Sygn. akt: KIO 226/23

WYROK z dnia 6 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 stycznia 2023 r. przez Odwołującego – Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Przemyska 15, 37-500 Jarosław, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gmina Zarzecze, ul. Długa 7, 37-205 Zarzecze

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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 226/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Zarzecze, w trybie podstawowym bez negocjacji na usługę odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Zarzecze w 2023 r. (sygn. postępowania: ZP.271.35.2022), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15.11.2022 r., 2022/BZP 00440265, wobec czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 20 stycznia 2023 r. (Wykonawcy – Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o.) i zaniechania odrzucenia oferty wybranej, Wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Sp. z o.o., wniósł w dniu 25.01.2023 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 226/23).

Odwołujący zarzuciła Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 114 pkt 1) i art. 16 pkt 1 ustawy Pzp przez naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych w szczególności zasady równości i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców

przejawiające się w uznaniu, iż złożona przez ZGK Tryńcza oferta nie budzi wątpliwości, co doprowadziło do sytuacji, w której Zamawiający zaniechał rzetelnego i dogłębnego badania oferty wykonawcy ZGK Tryńcza, zwłaszcza poprzez brak rzetelnej weryfikacji wymogu posiadania bazy magazynowo – transportowej jaką winien posiadać wykonawca ZGK Tryńcza, jako podmiot odbierający odpady jak i również w zakresie jej wyposażenia, które zostało określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122) – dalej: rozporządzenie s.w.o.k.;

2. art. 112 ust. 2 pkt 2) w zw. z art. 114 pkt 1) ustawy Pzp i art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2022r. poz. 699 t.j.) – dalej u.o.o. przez dokonanie, w postępowaniu w wyniku ponownego badania i oceny oferty wykonawcy ZGK Tryńcza, wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ZGK Tryńcza, jako najkorzystniejszej, podczas gdy wzmiankowany podmiot nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, o ile to wynika z odrębnych przepisów tj. aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów niezbędnego do magazynowania poszczególnych rodzajów odpadów, o których mowa w Opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale VII pkt 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) o numerze referencyjnym ZP.271.35.2022 co winno skutkować odrzuceniem przez Zamawiającego złożonej przez wykonawcę ZGK Tryńcza oferty. W ocenie

odwołującego takie wymogi należy mieć już na etapie składania oferty, a nie uzyskania zamówienia;

3. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) lub pkt 5) ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZGK Tryńcza, gdyż została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile to wynika z odrębnych przepisów, tutaj ustawy o odpadach, ewentualnie jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia jakie określił zamawiający w Opisie przedmiotu zamówienia w rozdziale VII pkt 1 (SWZ), co w ocenie Odwołującego, wybrany w konsekwencji wykonawca ZGK Tryńcza nie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z

wymaganiami określonymi przez zamawiającego;

4. art. 252 ust. 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 13) ustawy Pzp przez wybór oferty wykonawcy ZGK Tryńcza po terminie związania z ofertą i zaniechanie wezwania wykonawcy, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę o wyrażenie w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, pisemnej zgody na wybór jego oferty, co w przypadku braku takiej zgody zamawiający winien zwrócić się pisemnie do kolejnego wykonawcy, w tym przypadku odwołującego o wyrażenie takiej zgody. Skoro zamawiający nie wezwał wykonawcy ZGK Tryńcza do wyrażenia takiej zgody pisemnie, co należy domniemywać jako brak zgody ze strony wybranego wykonawcy, zgodnie z zasadą pisemności określoną w art. 20 ust. 1 ustawy Pzp. to zdaniem Odwołującego ofertę wykonawcy ZGK Tryńcza należało odrzucić.

Mając powyższe na względzie odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania w całości, lub w razie uznania przez Izbę, że nie ma podstaw do unieważnienia postepowania, nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny ofert, nakazanie odrzucenia oferty ZGK w Tryńczy Sp. z o.o., nakazanie ponownego dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Stanowiące podstawę odwołania czynności Zamawiającego zostały powtórzone w postępowaniu w wykonaniu wyroku KIO z dnia 27.12.2022 r., sygn. akt KIO 3218/22 nakazującego ponowną czynność badania oferty ZGK w Tryńczy Sp. z o.o. - wezwania wykonawcy wybranego do wyjaśnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do realizacji umowy zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt 2.4.oraz Rozdział X pkt 2.4 i pkt VII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia.

Izba z kolei co do zarzutu „Braku rzetelnej weryfikacji wymogu posiadania bazy magazynowo - transportowej wykonawcy wybranego z naruszeniem przepisu art. 16 ustawy Pzp." nie uwzględnia powyższego zarzutu z powodu braku podstawy prawnej, ponieważ wskazanie naruszenia norm zasady prawnej nie wskazuje na naruszenia przepisu obowiązującego prawa, czy też postanowień warunków zamówienia ustalonych przez zamawiającego.

Odwołujący w obecnym odwołaniu ponownie podnosi okoliczności związane z badaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu związanego z posiadaniem bazy magazynowo – transportowej, wskazując na zaniechanie należytej weryfikacji warunków, jakie powinna spełniać taka baza. Ponadto, Odwołujący zarzucił dokonanie wyboru oferty Wykonawcy, który nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, tj. aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów, niezbędnego do magazynowania poszczególnych rodzajów odpadów, o których mowa w opisie przedmiotu zamówienia. Kolejną podstawą zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wybranej jest dokonanie jej wyboru po terminie związania, przyjmując jednocześnie domniemanie braku wyrażenia zgody przez Wykonawcę, którego Zamawiający nie wezwał do wyrażenia zgody na wybór oferty po upływie terminu jej związania.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości (pismo z 03.02.2023 r.). W swoim stanowisku Zamawiający zwrócił uwagę na próbę ponownego poddania pod rozstrzygnięcie Izby zarzutu, którym został oddalony wyrokiem z dnia 27.12.2022 r. (zarzut nr 1), ewentualne spóźnienie części zarzutów związanych z weryfikacją podmiotową wykonawców pod kątem posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Zamawiający jednocześnie odniósł się merytorycznie do podstawy zarzutów.

Na posiedzeniu przed skierowaniem odwołania na rozprawę Przewodnicząca wystąpiła do Odwołującego o wskazanie nowych okoliczności, jakie miałyby pojawić się w sprawie po unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, w celu wykazania, iż zarzuty od 1 do 3 odwołania mogą podlegać merytorycznej ocenie. Jednocześnie zwrócono uwagę Odwołującemu na fakt, iż zarzut nr 1 jest analogiczny do zarzutu oddalonego wyrokiem Izby z 27.12.2022 r., a zarzuty nr 2 i 3, posiadające wspólną podstawę faktyczną, mogą być ocenione jako spóźnione, gdyż dotyczą oceny podmiotowej wykonawcy w świetle niekwestionowanych wcześniej postanowień swz i ogłoszenia, jak również co do, których Odwołujący wcześniej nie odnosił się, pomimo dokonania już raz wyboru oferty ZGK Tryńcza.

Odwołujący nie wskazał żadnych nowych okoliczności, które zmieniałyby obraz oferty, w tym sytuację podmiotową Wykonawcy ZGK Tryńcza, ponad te, jakie istniały przy pierwotnej czynności wyboru oferty tego Wykonawcy. Odwołujący wskazał jedynie na nowe dowody, potwierdzające brak zezwolenia dla tego podmiotu na zbieranie odpadów.

Jednocześnie skład orzekający Izby uwzględnił, iż Zamawiający po wyroku KIO sygn. akt KIO 3218/22, wezwaniem z 28.12.2022 r. oraz 18.01.2023 r. wystąpił do ZGK Tryńcza o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do realizacji umowy.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Izba ustaliła, iż w odwołaniu z 5.12.2022 r. (sygn. akt KIO 3218/22) Odwołujący w podstawie zarzutów związanych z badaniem oferty ZGK Tryńcza odnosił się do okoliczności związanych z dysponowaniem bazą magazynowo – transportową i brakiem rzetelnego zweryfikowania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 27.12.2022 r. uwzględniła odwołanie w zakresie jednej z podstaw zarzutu, wskazując jednocześnie w uzasadnieniu, iż: Izba z kolei co do zarzutu „Braku rzetelnej weryfikacji wymogu posiadania bazy magazynowo - transportowej wykonawcy wybranego z naruszeniem przepisu art. 16 ustawy Pzp." nie uwzględnia powyższego zarzutu z powodu braku podstawy prawnej, ponieważ wskazanie naruszenia norm zasady prawnej nie wskazuje na naruszenia przepisu obowiązującego prawa, czy też postanowień warunków zamówienia ustalonych przez

zamawiającego. Wyrokiem tym Izba nakazała ponowne badanie i ocenę ofert, po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do wyjaśnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do realizacji umowy zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt 2.4.oraz Rozdział X pkt 2.4 i pkt VII.1Opisu Przedmiotu Zamówienia.

W tych okolicznościach obecne odwołanie podlegało kontroli formalnej w zakresie ewentualnej podstawy do jego odrzucenia. Chociaż Ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania, to Izba zobowiązana jest ustalić, czy podstawa faktyczna zarzutów nie wyczerpuje przesłanek z art. 528 Ustawy, co może prowadzić do uznania, iż odwołanie jedynie w części mogło podlegać rozpoznaniu.

W ocenie składu orzekającego zarzuty w odwołaniu związane z badaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu należało uznać bądź za spóźnione (w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia działalności), bądź jak oparte na tej samej okoliczności, która stanowiła przedmiot rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z dnia 27.12.2022 r. (posiadania bazy magazynowo – transportowej). Należy bowiem wskazać, iż ewentualne nowe podstawy do odrzucenia oferty, wcześniej już wybranej jako najkorzystniejsza, musiałyby wynikać z nowych okoliczności, które mogłyby wynikać z czynności powtórzonych przez Zamawiającego w postępowaniu. W sytuacji gdy te same okoliczności istniały w momencie pierwotnego wyboru oferty najkorzystniejszej należy uznać, iż odwołanie oparte na tych okolicznościach wniesione wobec czynności powtórzonych w postępowaniu, jest odwołaniem spóźnionym, ewentualnie gdy stanowiły one podstawę zarzutów w pierwszym odwołaniu, ponowne sformułowanie zarzutu w odwołaniu w oparciu o te same okoliczności, należy uznać za nieskuteczne w świetle art. 528 pkt 4 Ustawy.

W ocenie składu orzekającego taka sytuacja dotyczy zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZGK Tryńcza w związku z brakiem rzetelnej oceny posiadania bazy magazynowo – transportowej, co do której Odwołujący ponownie wskazuje na warunki jakie powinna ona spełniać, co do których nie pojawiły się żadne nowe okoliczności. Wyjaśnienia Wykonawcy w żadnym stopniu nie odnosiły się do wyposażenia bazy, a jedynie miały na celu potwierdzenie jej lokalizacji i posiadania tytułu prawnego, co nie zmieniało zakresu badania, jakie wcześniej prowadziło do uznania przez Zamawiającego, iż Wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu, do czego Zamawiający odnosił się w odpowiedzi na odwołanie z 5.12.2022 r., a Izba na tej podstawie zarzut oddaliła.

Wywiedziony w obecnym odwołaniu warunek związany z posiadaniem zezwolenia na zbieranie odpadów, stanowi natomiast uzupełniającą okoliczność podniesioną w związku z wymogiem posiadania bazy magazynowo – transportowej, który nie mógł być skutecznie wskazany w podstawie zarzutu. Oparcie zarzutu na tej podstawie prowadzić musiało do uznania, iż naruszony został termin na wniesienie odwołania (w tym zakresie). Wykonawca powinien bowiem okoliczność tą podnosić przy pierwszej czynności wyboru oferty ZGK Tryńcza, kwestionując prawidłowość czynności badania tej oferty. Ponadto, wskazanie w uzasadnieniu, iż warunki udziału w postępowaniu nie odzwierciedlają w pełni wszystkich wymogów opisu przedmiotu zamówienia, co Odwołujący łączy z koniecznością posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, jako warunku koniecznego do magazynowania odpadów, wprost wskazuje, że odwołanie w tym zakresie w zasadzie prowadzi do kwestionowania treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia. Na obecnym etapie postępowania, jest to działanie spóźnione i nie może uzasadniać przyjęcia do rozpoznania odwołania w tym zakresie.

W świetle powyższego odwołanie podlegało rozpoznaniu wyłącznie w odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty ZGK Tryńcza opartego na okoliczności wyboru tej oferty po upływie terminu związania, przy braku zgody Wykonawcy na wybór w tej sytuacji jego oferty.

W tym zakresie Odwołujący swój zarzut wywodził z okoliczności, która faktycznie nie wystąpiła, bowiem Wykonawca ZGK Tryńcza w oświadczeniu złożonym Zamawiającemu w piśmie z dnia 22.12.2022 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o okres kolejnych 30 dni, tj. do 22.01.2023 r. Dokument ten w wersji elektronicznej został opatrzony podpisem elektronicznym w dniu 22.12.2022 r. Zastrzeżenia Odwołującego co do kompletności informacji zamieszczonych w protokole ZP, nie mogły w ocenie składu orzekającego, podważać złożonego w postępowaniu oświadczenia. Sam protokół postępowania nie wyczerpuje pełnej treści dokumentów, jakie składane były w postępowaniu i dopiero po zapoznaniu się ze wszystkimi dokumentami można w sposób pewny kwestionować fakt złożenia, lub brak złożenia wymaganego oświadczenia. Odwołujący nawet nie wystąpił o przekazanie treści oferty i innych oświadczeń, poza wskazanymi we wniosku z dnia 09.01.2023 r. dokumentami złożonymi w związku z ponownym badaniem i oceną oferty ZGK Tryńcza. Powtórzona czynność badania tej oferty była zawężona wyłącznie do kwestii związanych z dysponowaniem sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia. Tym samym twierdzenie o braku wezwania do wyrażenia przez ZGK Tryńcza zgody o wydłużenie terminu związania ofertą, nie miało oparcia w dokumentacji postępowania, co czyniło dalsze wnioski również nieuprawnionymi, a w konsekwencji prowadziło do oddalenia odwołania.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 8 ust 2 oz. 2437).

Na poczet kosztów postępowania odwoławczego zaliczony został wpis w wysokości 7.500,00 zł. i obciążyła nimi w całości Odwołującego.

Przewodniczący: ……..