

WYROK

Warszawa, dnia 19 kwietnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę **PreZero Service Wschód sp. z o. o. w Radomiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Głusk z siedzibą w Dominowie**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania,**

2. **w pozostałym zakresie oddala odwołanie,**

3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę PreZero Service Wschód sp. z o. o. w Radomiu i:**

3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PreZero Service Wschód sp. z o. o. w Radomiu tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika, kwotę 552 zł 00 gr (słownie: pięciuset pięćdziesięciu dwóch złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie tytułem dojazdu na posiedzenie Izby,**

3.2. **zasądza od wykonawcy PreZero Service Wschód sp. z o. o. w Radomiu na rzecz wykonawcy KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie kwotę 4.152 zł 00 gr (słownie: czterech tysięcy stu pięćdziesięciu dwóch złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty uczestnika postępowania poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.**

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Gminę Głusk z siedzibą w Dominowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Głusk oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 16 stycznia 2024 r., Dz.U. S: 11/2024, nr 00030187-2024.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 2 kwietnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca PreZero Service Wschód sp. z o. o. w Radomiu, zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) i c) Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie, zwanego dalej „KOMA” lub „przystępującym”, gdyż została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu;

z ostrożności:

2) art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy KOMA do uzupełnienia wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym Postępowaniem;

3) art. 128 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania KOMA do złożenia wyjaśnień treści podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed datą złożenia tej informacji.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty KOMA jako najkorzystniejszej w postępowaniu,

2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty KOMA, względnie nakazanie Zamawiającemu wezwania KOMA do uzupełnienia wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym Postępowaniem oraz (także ewentualnie) wezwania KOMA do złożenia wyjaśnień treści podmiotowego środka dowodowego w postaci informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed datą złożenia tej informacji.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że oferta KOMA powinna ulec odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) Pzp, ponieważ została złożona przez wykonawcę, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem V ust. 1 pkt 1) lit. a) SWZ o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający wpis do rejestru działalności regulowanej (dalej jako „RDR”) w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym zamówieniem.

Odwołujący podniósł, iż KOMA nie spełnia ww. warunku, ponieważ wykonawca ten nie posiada wpisu do RDR w zakresie odpadu o kodzie 17 02 02, co potwierdza przedłożone przez tego wykonawcę zaświadczenie o wpisie, w którym brak jest wyszczególnionego przedmiotowego kodu odpadu. Równocześnie z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Gminy Głusk udostępnionego na stronie Zamawiającego (<https://www.glusk.pl/srodowisko/gospodarka-odpadami/odbior-odpadow.html>; data wpisu 06.10.2020 r., nr wpisu 18/2020) również wynika, iż KOMA nie posiada wpisu w zakresie odpadu o kodzie 17 02 02. Zdaniem odwołującego odpady o kodzie 17 02 02 są objęte przedmiotem niniejszego postępowania, co wynika z tabeli na stronie 7 OPZ, w której wskazano rodzaj i szacunkową ilość odpadów stanowiących przedmiot zamówienia. W wierszu 19 przedmiotowego zestawienia znajduje się kod 17 02 02 „szkło”. Wobec tego wykonawca na dzień składania ofert powinien posiadać w tym zakresie wpis do rejestru działalności regulowanej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający jednoznacznie określił sposób potwierdzania ww. wymagania, wskazując w rozdz. VI lit. A ust. 5 pkt 6) SWZ, iż:

„Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu

wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym zamówieniem.

Zdaniem odwołującego, relewantnym czynnikiem warunkującym w takim przypadku odrzucenie oferty jest uwzględnienie obowiązku posiadania wpisu do RDR jako warunku udziału w postępowaniu. Według odwołującego, jeżeli zamawiający uwzględnił konieczność posiadania wpisu do RDR w zakresie objętym zamówieniem jako warunek udziału w postępowaniu, wykonawca musi legitymować się wpisem potwierdzającym spełnienie warunku na dzień składania ofert. Odwołujący argumentował, że zamawiający wyraźnie zaznaczył w opisie warunku udziału w postępowaniu, że wpis do rejestru ma dotyczyć odpadów objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, a nie ma być to jakiegokolwiek zezwolenie na odbieranie odpadów w dowolnym zakresie. Oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest weryfikować ustalone pierwotnie warunki, które aktualnie nie podlegają żadnym korektom. W szczególności zatem zamawiający nie może odstępować od egzekwowania którychkolwiek postanowień SWZ, nawet jeśli uznałby je za nieistotne. Wobec powyższego odwołujący podniósł, że KOMA nie wykazała w niniejszym postępowaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu, dlatego zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) Pzp jest zasadny.

Zdaniem odwołującego jednocześnie zamawiający naruszył przy tym art. 16 pkt 1) Pzp, ponieważ przeprowadził postępowanie w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty KOMA z powyższych przyczyn.

Z ostrożności, w przypadku uznania przez Izbę, iż oferta KOMA nie podlega odrzuceniu, bądź odrzucenie byłoby przedwcześnie, odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania KOMA do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem, gdyż przedstawiony przez KOMA wpis nie potwierdza spełniania warunku udziału. Odwołujący jednak zauważał, że takowe uzupełnienie nie będzie

możliwe, bowiem dane w RDR są publicznie dostępne i nie nastęrcza trudności ustalenie, że na dzień składania ofert KOMA nie posiadała wpisu odpadu o kodzie 17 02 02 (zresztą wynika to ze złożonego na wezwanie dokumentu).

W uzasadnieniu zarzutu dotyczącego braku wezwania do złożenia wyjaśnień dot. podmiotowego środka dowodowego odwołujący wskazał, że w rozdz. V ust. 1 pkt 2) lit. b) SWZ Zamawiający przewidział, iż o zamówienie ubiegać może się wykonawca spełniający warunek sytuacji ekonomicznej lub finansowej, jeżeli wykaże, że posiada środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości co najmniej 300000,00 (trzysta tysięcy złotych 00/100), w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed dniem złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową.

Kolejno odwołujący wskazał, że pismem z dnia 27 lutego 2024 r. Zamawiający wezwał KOMA do złożenia informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed datą złożenia tej informacji (pkt 1 ppkt 5) przedmiotowego wezwania).

Odwołujący wskazał, że w odpowiedzi KOMA przedstawiła zaświadczenie z banku PKO BP dnia 4 marca 2024 roku. Dokument ten wedle jego treści sporządzony został w oparciu o dane zawarte w systemach PKO Banku Polskiego SA, według stanu na dzień 04.03.2023 r. (przyp.: to jest według stanu na rok przed datą jego złożenia). Tym samym nie wykazywał spełnienia warunku w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed dniem złożenia informacji.

Kolejno odwołujący wskazał, że wobec powyższego Zamawiający pismem z dnia 12 marca 2024 r. wezwał KOMA do uzupełnienia lub poprawienia zaświadczenia które potwierdzi posiadanie środków finansowych lub zdolność kredytową w okresie nie wcześniejszym niż 3 miesiące przed dniem złożenia informacji. Odwołujący wskazał, że KOMA ponownie przedstawiła zaświadczenie z banku PKO BP datowane na 4 marca 2024 rok, w którym wskazano, iż informacja udzielona została w oparciu o dane zawarte w systemach PKO Banku Polskiego SA, według stanu na dzień 04.03.2024 r.

Odwołujący podniósł, że zarówno zaświadczenie złożone pierwotnie przez KOMA, jak również zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie do jego uzupełnienia posiadają identyczny numer pisma (numer sprawy), tj. CKK-BKK01/054- GDAZKKJZa3639187/24. Odwołujący wskazał, że oba dokumenty (według ich treści) wystawione zostały w tym samym dniu (4 marca 2024 roku), jednakże daty podpisów pracownika banku sporządzającego dokumenty pozostają różne. Na pierwszym zaświadczeniu podpis złożono w dniu 5 marca 2024 roku, zaś drugie zaświadczenie podpisano w dniu 12 marca 2024 roku. Jednocześnie oba zaświadczenia odwołują się do innego dnia, według stanu na który zostały sporządzone. Przy tym wezwanie KOMA do uzupełniania pierwotnego zaświadczenia datowane jest na dzień 12 marca 2024 rok, zaś dokument przedstawiony w odpowiedzi na to wezwanie datowany jest na dzień 4 marca 2024 roku.

Zdaniem odwołującego ww. okoliczności budzą poważne wątpliwości co do treści i prawdziwości przedstawionych dokumentów, a tym samym spełnienia przez KOMA warunków udziału w postępowaniu. Zasadnym pozostaje przyjęcie, iż zaświadczenie złożone w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia, sporządzone zostało nie wcześniej niż w dacie jego podpisania, tj. 12 marca 2024 r., nie zaś jak wynika z jego treści w dniu 4 marca 2024 r. Jednocześnie nadanie dokumentom identycznych numerów pisma oraz tożsamej daty sugeruje, iż jest to jeden i ten sam dokument, pomimo, iż treści obu zaświadczeń są rozbieżne, jak wskazano powyżej.

Odwołujący podniósł, że wobec faktu, iż Zamawiający wezwał już raz KOMA do uzupełnienia zaświadczenia z banku, wyczerpana została możliwość wzywania do uzupełnienia zgodnie z zasadą jednokrotności wezwania do uzupełnienia danego dokumentu. W opinii odwołującego stanowiło to podstawę wezwania KOMA do złożenia wyjaśnień podmiotowego środka dowodowego. Zdaniem odwołującego obowiązek wezwania wykonawcy do wyjaśnień aktualizuje się w sytuacji, gdy złożone oświadczenia lub dokumenty budzą wątpliwości zamawiającego. Zamawiający zaniechał jednak wezwania do złożenia wyjaśnień dot. przedmiotowych dokumentów, pomimo że powinien mieć uzasadnione wątpliwości, co do ich wiarygodności. Zwłaszcza że pismo przewodnie wykonawcy, za którym złożono zaświadczenie z banku, nie tłumaczyło okoliczności wystawienia pierwszego dokumentu. Tym samym wskazane rozbieżności nie zostały wyjaśnione, a przez to nie zostało skutecznie wykazane spełnienie przez KOMA warunku udziału w postępowaniu.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca KOMA Lublin sp. z o.o. w Lublinie. Złożył sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości. Wniósł o oddalenie odwołania. W pismach procesowych i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, oferty wykonawców, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania zamawiającego, zawiadomienie o wyborze oferty

najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron i uczestnika, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, 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, chyba że:

- 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
- 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 2) została złożona przez wykonawcę: (...)
 - b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub
 - c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Art. 239 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

III. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA:

1. Przedmiotem zamówienia jest usługa pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Głusk oraz z punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK)”.

4. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia określa załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ).

V. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:

1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to odrębnych przepisów.

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli posiada:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem,

b) wpis do rejestru przedsiębiorców BDO na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wynikającym z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.),

(...)

VI. WYKAZ DOKUMENTÓW I OŚWIADCZEŃ, KTÓRYCH ZŁOŻENIA ZAMAWIAJĄCY WYMAGA WYKONAWCY W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA:

5. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

6) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym zamówieniem.

(por. SWZ, w aktach sprawy)

Kolejno ustalono, że w opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) – załącznik nr 1 do SWZ - zamawiający przewidział m.in.:

3) Rodzaj i szacunkowa ilość odpadów stanowiących przedmiot zamówienia (01.05.2024r. – 30.04.2025r.): zestawienie powstało na podstawie wyliczonej średniej z okresu 01.01.2023r.-31.12.2023r. wskazanych odpadów na 12 miesięcy powiększone o szacowane 15 % wzrostu.

a) odpady komunalne z nieruchomości zamieszkałych

<i>I.p.</i>	<i>Rodzaj odpadów komunalnych</i>	<i>Kod</i>	<i>Szacunkowa Ilość (Mg)</i>
1.	<i>Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne</i>	20 03 01	2106,363
2.	<i>Papier, tektura, opakowania z papieru i tektury</i>	15 01 01 20 01 01	232,254
3	<i>Tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych, metale</i>	15 01 02 20 01 39 20 01 40 15 01 06	493,212
4.	<i>Szkło, opakowania ze szkła</i>	15 01 07, 20 01 02	314,755
5.	<i>Popioły z gospodarstw domowych</i>	ex 20 01 99	119,945
6.	<i>Biodopady stanowiące odpady komunalne</i>	20 02 01	938,584
7	<i>Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż (...) - wystawka</i>	20 01 36	2,024
8	<i>Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż (...)zawierające niebezpieczne składniki - wystawka</i>	20 01 35*	2,885
8	<i>Meble i odpady wielkogabarytowe - wystawka</i>	20 03 07	72,197
		x	x

b) odpady komunalne w PSZOK

<i>L.p.</i>	<i>Rodzaj odpadów komunalnych</i>	<i>Kod</i>	<i>Szacunkowa Ilość (Mg)</i>
.....
19.	<i>Szkło</i>	17 02 02	1,72

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego i oferta przystępującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że zamawiający pismem z dnia 27 lutego 2024 r., działając na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp, wezwał przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia, w tym m.in.

- wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnych ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym zamówieniem.

(por. wezwanie zamawiającego, na nośniku elektronicznym).

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył zamawiającemu następujące dokumenty:

- 1) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk z dnia 6.10.2020 r. nr GOŚ.6233.RDR.1.2020, w którym w pkt 3 znajduje się określenie odbieranych odpadów komunalnych (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2

stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów – Dz.U. z 2020 r., poz. 10); w katalogu nie wymieniono odpadu o kodzie 17 02 02.

(por. ww. dokumenty, w aktach sprawy).

Następnie ustalono, że 22 marca 2024 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej.

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp i art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, postanowiła umorzyć postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania.

Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, *odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy*. Stosownie do art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, *Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania*.

Odwołujący w trakcie posiedzenia Izby w dniu 17 kwietnia 2024 r., przed otwarciem rozprawy, oświadczył, że cofa odwołanie w ww. części. W przywołanym przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to na zasadzie wnioskowania a maiori ad minus, należy uznać, że odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera już odwołania w ww. zakresie, wobec powyższego postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu. Dostrzec należy, że Izba związana jest oświadczeniem odwołującego o cofnięciu części odwołania, czego skutkiem wynikającym wprost z art. 568 pkt 1 ustawy Pzp jest obowiązek umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w zakresie wycofanych zarzutów.

Rozstrzygnięcie w przedmiocie zarzutów, które okazały się niesporne jest bezcelowe. Jednocześnie jednak informacja o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego musi znaleźć odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia, a nie w uzasadnieniu. W art. 559 ust. 2 ustawy Pzp, określającym w sposób wyczerpujący elementy treści uzasadnienia wyroku wydanego przez Izbę, nie ma bowiem żadnej wzmianki o możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku jakiegokolwiek rozstrzygnięcia.

Odwołanie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odwołujący podniósł w odwołaniu, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V. 1.1) lit. a SWZ. Zgodnie z tym warunkiem, *O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:*

1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to odrębnych przepisów:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli posiada:

a) wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk, o którym mowa w art. 9b i następnym ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1469 z późn. zm.) w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem.

Nie było sporne między stronami, że celem wykazania ww. warunku przystępujący złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk z dnia 6.10.2020 r. nr GOŚ.6233.RDR.1.2020, w którym w pkt 3 znajdowało się określenie odbieranych odpadów komunalnych (zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów – Dz.U. z 2020 r., poz. 10), zaś w katalogu nie wymieniono odpadu o kodzie 17 02 02.

Ponadto ustalono, że z OPZ (załącznik nr 1 do SWZ) strona 5-7 wynikało, iż na przedmiot zamówienia składa się odbiór odpadów:

1) od właścicieli nieruchomości zamieszkałych (tu wymieniono 9 grup kodów wśród których próżno było szukać odpadu o kodzie 17 02 02),

2) z PSZOK (tu wymieniono 21 grup kodów odpadów), który utworzony został przez Zamawiającego (4.9 OPZ, strona 13),

a sporne odpady o kodzie 17 02 02 przeznaczone są do odbioru z PSZOK.

W analizowanej sprawie sporne między odwołującym i wnoszącym sprzeciw okazało się rozumienie przywołanego wyżej warunku, a w szczególności użytego tam sformułowania „w zakresie objętym przedmiotowym

zamówieniem". Takie sformułowanie zawierało w swej treści odniesienie do opisu przedmiotu zamówienia. Tak więc interpretacja tego warunku, w okolicznościach danej sprawy, musiała uwzględniać także analizę OPZ.

Zdaniem Izby, odwołujący dokonał błędnej wykładni warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt V. 1.1) lit. a SWZ. Odwołujący nie dostrzegł, że w warunku była mowa o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk. W odniesieniu do tej części przedmiotu zamówienia zamawiający w OPZ wymienił zaś jedynie 9 grup kodów odpadów, wśród których nie wskazał odpadu o kodzie 17 02 02. Powyższe oznaczało, że w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z gminy Głusk przedmiotem zamówienia są jedynie odpady z 9 grup kodów odpadów wymienionych na str. 6 OPZ.

W tej sytuacji sformułowanie „w zakresie objętym przedmiotowym zamówieniem”, którego zamawiający użył w końcowej części warunku, można było odczytywać jako odnoszące się właśnie do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk. Zgodnie bowiem z art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: *Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.*

Owszem, zgodnie z OPZ przedmiotem zamówienia będzie także transportowanie przez wykonawcę zamówienia odpadów zgromadzonych w PSZOK, wśród których wymieniono także odpady o kodzie 17 02 02. Jednakże, zgodnie z art. 9c ust. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, posiadaczem tych odpadów jest podmiot prowadzący punkt PSZOK (w tym przypadku Gmina Głusk), a nie właściciele nieruchomości. Jak bowiem wynika z powołanego przepisu, *Nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów.*

W zakresie tego elementu OPZ, przedmiotem zamówienia nie będzie zatem odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Głusk, lecz transportowanie z PSZOK odpadów, których posiadaczem będzie w tym przypadku Gmina Głusk.

Jak wykazał wnoszący sprzeciw w złożonym piśmie procesowym z dnia 17 kwietnia 2024 r., w zakresie tej części wykonywanej usługi, wykonawca zamówienia w karcie przetwarzania odpadów (KPO) wystawianej przez posiadacza odpadów - Gminę Głusk - będzie wymieniony jako jedynie podmiot transportujący odpady, a przekazującym odpady będzie Gmina Głusk, a nie właściciele nieruchomości z jej terenu. Jak wynikało bowiem z interpretacji Ministerstwa Klimatu i Środowiska z dnia 14.01.2021 r., załączonej także do ww. pisma, *„w przypadku polegającym na przekazywaniu odpadów komunalnych, ale pochodzących z punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), powinny one zostać zewidencjonowane z wykorzystaniem karty przekazania odpadów (KPO)”*.

Do wykonywania tego rodzaju działalności koniecznym jest wpis do rejestru przedsiębiorców BDO na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wynikający z art. 50 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.). Co istotne, tego rodzaju wpis był elementem odrębnego warunku udziału w postępowaniu opisanego przez zamawiającego w pkt V 1.1) b) SWZ. Nie było sporne zaś między stronami, że ten warunek został wykazany przez przystępującego. Dodatkowo przystępujący do swego pisma z dnia 17 kwietnia 2024 r. załączył wizualizację rejestru elektronicznego BDO, w którym w dziale VII (transportujący odpady) został wpisany kod 17 02 02.

Za przyjęciem takiej interpretacji warunku z pkt V. 1.1) lit. a SWZ przemawiała także powszechnie przyjmowana w orzecznictwie Izby zasada, że niejednoznaczne postanowienia SWZ interpretuje się na korzyść wykonawców. Jeśli zamawiający oczekiwał, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk także w zakresie kodów odpadów, które będą odbierane przez niego jako transportującego odpady z PSZOK, to powinien to wyraźnie wskazać w treści warunku, czego jednak nie uczynił.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że przystępujący poprzez złożenie zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Głusk z dnia 6.10.2020 r. nr GOŚ.6233.RDR.1.2020 wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt V 1. 1) lit. a SWZ.

Zarzuty nr 1 i 2 odwołania nie zasługiwały zatem na uwzględnienie.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 2 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia części odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 1, 3 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło odpowiednio umorzenia części postępowania odwoławczego i kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 2 sentencji) i formalnym (pkt 1, 3 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)”* Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba, w zakresie rozpatrywanym merytorycznie, oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł, wynagrodzenie pełnomocnika wnoszącego sprzeciw w wysokości 3.600 zł, oraz koszty dojazdu wnoszącego sprzeciw na rozprawę w wysokości 552 zł, ustalone na podstawie spisu kosztów złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a i b 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:.....