 2014 r. znak WOŚ.6233.00003.2014 dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów, wykonawca K.T.M. sp. z o.o. zamierza realizować zamówienie, w szczególności kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów" Żądanie związane z zarzutem nr 2, a zawarte w odwołaniu, które zostało złożone w dniu 15 lipca 2022 r., sygn. KIO 1867/22, było zatem takie samo, jak treść wezwania, jakie Izba nakazała skierować do K.T.M. w poprzednim postępowaniu. Wprost w swojej treści wskazywało jak wykonawca K.T.M. w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów, zamierza zrealizować zamówienie. Zamawiający w dniu 22 lipca uznał odwołanie. Nie wskazał przy tym w żadnej mierze, że uznaje je jedynie w odniesieniu do danego zarzutu (a więc zarzutu nr 1, czy też zarzutu nr 2). W piśmie stanowiącym uznanie wskazał m.in., że wzywa wykonawcę K.T.M. do złożenia wyjaśnień w trybie art. 128 ust. 4 PZP (a więc w trybie odnoszącym się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu), przy czym treść żądania nie powielała tego,

co było zawarte w odwołaniu z dnia 15 lipca 2022 r. (.) W dacie, gdy otrzymał on wybór (3 sierpnia) stało się jasne, że nie dość, że Zamawiający nie wykonał żądań, ujętych w uznanym przez siebie odwołaniu wniesionym w dniu 15 lipca 2022 r., to jeszcze rozstrzygnął postępowanie całkowicie z nimi sprzecznie. W konsekwencji Zamawiający ani nie wykonał żądania związanego z zarzutem nr 1 (odrzucenie odwołania), ani nie wykonał żądania związanego z zarzutem nr 2 (a więc wezwania w ramach Części I-IV Postępowania wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w ramach których to wyjaśnień K.T.M. sp. z o.o. wyjaśniłoby jak w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego z dnia 20 maja 2014 r. znak WOŚ.6233.00003.2014 dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów, wykonawca K.T.M. sp. z o.o. zamierza realizować zamówienie, w szczególności kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów). (...) Zamawiający mimo uznania odwołania (co w świetle art. 522 ust. 1 PZP oznacza „uwzględnienie w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu") w istocie zatem, ani nie dokonał wezwania związanego z zarzutem nr 2, jak zostało to wskazane w żądaniu odwołania, ani nie wykonał żądania z uznanym zarzutem nr 1, a więc nie odrzucił ofert wykonawcy K.T.M. w ramach części I-IV Postępowania. Zamiast tego dokonał on czynności wprost przeciwnej do tego, co powinien był, w świetle art. 522 ust. 1 PZP uczynić, gdyż wybrał on w dniu 3 sierpnia 2022 r. oferty wykonawcy K.T.M. w ramach części I-IV Postępowania jako najkorzystniejsze. (...) Podkreślenia też wymaga, że Zamawiający w ogóle nie wystosował żądania wyjaśnień o treści, jaka została sformułowana w żądaniu ujętym w odwołaniu. (.) Szczególnego podkreślenia w tym miejscu wymaga, że jeżeli Zamawiający nie zgadzał się z tym zapytaniem (ujętym w treści żądania) nie powinien był uznawać odwołania w tym zakresie, twierdząc, że powinno być zadane inne pytanie w ramach wezwania do złożenia wyjaśnień. Zamawiający nic takiego nie zrobił, uznał odwołanie, a następnie zadał zupełnie inne pytanie, odrzucające ustalenie dokonane przez Izbę w toku sprawy KIO 3428/20, podczas gdy - gdyby zadał je w sposób wskazany w żądaniu (jak i wskazany w treści wyroku Izby KIO 3428/20), wykonawca K.T.M. zapewne powtórzyłby sytuację, jaka miała miejsce w 2021 r., gdy w ogóle nie złożył wyjaśnień. Wykonawca K.T.M. wszak nie był w stanie wyjaśnić w jaki sposób, w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego z dnia 20 maja 2014 r. znak WOŚ.6233.00003.2014 dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów, wykonawca K.T.M. sp. z o.o. zamierza realizować zamówienie, w sytuacji, gdy treść warunków zamówienia wprost wskazuje, że wszelkie badania muszą być po stronie wykonawcy (jak i koszty z tym związane). 16. Tym samym i w tym zakresie niniejsze odwołanie jest zasadne - skoro Zamawiający uznał odwołanie to uznał też, że treść żądanego pytania jest poprawna, a treść tego pytania - jak ustaliła to Izba w sprawie KIO 3428/20 - wskazuje na istnienie sprzeczności między treścią ofert wykonawcy K.T.M. , a wymogami zamówienia".

Uzasadniając zarzut numer 2 Odwołujący wskazał: „w Postępowaniu wymagane było, aby wszelkie badania odpadów były wykonane przez wykonawcę. Ponadto wskazane było, że Zamawiającego nie mogą obciążać jakiekolwiek inne koszty niż koszt wynagrodzenia. W szczególności zatem nie może być on obowiązany do ponoszenia kosztów przeprowadzania badań. Po drugie przypomnienia wymaga, że wykonawca K.T.M. w treści swoich ofert wskazał, iż dokona on jednej z podstawowych czynności objętych przedmiotem zamówienia (na które składa się odbiór i zagospodarowanie odpadów), a więc zagospodarowania

odpadów 19 09 02 w gminie Toszek (powiat gliwicki) w następujący sposób - proces R10 - obróbka na powierzchni ziemi, co de facto sprowadza się do tego, że odpady są rozprowadzane na powierzchni gruntu (...) odnosząc się do wyjaśnień złożonych przez K.T.M. wskazania wymaga, że K.T.M. wskazało, iż w jego przekonaniu decyzja Starosty w żadnym miejscu nie wskazuje na obowiązek wykonywania badań odpadów 19 09 02 przez wytwórcę odpadów (a więc przez Zamawiającego). Twierdzi on dalej, że decyzja ta zwraca jedynie uwagę na konieczność stosowania określonych przepisów wykonawczych w sprawie procesu odzysku R10, wskazując, iż obecnie obowiązujące rozporządzenie z 2015 r. „wskazuje, że posiadacz odpadów powinien dysponować wynikami badań potwierdzającymi jakość odpadów i jakość gleb, na których odpady mają być stosowane, wykonanych przez laboratorium, o którym mowa w art. 147a ust. 1 pkt 1 lub ust. 1a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska". Dalej K.T.M. wskazuje w swoich wyjaśnieniach, że ze zdania tego wynika, że posiadacz (.) musi posiadać stosowne badania, a przecież to on - jest posiadaczem tych wyrobów od daty ich odebrania. Tak więc twierdzi on, że od tej daty, już jako posiadacz, może

dysponować stosownymi badaniami. () treść decyzji jasno wskazuje, że badania muszą być wykonane przez wytwórcę (a więc przez Zamawiającego). Jak też podkreśliła to Izba w wyroku z dnia 21 stycznia 2021 r., KIO 3428/20, „nie ma znaczenia, że wymóg ten jest zawarty w uzasadnieniu decyzji, gdyż jest ona częścią decyzji". (.) Po drugie, wskazania wymaga, że z wyjaśnień tych w żaden sposób nie wynika, kto ma wykonać badania i ponieść związane z tym koszty. Wykonawca K.T.M. koncentruje się w nich jedynie na tym, że ma dysponować stosownymi badaniami, aby móc w ogóle rozprowadzić odpady na gruncie, a całkowicie pomija kluczową kwestię tego, kto ma wykonać przedmiotowe badania. (.)

Oceniając tą część wyjaśnień należy podkreślić następujące okoliczności. Po pierwsze - nie można na tym etapie przyjmować jakiegokolwiek zobowiązania. Zobowiązanie wykonawcy jest wprost określone w ofercie i po tej dacie nie można go zmieniać / uzupełniać / modyfikować. Treść wyjaśnień natomiast jasno wskazuje, że wykonawca zdaje sobie sprawę z problemu i próbując się ratować przed zarzutem, że wskazany przez niego sposób zagospodarowania wymaga badań, jakie mają być wykonane przez Zamawiającego, wpisuje w wyjaśnieniach, zobowiązanie, które

potwierdza, że składając ofertę takie zobowiązanie po jego stronie nie istniało (.) wykonawca K.T.M. w swoich wyjaśnieniach nie odpowiada na to, co jest kluczowe (co też w ogóle stawia znak zapytania nad tak udzielonymi wyjaśnieniami), a prowadzi rozważania, że posiadacz ma dysponować stosownymi badaniami, zanim je „zastosuje" na gruncie. Podkreślenia wymaga, że to, iż skoro posiadacz ma mieć stosowne badania (i że musi je posiadać zanim je rozprowadzi na gruncie) w sposób oczywisty wskazuje, że badania te muszą być wcześniej wykonane. Nie można wszak dysponować badaniami, które nie zostały wykonane. (...) Wykonawca K.T.M. twierdzi, że to on wykona te badania i takie zobowiązanie przyjmuje jako posiadacz odpadów z chwilą ich załadunku na środek transportu (vide wyjaśnienia wykonawcy K.T.M. in fine). Tyle, że - już w ogóle abstrahując od możliwości przyjęcia na tym etapie (składania wyjaśnień) jakichkolwiek zobowiązań, wskazania wymaga, że jest to niemożliwe z

punktu widzenia technicznego. Otóż wykonawca K.T.M. twierdzi, że jak już stanie się posiadaczem (jak już te odpady będą zapakowane na środki przewozowe) to on zrobi te badania i zastosuje je na gruncie dopiero po tym, gdy będą one wykonane. W tym miejscu przypomnienia wymaga, że wykonawca K.T.M. nie ma prawa do magazynowania tych odpadów. Wynika to jednoznacznie tak z treści decyzji (z 2014 r. pkt II.5), jak i z uzasadnienia treści decyzji z 2020 r. (również w aktach postępowania) - decyzja z 2020 r. została wydana z uwagi na zmianę przepisów, które wymagały dookreślenia niezbędnych informacji w zakresie ilości odpadów, które mogą być magazynowane, bądź, w sytuacji, gdy dany podmiot nie może magazynować odpadów - decyzja taka musi uzupełniać podstawową decyzję przez wskazanie, że odstępuje się od wskazania takich ilości odpadów (maksymalnych etc.). Taka też jest treść decyzji z 2020 r., która w tym zakresie uzupełniła decyzję z 2014 r. Wracając więc do głównej kwestii wskazania wymaga, że wykonawca K.T.M. składając wyjaśnienia pragnie nas przekonać, że po tym, gdy stanie się posiadaczem (gdy odpady zostaną załadowane na środki transportu) przeprowadzi on badania - które pozwolą mu następnie na zagospodarowanie odpadów, nie zauważając, że w ogóle nie ma możliwości wówczas na wykonanie takich badań. Już na logikę - jeżeli on takie odpady pakuje na swoje pojazdy - i te pojazdy jadą do miejsca, gdzie mają być rozprowadzone, i jeżeli w tym samym momencie twierdzi, że jako posiadacz będzie wykonywał te badania - to przecież odpady dojadą mniej więcej w tym samym czasie na grunt, gdzie ma mieć miejsce rozprowadzanie, jak i tak samo

dojadą w tym samym czasie do laboratorium, gdzie mają być one poddane badaniom - które trwają dłuższy czas (czas wykonania takich badań od momentu ich odbioru do momentu wydania ich wyniku wynosi około dwóch tygodni). W konsekwencji już same wyjaśnienia, jakie złożył wykonawca K.T.M. , gdzie wskazuje on (zresztą całkowicie logicznie), że takie badania mógłby zleciłby w dacie, gdy staje się posiadaczem odpadów, w oczywisty sposób pokazują na nietrafność jego twierdzeń - wprost zaoferowałoby (już nie mówiąc, że taką ofertę złożył on na etapie wyjaśnień) wykonanie takich badań po ich odbiorze, co stawia pytanie co miałby z nimi robić od daty ich odbioru, skoro nie ma prawa ich magazynować.

Znów jednak - mimo złożenia wyjaśnień takiej treści - Zamawiający uznał, że są one w pełni poprawne i rzeczywiście to wykonawca K.T.M. złożył już wcześniej ofertę zgodną z tym, co winno mieć miejsce. 27. Co więcej - i co wydaje się istotne w niniejszej sprawie - nie możemy zapominać, że to wykonawca K.T.M. zaoferował wykonanie świadczenia w ten sposób, iż zagospodaruje on odpady w procesie R10, przy czym do zagospodarowania odpadów w tym trybie konieczne jest wykonanie stosownych badań. Mógł on wybrać sobie inny tryb, który takich badań nie wymaga. (.) Niezależnie od powyższego wskazać można także na następującą kwestię, która tak samo jak i powyższe pokazuje, że badania takie są w zaoferowanym procesie R10 wykonywane przez Zamawiającego, a nie przez wykonawcę. Chodzi mianowicie o art. 147a ustawy Prawo ochrony środowiska, zgodnie z którym to „Prowadzący instalację oraz użytkownik urządzenia są obowiązani zapewnić wykonanie pomiarów wielkości emisji lub innych warunków korzystania ze środowiska, w tym pobieranie próbek przez: 1) akredytowane laboratorium w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz.U. z 2021 r. poz. 1344) lub 2) certyfikowane jednostki badawcze, o których mowa w art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach (Dz.U. z 2020 r. poz. 2289) - w zakresie badań, do których wykonywania są obowiązani". Jak już było to wskazane, aby w ogóle móc przeprowadzić proces R10 konieczne jest wykonanie stosownych badań. Zgodnie z przepisami prawa podmiot oddający odpady winien mieć pewność, że oddaje je podmiotowi, który jest w stanie je zgodnie z prawem przetworzyć (mając w tym zakresie stosowne pozwolenie na

przetwarzanie, które jest dookreślane w treści decyzji udzielającej takiej zgody) - wynika to z art. 27 ust. 2 pkt 1 ustawy prawo o odpadach. A zacytowany wyżej przepis art. 147a ustawy Prawo ochrony środowiska wskazuje, że to prowadzący instalacje oraz użytkownik urządzenia są obowiązani do przeprowadzenia stosownych badań (są oni wówczas do ich wykonania obowiązani - gdyż aby móc przekazać je kolejnemu podmiotowi - konieczne jest ustalenie, że ten podmiot będzie je w stanie odpowiednio zagospodarować). Aby to ocenić w procesie R10 (tj. czy odpady są przekazywane do właściwego podmiotu) konieczne jest wcześniejsze wykonanie badań, które

potwierdzą, że dany podmiot będzie w stanie je odpowiednio zagospodarować. W tym miejscu też, aby uniknąć wszelkich wątpliwości wskazania wymaga, że z art. 30 ust. 2 ustawy o odpadach wynika, że proces R10 jest dokonywany poza instalacjami i urządzeniami - jest on bowiem dokonywany na gruncie. Podmiotem prowadzącym instalację jest natomiast Zamawiający, który prowadzi zakład uzdatniania wody. Tym samym zgodnie z art. 147a ustawy Prawo ochrony środowiska to posiadacz instalacji (Zamawiający) ma obowiązek wykonać stosowne badania - jest do tego zobowiązany przez to, że ma przekazać odpady podmiotowi, który ma stosowne uprawnienie do przetworzenia odpadów (art. 27 ust. 2 pkt 1 ustawy o odpadach) - a żeby to ocenić w procesie R10 - konieczne jest to, aby dane badania były wykonane. Podkreślenia też raz jeszcze wymaga, że to wykonawca K.T.M. zaoferował spełnienie świadczenia w procesie R10, do czego wymagane jest wykonanie badań. Mógł on

zaoferować inny sposób spełnienia świadczenia, gdzie taki obowiązek by nie istniał.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron zaprezentowane ustnie do protokołu rozprawy, a także złożone dowody ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, dlatego zostało oddalone.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę. Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z

art. 505 Pzp.

Izba ustaliła:

We wniesionym w dniu 15 lipca 2022 r. odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów Pzp:

1. Art. 362 pkt 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 16 pkt 1 - przez zaniechanie

   odrzucenia w ramach części I-IV postępowania ofert wykonawcy K.T.M. sp. z o.o., pomimo że mimo ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w szczególności zaoferował on spełnienie świadczenia w taki sposób, że to po stronie Zamawiającego będzie przeprowadzenie badań, a co za tym idzie, także ponoszenia kosztów z tym związanych, a co pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia. Świadczy to jednocześnie o prowadzeniu postępowania we wszystkich czterech częściach w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

2. Art. 362 pkt 1 w zw. z art. 223 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 - przez zaniechanie wezwania

   wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. w ramach części I-IV postępowania do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, mianowicie jak w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego z dnia 20 maja 2014 r. znak WOŚ.6233.00003.2014 dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów wykonawca K.T.M. sp. z o.o.

zamierza realizować zamówienie, w szczególności kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wyboru w ramach części I-IV postępowania ofert K.T.M. sp. z o.o. jako najkorzystniejszych oraz czynności badania i oceny ofert.

2. Dokonania ponownego badania i oceny ofert w ramach części I-IV postępowania, a w ramach tych czynności odrzucenia ofert złożonych przez wykonawcę K.T.M. sp. z o.o. z uwagi na fakt, że ich treść jest sprzeczna z warunkami zamówienia, ewentualnie wezwania w ramach części I-IV postępowania wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, w ramach których K.T.M. sp. z o.o. wyjaśniłoby, jak w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego z dnia 20 maja 2014 r. znak WOŚ.6233.00003.2014 dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów zamierza realizować zamówienie, w szczególności kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów.

Kolejno Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 22 lipca 2022r. uwzględnił odwołanie w całości. W treści ww. odpowiedzi na odwołanie sformułował wezwanie do wykonawcy K.T.M. o następującej treści: „na podstawie art. 128 ust. 4 PZP wzywa K.T.M. sp. z o.o. 56-420 Bierutów, Gorzesław 76 do złożenia wyjaśnień dotyczących prowadzenia procesu odzysku R10 odpadu objętego postępowaniem o kodzie 19 09 02 osady z klarowania wody. Pkt II. 7 decyzji znak WOŚ.6233.00003.2014 z dnia 20 maja 2014 r. wydanej przez Starostę Gliwickiego wskazuje, że należy prowadzić odzysk zgodnie z obowiązującymi w dniu jego prowadzenia przepisami szczegółowymi wynikającymi z ustawy o odpadach. W związku z tym konieczne jest doprecyzowanie kto jako posiadacz odpadów odpowiedzialny będzie za badania (zlecenie, koszt) potwierdzające jakość odpadów oraz jakość gleb na których mają być stosowane.”

Izba ustaliła ponadto, że w rozdziale III pkt 14 SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający wskazał, że: „Wykonanie wszelkich wymaganych analiz i badań odpadu oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów (np. karta podstawowej charakterystyki odpadu itp.) pozostaje obowiązkiem Wykonawcy.” W rozdziale III pkt 1 SWZ Zamawiający wskazał, że: „przenosi odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami na podmiot odbierający odpad. Podmiot ten przejmuje na siebie obowiązki posiadacza odpadu z chwilą załadunku odpadów na środki transportu, w rozumieniu art. 27 ustawy z dnia 2012 r. o odpadach /Tekst jednolity Dz. U. 2022 poz. 699. Wywiezione odpady mają być poddane zgodnemu z prawem sposobowi zagospodarowania bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tym związanych, za wyjątkiem wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie przetargowej. Zamawiający wymaga, aby oferowany sposób postępowania z odpadami był zgodny z wymogami zawartymi w Ustawie z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Tekst jednolity Dz.U. 2022 poz. 699) oraz wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, a także pozostałymi wymaganiami prawnymi obejmującymi zakres zamówienia.”.

Izba zważyła:

Zgodnie z art. 522 ust. 1 Pzp w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Jak wynika z ust. 1 zd. 2 komentowanego przepisu, w przypadku umorzenia postępowania odwoławczego zamawiający będzie musiał wykonać, powtórzyć lub unieważnić czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Co do zasady więc, wykonanie przez zamawiającego żądań zawartych w odwołaniu jest następstwem zakresu odwołania, tj. podniesionych w nim zarzutów. Zauważyć należy, że zgodnie z treścią art. 522 Pzp uwzględnienie dotyczy zarzutów, a nie żądań odwołania.

Obowiązek wykonania żądań odwołania musi zatem być postrzegany w odniesieniu do podniesionych w konkretnym odwołaniu zarzutów. W wyroku z dnia 4 lutego 2022r., o sygn. akt KIO 121/22 Izba wskazała, że „Uwzględnienie zarzutów odwołania jest czynnością proceduralną skutkującą w postępowaniu odwoławczym umorzeniem postępowania, w następstwie czego zamawiający, stosownie do art. 522 Prawa zamówień publicznych zdanie ostatnie, „powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu". Wykonanie tych czynności skutkuje w razie ponownego ich zaskarżenia odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 ww. ustawy. Natomiast ich niewykonanie uprawnia wykonawcę do wniesienia odwołania podlegającego merytorycznemu rozpatrzeniu przez Izbę. Działanie zamawiającego mające być zgodne z żądaniem odwołania często nie jest literalnie zgodne z żądaniami odwołującego. To oznacza, że zamawiający w toku ponowienia czynności uprzednio zaskarżonych, wykonuje nowe czynności mając na uwadze przepisy ustawy i warunki postępowania ustalone i sformułowane w obowiązującej dokumentacji konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.".

Izba analizując treść wezwania Zamawiającego stwierdziła, że pomimo iż nie jest ono literalnie zgodne ze sformułowaniem przedstawionym przez Odwołującego to jednak zawiera ono w swojej treści wezwanie do udzielenia wyjaśnień kto będzie odpowiedzialny za badania oraz kto będzie ponosił koszty z tym związane. W związku z powyższym Izba uznała, że Zamawiający wykonał żądania odwołania. Odnosząc się natomiast do kwestii nieodrzucenia przez Zamawiającego oferty wykonawcy K.T.M. zauważyć należy, że żądanie odwołania z dnia 15 lipca 2022r. (KIO 1867/22) zawierały alternatywę umożliwiającą Zamawiającemu albo odrzucenie oferty wykonawcy K.T.M, jako niezgodnej z SWZ lub ewentualnie wezwanie tego wykonawcy w ramach ponownej oceny i badania ofert do złożenia wyjaśnień. Przy tak sformułowanym żądaniu Zamawiający mógł zdecydować, które z żądań zostanie przez niego wykonane. Innymi słowy to do decyzji Zamawiającego należało, czy w wyniku ponownej oceny i badania ofert odrzuci ofertę K.T.M. jako niezgodną z warunkami zamówienia, czy też skieruje do tego wykonawcy wezwanie do udzielenia wyjaśnień.

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający kierując do K.T.M. wezwanie uczynił zadość wymogom wynikającym z przepisu art. 522 ust. 1 Pzp.

W związku z powyższym Izba oddaliła powyższy zarzut.

Izba za niezasadny uznała również zarzut dotyczący naruszenia art. 362 pkt 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia w ramach części I-IV Postępowania ofert wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. mimo faktu, iż ich treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, w tym w szczególności z uwagi na fakt, iż wykonawca K.T.M. zaoferował spełnienie świadczenia w taki sposób, że to po stronie Zamawiającego (czy też ogólniej - nie po stronie wykonawcy) będzie przeprowadzenie badań, a co za tym idzie, także ponoszenie kosztów z tym związanych, a co pozostaje w sprzeczności z warunkami zamówienia.

Izba wskazuje, że Zamawiający wymagał w SWZ, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny m.in. z przepisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) oraz z wydanymi na jej podstawie aktami wykonawczymi, jak też wskazał, że „przenosi odpowiedzialność za gospodarowanie odpadem na podmiot odbierający odpad. Podmiot ten przejmuje na siebie obowiązki posiadacza odpadu z chwilą załadunku osadów na środki transportu (...) bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tym związanych, za wyjątkiem wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie przetargowej".

K.T.M. złożył decyzję Starosty Gliwickiego zezwalającą na przetwarzanie odpadów poprzez odzysk, wydaną w oparciu o rozporządzenie z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie procesu odzysku R10 (Dz.U. Nr 86, poz. 476). W treści decyzji z 2014r. w punkcie 7 wskazano, że „odzysk odpadów wymienionych w punkcie I decyzji prowadzony będzie zgodnie z obowiązującymi w dniu jego prowadzenia przepisami szczegółowymi wynikającymi z ustawy o odpadach.". Aktem wykonawczym obowiązującym od 2015r. wydanym na podstawie ustawy o odpadach jest rozporządzenie z dnia 20 stycznia 2015 r. w sprawie procesu odzysku R10 (Dz.U. z 2015 r. poz. 132). W załączniku do ww. rozporządzenia z 2015 r. w części IV tabeli zatytułowanej „Odpady mineralne", pośród wymagań m.in. dla odpadów o kodzie 19 09 02 ustawodawca wskazał: „przy czym posiadacz odpadów dysponuje wynikami badań potwierdzającymi jakość odpadów i jakość gleb, na których odpady mają być stosowane, wykonanych przez laboratorium, o którym mowa w art. 147a ust. 1 pkt 1 lub ust. 1a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska".

W konsekwencji w ocenie Izby uwzględniając postanowienie punktu 7 decyzji z 2014r. przepisami regulującymi odzysk odpadów jest rozporządzenie z dnia 20 stycznia 2015 r. w sprawie procesu odzysku R10, zgodnie z którym to posiadacz odpadów ma dysponować wynikami badań potwierdzających ich jakość. Z rozporządzenia tego w żaden sposób nie wynika, że koszty związane z badaniami musi ponosić zamawiający jako właściciel odpadów. Powyższe zostało również potwierdzone przez wykonawcę K.T.M. który wprost wskazał, że z przedłożonej przez niego decyzji Starosty Gliwickiego nie wynika w obowiązek wykonywania jakichkolwiek badań przez Zamawiającego w związku z przetwarzaniem odpadów.

W związku z powyższym Izba nie podzieliła zarzutów Odwołującego, że po stronie Zamawiającego będzie przeprowadzenie badań, a co za tym idzie, także ponoszenie kosztów z tym związanych.

Tym samym Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 362 pkt 1 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego co do procesu badania próbki, w tym brak możliwości magazynowania przez K.T.M. odpadów wskazać należy, że Odwołujący nie powołał się na żadne postanowienie SWZ, z którym powyższe jest niezgodne, co z kolei skutkowałoby koniecznością odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zauważyć należy, że skoro Zamawiający w SWZ nie sprecyzował żadnych wymogów w jaki sposób badanie ma się odbywać, na jakim etapie, to stanowisko Odwołującego w tym zakresie należy uznać za nieznajdujące oparcia w zapisach SWZ.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp.

Przewodniczący: .....