

WYROK
z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2023 r. przez wykonawcę: **PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Iłża**

przy udziale: wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania w zakresie dotyczącym braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.
2. Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej zarzutu nr 1 odwołania i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnienia – w trybie art. 233 ustawy Prawo zamówień publicznych - czy wskazana przez tego wykonawcę w ofercie instalacja jest uprawniona do przetwarzania odpadów niebezpiecznych.
3. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
4. Kosztami postępowania obciąża odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu w części 1/2 oraz zamawiającego Gminę Iłża w części 1/2 i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego;
 - 4.2. zasądza od zamawiającego Gminy Iłża na rzecz odwołującego PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu kwotę 9 300 zł 00 gr (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych zero groszy), stanowiącą należną odwołującemu, po stosunkowym rozdzieleniu, część kosztów postępowania odwoławczego

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodnicząca:.....

UZASADNIENIE

Gmina Iłża (zwana dalej: „zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, na realizację zadania pn.: „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Iłża*”, numer referencyjny: IGP.271.13.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 września 2023 roku, numer 2023/S 173-539584. Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

W dniu 7 grudnia 2023 roku wykonawca PreZero Service Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Radomiu (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z ustawą czynności i zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, polegających na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez MS-EKO Sp. z o. o. (dalej jako: „MS-EKO”) jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty MS-EKO,
- z ostrożności:
- III. zaniechanie wezwania MS-EKO do uzupełnienia wykazu narzędzi i urządzeń oraz wykazu usług na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MS-EKO, gdyż treść oferty MS-EKO jest niezgodna z warunkami zamówienia, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców,
- z ostrożności
- 2) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MS-EKO z powodu niezłożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających warunki udziału w postępowaniu lub art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy MS-EKO do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w postaci wykazu narzędzi i urządzeń oraz wykazu usług.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty MS-EKO jako najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- II. powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a w jej wyniku odrzucenia oferty MS-EKO, względnie nakazanie zamawiającemu wezwania MS-EKO do uzupełnienia wykazu narzędzi i urządzeń oraz wykazu usług.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił, co następuje.

I. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w punkcie 11 formularza ofertowego wymagał wskazania przez wykonawców instalacji, do których będą przekazywane i przetwarzane odpady odebrane z obsługiwanych nieruchomości. Wymóg ten ma związek z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w którym przewidziano, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów określa w nich m.in. zobowiązanie do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych.

Z kolei z punktu 12 i 13 formularza wynika, że przedmiot zamówienia dotyczy odbioru i zagospodarowania m.in. takich odpadów jak popiół i żužel paleniskowy z gospodarstw domowych, odpady niebezpieczne, czy też tzw. „elektrośmieci” (zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, świetlówki i inne źródła światła).

Odwołujący wskazał też, że zamawiający w dniu 17 listopada 2023 r. wezwał MS-EKO do złożenia wyjaśnień treści oferty, a w szczególności do wskazania instalacji do przetwarzania odpadów, do której zostanie przekazany popiół i odpady niebezpieczne. W wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2023 roku MS-EKO wskazał, że przyjmowanie popiołów i odpadów z palenisk, a także odpadów niebezpiecznych będzie odbywało się w instalacji Remondis sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, Warszawa, która została wskazana w ofercie MS-EKO. Dodatkowo MS-EKO w wezwaniu wskazał dodatkowe instalacje, z którymi „współpracuje” w zakresie odpadów takich jak popiół i żužel paleniskowy z gospodarstw domowych tj. Sego Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, a w zakresie odpadów niebezpiecznych Raf-Ekologia Sp. z o.o., Jedlicze (przy czym Sego Sp. z o.o. oraz Raf-Ekologia nie zostały wyszczególnione przez MS-EKO w ofercie jako instalacje, do których będą przewożone i w których będą przetwarzane odpady).

Odwołujący podniósł, że z powszechnie dostępnych informacji wynika, iż spółka Remondis nie może przetwarzać odpadów z popiołów i palenisk oraz odpadów niebezpiecznych, czy elektrośmieci. W szczególności w rejestrze BDO Remondis nie ma wpisanego przy przetwarzaniu odpadów żadnego odpadu niebezpiecznego, którym mogą być zarówno odpady elektro, jak również odpady ogólnie „niebezpieczne” (wskazane w punkcie 13 formularza ofertowego). Dodatkowo Remondis Sp. z o.o. nie ma wskazanego w BDO pozwolenia na przetwarzanie popiołu o kodzie 10 01 01, a także nie ma wpisanych odpadów w postaci popiołów z palenisk. Z tego wynika, że Remondis sp. z o.o. nie może przetwarzać ww. odpadów. Według odwołującego, wydaje się, że potwierdził to również sam MS-EKO (przynajmniej w zakresie popiołów oraz odpadów niebezpiecznych) stwierdzając w wyjaśnieniach, że Remondis będzie „przyjmował” odpady, a nie je przetwarzał.

Odwołujący podkreślił, że z SWZ (formularza oferty) wynikał obowiązek wskazania instalacji, w których „odebrane odpady będą przekazywane i przetwarzane”. Zaznaczył, że przez odebrane odpady należy rozumieć odpady objęte przedmiotem zamówienia (rodzaje wyszczególnione w tym samym formularzu). Wyjaśnił, iż pojęcia „przetwarzanie” nie można rozumieć inaczej, niż zgodnie z obowiązującymi przepisami oraz, że przetwarzaniem odpadów nie jest ich

zbieranie.

Dodatkowo, odwołujący zauważył, że zamawiający nie mógł brać pod uwagę dodatkowo wskazanych przez MS-EKO instalacji Sego Sp. z o.o. oraz Raf-Ekologia, z uwagi na to, iż byłoby to niedozwolone uzupełnienie treści oferty po terminie składania ofert – takie instalacje nie znalazły się w treści formularza ofertowego. Natomiast fakt, że wykonawca posiada pozwolenie na zbieranie odpadów, nie zastępuje konieczności posiadania przez instalację możliwości przetwarzania odpadów o wskazanych kodach.

Reasumując, odwołujący stwierdził, że treść oferty MS-EKO jest niezgodna z warunkami zamówienia i podlega odrzuceniu w trybie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ MS-EKO nie wskazał w formularzu ofertowym instalacji, w których mogą być przetwarzane odpady niebezpieczne, elektroodpady oraz odpady z popiołów i palenisk, a które bez wątplenia są odpadami, które mają być odbierane w ramach przedmiotu niniejszego zamówienia. Odwołujący powołał się też w tej kwestii na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 maja 2021 r. o sygn. akt: KIO 839/21.

II. Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia.

Odwołujący w tym zakresie wycofał zarzut odwołania, dlatego też Izba odstąpi od przytoczenia uzasadnienia tego zarzutu wskazanego przez odwołującego.

III. Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej.

W odniesieniu do ww. zarzutu odwołujący wskazywał, że w rozdziale VIII ust. 2 pkt 3.2) SWZ zamawiający postawił następujący warunek udziału w zakresie zdolności technicznej:

„a) dysponują bazą magazynowo - transportową, do której wykonawca posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

b) co najmniej trzema samochodami specjalistycznymi, bezpylnymi, z funkcją kompaktującą, wyposażonymi w silniki spełniające normy EURO 6,

c) co najmniej jednym samochodem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie bez funkcji kompaktującej, wyposażonym w silnik spełniający normy EURO 6,

d) co najmniej dwoma samochodami bezpylnymi dwukomorowymi przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych oraz do odbierania odpadów zbieranych w workach, wyposażonymi w silniki spełniające normy EURO 6,

e) co najmniej jednym samochodem małogabarytowym przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych z posesji o utrudnionym dojeździe (wąskie, gruntowne drogi),

f) co najmniej jednym pojazdem do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową z żurawiem samochodowym”.

Na potwierdzenie spełniania ww. warunku należało złożyć (na wezwanie) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy według wzoru stanowiącego Załącznik nr 6 do SWZ. Zamawiający wymagał potwierdzenia poszczególnych wymagań dla samochodów poprzez wyszczególnienie opisu technicznego pojazdów.

Zdaniem odwołującego, wykonawca MS-EKO nie wykazał spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, w szczególności w wykazie nie ma informacji na temat tego czy wskazane pojazdy posiadają funkcję kompaktującą. Nie wiadomo czy wykonawca dysponuje pojazdem z zabudową hakową z żurawiem samochodowym. Brakuje informacji czy MS-EKO dysponuje samochodem małogabarytowym, a także czy wykonawca posiada pojazdy specjalistyczne bezpyłne. Wszystkie te cechy są wymagane w opisie warunku udziału w postępowaniu. Konieczność ich opisania zaakcentowano we wzorze wykazu narzędzi (Załącznik nr 6 do SWZ). Kolumna pierwsza miała obejmować informacje nt.: „Rodzaj potencjału technicznego w przypadku pojazdów - wraz z opisem technicznym pojazdów oraz numerem rejestracyjnym, natomiast w przypadku bazy magazynowo – transportowej wraz ze wskazaniem adresu pod którym usytuowana jest baza”.

Odwołujący zauważył, że oceniając oferty, zamawiający zobowiązany jest weryfikować ustalone pierwotnie warunki, które aktualnie nie podlegają żadnym korektom. Zamawiający nie może odstępować od egzekwowania którychkolwiek postanowień SWZ, nawet jeśli uznałby je za nieistotne. Tym samym zamawiający nie mógł odstąpić od zbadania spełniania przez wykonawcę zdolności technicznej.

Odwołujący stwierdził, że skoro MS-EKO nie potwierdził, w ramach koniecznego opisu samochodów, że są wyposażone w stosowne atrybuty techniczne, to zamawiający nie miał podstaw do pozytywnej oceny jego sytuacji podmiotowej. W konsekwencji, bezpodstawnie dokonał wyboru oferty MS-EKO, gdyż z jej treści, ani uzupełnionych załączników, nie wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu.

Według odwołującego, w konsekwencji zamawiający zobligowany był do wezwania MS-EKO na podstawie art.

128 ust. 1 Pzp do uzupełnienia wykazu narzędzi, lub w razie potwierdzenia się zarzutu I – odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp, czego zaniechał uczynić.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest „odbior i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Ilża”.

W Załączniku nr 2 do SWZ (Formularz Ofertowy) w punkcie 11 wykonawca był zobowiązany do złożenia oświadczenia, że: „odebrane odpady będą przekazywane i przetwarzane w następujących instalacjach:...”.

Wykonawca MS-EKO w Formularzu Ofertowym w punkcie 11 złożył oświadczenie o przekazywaniu i przetwarzaniu odpadów do oznaczonych instalacji w odniesieniu do odpadów:

- niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;
- bioodpadów;
- segregowanych odpadów komunalnych.

Pismem z dnia 17 listopada 2023 roku zamawiający wezwał wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. do wyjaśnienia treści oferty – na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - wskazując:

„Treść oferty, która podlega wyjaśnieniu:

Formularz Ofertowy – Załącznik nr 2 do SWZ

Formularz oferty pkt. 11 – Oświadczam, że odebrane odpady będą przekazywane i przetwarzane w następujących instalacjach:

Uzasadnienie wątpliwości zamawiającego:

Prosimy o wskazanie instalacji do przetwarzania odpadów, do której zostanie przekazany popiół i odpady niebezpieczne.”.

W wyjaśnieniach z dnia 21 listopada 2023 roku wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. podał, że wezwanie zamawiającego może być interpretowane dwojako, w związku z czym wyjaśnił, że:

„- jeśli celem wezwania było „wskazanie instalacji” spośród wymienionych w treści oferty (...), popiół i odpady niebezpieczne przyjmowane są przez Remondis Sp. z o.o. ul. Zawodzie 18, Warszawa.

- jeśli natomiast celem wezwania było wskazanie dodatkowych instalacji oprócz tam wymienionych, to MS-EKO Sp. z o.o. współpracuje w zakresie odpadów „Popiół i żużel paleniskowy z gospodarstw domowych” również z Sego Sp. z o.o. (...) a w zakresie odpadów niebezpiecznych z Raf-Ekologia Sp. z o.o. (...) Również sama spółka MS-EKO posiada decyzje na zbieranie odpadów, w tym niebezpiecznych (...).”.

Ponadto, zgodnie z Rozdziałem VIII Warunki udziału w postępowaniu punkt 3.2) SWZ:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykazą minimalne poziomy zdolności w zakresie dysponowania:

3.2) Następującymi urządzeniami:

- a) dysponują bazą magazynowo - transportową, do której wykonawca posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- b) co najmniej trzema samochodami specjalistycznymi, bezpylnymi, z funkcją kompaktującą, wyposażonymi w silniki spełniające normy EURO 6,
- c) co najmniej jednym samochodem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie bez funkcji kompaktującej, wyposażonym w silnik spełniający normy EURO 6,
- d) co najmniej dwoma samochodami bezpylnymi dwukomorowymi przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych oraz do odbierania odpadów zbieranych w workach, wyposażonymi w silniki spełniające normy EURO 6,
- e) co najmniej jednym samochodem małogabarytowym przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych z posesji o utrudnionym dojeździe (wąskie, gruntowne drogi),
- f) co najmniej jednym pojazdem do odbioru odpadów komunalnych z zabudową hakową z żurawiem samochodowym.”.

W Rozdziale X SWZ punkt 5 podpunkt 2 lit. b) zamawiający wskazał, że:

„5. Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających:

2) spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

(...)

b) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami -Załącznik nr 6 do SWZ.

W Załączniku nr 6 do SWZ (Wykaz narzędzi) wykonawca zobowiązany był wskazać: „Rodzaj potencjału technicznego w przypadku pojazdów - wraz z opisem technicznym pojazdów oraz numerem rejestracyjnym, natomiast w przypadku bazy magazynowo – transportowej wraz ze wskazaniem adresu pod którym usytuowana jest baza”, a ponadto określić ilość i podać informację o podstawie dysponowania.

Wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. w Załączniku nr 6 (złożonym na wezwanie zamawiającego) wskazał następujące pojazdy:

- 1.Mercedes Actros – samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WA3500G, pojazd jednokomorowy – EURO 6
- 2.Mercedes Actros – samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WL2175T, pojazd jednokomorowy – EURO 6
- 3.Mercedes Actros, samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WL2188T, pojazd jednokomorowy – EURO 6
- 4.Mercedes Actros, samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WGM4771H, pojazd dwukomorowy – EURO 6
- 5.Mercedes Actros, samochód Ciężarowy, numer rejestracyjny WSC747CL, pojazd dwukomorowy – EURO 6
- 6.Fuso bus, samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WB4516X, pojazd Bus o ładowności do 3,5 t – EURO 6
- 7.Fiat Fiorino, samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WJ6263H, pojazd dostawczy o ładowności do 3,5 t – EURO 6
- 8.Man Tgl, samochód ciężarowy, numer rejestracyjny WA9208G – pojazd hakowiec.

Jednocześnie informując, że ww. pojazdy stanowią jego zasób własny.

W dniu 27 listopada 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez MS-EKO Sp. z o.o.

Pismem z dnia 11 grudnia 2023 r. wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (zwany dalej jako: „MS-EKO”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba uznała, że zgłoszenie przystąpienia ww. wykonawcy spełnia wymogi formalne, określone w przepisach art. 525 ust. 1 i 2 ustawy Pzp i tym samym stwierdziła, że wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

W dniu 19 grudnia 2023 roku zamawiający przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 19 grudnia 2023 roku wykonawca MS-EKO – uczestnik postępowania odwoławczego – przekazał Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej pismo procesowe, zawierające jego stanowisko w sprawie.

W dniu 20 grudnia 2023 roku – w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego – odwołujący oświadczył, iż cofa zarzut nr II odwołania dotyczący braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia oraz ogranicza argumentację w zakresie zarzutu nr I do kwestii związanych z przetwarzaniem odpadów niebezpiecznych (odstępując od podtrzymywania twierdzeń w zakresie odpadów w postaci popiołów).

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, a także uwzględniając stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności 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 z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w odniesieniu do zarzutu nr 2 odwołania w zakresie dotyczącym braku potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia ze względu na wycofanie tego zarzutu przez odwołującego.

W pozostałym zakresie odwołanie zostało skierowane do rozpoznania na rozprawie.

Ad. I. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia:

Izba uznała, że zarzut częściowo potwierdził się.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Stosownie do art. 16 pkt 1 Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Natomiast zgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Niewątpliwie, zgodnie z treścią SWZ, zamawiający wymagał wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane i, w których będą przetwarzane odebrane odpady (punkt 11 Formularza ofertowego). Przedmiot zamówienia obejmuje również m.in. odbiór popiołów i odpadów niebezpiecznych, stąd też zamawiający wezwał wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. – w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp - do wskazania instalacji do przetwarzania odpadów, do której zostanie przekazany popiół i odpady niebezpieczne (w braku jednoznacznego przypisania tychże kategorii odpadów do instalacji wskazanych w ofercie).

Odnosząc się do powyższego wskazać należy co następuje.

Po pierwsze, ciężar dowodu wykazania faktów z których odwołujący wywodzi skutki prawne spoczywa na odwołującym. Skoro to odwołujący twierdzi, że oferta MS-EKO podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, to on winien wykazać tą okoliczność. Brak jednak dowodu ze strony odwołującego, że instalacja wskazana przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. w wyjaśnieniach treści oferty nie może przetwarzać odpadów niebezpiecznych (kwestia odpadów z popiołów i palenisk zostaje pominięta w tych rozważaniach, gdyż sam odwołujący wskazywał, że ogranicza w tym zakresie swoją argumentację). Takim dowodem nie mogą być twierdzenia odwołującego o tym, że w rejestrze BDO nie ma wpisanych odpadów niebezpiecznych. Słusznie tutaj uczestnik postępowania odwoławczego – MS-EKO podkreślał, że pojęcie „odpadów niebezpiecznych” nie obejmuje jakiegś konkretnej grupy odpadów o konkretnym kodzie, lecz odpady należące do różnych grup.

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 roku w sprawie katalogu odpadów (Dz.U. z 2020 r. poz. 10): *„odpadami niebezpiecznymi w katalogu odpadów są odpady oznakowane indeksem górnym w postaci gwiazdki „*” przy kodzie rodzaju odpadów, chyba że mają zastosowanie przepisy art. 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.”*

Brak wskazania określonych kodów w rejestrze BDO nie może stanowić przesądzającego dowodu, że dana instalacja nie ma pozwolenia do przetwarzania odpadów danej kategorii.

Z drugiej zaś strony, choć na uczestniku postępowania odwoławczego, nie spoczywał ciężar dowodowy w tym zakresie, to jednak zauważyć należy, że i on nie przedstawił jakichkolwiek dowodów. Wprawdzie w swoim piśmie procesowym oraz na rozprawie wykonawca MS-EKO odwoływał się do powszechnie dostępnych informacji na stronach internetowych Remondis – z których ma wynikać, że podmiot ten może również przetwarzać odpady niebezpieczne. Jednakże – jak zasadnie podnosił odwołujący – informacje te są dostępne na stronach Grupy Remondis. Konieczne jest zaś ustalenie czy to konkretny podmiot wskazany w ofercie MS-EKO Sp. z o.o., tj. Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie przy ul. Zawodzie jest instalacją uprawnioną do przyjmowania i przetwarzania odpadów niebezpiecznych.

Podnieść również należy, że wyjaśnienia wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. złożone zamawiającemu w tym zakresie są niejednoznaczne, albowiem wykonawca ten wskazując na instalację - Remondis Sp. z o.o. – wyjaśnił, że będzie ona „przyjmować” odpady niebezpieczne. Brak jednoznacznej deklaracji, że instalacja ta będzie również je przetwarzać. Z kolei na rozprawie odwołując się do decyzji nr 48/21/PZ.Z z dnia 17 czerwca 2021 roku dotyczącej udzielenia pozwolenia zintegrowanego na rzecz Remondis Sp. z o.o. wskazywał, że załączniki do tej decyzji (w których miały znajdować się kody odpadów), objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa.

Decyzja, o której mowa powyżej, a na którą powoływał się i uczestnik postępowania odwoławczego – MS-EKO Sp. z o.o., jak i odwołujący, w punkcie II odnoszącym się do „Rodzaju instalacji” wskazuje, że: *„Instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów, zaliczająca się do kategorii instalacji w gospodarce odpadami dla odpadów innych niż niebezpieczne do odzysku lub kombinacji odzysku i unieszkodliwiania o zdolności przetwarzania ponad 75 ton na dobę (...).”* Opis ten wskazuje, że decyzja dotyczy instalacji do przetwarzania odpadów innych niż niebezpieczne. Uczestnik postępowania odwoławczego – MS-EKO Sp. z o.o. wyjaśniał, że zostały wydane także inne decyzje na rzecz Remondis Sp. z o.o., niemniej jednak ich nie przedstawił i nie wykazał, że instalacja ta jest uprawniona do przetwarzania odpadów niebezpiecznych.

Ponadto, twierdzenia zamawiającego i uczestnika postępowania odwoławczego o tym, że „proces zagospodarowania odpadów jest procesem wieloetapowym i nie musi mieć on swojego końca w pierwszej instalacji, do której przekazywane są odpady”, zaś „procesy związane z zagospodarowaniem odpadów, tak jak i inne gałęzie przemysłu czy usług, poddawane są specjalizacji”, są bez znaczenia wobec jednoznacznych wymagań zamawiającego.

W toku samej rozprawy ten sam uczestnik postępowania odwoławczego wielokrotnie wskazywał, że bez znaczenia jest to, który z podmiotów wchodzących w skład Grupy Remondis będzie przetwarzał przekazane przez wykonawcę odpady niebezpieczne.

Powyższe okoliczności w ocenie Izby wskazują na istniejące wątpliwości co do tego, czy w istocie instalacja wskazana przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. w ofercie, a następnie w wyjaśnieniach treści oferty – jako ta do której zostaną przekazane odpady niebezpieczne (Remondis Sp. z o.o.), jest uprawniona do przetwarzania odpadów niebezpiecznych.

Stąd też konieczność dodatkowego wyjaśnienia tej kwestii w trybie wyjaśnień treści oferty (w oparciu o przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.), w szczególności wobec poprzednio udzielonej niejednoznacznej odpowiedzi przez wykonawcę.

Mając powyższe na uwadze Izba nakazała zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym ponowne wezwanie wykonawcy MS-EKO Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do wyjaśnienia – w trybie art. 223 ustawy Pzp - czy wskazana przez tego wykonawcę w ofercie instalacja jest uprawniona do przetwarzania odpadów niebezpiecznych.

Ad. II. Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie doświadczenia.

Jak już powyżej zostało wskazane postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutu zostało umorzone.

Ad. III. Brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę: 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.

Natomiast przepis 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.

Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Odwołujący zarzucał, że wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej, gdyż złożony przez tego wykonawcę Wykaz narzędzi (Załącznik nr 6 do SWZ) nie zawiera wszystkich wymaganych informacji dotyczących pojazdów, w szczególności nie ma informacji na temat tego czy wskazane pojazdy posiadają funkcję kompaktującą. Nie wiadomo czy wykonawca dysponuje pojazdem z zabudową hakową z żurawiem samochodowym. Brakuje informacji czy MS-EKO dysponuje samochodem małogabarytowym, a także czy wykonawca posiada pojazdy specjalistyczne bezpylne. Odwołujący podkreślił, że wszystkie te cechy są wymagane w opisie warunku udziału w postępowaniu, a konieczność ich opisania zaakcentowano we wzorze wykazu narzędzi.

Odnosząc się do tak zaprezentowanej argumentacji Izba w pierwszej kolejności zauważyła, że wprawdzie Załącznik nr 6 do SWZ (Wykaz narzędzi dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami) w swoim opisie wskazywał, że wykonawca winien zawrzeć opis techniczny pojazdów wraz z numerem rejestracyjnym, jednakże nie określał stopnia szczegółowości tego opisu.

Ponadto, wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. przedstawił dane w sposób wystarczający opisujące i identyfikujące pojazdy, które mają być przeznaczone do realizacji tego zamówienia, a mianowicie wskazując na markę tych pojazdów, wskazując, że są to pojazdy ciężarowe, jedno- lub dwukomorowe, ponadto wskazując na wymaganą normę spalania EURO 6, ładowność do 3,5 t – w przypadku 2 pojazdów, a w przypadku ostatniego z pojazdów zaznaczył, że jest to hakowiec. Dodatkowo podał numery rejestracyjne wszystkich wymienionych pojazdów. Jak słusznie zauważył

zamawiający, wykonawca wykazał dysponowanie 3 pojazdami jednokomorowymi, potocznie określanymi jako „śmieciarka”, które to pojazdy co do zasady posiadają funkcję kompaktującą. Ponadto, wykazał dysponowanie co najmniej jednym samochodem przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych zbieranych selektywnie bez funkcji kompaktującej oraz co najmniej jednym samochodem małogabarytowym przystosowanym do odbioru odpadów komunalnych z posesji o utrudnionym dojeździe. Wykonawca potwierdził również dysponowanie samochodem ciężarowym z zabudową hakową.

Tym samym, w ocenie Izby, wykonawca MS-EKO Sp. z o.o. spełnił wymaganie zamawiającego względem przedstawienia opisu technicznego pojazdów zadysponowanych przez wykonawcę do wykonania zamówienia.

Należy też zauważyć, że odwołujący podnosił w istocie jedynie zarzut odnoszący się do zakresu szczegółowości opisu (który to zarzut nie potwierdził się z przyczyn, o których była mowa powyżej). Odwołujący natomiast nie przedstawił też żadnych dowodów, czy nawet twierdzeń, że pojazdy wykazywane przez wykonawcę MS-EKO Sp. z o.o. nie spełniają wymagań określonych przez zamawiającego w SWZ.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania warunku udziału w zakresie zdolności technicznej.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 7 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Zgodnie z § 7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia: w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponoszą odwołujący i zamawiający, jeżeli w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca albo uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów przedstawionych w odwołaniu w całości albo w części.

Stosownie do § 5 pkt 1 i pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron, w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

W oparciu o powyższe Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł, stanowiącą koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika odwołującego (na podstawie złożonej faktury VAT) oraz stosunkowo rozdzieliła koszty uwzględniając stosunek liczby zarzutów uwzględnionych (1) do oddalonych (1) i zasądziła od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 9 300 zł tytułem należnej odwołującemu części kosztów postępowania odwoławczego.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania według norm przepisanych (w tym kosztów pełnomocnika) z uwagi na brak przedstawienia rachunków czy spisu kosztów.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: