Sygn. akt: KIO 2714/22

WYROK

z dnia 10 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 07 listopada 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 października 2022 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: FCC Podhale Sp. z o.o., Miki Recykling Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Gmina Bochnia (ul. Kazimierza Wielkiego 26, 32-700 Bochnia)

przy udziale Wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. (Trąbki 451, 32-020 Wieliczka) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1) oddala odwołanie,

2) kosztami postępowania obciąża Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: FCC Podhale Sp. z o.o., Miki Recykling Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ) i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr (słownie:

piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: FCC Podhale Sp. z o.o., Miki Recykling Sp. z o.o. (ul. Jana Pawła II 115, 34-400 Nowy Targ) tytułem wpisu od odwołania

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

Sygn. akt: KIO 2714/22

UZASADNIENIE

Zamawiający Gmina Bochnia prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy

Bochnia oraz PSZOK".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 10 sierpnia 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 153-437608.

Odwołujący - Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: FCC Podhale Sp. z o.o. oraz Miki Recykling Sp. z o.o. wnieśli odwołanie w zakresie części nr 1 zamówienia obejmującej sektor I Północ oraz PSZOK, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. w sytuacji, gdy Wykonawca ten nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie, uprawniającego go do odbioru odpadów niebezpiecznych oleju, farb, rozpuszczalników tj. odpadów niebezpiecznych o kodzie 20 01 13*, 20 01 26*, 20 01 27*, które to odpady zgodnie z treścią załącznika nr 5 „opis przedmiotu zamówienia" mają być odbierane w pomarańczowym worku w ramach przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, podczas gdy ofertę tę powinien był odrzucić. Taka czynność Zamawiającego stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; ewentualnie do zarzutu nr 1):

- art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień treści oferty Wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z., w sytuacji, gdy wykonawca ten wg treści przedstawionych w postepowaniu wpisów do RDR nie posiada pozwolenia na odbiór odpadów niebezpiecznych olejów, farb i rozpuszczalników, tj. odpadów o kodzie 20 01 13*, 20 01 26*, 20 01 27*, które to odpady zgodnie z treścią załącznika nr 5 „opis przedmiotu zamówienia" mają być odbierane w pomarańczowym worku w ramach przedmiotu zamówienia. W konsekwencji powyższego Zamawiający dokonał wyboru oferty jako najkorzystniejszej w postępowaniu, bez przeprowadzenia wszechstronnego zbadania oferty ww. Wykonawcy, w tym wyjaśnienia wszelkich wątpliwości dotyczących jej zgodności z wymogami wynikającymi z dokumentów zamówienia. Taka czynność Zamawiającego stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

- art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia Wykonawcy A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z., w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie, podmiotowych środków dowodowych złożonych przez ww. Wykonawcę, tj. wpisu do RDR, o którym mowa w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 2 tiret pierwszy SWZ w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, tj. określonym w załączniku nr 5 „opisu przedmiotu zamówienia", bowiem z treści przedłożonego Zamawiającemu wpisowi do RDR wynika, że Wykonawca nie posiada wpisu do RDR pozwalającego na odbiór odpadów o kodzie 20 01 13*, 20 01 26*, 20 01 27*, które to odpady zgodnie z treścią załącznika nr 5 „opis przedmiotu zamówienia" mają być odbierane w pomarańczowym worku w ramach przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia wyboru oferty Wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. jako najkorzystniej i przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert, w tym odrzucenia oferty jako niezgodnej z dokumentacją postępowania; względnie (stosownie do zarzutu ewentualnego) nakazanie Zamawiającemu wezwania ww. Wykonawcy do wyjaśnienia treści złożonej oferty w zakresie dotyczącym wpisu do RDR i uzyskanie jednoznacznej odpowiedzi czy Wykonawca posiada wpis do RDR zakresie odpowiadającym warunkom zamówienia i przedmiotowi zamówienia; nakazanie Zamawiającemu wezwania Wykonawcy do uzupełnienia wpisu do RDR w zakresie odpowiadającym przedmiotowi zamówienia.

Zamawiający w rozdziale VIII pkt 2ppkt 2) VIII SWZ ustalił w sposób następujący warunki udziału w postępowaniu: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na zasadach określonych w Rozdziale IX SWZ, oraz spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności do

występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku w tym zakresie, uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada: wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz.U.2022.1297 tj. z dnia 2022.06.21).

W pkt 8 załącznika nr 5 „opisu przedmiotu zamówienia" Zamawiający podał: Wykonawca zobowiązany jest do dostarczenia Zamawiającemu worków w kolorze: (...) „5) pomarańczowy - z napisem „Odpady Niebezpieczne" z przeznaczeniem na odpady niebezpieczne (chemikalia - np. farby, rozpuszczalniki, oleje i in.)".

Dodatkowo w ust. 9 pkt. 2) w Załączniku nr 5 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia Zamawiający określił, że: „Wykonawca zobowiązany jest do odebrania wszystkich odpadów komunalnych wytworzonych na terenie wszystkich nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zgromadzonych w pojemnikach i workach spełniających wymagania zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Bochnia."

Z powyższych zapisów wynika, że Wykonawca ma odbierać odpady niebezpieczne, które zostaną umieszczone przez mieszkańców w pomarańczowych workach w tym chemikalia np.: farby, rozpuszczalniki, oleje i in.".

Odwołujący wskazał kody odpadów: Farby; tusze; farby drukarskie; kleje; lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne 20 02 27, Rozpuszczalniki 20 01 13, Oleje i tłuszcze inne niż wymienione w 20 01 25 - 20 01 26.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. w przedstawionym Zamawiającemu zaświadczeniu o wpisie do RDR z dnia 5.09.2022 r. oraz z dnia 29.09.2022 r. nie ma ujawnionych kodów odpadów niebezpiecznych dla odpadów o kodzie 20 01 27*, 20 01 13*, 20 01 26*, które odpowiadają zakresowi przedmiotu zamówienia określonemu w dokumentacji postępowania. Zdaniem Odwołującego, Wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia - bowiem Zamawiający na podstawie oferty tego wykonawcy nie mógłby wymagać realizacji usługi w zakresie odbioru odpadów o kodzie 20 01 27*, 20 01 13*, 20 01 26*, który to zakres usługi składa się na przedmiot zamówienia i bez niej nie jest kompletny. Jednocześnie Wykonawca nie ma uprawnień wynikających z mocy prawa do tego, aby odbierać odpady o kodzie 20 01 27*, 20 01 13*, 20 01 26. Porównując treść oferty z opisem przedmiotu zamówienia ujawnia się brak możliwości zrealizowania całego zakresu usług opisanego w OPZ - Wykonawca nie jest w stanie zrealizować usług odbioru odpadów o kodzie 20 01 27*, 20 01 13*, 20 01 26*, które stanowią przedmiot zamówienia i ta okoliczność przesądza o niezgodności oferty z warunkami zamówienia.

W ocenie Odwołującego niezgodność oferty z warunkami zamówienia jest tak ewidentna i niemożliwa do usunięcia, że zasadnym jest stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia i zachodzą wszelkie podstawy do odrzucenia oferty.

Odwołujący podniósł zarzut ewentualny dotyczący art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący podniósł także zarzut naruszenia przez Zamawiającego z art. 128 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z tym artykułem, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie.

Jak wskazał Odwołujący, z treści oferty złożonej przez Wykonawcę A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. wynika, że będzie świadczyć usługi odpowiadające pełnemu zakresowi wskazanemu w opisie przedmiotu zamówienia, podczas gdy Wykonawca nie może tego oświadczenia wykonać, bowiem nie posiada w tym zakresie stosownych uprawnień (treść zaświadczenia RDR) i z tego powodu Zamawiający powinien uznać, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu zawartych w Rozdziale VIII pkt 2 ppkt 2 SWZ, oraz że jego oferta jest niezgodna z dokumentacją postępowania. Aby usunąć tego rodzaju wątpliwości, w ocenie Odwołującego Zamawiający zobowiązany był wezwać Wykonawcę do uzupełnienia wpisu do RDR odpowiadającego przedmiotowi zamówienia, jednak tego nie uczynił. W konsekwencji powyższego, w opinii Odwołującego, Zamawiający powinien ustalić, czy Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, czyli w dniu, w którym złożył ofertę, w której oświadczył, że je spełnia.

W konkluzji Odwołujący stwierdził, że Wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. nie posiadał w zakresie wymaganym przedmiotowego wpisu do rejestru na dzień składania ofert. O taki wpis nie może ubiegać się po terminie złożenia oferty. Wykładnia art. 9c ust. 1 UCPG oraz postanowień SWZ nie pozwala na ustalenie, że warunek ma być spełniony dopiero na dzień podpisania umowy przez wykonawcę, lub w terminie innym niż dzień składania ofert. Ocena spełniania przez wykonawcę wymaganych warunków poprzedza wybór najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Odwołującego dokonanie wyboru oferty złożonej przez Wykonawcę A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. jako najkorzystniejszej w zaistniałym stanie faktycznym stanowi jednocześnie naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z artykułem 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Zgodnie z rozdziałem VIII pkt 2 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 spełni warunek, jeżeli wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie.

W rozdziale IX pkt. 1 lit. a Zamawiający wskazał, iż „W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Zamawiający żąda wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Bochnia w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie.”

Wykonawca A. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z. złożył na wezwanie Zamawiającego zaświadczenie z dnia 05.09.2022 r. oraz z dnia 28.09.2022 r. o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy Bochnia, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie.

Zamawiający uznał, że Wykonawca spełnił wymagane warunki udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny, bez odniesienia do rodzajów, czy kodów odpadów, które ma obejmować wpis. W ocenie Izby, takie ukształtowanie warunku nie uprawniało Zamawiającego do następczej weryfikacji, czy posiadany przez Przystępującego wpis odpowiada rodzajom odpadów wymaganych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia. Jeśli Zamawiający oczekiwał, że wykonawca złoży aktualny na dzień składania ofert wpis o określonej treści, to taka treść powinna wynikać wprost z postawionego warunku. Na obecnym etapie nie jest uprawnione rozszerzanie treści warunku.

Nie jest tak, jak sugeruje Odwołujący, że wykonawcy powinni samodzielnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia i domyślać się, jakie kody odpadów powinien obejmować wpis. Przyjęcie założenia takiego, jak oczekuje Odwołujący, naruszałoby zasadę przejrzystości zamówień publicznych, jak również zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Być może wymaganie Zamawiającego zawarte w treści warunku powinno korespondować z opisem przedmiotu zamówienia, tj. zawierać wyszczególnienie kodów odpadów, jakie powinny znaleźć się w zaświadczeniu o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w

zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednakże tak się nie stało. Zamawiający nie wymienił w treści warunku kodów odpadów, które powinny zostać objęte zaświadczeniem o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Na obecnym etapie nie ma możliwości rozszerzenia interpretacji treści warunku, a Wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych skutków określonej decyzji Zamawiającego.

Skoro zatem brak jest niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, to nie zaistniała podstawa do odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Anbud Firma Usługowo - Handlowa A. Z.. Zamawiający zatem nie naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Za bezzasadny został uznany także zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze wskazanym artykułem, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Powyżej wskazany artykuł odnosi się do uprawnienia Zamawiającego. Znajduje zastosowanie, gdy pojawią się niejasności lub inne kwestie wymagające wyjaśnienia. Tymczasem Odwołujący nie wykazał, aby zaistniały niejasności, które wymagałyby wyjaśnienia. Treść postawionego warunku, jak również treść złożonego przez Wykonawcę zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej, była jasna. Zatem nie można uznać, aby Zamawiający był zobowiązany do dokonywania czynności wyjaśnień. W konsekwencji nie można uznać, aby Zamawiający naruszył art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W trakcie rozprawy z udziałem stron Odwołujący złożył oświadczenie, że cofa zarzut dotyczący naruszenia przez Zamawiającego artykułu 128 ustawy Prawo zamówień publicznych (opisany w odwołaniu pod numerem 3). Zarzut ten zatem nie podlegał rozpoznaniu przez Izbę.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574, 575 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1a)

, zaliczając w poczet kosztów postępowania uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: