Sygn. akt KIO 628/23

WYROK

z dnia 21 marca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Maksym Smorczewski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 marca 2023 r. przez wykonawcę ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białogard przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy i:

2.1. zalicza do kosztów postępowania odwoławczego uiszczony przez wykonawcę ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych) oraz koszty postępowania odwoławczego zamawiającego Miasta Białogard poniesione z tytułu wynagrodzenia i wydatków pełnomocnika w wysokości 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych),

2.2. zasądza od ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy na rzecz Miasta Białogard kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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 628/23

UZASADNIENIE

W dniu 6 marca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Chojnicy (dalej jako „Odwołujący") na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę pod nazwą „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Białogard w okresie od 1 kwietnia 2023 r. do 31 marca 2024 r. Numer referencyjny IZP.271.1.22.2022" (dalej jako „Postępowanie"), prowadzonym przez zamawiającego Miasto Białogard (dalej jako „Zamawiający").

Odwołujący zarzucił naruszenie:

„- art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PGK Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie, podczas gdy wykonawca ten oświadczył w ofercie (pkt VIII Wykaz instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów/podmiotów zbierających odpady, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Białogard: lp. 4 rodzaj odpadu: szkło (odpady ze szkła bezbarwne i kolorowe, w tym opakowania ze szkła), Nazwa i adres instalacji/podmiotu zbierającego odpady: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów), iż zamierza zagospodarowywać/przetwarzać odpady o kodzie 15 01 07 -

opakowania szklane, w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie, (dalej: RZGO Sianów) podczas gdy wskazany podmiot nie posiada zezwolenia na przetwarzanie ww. odpadów. Odpady o kodzie 15 01 07 mogą być na terenie RZGO Sianów jedynie magazynowane, co jednocześnie oznacza, że cały strumień odpadów o kodzie 15 01 07 będzie na terenie przedmiotowego Zakładu zbierany (tj. magazynowany przed ich transportem do miejsc przetwarzania), co jest niezgodne z wymaganiami Zamawiającego. Ponadto informacja wskazana w ofercie przez wykonawcę nie odpowiada wymaganiom specyfikacji warunków zamówienia, ponieważ wykonawca nie wykazał, instalacji, do której będzie przekazywał do przetwarzania odpady - opakowania szklane;

- art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 p.z.p., w zw. z art. 223 ust. 1 p.z.p., w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania

uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy oferty wykonawcy w celu potwierdzenia zgodności oferty z warunkami zamówienia ujętymi w SWZ".

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

„1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy -Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie z dnia 22 lutego 2023 roku.

2. Dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) p.z.p. jako niezgodnej z warunkami zamówienia.

3. Dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy".

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz „zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym zastępstwa procesowego".

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Koszalinie (dalej jako „Przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie mającym istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi Postępowanie na usługi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp") w trybie przetargu nieograniczonego. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 4 stycznia 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 003-005933.

W dziale IV ust. 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia w Postępowaniu (dalej jako „SWZ") Zamawiający określił, że „Opis przedmiotu zamówienia: 2.1. Przedmiot zamówienia obejmuje świadczenie usług od 1 kwietnia 2023 r. do 31 marca 2024 r.: (…) 2.1.3

Zagospodarowanie pozostałych selektywnie zebranych odpadów komunalnych, odebranych od właścicieli nieruchomości objętych miejskim systemem gospodarowania odpadami rodzaju: 1) papier, o szacowanej masie około 374 Mg, 2) metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, o szacowanej masie około 670 Mg 3) szkło, o szacowanej masie około 482 Mg, poprzez przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości

selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.). W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest przekazywanie odpadów do instalacji za pośrednictwem podmiotu zbierającego te odpady.".

W pkt II Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, określono, że „Zakres zamówienia obejmuje: (…) „3. Zagospodarowanie pozostałych selektywnie zebranych odpadów komunalnych, odebranych od właścicieli nieruchomości objętych miejskim systemem gospodarowania odpadami rodzaju: 1) papier, o szacowanej masie około 374 Mg, 2) metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe, o szacowanej masie około 670 Mg 3) szkło, o szacowanej masie około 482 Mg, poprzez przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.). W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest przekazywanie odpadów do instalacji za pośrednictwem podmiotu zbierającego te odpady.".

W pkt IX ppkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, Zamawiający określił, że „Wykonawca obowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów, do których przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości planuje przekazać selektywnie zebrane odpady. W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.", zaś w pkt IX ppkt 6 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, iż „Wykonawca w okresie realizacji zamówienia obowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych bezpośrednio do wskazanych w ofercie instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów. W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych możliwe jest przekazanie odpadów do tych instalacji za pośrednictwem wskazanego w ofercie podmiotu zbierającego odpady.".

W § 4 ust. 14 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ określono, że „Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne bezpośrednio do instalacji odzysku i przetwarzania odpadów, wskazanych w ofercie Wykonawcy stanowiącej załącznik nr 4 do Umowy, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów

selektywnie zebranych możliwe jest przekazanie odpadów do tych instalacji za pośrednictwem wskazanego w ofercie podmiotu zbierającego odpady.".

Pkt VIII wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ miał treść „Wykaz instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów/podmiotów zbierających odpady, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Białogard:

Lp.	Rodzaj odpadu	Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady
1	odpady niesegregowane (zmieszane)	
2	bioodpady	
3	metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe (odpady z metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady z tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, odpady opakowaniowe wielomateriałowe)	
4	szkło (odpady ze szkła bezbarwne i kolorowe, w tym opakowania ze szkła)	
5	papier (odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury)	

Odwołujący i Przystępujący złożyli oferty w Postępowaniu.

Pkt VIII formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego miał treść „Wykaz instalacji odzysku lub przetwarzania odpadów/podmiotów zbierających odpady, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości objętych systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Białogard:

Lp.	Rodzaj odpadu	Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady
1	odpady niesegregowane (zmieszane)	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów
2	bioodpady	
3	metale, tworzywa sztuczne, opakowania wielomateriałowe (odpady z metali, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady z tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe z tworzyw sztucznych, odpady opakowaniowe wielomateriałowe)	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów
4	szkło (odpady ze szkła bezbarwne i kolorowe, w tym opakowania ze szkła)	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów
5	papier (odpady z papieru, w tym tektury, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury)	Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów

W dniu 22 lutego 2023 roku Zamawiający przekazał wykonawcom, którzy złożyli oferty w Postępowaniu, informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, o treści „Zamawiający działając na podstawie art. 253 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1710 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp"), informuje o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Białogard w okresie od 1 kwietnia 2023 r. do 31 marca 2024 r." złożonej przez Wykonawcę: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5. 75-724 Koszalin. (…) Oferta Wykonawcy: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin uzyskała maksymalną ilość punktów (100,00 pkt), obliczoną zgodnie z przyjętymi w specyfikacji warunków zamówienia kryteriami i ich wagą, a Wykonawca potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu i niepodleganie wykluczeniu.”.

Przystępujący nie posiada decyzji uprawniającej do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07 w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie.

Ustalając stan faktyczny Izba oparła się na dokumentach zawartych w dokumentacji Postępowania oraz twierdzeniach Odwołującego co do okoliczności, że Przystępujący nie posiada decyzji uprawniającej do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07 w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie, którą Zamawiający przyznał na posiedzeniu.

Izba pominęła kopię decyzję załączonej do odwołania oraz kopie decyzji załączonych do przystąpienia do postępowania odwoławczego, mając na uwadze, że mogły one służyć ustaleniu, czy Przystępujący posiada decyzję uprawniającą do

przetwarzania

odpadów o kodzie 15 01 07 w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie. Jak wskazano powyżej, okolicznością przyznaną było, że Przystępujący takiej decyzji nie posiada. Wobec powyższego, rzeczone kopie miałby służyć ustaleniu faktów, które zostały przez Izbę ustalone, a zatem przeprowadzenie z nich dowodu byłoby bezprzedmiotowe.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej w świetle art. 505 ust. 1 Pzp oraz że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, określonych w art. 528 Pzp, w szczególności że odwołanie nie zostało wniesione po upływie terminu określonego w Pzp.

Po zapoznaniu się z argumentacją stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażoną w pismach wniesionych w tym postępowaniu oraz przedstawioną w trakcie rozprawy w dniu 21 marca 2023 roku, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie był uzasadniony zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako „ucpg").

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp „zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia". Art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg stanowi zaś, iż „wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady".

W świetle treści odwołania, w szczególności wskazanych w nim okoliczności faktycznych i prawnych wskazujących na naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg w związku z zaniechaniem odrzucenia oferty Przystępującego, należało przyjąć, iż niezgodności treści jego oferty z warunkami zamówienia Odwołujący upatrywał w tym, że w wierszu oznaczonym lp. 4 w tabeli zawartej w pkt VIII formularza ofertowego w kolumnie „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady"

Przystępujący wpisał „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów", a Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie nie jest instalacją, w której Przystępujący jest uprawniony do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07.

Aczkolwiek nie było sporne pomiędzy stronami i uczestnikiem postępowania odwoławczego, iż Przystępujący nie posiada decyzji uprawniającej do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07 w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie, wobec czego nie jest uprawniony do przetwarzania w tym zakładzie takich odpadów, wpisanie „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów" w wierszu oznaczonym lp. 4 w tabeli zawartej w pkt VIII złożonego przez Przystępującego formularza ofertowego w kolumnie „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady" nie uzasadnia uznania, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Twierdzenie Odwołującego, że w ww. miejscu wpisał „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów" jako „instalację do której będzie przekazywał odpady o kodzie 15 01 07", w ocenie Izby nie znajduje podstaw. Nie sposób uznać, że wynika to z treści oferty Przystępującego, w szczególności rzeczonego formularza, zwłaszcza że Odwołujący nie przedstawił w odwołaniu jakichkolwiek okoliczności uzasadniających zasadność takiego twierdzenia.

Nie ulega zaś wątpliwości, iż w zawartym w opisie ww. kolumny sfomułowaniu „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady" użyty został ukośnik. Izba podzieliła stanowisko Zamawiającego, iż ukośnik ten należy rozumieć jako oznaczenie alternatywy rozłącznej, czyli jako synonim wyrazu „albo". Oznacza to, że Zamawiający określił w dokumentach zamówienia, iż wykonawca może wpisać nazwę i adres podmiotu zbierającego odpady zamiast nazwy i adresu instalacji.

Należy zauważyć, że takie stanowisko wyrażono w odwołaniu, stwierdzając, iż „zgodnie z art. art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (czyli takim z jakim mamy do czynienia w niniejszym przypadku) zamawiający publiczny zobowiązany jest żądać od wykonawców przedstawienia w ofercie wykazu instalacji, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku odpadów zbieranych selektywnie możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (zamiast "instalacji")".

Ponadto należy wskazać, że zarówno pkt IX ppkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ (który zobowiązuje wykonawców do wskazania w

ofercie instalacji do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady zbierane selektywnie), jak i tabela zawarta w pkt VIII wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ (w którym to formularzu wykonawcy mieli wykonać ten obowiązek), są postanowieniami zawartymi w dokumentach zamówienia w wykonaniu obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5)

ucpg, zawierającego adresowaną do wójtów, burmistrzów i prezydentów miast normę nakazującą w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości i ich zagospodarowywanie – jak w przypadku Postępowania – zawarcie w dokumentach zamówienia zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. W przepisie tym określono przy tym, iż „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady", co odzwierciedlone zostało w pkt IX ppkt 5 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, w którym Zamawiający określił, iż „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady", ponadto w pkt IX ppkt 6 Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, oraz § 4 ust. 14 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ wskazano, że „w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych możliwe jest przekazanie odpadów do tych instalacji za pośrednictwem wskazanego w ofercie podmiotu zbierającego odpady, z czego wynika, że w ofercie powinien być wskazany podmiot zbierający odpady za pośrednictwem którego odebrane odpady selektywnie zebrane miałyby być przekazywane do instalacji.

Postanowienia te korespondują z innymi postanowieniami dokumentów zamówienia, w których wskazano na możliwość przekazywania odpadów zebranych selektywnie do instalacji za pośrednictwem podmiotu zbierającego te odpady w przypadku, gdy ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych będą niewielkie, (por. dział IV ust. 2 SWZ, pkt II Opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ).

W tym stanie rzeczy przy określeniu, jak należy rozumieć treść ww. postanowień SWZ, w szczególności tabeli zawartej w pkt VIII wzoru formularza ofertowego, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ, w tym w zakresie opisu kolumny „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady", należy brać pod uwagę treść art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg. W ocenie Izby z treści tego przepisu nie wynika, że w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów komunalnych wskazanie w ofercie podmiotu zbierającego odpady selektywnie zbierane (jeżeli ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych są niewielkie) nie może nastąpić zamiast wskazania instalacji do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady.

Odmienne od przedstawionego w odwołaniu stanowiska co do wskazania podmiotu zbierającego odpady zamiast instalacji twierdzenie Odwołującego przedstawione na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. - że w pkt VIII „formularza oferty Zamawiający żądał wskazania zarówno podmiotu przetwarzającego jak i ewentualnie podmiotu zbierającego odpady" - nie mogło być brane pod uwagę przez Izbę wobec treści art. 555 Pzp, zgodnie z którym „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu". Jak wielokrotnie było wskazywane w orzeczeniach Izby, „zarzut tworzą okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów ustawy w związku z dokonaną czynnością lub zaniechaniem czynności, do której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy" (tak w wyroku z dnia 1 lutego 2022 r. wydanym w postępowaniu o sygn. KIO 124/22). Okoliczności faktyczne i prawne wskazujące na naruszenie przepisów Pzp w związku z zaniechaniem czynności odrzucenia oferty Przystępującego, które nie były wskazane w odwołaniu, nie mogą być zatem uwzględniane przy rozpoznawaniu odwołania.

Wobec powyższego, uznając za trafne stanowisko Zamawiającego, że w wierszu oznaczonym lp. 4 w tabeli zawartej w pkt VIII złożonego przez Przystępującego formularza ofertowego w kolumnie „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady" Przystępujący „mógł, zgodnie z SWZ, wskazać instalację lub podmiot zbierający odpady. Wykonawca PGK Sp. z o.o. był więc uprawniony do wskazania w tym punkcie oferty podmiotu zbierającego odpady", Izba uznała, że w miejscu tym Przystępujący zobowiązany był wpisać nazwę i adres instalacji, do których jest obowiązany jest przekazać odebrane odpady zebrane selektywnie rodzaju szkło albo (czyli zamiast nazwy i adresu tej instalacji) nazwę i adres podmiotu zbierającego te odpady – w przypadku, gdy ilość tych odpadów jest niewielka.

Wpisanie w wierszu oznaczonym lp. 4 w tabeli zawartej w pkt VIII formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego w kolumnie „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady" „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów" jako „nazwy i adresu podmiotu zbierającego odpady" było więc zgodne z warunkami zamówienia, wobec czego nie było podstaw do uznania treści oferty Przystępującego za niezgodną z tymi warunkami tylko z tego powodu, że w ww. miejscu Przystępujący wpisał „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów", a Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie nie jest instalacją, w której Przystępujący jest uprawniony do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07.

Trafnie podniósł Odwołujący, iż z treści oferty Przystępującego wynika, iż wszystkie odpady o ww. kodzie nie będą przetwarzane przez niego w Regionalnym Zakładzie Odzysku

Odpadów w Sianowie, lecz że będą one zbierane przez Przystępującego. Izba nie podzieliła natomiast przedstawionego w odwołaniu stanowiska, iż „Cały strumień odpadów tego kodu nie stanowi więc niewielkiej ilości odebranych odpadów selektywnie zebranych, ponieważ stanowi 100% tych odpadów".

W ocenie Izby oceniając, co stanowi „niewielką ilość" odebranych odpadów selektywnie zbieranych w rozumieniu art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg nie można brać pod uwagę, jaka część spośród odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych selektywnie zbieranych rodzaju szkło (o kodzie 15 01 07) jest przekazywana do podmiotu zbierającego te odpady. Gdyby tak czynić, to w przypadku, gdyby całość czy większość odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych selektywnie zbieranych tego rodzaju (o ww. kodzie) była przekazywana do podmiotu zbierającego te odpady, nie można byłoby uznać, że odpadów tych jest „niewielka ilość" w opisanym powyżej rozumieniu nawet wtedy, gdyby masa całości komunalnych selektywnie zbieranych tego rodzaju (o ww. kodzie) wynosiła 1 kg. Powyższa interpretacja prowadziłaby więc do absurdalnych wniosków, wobec czego nie może być uznana za właściwą.

Przedstawione przez Odwołującego na rozprawie w dniu 21 marca 2023 r. twierdzenia, iż dokonując ww. oceny należy porównać masę odpadów o kodzie 15 01 07 do masy wszystkich odpadów zbieranych selektywnie, które nie były wskazane w odwołaniu wniesionym w niniejszej sprawie, wobec treści art. 555 Pzp nie mogły być brane pod uwagę przez Izbę.

Okoliczności faktyczne przedstawione w odwołaniu wniesionym w niniejszej sprawie, czyli to, że wszystkie odpady o kodzie 15 01 07 nie będą przetwarzane przez Przystępującego w Regionalnym Zakładzie Odzysku Odpadów w Sianowie, lecz że będą one przez niego wyłącznie zbierane, nie uzasadnia zatem uznania, że treść jego oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, a w konsekwencji, że Zamawiający powinien odrzucić tą ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

W tym stanie rzeczy brak było podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg.

Nie był uzasadniony także zarzut naruszenia art. 16 Pzp w związku z art. 17 ust. 1 i 2 Pzp w związku z art. 223 ust. 1 Pzp w związku z art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp.

Zgodnie z art. 16 Pzp, „zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny". Art. 17 ust. 1 Pzp

stanowi, iż „zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów", zaś art. 17 ust. 2 Pzp, że „zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy". Stosownie do art. 223 ust. 1 Pzp, „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. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.".

Mając na uwadze przedstawione powyżej rozważania dotyczące zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg prowadzące do wniosku, iż oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający naruszył art. 16 pkt 1) – 3) Pzp poprzez działanie w sposób „charakteryzujący się brakiem wnikliwości" i nie wyjaśnienie „najistotniejszych elementów pozwalających na dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty", zwłaszcza że w odwołaniu nie wskazano, w jaki sposób świadczy to o przeprowadzeniu postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców, nieprzejrzysty bądź nieproporcjonalny. W szczególności, wpisanie w wierszu oznaczonym lp. 4 w tabeli zawartej w pkt VIII formularza ofertowego złożonego przez Przystępującego w kolumnie „Nazwa i adres instalacji/ podmiotu zbierającego odpady" „Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie Ul. Łubuszan 80, 76-004 Sianów" w sytuacji, gdy Regionalny Zakład Odzysku Odpadów w Sianowie nie jest instalacją, w której Przystępujący jest uprawniony do przetwarzania odpadów o kodzie 15 01 07 nie rodziło obowiązku wezwania Przystępującego do wyjaśnień dotyczących treści złożonej przez niego oferty.

Nie sposób było także uznać, że Zamawiający naruszył art. 17 ust. 1 i 2 Pzp. Przepisy te określają, w jaki sposób i komu Zamawiający udziela zamówienia, a zgodnie z art. 7 pkt 25) Pzp przez udzielenie zamówienia należy rozumieć zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie ulega wątpliwości, że na dzień zamknięcia rozprawy w postępowaniu odwoławczym umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta, wobec czego przepisy te nie mogły zostać naruszone przez Zamawiającego.

W sytuacji, gdy oferta Przystępującego nie podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) Pzp, brak było podstaw do przyjęcia, że Zamawiający dokonał wyboru tej oferty z naruszeniem przepisów Pzp.

W zakresie w jakim ww. zarzut dotyczy art. 223 ust. 1 Pzp stwierdzić należy, iż przepis ten nie reguluje dokonywania czynności odrzucenia oferty bądź czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, a w odwołaniu nie wskazano konkretnie, w jaki sposób Zamawiający naruszył ten przepis. Nie było więc jakichkolwiek podstaw do uznania, że przepis ten został naruszony przez Zamawiającego.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2), § 5 pkt 1) i 2) oraz § 8 ust. 2 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania.

Zgodnie z art. 557 Pzp „w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego", stosownie zaś do art. 575 Pzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku. Z § 2 ust. 1 pkt 2) ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na usługi o wartości przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 Pzp, wynosi 15.000 złotych. Stosownie do § 5 pkt 1) i 2) ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (…) w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące: (…) b) wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty

3600 złotych”. § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia stanowi, że „w przypadku oddalenia odwołania przez Izbę w całości, koszty ponosi odwołujący. Izba zasądza koszty, o których mowa w § 5 pkt 2, od odwołującego na rzecz zamawiającego”.

Stosownie do § 5 pkt 1) ww. rozporządzenia, do kosztów postępowania odwoławczego zaliczono wpis w wysokości uiszczonej przez Odwołującego, tj. 15.000 złotych.

Zamawiający na posiedzeniu niejawnym i rozprawie był reprezentowany przez radcę prawnego. Jak wynika ze złożonego na rozprawie spisu kosztów (zawartego we wniosku o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego), na koszty postępowania odwoławczego Zamawiającego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych, koszty diety i przejazdu na rozprawę w wysokości 1.261,70 zł oraz koszty

noclegu pełnomocnika w wysokości 378 złotych. Zdaniem Izby, wobec braku podstaw do przyjęcia, że ww. koszty diety i przejazdu na rozprawę oraz noclegu pełnomocnika zostały poniesione przez Zamawiającego, należało je uznać za koszty stanowiące „wynagrodzenie i wydatki” pełnomocnika w rozumieniu § 5 pkt 2) lit. b) ww. rozporządzenia. Mając na uwadze treść tego przepisu, do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego wynagrodzenie i wydatki pełnomocnika mogły być zaliczone wyłącznie do kwoty 3.600 złotych. Wobec powyższego do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego Zamawiającego zaliczono wynagrodzenie i wydatki radcy prawnego reprezentującego Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Wobec oddalenia odwołania zgodnie z § 8 ust. 2 pkt 1) ww. rozporządzenia koszty postępowania ponosi Odwołujący, a Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3.600 złotych.

Przewodniczący: ……