Sygn. akt KIO 3786/23

WYROK

Warszawa, dnia 3 stycznia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Małgorzata Jodłowska

Protokolantka:Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu18 grudnia 2023 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gostyniu, „KOMMUNALSERVICE VORNKAHL PO SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tczewie postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego AQUANET SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego MYCELA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Starej Wiśniewce

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Go „KOMMUNALSERVICE VORNKAHL POLSKA” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z sie Tczewie i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gos „KOMMUNALSERVICE VORNKAHL POLSKA” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z w Tczewie tytułem wpisu od odwołania.

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.

Przewodnicząca: ……

Sygn. akt KIO 3786/23

UZASADNIENIE:

AQUANET SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie dla zamówienia sektorowego pn: „Usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) w odległości do 300 km od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach w ilości 30 000 Mg z podziałem na 4 Pakiety”, nr referencyjny: Z/31/2023.

Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej: „ustawa Pzp”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z zasadami przewidzianymi dla zamówień sektorowych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 czerwca 2023 r. pod numerem: 2023/S 117-365341.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gostyniu, „KOMMUNALSE VORNKAHL POLSKA” SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tczewie „Odwołujący”) w dniu 18 grudnia 2023 r. wnieśli w zakresie pakietu 2, pakietu 3 i pakietu 4 odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty 9 dla Pakietów 2, 3 i 4 oraz wyborze jako najkorzystniejszych: oferty nr 3 w zakresie pakietu 2; oferty nr 3 w zakresie pakietu 3 oraz oferty nr 6 w zakresie pakietu 4 tego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

a)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 Ustawy z dnia 11 września 2019 r. (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1605), zwanej dalej „Prawem zamówień publicznych” lub poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, z uwagi na rzekome niespełnienie przez „wykonawcę” warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy analiza przedstawionych dokumentów pozwala na ocenę, że nie jest prawdą, iż „wykonawca” (za którego należy uważać Odwołujących oraz zgłoszonego podwykonawcę) nie spełnia wszystkich warunków przetargu; zarazem, uzasadnienie zaskarżonej czynności zostało sporządzone w sposób nieprecyzyjny i niekompletny, naruszający wymogi art. 253 ust. 1 pkt Pzp, albowiem Zamawiający twierdząc, że „Wykonawca” nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, odwoływał się do dokumentów dotyczących tylko jednego z konsorcjantów, ignorując przedstawione dokumenty, dotyczące drugiego

konsorcjanta oraz zgłoszonego podwykonawcy,

b)naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy zarzucana niezgodność stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp,

c)naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór w postępowaniu ofert, które nie były najkorzystniejsze; gdyby bowiem Zamawiający nieprawidłowo nie odrzucił oferty złożonej przez Odwołujących, to oferta Odwołujących byłaby najkorzystniejsza w odniesieniu do pakietów nr 2, 3 i 4.

Na wypadek, gdyby Wysoka Izba uznała, że wskazana omyłka nie miała charakteru „oczywistej omyłki pisarskiej", o jakiej mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, to omyłkę tę należałoby uznać za inną omyłkę, o której mowa w 223 ust. 2 pkt 3 Pzp.

W związku z powyższym, z ostrożności, zarzucam również naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp, poprzez to, że Zamawiający, pomimo zaistnienia w ofercie omyłki, polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia (wpisanie wielokrotnie wyższego wolumenu osadów, który zostanie skierowany do poszczególnych miejsc zagospodarowania osadów niż wolumen objęty danym pakietem i podany przy obliczaniu wynagrodzenia Odwołujących, stanowiło oczywistą niezgodność z dokumentami zamówienia), nie wykonał obowiązku wynikającego z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 PZP i nie poprawił wskazanej omyłki, po uprzednim zwróceniu się do Wykonawcy o zgodę na jej poprawienie.

Odwołujący wniósł o:

1)uwzględnienie odwołania w całości,

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietów 2, 3 i 4 przetargu nieograniczonego o nr Z/31/2023;

3)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności:

- badania i oceny ofert,
- wyboru oferty najkorzystniejszej,

4)nakazanie Zamawiającemu, aby podczas badania dokonał (w trybie art. 223 ust. 2 Pzp) poprawienia omyłki, jaka znalazła się w ofercie nr 9 (złożonej przez Odwołujących), poprzez wpisanie w pkt 8 tej oferty, w kolumnie pod nazwą „Wolumen osadów [mg] który zostanie skierowany w dane miejsce zagospodarowania odpadów" w rubryce trzeciej (Gmina Nekla — podwykonawca):

a)w odniesieniu do pakietu nr 2, liczby: „9 998" w miejsce omyłkowo wpisanej liczby: „29 998",

b)w odniesieniu do pakietu nr 3, liczby: „4 998" w miejsce omyłkowo wpisanej liczby: „29 998".

c)w odniesieniu do pakietu nr 4, liczby: „4 998" w miejsce omyłkowo wpisanej liczby: „29 998".

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

Odwołujący złożyli ofertę dotyczącą wszystkich pakietów objętych postępowaniem. W swej ofercie dotyczącej tego pakietu wskazali cenę (niższą od ceny podanej w ofercie uznanej przez Zamawiającego za „najkorzystniejszą") w odniesieniu do prawidłowej ilości osadów objętych zamówieniem w ramach danego pakietu i prawidłowo wskazali cenę jednostkową.

Prawidłowość wyliczenia ceny oferty dla poszczególnych pakietów potwierdził Zamawiający. Natomiast w tabelach znajdujących się pkt 8 oferty (w odniesieniu do każdego z pakietów) w kolumnie „Wolumen osadów [mg] który zostanie skierowany w dane miejsce zagospodarowania odpadów" omyłkowo podano wielokrotnie większą ilość osadów, niż wolumen danego pakietu (i niż wskazano to w ofercie przy określaniu ceny).

Zamawiający nie poprawił wskazanej omyłki, jako oczywistej omyłki pisarskiej.

Zamawiający nie zwrócił się też do Odwołujących o zgodę na poprawienie wskazanej omyłki (jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia) i nie dokonał jej poprawy.

Zamawiający zarzucił niezgodność odrzuconej oferty z warunkami zamówienia. Niezgodność miała polegać na tym, że opisując ofertę dotyczącą poszczególnych pakietów zamówienia, Odwołujący prawidłowo określili cenę i wielkość zamówienia (10 000 Mg dla pakietu nr 2, 5 000 Mg dla pakietu nr 3 i 5 000 Mg dla pakietu nr 4), jednak w dalszej części oferty, przy opisie wolumenu osadów, jakie mają trafić do jednego z miejsc składowania, podawano omyłkowo wielkość 29 998 Mg (a więc wielokrotnie przekraczającą wolumen zamówienia w ramach danego pakietu).

Oczywistość omyłki wynika z porównania prawidłowo określonej wielkości zamówienia objętego ofertą, przy wskazaniu ceny za wykonanie zamówienia, z oczywiście omyłkowo wskazaną wartością wolumenu osadów, który zostanie skierowany do poszczególnych miejsc zagospodarowania odpadów. Jest oczywiste, że skoro Odwołujący prawidłowo określili cenę i wielkość zamówienia (np. 5 000 Mg przy pakiecie nr 4), to podanie w dalszej części oferty wielokrotnie wyższego wolumenu osadów, jakie mają trafić do jednego z miejsc składowania, było oczywistą omyłką pisarską.

Na wypadek gdyby Wysoka Izba uznała, że wskazana omyłka nie miała charakteru „oczywistej omyłki pisarskiej", o jakiej mowa w art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, to omyłkę tę należałoby uznać za inną omyłkę, o której mowa w 223 ust. 2 pkt 3

Pzp.

W związku z powyższym, z ostrożności, Odwołujący zarzucił naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 3 i ust. 3 Pzp.

Należy przy tym zaznaczyć, że naruszenie przez Zamawiającego przepisów dotyczących oczywistej omyłki pisarskiej, ewentualnie innej omyłki, było już podstawą odwołań złożonych przez Odwołujących od rozstrzygnięcia wydanego przez Zamawiającego w dniu 15 września 2023 r. Zamawiający w całości uwzględnił złożone odwołania i unieważnił swoje rozstrzygnięcie. Obecnie powołanie się zatem na ten sam argument, co do którego Zamawiający uwzględnił poprzednie odwołanie, jest zupełnie niezrozumiałe i nielogiczne.

Odwołujący przytoczył treść art. 223 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 września 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2202/22.

Gdyby przyjąć, że wskazana omyłka nie miała charakteru „oczywistej omyłki pisarskiej" wówczas zastosowanie znalazłby art. 223 ust. 2 pkt 3 Pzp. Odwołujący przytoczył treść ww. przepisu oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 lipca 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1820/22.

W ocenie Odwołujących, treść złożonej oferty jednoznacznie wskazywała na to, że wartość „29 998 Mg" została wpisana w trzeciej rubryce kolumny „Wolumen osadów [mg/] który zostanie skierowany w dane miejsce zagospodarowania odpadów" oczywiście omyłkowo. Fakt, że wielkość ta przekraczała wielokrotnie wielkość Zamówienia w ramach poszczególnych pakietów oraz ilość osadów, od jakich została obliczona cena całkowita w ofercie, pozwalał na jednoznaczną ocenę, że w rzeczywistości wolą Odwołujących było podanie w tej kolumnie liczby: 4 998 Mg (w odniesieniu do pakietów nr 3 i 4) oraz liczby: 9 998 (w odniesieniu do pakietów nr 2). Istniała zatem możliwość poprawienia tej omyłki w trybie wskazanym w art. 223 ust. 2 Pzp. Wobec powyższego, Zamawiający był obowiązany skorzystać z tej możliwości. Priorytetem dla Zamawiającego powinno być pozyskanie najkorzystniejszej oferty.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w zw. z art. 240 PZP

Kwestia godzin nocnych odbioru osadów

Zamawiający w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia (czynności) wskazał, że w toku postępowania o udzielenie zamówienia zwrócił się o przekazanie pewnych dodatkowych dokumentów (uzupełnień), potwierdzających zdolność do wykonania zamówienia. Bezsporne jest (i wynika to z treści wskazanego uzasadnienia), że wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty zostały przekazane. Dokumenty te dotyczyły zarówno obu konsorcjantów, jak i podwykonawcy zgłoszonego w ofercie.

Należy przy tym zaznaczyć, że w treści zaskarżonego rozstrzygnięcia, odnosząc się do odrzuconej oferty nr 9, Zamawiający konsekwentnie posługiwał się sformułowaniem „Wykonawca" wprost wziętym z Prawa zamówień publicznych. Zamawiający nie rozróżniał przy tym w treści tego uzasadnienia poszczególnych podmiotów wchodzących w skład konsorcjum. W efekcie, zawarte w uzasadnieniu zaskarżonego rozstrzygnięcia tezy Zamawiającego, jakoby „Wykonawca" nie spełniał wymogów udziału w postępowaniu, są nieprawdziwe, gdyż Zamawiający oparł je jedynie na części przedstawionej dokumentacji, dotyczącej jednego z Odwołujących, ignorując pozostałą część dokumentacji (dotyczącą drugiego Odwołującego i zgłoszonego podwykonawcy).

W szczególności, Zamawiający odwołał się do wymogu wynikającego ze „Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia", w którym wskazano, że: „Zamawiający będzie dostarczał osady do Wykonawcy/Podwykonawcy przez cały tydzień (dni robocze, soboty, niedziele i święta) w ciągu całej doby." . Jak twierdzi Zamawiający, przedstawione przez Odwołujących dokumenty mają rzekomo wskazywać na to, że „Wykonawca" ma możliwość odbierania osadów jedynie w okresie od godz. 6:00 do godz. 22:00. Jest to oczywiście nieprawdziwe stwierdzenie, wynikające ze niezrozumiałego zignorowania przez Zamawiającego znacznej części dokumentacji zgormadzonej w aktach postępowania.

W rzeczywistości, ograniczenie godzin w których mogą być odbierane osady, przewidziano w decyzji dotyczącej tylko jednego z Odwołujących. W dodatku, chodzi o konsorcjanta, który ma odebrać jedynie niewielką część osadów (!). Tymczasem, pozostałe podmioty współpracujące w ramach konsorcjum nie mają takich ograniczeń. W szczególności, decyzja podwykonawcy, który ma odbierać (zgodnie z ofertą) najwięcej osadów, przewiduje możliwość ich odbioru przez całą dobę.

Skoro ofertę złożyło konsorcjum kilku podmiotów, to ocena spełnienia wymogów udziału w postępowaniu nie może się ograniczać do tylko jednego z tych podmiotów, nie wiadomo w jaki sposób wybranego przez Zamawiającego.

Co równie istotne, stanowisko Zamawiającego jest również wprost sprzeczne z Opisem przedmiotu zamówienia, na który sam Zamawiający się powołuje. W opisie tym, w zakresie wymogu odbioru osadów przez całą dobę, wyraźnie wskazano nie tylko „Wykonawcę", ale również Podwykonawców. Tym samym, jest oczywiste, że Odwołujący („Wykonawca") spełniają wymóg zapewnienia odbioru osadów przez całą dobę, jeżeli podmioty współpracujące w ramach konsorcjum Odwołujących mają możliwość zapewnienia takiego odbioru, przy czym dla wykonania zamówienia nie ma żadnego znaczenia to, czy możliwość takiego odbioru mają wszystkie te podmioty, czy tylko niektóre z nich, byle tylko możliwość takiego odbioru była faktycznie zapewniona.

Idea uczestnictwa w przetargach publicznych konsorcjów sprowadza się właśnie do tego, że podmioty, które osobno mogłyby nie spełniać wszystkich wymogów uczestnictwa w postępowaniu, mogą je spełnić łącząc siły i działają wspólnie. Dzięki temu postępowanie jest bardziej konkurencyjne i nie prowadzi do wykluczenia mniejszych podmiotów, na rzecz wielkich korporacji. Jeżeli z punktu widzenia danego zamówienia, istotne jest zapewnienie jakiejś zdolności, to nie jest konieczne aby zdolność te posiadali wszyscy członkowie konsorcjum i ich podwykonawcy, ale zdolność ta zostanie zapewniona, nawet jeśli choć jeden z tych podmiotów będzie ją posiadał.

Odwołujący na potwierdzenie powyższego przytoczył tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3763/21.

Odwołujący wskazał, że podmioty wymienione w odrzuconej ofercie legitymują się możliwością odbioru osadów. Jednakże Zamawiający nie może wymagać, aby wszystkie one legitymowały się również zdolnością do odbioru tych osadów w nocy, jeżeli możliwość taką posiada przynajmniej jeden ze wskazanych podmiotów. W niniejszej sprawie istotne jest zatem to, że możliwość odbioru osadów w nocy posiada ten podmiot, do którego ma trafić zdecydowana większość osadów.

Kwestia ilości odbieranych osadów

Oczywiście niezasadne jest również twierdzenie Zamawiającego, że „Wykonawca" nie spełnia wymogów udziału w postępowaniu, gdyż decyzja wydana przez Starostę Wrzesińskiego dla podwykonawcy zgłoszonego w odrzuconej ofercie pozwala na przyjęcie jedynie 20.000 Mg osadów. Twierdzenie to jest oczywiście błędne z wielu powodów:

1)postępowanie aktualnie obejmuje zamówienie na pakiety w łącznym wolumenie 20.000 Mg osadów, a więc nawet gdyby wszystkie osady dostarczane były do tego jednego podwykonawcy (a nie ma tak być), to i tak Odwołujący („Wykonawca") spełnialiby wymogi udziału w postępowaniu;

2)Zamawiający po raz kolejny ignoruje fakt, że ocena zdolności „Wykonawcy" (Odwołujących działających w ramach konsorcjum) do realizacji zamówienia, musi obejmować wszystkie podmioty wchodzące w skład konsorcjum, a nie tylko jednego podwykonawcę.

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że zarzut uczyniony Odwołującym przez Zamawiającego, co do nie spełnienia warunków udziału w postępowaniu byłby już i tak całkowicie nieaktualny (nawet gdyby miał jakiekolwiek podstawy faktyczne).

Zamawiający podzielił zamówienie na 4 pakiety i dokonywał osobnych rozstrzygnięć co do każdego z tych pakietów. Co istotne, Zamawiający nie prowadził w istocie w tym zakresie jednego postępowania, gdyż swoje rozstrzygnięcia, odnośnie różnych pakietów, wydawał w różnych terminach.

I tak, w dniu 15 września 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert w odniesieniu do pakietów nr 1, 2 i 4. Pakiet nr 3 nie został objęty rozstrzygnięciem z września 2023 r. Czynność Zamawiającego została zaskarżona odnośnie wyboru najkorzystniejszej oferty, ale wyłącznie odnośnie pakietów nr 2 i 4. W zakresie objętym odwołaniem (odnośnie pakietów nr 2 i 4) Zamawiający unieważnił swoją czynność.

Zarazem, rozstrzygnięcie dotyczące zamówienia w zakresie pakietu nr 1 nie zostało zaskarżone i nie zostało unieważnione. W rezultacie, rozstrzygnięcie w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie pakietu nr 1 uprawomocniło się, a postępowanie w tym zakresie zostało zakończone.

Tym samym, obecnie prowadzone postępowanie dotyczy wyłącznie zamówienia obejmującego pakiety nr 2, 3 i 4. Łączny wolumen odpadów objętych tym zamówieniem wynosi zatem 20.000 Mg. Jak wskazał sam Zamawiający w uzasadnieniu swojego rozstrzygnięcia, już sam podwykonawca Odwołujących ma pozwolenie uprawniające do przyjęcia 20.000 Mg odpadów. A przecież należy pamiętać, że odrzuconą ofertę złożyło konsorcjum. Przykładowo, Odwołujący Kommunal Service Vornkahl Polska Sp. z o.o. posiada pozwolenie uprawniające do przyjęcia aż 40.000 Mg osadów.

Nawet gdyby zatem przyjąć (co nie znajduje uzasadnienia we wskazanej ofercie), że wszystkie odpady objęte zamówieniem trafiłyby do jednego podwykonawcy, to i tak Odwołujący spełnialiby przesłanki udziału w postępowaniu.

Jedynie na marginesie należy zaznaczyć, że Zmawiający ponownie popełnia ten sam błąd (już wyżej opisanyw niniejszego uzasadnienia), a mianowicie analizując odrzuconą ofertę skupia się tylko na jednym z podmiotów wymienionych w tej ofercie, ignorując pozostałe podmioty wchodzące w skład konsorcjum. Jest to oczywiście nieprawidłowe zachowanie.

Należy zaznaczyć, że wskazanie w ofercie tego, w jakim zakresie osady będą trafiały do poszczególnych podmiotów, miało charakter informacyjny (i nie wpływało choćby na przyznanie punktów do oceny oferty). Wskazanie to nie miało charakteru wiążącego, skoro warunki postępowania dopuszczają możliwość zgłoszenia nowych podwykonawców na etapie realizacji zamówienia (patrz 13 wzoru umowy. stanowiącego załącznik nr 6 do SWZ).

Kluczowe znaczenie dla oceny tego, czy „Wykonawca" spełnia warunki udziału w postępowaniu ma to, czy ma on możliwość odbioru osadów w takiej ilości, jakiej dotyczy postępowanie. W tym przypadku Odwołujący mają możliwość odbioru wielokrotnie większej ilości osadów, niż wskazana w zamówieniu. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że „Wykonawca" (Odwołujący) spełnia wymogi udziału w postępowaniu.

Zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 PZP

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez dokonanie przez Zamawiającego wyboru ofert, które nie były najkorzystniejsze na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. Uwzględniając bowiem fakt, że do odrzucenia oferty Odwołujących doszło niezgodnie z przepisami, to oferta Odwołujących okazałaby się najkorzystniejsza (uzyskałaby najwyższą liczbę punktów).

W złożonej pismem z 28 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał m.in.:

W dniu 8 grudnia 2023 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego ofert dla Pakietu 2, 3, 4 z Postępowania:

1. na podstawie:

- art 226 ust. 1 pkt 2) b) Ustawy PZP, ponieważ oferta została złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postepowaniu;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 Ustawy PZP, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie:

Zamawiający w dniu 13.10.2023 roku, w piśmie nr DW/RP/526/97168/2023, wezwał Wykonawcę w trybie art. 126 ust. 2 PZP do złożenia w terminie do dnia 24.10.2023 roku podmiotowego środka dowodowego, potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu, określonego w pkt 9.2. lit a) specyfikacji warunków zamówienia, tj.:

- aktualnej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych – kod odpadu 19 08 05), udzieloną w formie decyzji przez właściwy organ, zgodnie z art. 41 Ustawy o odpadach (Dz. U. z 2021 r., poz. 779, t.j. z późniejszymi zmianami) lub pozwolenia zintegrowanego wydanego na podstawie art. 181 ust.1 pkt 1) oraz art. 201 ust.1 ustawy Prawo Ochrony Środowiska wraz ze wszystkimi zmianami danej decyzji.

Wykonawca w wyznaczonym terminie przesłał Decyzję nr DROŚ-SO.7222.24.2015.AŁ z dnia 30.06.2015 r., udzieloną przez Marszałka Województwa Pomorskiego oraz Decyzję – Zmianę Pozwolenia Zintegrowanego nr DROŚ-S.7222.36.2019/2020.AŁ z dnia 04.06.2020r., udzieloną również przez Marszałka Województwa Pomorskiego. Wykonawca nie załączył do przesłanych dokumentów zmiany decyzji DROŚ-S.7222.32.2016.AŁ z dnia 02.11.2016r., o której mowa w Decyzji z dnia 04.06.2020 r.

W przedłożonej decyzji znajdują się następujące zapisy:

- w pkt. II.1 pn.: „Opis instalacji do przetwarzania odpadów"

„Odpady oddawane przetwarzaniu dostarczane są na teren kompostowni transportem własnym lub zewnętrznym–w kontenerach luba za pomocą samochodów samowyładowczych. Zakład posiada dwa własne samochody ciężarowe (pojemność kontenera do 40 m3). Praca w zakładzie odbywa się na dwie zmiany od poniedziałku do piątku w godz. Od 6.00 do 22.00, w ciągu których może być maksymalnie 30 transportów samochodami ciężarowymi; dodatkowo możliwe jest 5 transportów w sobotę lub niedzielę. Jednocześnie codziennie (poniedziałek-niedziela) realizowane są dostawy odpadów ciągnikiem ze ZWiK-u (Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Tczewie) w ilości do 15 transportów na dobę. Część odpadów dostarczana jest również przez osoby fizyczne".

- w pkt. IV pn.: „Techniczne i organizacyjne metody ochrony środowiska jako całości"

„W kontekście zmniejszenia uciążliwości hałasowej Zakład nie prowadzi działalności w godzinach nocnych, czyli od 22.00 do 6.00. W tym czasie nie są prowadzone dostawy realizowane przez transport zewnętrzny, a przede wszystkim nie działają ładowarki i nie są prowadzone prace związane z przerzucaniem pryzm".

Wyżej wymienione zapisy są niezgodne z zapisami Specyfikacji Warunków Zamówienia (pkt. 3.1 OPZ) przedmiotowego postępowania, gdzie Zamawiający wyraźnie wskazał, że: *„Zamawiający będzie dostarczać osady do Wykonawcy/Podwykonawcy przez cały tydzień (dni robocze, soboty, niedziele i święta) w ciągu całej doby".*

Zgodnie z powyższym, przedłożona przez Wykonawcę decyzja nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie ma On możliwości odbioru osadów przez cały tydzień w ciągu 24 godz. na dobę.

W Formularzu Ofertowym Wykonawca zobowiązał się do zagospodarowania 1 Mg odpadów, a więc do również do gotowości odbioru odpadów w ciągu 24h/7dni w tygodniu.

Wobec powyższego Zamawiający wezwał Wykonawcę pismem nr DW/RP/526/109202/2023 z dnia 17.11.2023 r. do uzupełnienia brakującego w/w podmiotowego środka dowodowego do dnia 22.11.2023 r.

W wyznaczonym terminie Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie uzupełnił brakującą decyzję DROŚ-S.7222.32.2016.AŁ z dnia 02.11.2016 r., o której mowa w Decyzji z dnia 04.06.2020 r. Uzupełniona decyzja również zawiera powyższe zapisy, zgodnie z którymi Wykonawca nie ma możliwości odbioru osadów w godzinach nocnych.

Dodatkowo Wykonawca złożył pismo, w którym stwierdza, że OPZ jest jedynie załącznikiem do Specyfikacji Warunków Zamówienia i nie stanowi jego integralnej części, a punkt 3.1 OPZ nie określa warunków udziału w postępowaniu tylko jak

wskazuje nazwa „*3. Informacje dla Wykonawców*", pełni charakter informacyjny.
W piśmie Wykonawca informuje Zamawiającego, że Jego podwykonawcy są zdolni przyjąć osady przez cały tydzień (dni robocze, soboty, niedziele i święta) w ciągu całej doby.
Wykonawca w złożonych Formularzach Ofertowych w pkt. 3. 3) złożył następujące oświadczenie: *„Oświadczamy, że zapoznaliśmy się z SWZ, w tym także ze wzorem Umowy, szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia i uzyskaliśmy wszelkie informacje niezbędne do przygotowania niniejszej oferty. W przypadku wyboru naszej oferty zobowiązujemy się do zawarcia Umowy zgodnej z niniejszą Ofertą, na warunkach określonych w SWZ oraz w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego, a przed zawarciem Umowy do wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy".*
Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia stanowi Załącznik nr 5 do SWZ, a więc jest jego integralną częścią, która to z kolei stanowi integralną część wzoru Umowy.
Wykazując spełnianie warunków udziału w postępowaniu - Wykonawca nie może posiłkować się zdolnościami swoich podwykonawców, a ze złożonych na wezwanie wyjaśnień wynika, że przystępując do przedmiotowego postepowania zamierzał je realizować niezgodnie z OPZ z uwagi na brak decyzji, która umożliwia całodobowy odbiór osadów.
Dodatkowo Zamawiający stwierdza, że Wykonawca:

- w pkt. 3.8) /pn.: *Informacje do oceny Ofert*/ w każdym złożonym Formularzu Ofertowym, tj. dla Pakietu 1, Pakietu 2, Pakietu 3 i Pakietu 4, Wykonawca zaoferował trzy różne miejsca zagospodarowanie osadów, rozdzielając je w następujący sposób:

1.Kommunal Service Vornkahl Polska Sp. z o.o. /współrzędne geograficzne: 54.115967, 18.809974/ – 1 Mg
2.Zakład Gospodarki Komunalnej w Wilczynie /współrzędne geograficzne: 52.498150,18.184848/ - 1 Mg
3.Gmina Nekla /współrzędne geograficzne: 52.372584,17.379391/ - 29 998 Mg

- na wezwanie z dnia 13.10.2023 r. nr DW/RP/526/97168/2023, Wykonawca oprócz swojej Decyzji, zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wskazanych w postępowaniu, złożył również Decyzje wydane dla wskazanych przez siebie Podwykonawców, tj. Zakładu Gospodarki Komunalnej w Wilczynie oraz Gminy Nekla.

Decyzja nr WB.6233.6.2022 z dnia 18.01.2023 r., wydana przez Starostę Wrzesińskiego dla Gminy Nekla zezwala na zagospodarowanie jedynie 20 000 Mg osadów.
W związku z powyższym wskazanie przez Wykonawcę, że Gmina Nekla może zagospodarować 29 998 Mg jest niezgodne ze stanem faktycznym. Należy domniemywać, że gdyby Wykonawca został wybrany dla wszystkich 4 Pakietów, na które złożył Oferty, to pomimo wskazania Podwykonawców do realizacji zamówienia w ilości 29 999 Mg /Wykonawca deklarował zagospodarowanie zaledwie 1 Mg osadu/, to i tak Ci Podwykonawcy nie są w stanie przyjąć pełnego zakresu osadów. Tym samym zadeklarowany sposób realizacji jest niezgodny z warunkami zamówienia, co również skutkuje odrzuceniem oferty.
2. na podstawie art 226 ust. 1 pkt 5) Ustawy PZP, ponieważ jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Uzasadnienie:

W pkt. 16 SWZ pn.: „*Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty wraz z podaniem Wag tych kryteriów ora sposobu oceny ofert*", Zamawiający wyraźnie wskazał, że jako ofertę najkorzystniejszą wybierze ofertę z najniższym kosztem, a w skład kosztu wchodzą:
- zaoferowana cena brutto przez Wykonawcę za zagospodarowanie 1 Mg osadu (punkt 3 ppkt 1 Formularza Oferty),
- zaoferowane przez Wykonawcę miejsce zagospodarowania osadu (odległość od miejsca wytworzenia do miejsca zagospodarowania),
- zaoferowany przez Wykonawcę wolumen osadu do zagospodarowania w danym miejscu (tj. dane z tabeli numer 8 formularza oferty).

Punkty zostaną przyznane w oparciu o oświadczenie Wykonawcy złożone na Formularzu Oferty w pkt 3.1) i pkt 3.8).
Przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na 4 Pakiety, z których każdy dotyczy określonej ilości osadów do zagospodarowania, tj.:
Pakiet 1 – 10 000 Mg /postępowanie w zakresie Pakietu 1 – zostało rozstrzygnięte/
Pakiet 2 – 10 000 Mg
Pakiet 3 – 5 000 Mg
Pakiet 4 – 5 000 Mg.
Wykonawcy składając ofertę na wybrane przez siebie Pakiety mieli do dyspozycji różne Formularze Ofertowe, w których Zamawiający dokładnie wskazał ilość osadów do zagospodarowania w danym Pakiecie.
Wykonawca w złożonej Ofercie:
- w pkt. 3.1) w Formularzu Ofertowym dla Pakietu 2 /10 000 Mg/ poprawnie wpisał cenę bruttoza zagospodarowanie 1 Mg osadu oraz cenę całkowitą brutto Oferty za wykonanie całości zamówienia, tj. zagospodarowanie 10 000 Mg osadów;

- w pkt 3.1) w Formularzach Ofertowych dla Pakietów 3 i 4 /każdy Pakiet - 5 000 Mg/ poprawnie wpisał cenę brutto za zagospodarowanie 1 Mg osadu oraz cenę całkowitą brutto Oferty za wykonanie całości zamówienia, tj. zagospodarowanie 5 000 Mg osadów;
- w pkt. 3.8) /pn.: *Informacje do oceny Ofert*/ w każdym złożonym Formularzu Ofertowym, tj. dla Pakietu 2, Pakietu 3, Pakietu 4, Wykonawca zaoferował trzy różne miejsca zagospodarowanie osadów, rozdzielając je w następujący sposób:
1.Kommunal Service Vornkahl Polska Sp. z o.o. /współrzędne geograficzne: 54.115967, 18.809974/ – 1 Mg
2.Zakład gospodarki Komunalnej w Wilczynie /współrzędne geograficzne: 52.498150,18.184848/ - 1 Mg
3.Gmina Nekla /współrzędne geograficzne: 52.372584,17.379391/ - 29 998 Mg
Podsumowując: Wykonawca wyliczył prawidłowo cenę Oferty za każdy z podanych wyżej Pakietów z osobna, w zależności od ilości osadów do zagospodarowania w danym Pakiecie, natomiast nieprawidłowo wpisał ilości osadów do zagospodarowania, podając w Formularzach Ofertowych dla tych Pakietów ilość 30 000 Mg.
Powyższe jest niezgodne z treścią SWZ oraz nie pozwala Zamawiającemu obliczyć kosztu Oferty dla poszczególnych Pakietów: 2, 3, 4.
Wykonawca w złożonych w dniu 25.09.2023 r. w odwołaniach do Krajowej Izby Odwoławczej dla Pakietów 2 i 4 / KIO 2817/23 i KIO 2815/23/ zarzucił Zamawiającemu, że nie poprawił błędnie wpisanej w Formularzach Ofertowych ilości osadów jako oczywistą omyłkę pisarską lub inną omyłkę. Zamawiający nie ma możliwości ingerowania w treść oferty oraz negocjowania z Wykonawcą w jaki sposób chciałby On swoją omyłkę poprawić. Działania takie są niezgodne z przepisami Ustawy PZP. W ocenie Zamawiającego nie ma możliwości poprawy tegoż błędu Wykonawcy oraz nie widzi możliwości podstawienia do wzoru, który wylicza ilość punktów w kryterium oceny ofert następujących wolumenów osadów, tj.: 1 Mg, 1 Mg i 29 998 Mg. Powyższe spowodowałoby, że Wykonawca otrzymałby najwyższą ilość punktów spośród innych Ofert w danym Pakiecie, a więc najmniej korzystną w tym postępowaniu /najwyżej oceniana jest Oferta z najniższą ilością punktów/, a dodatkowo absurdalnym byłoby wyliczanie kryterium oceny ofert dla 120 000 Mg osadów, bo celem Zamawiającego jest zagospodarowanie we wszystkich Pakietach 30 000 Mg osadów.

1. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp (kwestia oczywistej omyłki)

W formularzach ofert, stanowiących załączniki 1a-1d do specyfikacji warunków zamówienia (dalej „SWZ"), w pkt 8, Zamawiający, wymagał od wykonawców złożenia niezbędnych informacji, które będą stanowiły podstawę do późniejszej oceny ofert złożonych w niniejszym postępowaniu. Wykonawcy zostali zobligowani do złożenia swoistych oświadczeń, w których mieli wskazać:
a)Nazwę wykonawcy,
b)Współrzędne geograficzne miejsca zagospodarowania osadu, zgodnie z posiadaną decyzją w tym zakresie,
c)Wolumen osadów skierowanych do zagospodarowania,
d)Metodę odzysku lub unieszkodliwiania.
Biorąc powyższe pod uwagę, należy jasno stwierdzić, iż informacje zawarte w tym punkcie formularza oferty, stanowią treść tej oferty, na podstawie której zamawiający dokona jej oceny.
Bezspornym pozostaje fakt, iż Wykonawca w złożonych formularzach ofert, w pkt 8 wpisał błędne ilości osadów do zagospodarowania, wskazując ilości obejmujące całość zamówienia, a nie poszczególne jego części, tak jak wymagał tego Zamawiający. W związku z tym treść jego oferty, wskazana w tym punkcie okazała się niezgodna z warunkami zamówienia.
Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający powinien poprawić tą błędną treść na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 1) Pzp, jako ewentualną oczywistą omyłkę pisarską lub na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3) Pzp, jako ewentualną inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Oczywistość omyłki powinna prowadzić do pewnego automatyzmu, nie wymagającego jakichkolwiek dodatkowych czynności po stronie Zamawiającego, poprawienie takiej omyłki powinno niejako narzucać się samo, być widoczne na pierwszy rzut oka. W ocenie Zamawiającego, trudno mówi o oczywistości w tym przypadku, gdyż bez konsultacji z Wykonawcą nie byłby tego w stanie zrobić.
W przypadku poprawy innej omyłki, Zamawiający również zmuszony byłby dokonać swoistych konsultacji z wykonawcą w jaki sposób miałby poprawić tą omyłkę i co było jego prawdziwą intencją.
Na koniec Odwołujący podnosi argument, iż przedmiotowe rozstrzygnięcia były już przedmiotem wcześniejszego odwołania i stwierdza, że Zamawiający w całości uwzględnił złożone wcześniej odwołanie. Niestety w tej kwestii argumentacja Odwołującego nie do końca zgadza się ze stanem faktycznym. Zamawiający w dniu 2 października 2023 r. unieważnił swoją czynność wyboru ofert najkorzystniejszych dla pakietów 2 i 4. Jednak stwierdzić należy, z całą stanowczością, iż Zamawiający nigdzie nie uwzględnił złożonego wcześniej odwołania w całości. Tym samym należy odróżnić uwzględnienie odwołania (czyli czynności Zamawiającego potwierdzającej wskazane w odwołaniu zarzuty, od czynności polegającej na unieważnieniu określonych czynności, ale bez uwzględnienia odwołania, a zatem przyznania racji Odwołującemu).

2. Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w zw. z art. 240

Odwołujący, w treści swojego odwołania, doskonale przytoczył zapisy opisu przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ"), będącego integralną częścią SWZ. Tak, Zamawiający potwierdza i jak najbardziej podtrzymuje zapisy dotyczące całodobowego dostarczania osadów Wykonawcy. Składając Formularz Oferty Wykonawcy złożyli też oświadczenia potwierdzające, iż zapoznali się ze wszystkimi zapisami SWZ i będą realizować zamówienie zgodnie z jej wymogami. Warunek dotyczący całodobowego dostarczania osadów, jest warunkiem zamówienia, określonym przez Zamawiającego w OPZ i odpowiada legalnej definicji takiego warunku znajdującej się w art. 7 pkt 29 Pzp.

Warunek ten, jak jasno wynika z treści złożonych ofert przez Odwołującego, nie został spełniony przez jednego z konsorcjantów, który na Formularzach Ofert został wskazany jako ten, który będzie odbierał 1 Mg osadów w każdym pakiecie. Wykonawca doskonale znał przedmiotowy warunek zamówienia i nie mógł go opacznie zrozumieć, gdyż jest on jednoznaczny i wskazuje jasno, że tak ma być realizowane zamówienie. Nie część zamówienia, nie fragment zamówienia, ale zamówienie, a więc całość, nawet jego najmniejsza część. Pomimo tego sam z własnej nie przymuszonej woli wskazał do realizacji jego niewielkiej części podmiot, który, jak sam przyznaje Odwołujący, nie spełnia tego warunku zamówienia.

Wskazanie tego podmiotu w punkcie 8 Formularzy Ofert dla poszczególnych Pakietów, jasno wskazuje, że w tej niewielkiej części zamówienia, Wykonawca zamierza je realizować niezgodnie z warunkiem postawionym przez Zamawiającego.

Wobec powyższego, Zamawiający nie miał wyjścia i musiał ofertę Wykonawcy odrzucić na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia. Nie można również tracić z pola widzenia tego, że warunki udziału w postępowaniu tworzy się w związku z przedmiotem danego konkretnego zamówienia. Nie można zatem dokonywać interpretacji warunków w oderwaniu od tego, co jest przedmiotem zamówienia, czyli całodobowy obowiązek przyjmowania odpadów.

Ponadto Odwołujący zdaje się zapominać o solidarnej odpowiedzialności wszystkich podmiotów tworzących Konsorcjum. Wreszcie warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (odbiór odpadów jest w Polsce działalnością reglamentowaną) muszą być spełnione przez Wykonawców tworzących Konsorcjum, a nie podwykonawców, albowiem w tym zakresie ustawodawca na podstawie art. 118 PZP nie pozwala na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego w tym zakresie.

Odnośnie kwestii ilości osadów to Zamawiający w pełni podtrzymuje swoje stanowisko, iż Odwołujący, składając oferty na całość zamówienia, a więc na wszystkie 4 Pakiety, obejmujące łącznie 30 000 Mg, i określając w pkt. 8 Formularzy Ofert, podmioty, które będą realizować zamówienie, powinien zagwarantować dla tych podmiotów możliwość realizacji całości zamówienia. Z przedłożonych przez Odwołującego Ofert, jasno wynika, iż zdecydowaną większość przedmiotu zamówienia, bo aż 29 998 Mg ma realizować Gmina Nekla (niezależnie od tego, że nie jest konsorcjantem tylko podwykonawcą, a zatem nie można oceniać tej decyzji w kontekście postawionego przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu). Niestety decyzja przedstawiona przez Odwołującego, wystawiona na Gminę Nekla, jasno wskazuje, iż podmiot ten może zagospodarować jedynie 20 000 Mg.

Biorąc powyższe pod uwagę należy stwierdzić, iż to sam Odwołujący, składając oferty na poszczególne części, obejmujące całość zamówienia, wskazał, iż tak będzie realizowany przedmiot zamówienia, co stanowiło podstawę do oceny ofert Odwołującego przez Zamawiającego. W związku z tym, iż podmiot, który został wskazany przez Odwołującego do realizacji zdecydowanej większości zamówienia, tak naprawdę nie jest w stanie go zrealizować, gdyż nie posiadał decyzji zezwalającej na jego realizację, to Zamawiającemu nie postało nic innego jak odrzucić ofertę Odwołującego, stosownie do zapisów art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W brew temu co twierdzi Odwołujący w swoim odwołaniu, nie istnieją podstawy prawne

do tego, aby relatywizować zdolności Wykonawcy w kontekście okoliczności, które zadziały się w Postępowaniu (Odwołujący próbuje w odwołaniu wskazać, że aktualnie powinny być brane pod uwagę tylko trzy pakiety, albowiem Pakiet nr 1 został już wcześniej rozstrzygnięty. Ocena dokumentów i zdolności Wykonawcy musi się odnosić do wszystkich części, w których złożył oferty, a nie tylko do części, w których ma potencjalną możliwość uzyskania zamówienia.

Wykonawca MYCELA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Starej Wiśniewce zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Pismem z dnia 28 grudnia 2023 r. ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, oraz Uczestnika postępowania uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, ofertę Odwołującego, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, odpowiedzi na ww. wezwania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika

postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę MYCELA SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Starej Wiśniewce. Wszystkie warunki formalne związane ze zgłoszonym przystąpieniem zostały spełnione. Co za tym idzie ww. wykonawca skutecznie zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego, stając się Uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający AQUANET SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Poznaniu prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postepowanie dla zamówienia sektorowego, którego przedmiotem jest usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) w odległości do 300 km od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach w ilości 30 000 Mg z podziałem na 4 Pakiety.

Pakiet nr 1

Usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) (dalej „Osady") w odległości do 300 km (drogami dostosowanymi do transportu ciężarowego) od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, 62-028 Koziegłowy ul. Gdyńska 1, w ilości 10 000 Mg.

Pakiet nr 2

Usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) (dalej „Osady") w odległości do 300 km (drogami dostosowanymi do transportu ciężarowego) od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, 62-028 Koziegłowy ul. Gdyńska 1, w ilości 10 000 Mg.

Pakiet nr 3

Usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) (dalej „Osady") w odległości do 300 km (drogami dostosowanymi do transportu ciężarowego) od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, 62-028 Koziegłowy ul. Gdyńska 1, w ilości 5 000 Mg.

Pakiet nr 4

Usługa zagospodarowania (przetwarzanie) ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) (dalej „Osady") w odległości do 300 km (drogami dostosowanymi do transportu ciężarowego) od terenu Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, 62-028 Koziegłowy ul. Gdyńska 1, w ilości 5 000 Mg.

Przedmiot Zamówienia nie obejmuje załadunku oraz transportu.

Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia zawarto w załączniku nr 5 do SWZ.

Zgodnie z Rozdziałem 7 pkt 7.1. ppkt 2) SWZ *„W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej.*

W celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego prowadzenia określonej działalności gospodarczej, Wykonawca winien posiadać:

*a) aktualną decyzję zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych-kod odpadu **19 08 05**) udzielone w formie decyzji przez właściwy organ, zgodnie z art. 41 Ustawy o odpadach lub pozwolenia zintegrowanego wydanego na podstawie art. 181 ust.1 pkt 1) oraz art. 201 ust.1 ustawy Prawo Ochrony Środowiska wraz ze wszystkimi zmianami danej decyzji.*

Zamawiający wymaga zdolności do zagospodarowania osadów ściekowych o kodzie odpadu 19 08 05:

***Pakiet 1 w ilości 10 000 Mg**, zgodnie z limitem przewidzianym w posiadanej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05.*

***Pakiet 2 w ilości 10 000 Mg**, zgodnie z limitem przewidzianym w posiadanej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności wzakresie przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05.*

***Pakiet 3 w ilości 5 000 Mg**, zgodnie z limitem przewidzianym w posiadanej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05.*

***Pakiet 4 w ilości 5 000 Mg**, zgodnie z limitem przewidzianym w posiadanej decyzji zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05.*

W przypadku składania oferty na kilka Pakietów, Wykonawca musi się wykazać posiadaniem decyzji zezwalającej na zagospodarowanie osadów ściekowych w ilości odpowiadającej co najmniej ilości stanowiącej sumę ilości z poszczególnych Pakietów."

Zgodnie z pkt 7.2. **„***Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonana zostanie zgodnie z formułą „spełnia”/„nie spełnia”, w oparciu o informacje zawarte w dokumentach i oświadczeniach, o których mowa w rozdziale 9.*”

Zgodnie z pkt 7.3. **„***Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Żaden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia nie może podlegać wykluczeniu z postępowania. W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia warunki udziału w postępowaniu określone w pkt 7.1. powinni spełniać łącznie wszyscy Wykonawcy*.”

Treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami, treść decyzji o udzieleniu zezwolenia, treść uzasadnienia o odrzuceniu oferty Odwołującego przytoczone w odwołaniu oraz odpowiedzi na odwołanie odpowiadają rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Poza sporem był fakt wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych oraz do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych. Poza sporem był również fakt, że w odpowiedzi na ww. wezwania Odwołujący przedłożył następujące dokumenty:

1. skan Decyzji Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 30 czerwca 2015 r., DROŚ-SO.7222.24.2015.AŁ, o udzieleniu Spółce Kommunalservice Vornkahl Polska Sp. z o.o. z Tczewie pozwolenia zintegrowanego;
2. Decyzję Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 4 czerwca 2020 r., DROŚ-S.7222.36.2019/2020.AŁ zmieniającą decyzję wskazaną w pkt 1;
3. Decyzję Starosty Konińskiego z dnia 19 stycznia 2022 r., WS.6233.21.2021 o udzieleniu zezwolenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej z siedzibą w Wilczynie;
4. Decyzję Starosty Wrzesińskiego z dnia 18 stycznia 2023 r., WB.6233.6.2022 o udzieleniu zezwolenia na przetwarzanie odpadów podmiotowi Gmina Nekla.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2023 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, Odwołujący przedłożył następujące dokumenty:

1. Wyjaśnienia z dnia 21 listopada 2023 r.
2. Decyzję Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 2 listopada 2016 r., DROŚ-SO.7222.32.2016.AŁ zmieniającą decyzję z dnia 30 czerwca 2015 r., DROŚ-SO.7222.24.2015.AŁ.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego gdyż nie były one przez Strony, Uczestnika postępowania kwestionowane, a Izba nie znalazła podstaw, aby z urzędu podważać ich wiarygodność i moc dowodową.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

I.

Zarzut oznaczony lit. a) - *naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 253 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, z uwagi na rzekome niespełnienie przez „wykonawcę” warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy analiza przedstawionych dokumentów pozwala na ocenę, że nie jest prawdą, iż „wykonawca” (za którego należy uważać Odwołujących oraz zgłoszonego podwykonawcę) nie spełnia wszystkich warunków przetargu; zarazem, uzasadnienie zaskarżonej czynności zostało sporządzone w sposób nieprecyzyjny i niekompletny, naruszający wymogi art. 253 ust. 1 pkt Pzp, albowiem Zamawiający twierdząc, że „Wykonawca” nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, odwoływał się do dokumentów dotyczących tylko jednego z konsorcjantów, ignorując przedstawione dokumenty, dotyczące drugiego konsorcjanta oraz zgłoszonego podwykonawcy*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.*

Art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp stanowi, że *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone*
- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zgodnie z art. 7 pkt 30) ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć *osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.*

Zgodnie z art. 7 pkt 27) ustawy Pzp przez umowę podwykonawstwo należy rozumieć *umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca, zobowiązuje się wykonać część zamówienia.*

Zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1)

naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

Całkowicie niezrozumiałe i przeczące zdrowemu rozsądkowi są twierdzenia Odwołującego, że za wykonawcę należy *uważać Odwołujących oraz zgłoszonego podwykonawcę.* Ofertę złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, mianowicie: S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA Z OGRANICZO ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gostyniu, „KOMMUNALSERVICE VORNKAHL POLSKA" SPÓŁ OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Tczewie. Izba nie wie jak zgłoszony podwykonawca może l wykonawcą skoro, jak sama nazwa wskazuje, jest „podwykonawcą". Swojego stanowiska w tym zakresie Odwołujący nie uzasadnił.

Nie zasługują również na aprobatę twierdzenia Odwołującego, że Zamawiający odwołał się *do dokumentów dotyczących tylko jednego z konsorcjantów, ignorując przedstawione dokumenty, dotyczące drugiego konsorcjanta oraz zgłoszonego podwykonawcy*. Odwołujący na wezwania Zamawiającego z dnia 13 października 2023 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych przedłożył następujące dokumenty:

5.skan Decyzji Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 30 czerwca 2015 r., DROŚ-SO.7222.24.2015.AŁ, o udzieleniu Spółce Kommunalservice Vornkahl Polska Sp. z o.o. z Tczewie pozwolenia zintegrowanego;

6.Decyzję Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 4 czerwca 2020 r., DROŚ-S.7222.36.2019/2020.AŁ zmieniającą decyzję wskazaną w pkt 1;

7.Decyzję Starosty Konińskiego z dnia 19 stycznia 2022 r., WS.6233.21.2021 o udzieleniu zezwolenia Zakładowi Gospodarki Komunalnej z siedzibą w Wilczynie;

8.Decyzję Starosty Wrzesińskiego z dnia 18 stycznia 2023 r., WB.6233.6.2022 o udzieleniu zezwolenia na przetwarzanie odpadów podmiotowi Gmina Nekla.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2023 r. do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, Odwołujący przedłożył następujące dokumenty:

3.Wyjaśnienia z dnia 21 listopada 2023 r.

4.Decyzję Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 2 listopada 2016 r., DROŚ-SO.7222.32.2016.AŁ zmieniającą decyzję z dnia 30 czerwca 2015 r., DROŚ-SO.7222.24.2015.AŁ.

Warto przypomnieć, Zakład Gospodarki Komunalnej oraz Gmina Nekla nie wchodzą w skład konsorcjum. Wskazane podmioty są podwykonawcami. Jak już wyjaśniono wyżej podwykonawcy nie są wykonawcami. Odwołujący nie przedłożył żadnej decyzji odnośnie drugiego z wykonawców/konsorcjantów, tj. S4F SERVICE FOR FOUNDRIE SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Gostyniu. Izba nie wiem, jakie *dokumenty dotyczące drugiego konsorcjanta* Odwołujący miał na myśli. Odwołujący dokumentów tych nie wskazał.

- **Odbiór osadów 24/7**

Idąc dalej, tym razem odnosząc się do uzasadnienia Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, w którym to Zamawiający wskazuje, że *przedłożona przez Odwołującego decyzja nie potwierdza spełniania warunków udziału w postępowaniu, gdyż Odwołujący nie posiada możliwości odbioru osadów przez cały tydzień w ciągu 24 godzin na dobę,* Izba wskazuje, co następuje:

1)Nie wiedzieć czemu Odwołujący z niezwykłym uporem głosi tezy, że skoro podwykonawca Gmina Nekla, zgodnie z decyzją, może odbierać osady 24 godziny na dobę, to znaczy, że Odwołujący spełnia warunki udziału. Izba ponownie wskazuje, że należy odróżnić wykonawcę (w tym wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, np. w ramach konsorcjum) od podwykonawcy.

Odwołujący formułując odwołanie nie zapoznał się w sposób prawidłowy z własną ofertą. Odwołujący w treści odwołania wskazuje: „*skoro ofertę złożyło konsorcjum kilku podmiotów, to ocena spełnienia wymogów udziału w postępowaniu nie może ograniczać się do tylko jednego z tych podmiotów (…)*" – w skład konsorcjum Odwołującego wchodzą dwa podmioty (Gmina Nekla nie jest konsorcjantem, jest podwykonawcą). Nie wiadomo zatem jakie podmioty Odwołujący ma na myśli.

Dalej, „*jeżeli podmioty współpracujące w ramach konsorcjum Odwołujących mają możliwość zapewnienia takiego odbioru (…)*". Ponownie, Gmina Nekla nie współpracuje w ramach konsorcjum. Odwołujący nawet nie próbował wykazać, że lider konsorcjum S4F SERVICE FOR FOUNDRIES SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z sied Gostyniu ma możliwość zapewnienia odbioru 24 godziny na dobę. Odwołujący w tym zakresie powołuje się wyłącznie na decyzję podwykonawcy Gminy Nekla.

W konsekwencji powyższego, Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego.

2)Niejako na marginesie, gdyby Odwołujący prawidłowo skonstruował odwołanie powyższy zarzut byłby zasadny. Odwołujący słusznie zauważył, czemu dał wyraz w wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2023 r., że w pkt. 7.1. (warunek udziału w postępowaniu) *nie znajduje się żadne odniesienie do wymogu funkcjonowania instalacji 24h przez 7 dni w tygodniu.* Izba co do zasady podziela ww. stanowisko Odwołującego. W doktrynie i judykaturze sformułowana

została reguła określająca następującą kolejność różnych sposobów wykładni: wykładnia językowa, wykładnia systemowa, wykładnia funkcjonalna (celowościowa). Izba podziela stanowisko, że nie można odchodzić od wykładni językowej na rzecz innych wykładni, bowiem powodowałoby to, że oświadczenia byłyby odczytywane wbrew nadanemu im brzmieniu, powodując brak zaufania niezbędnego w obrocie gospodarczym. Warunki udziału w postępowaniu muszą w jasny i jednoznaczny sposób określać obowiązki wykonawców w postępowaniu. Ich prawdziwej treści nie może doszukiwać w pozostałych dokumentach postępowania.

Mimo powyższego, Izba ww. zarzutu nie mogła uwzględnić. Art. 516 ust. 1 pkt 7) - 10) ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Granice rozpoznania sprawy przez Izbę są ściśle określone przez zarzuty odwołania odnoszące się do czynności lub zaniechań zamawiającego opartych na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Co za tym idzie, wykonawca w odwołaniu musi wskazać treść przepisu, który został przez zamawiającego naruszony, a w uzasadnieniu faktycznym podać wszystkie okoliczności potwierdzające zasadność twierdzeń wyrażonych w odwołaniu. Samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one zakreślają granice rozpoznania odwołania. Powyższe oznacza, że niezależnie od podstawy prawnej wskazanego naruszenia, nie wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę.

Izba wskazuje również, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania słuszności podniesionych zarzutów. Zarzuty odwołania powinny być uzasadnione w sposób jasny i precyzyjny. Skład orzekający nie może domyślać się intencji odwołującego i domniemywać na czym miało polegać naruszenie wskazanych przez odwołującego przepisów. Izba w ramach środków ochrony prawnej ocenia czynności zamawiającego pod względem zgodności z obowiązującymi przepisami prawa i jak już wyżej wskazano jest związana podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.

Nie jest rzeczą Izby poszukiwanie argumentów na uzasadnienie podniesionych przez odwołującego twierdzeń. Muszą być one przez odwołującego przedstawione i szczegółowo uzasadnione oraz poparte odpowiednimi dowodami.

- **Ilość odbieranych osadów**

Tym razem to twierdzenia Zamawiającego są niezrozumiałe. Zamawiający jako podstawę odrzucenia oferty wskazał art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy Pzp, oferta została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Tymczasem w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty wskazuje: „*Dodatkowo Zamawiający stwierdza, że Wykonawca*

- *w pkt. 3.8) /pn.: Informacje do oceny Ofert/ w każdym złożonym Formularzu Ofertowym, tj. dla Pakietu 1, Pakietu 2, Pakietu 3 i Pakietu 4, Wykonawca zaoferował trzy różne miejsca zagospodarowanie osadów, rozdzielając je w następujący sposób: (…) 3. Gmina Nekla /współrzędne geograficzne: 52.372584,17.379391/ -* ***29 998 Mg***
- *na wezwanie z dnia 13.10.2023 r. nr DW/RP/526/97168/2023, Wykonawca oprócz swojej Decyzji,zezwalającej na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wskazanych w postępowaniu, złożył również Decyzje wydane dla wskazanych przez siebie Podwykonawców, tj. Zakładu Gospodarki Komunalnej w Wilczynie oraz Gminy Nekla.*

Decyzja nr WB.6233.6.2022 z dnia 18.01.2023 r., wydana przez Starostę Wrzesińskiego dla Gminy Nekla zezwala na zagospodarowanie jedynie ***20 000 Mg*** *osadów.*

W związku z powyższym wskazanie przez Wykonawcę, że Gmina Nekla może zagospodarować 29 998 Mgjest niezgodne ze stanem faktycznym. Należy mniemać, że gdyby Wykonawca został wybrany dla wszystkich 4 Pakietów, na które złożył Oferty, to pomimo wskazania Podwykonawców do realizacji zamówienia w ilości 29 999 Mg /Wykonawca deklarował zagospodarowanie zaledwie 1 Mg osadu/, to i tak Ci Podwykonawcy nie są w stanie przyjąć pełnego zakresu osadów. Tym samym zadeklarowany sposób realizacji jest niezgodny z warunkami zamówienia, co również skutkuje odrzuceniem oferty."

Po pierwsze, Zamawiający nie wskazał z którym konkretnie postanowieniem oferta w przytoczony wyżej zakresie jest niezgodna. Po drugie, podmiotowe środki dowodowe zostały złożone na potwierdzenie spełniania warunków udziału przez Odwołującego. Izba odsyła również do postanowień umowy w tym zakresie.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, Izba wskazuje, co następuje:

1)Odwołujący twierdzi, że *postępowanie aktualnie obejmuje zamówienie na pakiety w łącznym wolumenie 20 000 Mg osadów, a więc nawet gdyby wszystkie osady dostarczane były do tego jednego podwykonawcy (…) to i tak Odwołujący spełnialiby wymogi udziału w postępowaniu* - Zamawiający wskazuje w treści uzasadnienia „*zadeklarowany sposób realizacji jest niezgodny z warunkami zamówienia, co również skutkuje odrzuceniem oferty*" –

z kolei Odwołujący odnosi się do spełniania warunku udziału.

Dalej, Odwołujący twierdzi:

W pkt 7.1 ppkt 2 lit a) SWZ Zamawiający wskazał: *„W przypadku składania oferty na kilka Pakietów, Wykonawca musi się wykazać posiadaniem decyzji zezwalającej na zagospodarowanie osadów ściekowych w ilości odpowiadającej co najmniej ilości stanowiącej sumę ilości z poszczególnych Pakietów."*

Jak powyższe postanowienie ma się do podwykonawcy oraz do twierdzeń Odwołującego odnośnie rozstrzygniętego pakietu tego Odwołujący nie uzasadnił.

Zamawiający również nie pokusił się o przedstawienie argumentacji jak ww. postanowienie ma się do podwykonawcy Gminy Nekla i uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako: *zadeklarowany sposób realizacji jest niezgodny z warunkami zamówienia, co również skutkuje odrzuceniem oferty*.

Z przedłożonej przez Odwołującego, na wezwanie Zamawiającego, Decyzji Marszałka Województwa Pomorskiego z dnia 4 czerwca 2020 r. (poz. 116) wynika, że spółka Kommunalservice Vornkahl Polska Sp. z o.o. posiada pozwolenie uprawniające do przetworzenia 40 000 Mg osadów.

Powyższe nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Potwierdziła się bowiem jedna z podstaw faktycznych odrzucenia, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w całości.

- **Naruszenie art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp**

Zamawiający nie naruszył art. 253 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp. Zamawiający wypełnił dyspozycję wskazanego przepisu. Poinformował niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, których oferty zostały odrzucone oraz podał uzasadnienie faktyczne i prawne.

II.

Zarzut oznaczony lit. b) - *naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp, poprzez odrzucenie oferty Odwołujących, z uwagi na rzekomą niezgodność oferty z warunkami zamówienia, podczas gdy zarzucana niezgodność stanowi oczywistą omyłkę pisarską, która powinna zostać poprawiona przez Zamawiającego w trybie art. 223 ust. 2 pkt 1 Pzp*

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.*

Zgodnie z art. 223 ust. 2 pkt 1), pkt 3) ustawy Pzp *Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie,* 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty

- niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

Izba podziela stanowisko Odwołującego o możliwości poprawienia omyłki w zakresie wolumenu osadów wskazanego w tabeli przy podwykonawcy Gminy Nekla jako innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia. W okolicznościach przedmiotowej sprawy zmiana wolumenu osadu nie miałaby charakteru istotnego. Na podstawie treści oferty, biorąc pod uwagę poszczególne pakiety, ilość osadów jak również obliczoną przez Odwołującego cenę całkowitą, jest możliwość ustalenia jaka powinna być prawidłowa wartość wolumenu w spornej pozycji. Argumentacja Zamawiającego w tym zakresie nie zasługuje na aprobatę.

Powyższe nie mogło skutkować uwzględnieniem odwołania z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp. Potwierdziła się bowiem jedna z podstaw faktycznych odrzucenia, co musiało skutkować oddaleniem odwołania w całości.

III.

Zarzut oznaczony lit. c) - *naruszenie art. 239 ust. 1 Pzp, poprzez wybór w postępowaniu ofert, które nie były najkorzystniejsze; gdyby bowiem Zamawiający nieprawidłowo nie odrzucił oferty złożonej przez Odwołujących, to oferta Odwołujących byłaby najkorzystniejsza w odniesieniu do pakietów nr 2, 3 i 4.*

Art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi: *„1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem."*

Naruszenie przez zamawiającego art. 239 ust 1 ustawy Pzp ma miejsce wtedy, gdy zamawiający do wyboru najkorzystniejszej oferty nie stosuje, lub stosuje w sposób nieprawidłowy kryteria, które zostały wskazane w dokumentach zamówienia. W przedmiotowej sprawie powyższe nie miało miejsca.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) w związku z § 2 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodnicząca: ……