Sygn. akt KIO 3617/23

WYROK

z dnia 20 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Małgorzata Jodłowska

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 grudnia 2023r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECON TRADER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wojkowicach, "EKO-SAM SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jakubowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wąsosz**

przy udziale wykonawcy **GPK GŁOGÓW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedz w Głogowie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECON TRADER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wojkowicach, "EKO BIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jakubowie** 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 **ECON TRADER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wojkowicach, "EKO-SAM BIS" SPÓ Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jakubowie** tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **ECON TRADER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wojkowicach, "EKO-SAM BIS" SPÓ Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jakubowie** na rzecz zamawiającego **Gminy Wąsosz** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. 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:

Sygn. akt KIO 3617/23

UZASADNIENIE:

Gmina Wąsosz (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wąsosz", nr referencyjny: BI.271.20.2023.

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

Szacunkowa wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 października 2023 r. pod numerem: 2023/S 189-591832.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia ECON TRADER SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Wojkowicach, "EKO-SAM BIS" SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Jakubowie (dalej: „Odwołujący") w dniu 1 grudnia 2023 r. wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego podjętych w postępowaniu oraz zaniechań czynności, do których Zamawiający jest zobowiązany, tj.:

1.czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GPK Głogów Sp. z o.o.

2.zaniechania wezwania GPK Głogów Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia na przetwarzanie odpadów, dla instalacji w której odpady podlegają procesom odzysku w odniesieniu do odpadów o kodach 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

A.art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania GPK Głogów Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, dla instalacji w której odpady podlegają procesom odzysku w odniesieniu do odpadów o kodach 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07;

B.art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GPK Głogów sp. z o.o., który to wykonawca nie wykazał spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez GPK Głogów sp. z o.o.,

2)nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

3)nakazanie Zamawiającemu wezwania GPK Głogów sp. z o.o. do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 PZP zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, dla instalacji w której odpady podlegają procesom odzysku w odniesieniu do odpadów o kodach 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07.

a także:

4)zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

W uzasadnieniu powyższych zarzutów i żądań Odwołujący wskazał:

A. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego naruszenia 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania GPK Głogów sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów dla instalacji, w której odpady podlegają procesom odzysku

Odwołujący wskazał, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 2 SWZ, przedmiotem zamówienia jest: *„Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wąsosz poprzez: sortowanie, odzysk, kompostowanie i składowanie odpadów komunalnych oraz inne zgodne z prawem metody gospodarowania odpadami mające zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1496 ze zm.) oraz zapisami Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego*."

Zgodnie z rozdziałem IV ust. 3 SWZ, szacunkowa ilość odpadów do zagospodarowania przez wykonawcę na rok 2024 wynosi:

Kod odpadów	Rodzaj odpadów	Prognozowana ilość 2024 [Mg]
15 01 01	Opakowania z papieru i tektury	**31,504**
15 01 02	Opakowania z tworzyw sztucznych	**220,924**
15 01 04	Opakowania z metali	**22,134**
15 01 07	Opakowania ze szkła	**158,796**
20 02 01	Odpady ulegające biodegradacji	**172,084**
20 03 01	Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne	**1381,688**
20 03 07	Odpady wielkogabarytowe	**65,164**

W rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 SWZ Zamawiający określił w szczególności warunek zdolności technicznej lub zawodowej, tj. „*Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w przedmiotowym zakresie, jeśli wykaże, że: Dysponuje instalacją odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, do której transportowane będą odpady celem zagospodarowania. Wskazana instalacja musi być objęta zezwoleniem właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku*." (podkr. W.G.) W celu wykazania spełniania powyższego warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający w rozdziale IX ust. 3 pkt 3 SWZ wymagał przedłożenia zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku.

Nie ulega wątpliwości, iż użyte w SWZ pojęcie odzysk ma znaczenie zgodne z definicją legalną zawartą w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 poz. 1583 ze zm.), gdzie w art. 3 ust. 1 pkt 14 wskazano, że odzysk to jakikolwiek proces, którego głównym wynikiem jest to, aby odpady służyły użytecznemu zastosowaniu przez zastąpienie innych materiałów, które w przeciwnym przypadku zostałyby użyte do spełnienia danej funkcji, lub w wyniku którego odpady są przygotowywane do spełnienia takiej funkcji w danym zakładzie lub ogólnie w gospodarce.

Powyższe wymagania Zamawiającego są całkowicie zgodne z obowiązkiem osiągnięcia przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu, wynikających z przepisów bezwzględnie obowiązujących. W szczególności, zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1966 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2023 r., poz. 1469), Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 45% wagowo - za rok 2024.

Zgodnie zaś z art. 3b ust. 1a ww. ustawy, Poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych. Mając na względzie powyższe, oczywistym jest, iż zezwolenie dla instalacji jakiego wymagał Zamawiający od wszystkich uczestników niniejszego postępowania, powinno dotyczyć wszystkich rodzajów odpadów, których zagospodarowanie stanowi przedmiot niniejszego zamówienia, a nie tylko jednego bądź dwóch rodzajów (kodów). Jakakolwiek inna wykładania postanowień SWZ byłaby nieracjonalna, a

przez to nieuprawniona.

Wykonawca GPK Głogów sp. z o.o. na potwierdzenie ww. warunku udziału w postępowaniu, przedłożył decyzję Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 20 kwietnia 2015 r. znak DOW-S-V.7222.81.2014.AP udzielającą pozwolenia zintegrowanego, wraz ze zmieniającymi ją decyzjami tegoż organu z 8 sierpnia 2016 r., 8 marca 2017 r., 29 stycznia 2018 oraz 20 kwietnia 2020 r.

Zgodnie z przedłożonym pozwoleniem zintegrowanym, wykonawca GPK Głogów sp. z o.o. „prowadzi działalność związaną z: mechaniczno-ręcznym przetwarzaniem niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (odpadów o kodzie 20 03 01) – w procesie unieszkodliwiania D13, w części mechanicznej instalacji do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów". Znalazło to w szczególności odzwierciedlenie w poz. I.1.1. Tabeli nr 4 Rodzaj i masa odpadów przewidywanych do przetworzenia w instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów i powstających w wyniku tego przetwarzania na s. 19 pozwolenia zintegrowanego:

Odwołujący podkreślił, iż zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 3 ust. 1 pkt 30 ustawy o odpadach, unieszkodliwianie odpadów *to proces niebędący odzyskiem, nawet jeżeli wtórnym skutkiem takiego procesu jest odzysk substancji lub energii.* Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, że w przypadku odpadów o kodzie 20 03 01 wykonawca GPK Głogów sp. z o.o. nie przedstawił zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady te podlegają procesom odzysku, albowiem unieszkodliwianie to bez wątpienia proces niebędący odzyskiem.

Nadto, zgodnie z przedłożonym pozwoleniem zintegrowanym, wykonawca GPK Głogów sp. z o.o. dla odpadów o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07 posiada wyłącznie pozwolenie na ich zbieranie, co wynika wprost z Tabeli 6 *Odpady niebezpieczne i inne niż niebezpieczne przewidywane do zbierania* na s. 29 pozwolenia zintegrowanego:

Zbieranie odpadów, jest *de facto* czynnością wstępną, przed ich dalszym przetwarzaniem, które jednak nie jest możliwe – zgodnie z przedłożonym przez wykonawcę GPK Głogów sp. z o.o. pozwoleniem zintegrowanym, we wskazanej w nim instalacji.

Nie ulega zatem najmniejszej wątpliwości, że także w przypadku odpadów o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07 wykonawca GPK Głogów sp. z o.o. nie przedstawił zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady te podlegają procesom odzysku. Łącznie z odpadami o kodzie 20 03 01 stanowi to około 90% przewidywanego łącznego tonażu odpadów do zagospodarowania w ramach niniejszego zamówienia.

Odwołujący przytoczył treść art. 128 ust. 1 ustawy Pzp oraz tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2023 r. w sprawie o sygn. akt KIO 886/23).

Zamawiający bez wątpienia zaniechał zatem wezwania GPK Głogów sp. z o.o. do uzupełnienia złożonego podmiotowego środka dowodowego w postaci zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, dla instalacji w której odpady te podlegają procesom odzysku w odniesieniu do odpadów o kodach 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07, których zagospodarowanie stanowi przedmiot niniejszego zamówienia.

B. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GPK Głogów sp. z o.o.

Fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców. Odwołujący przytoczył treść art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp. Z powyższego przepisu wynika, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiający ma obowiązek równego traktowania wszystkich Wykonawców, w szczególności zaś weryfikować spełnianie przez nich określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący przywołał tezę wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 kwietnia 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 652/19. Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy GPK Głogów sp. z o.o. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnośnie posiadania zdolności technicznych i zawodowych do wykonania zamówienia, w szczególności zaś nie wykazał, że w świetle posiadanego zezwolenia właściwego organu, jest w ogóle zdolny zapewnić zgodne z prawem zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz osiągnąć wymagany przez art. 3b ust. 1 pkt 4 UCPG poziom recyklingu.

W złożonej pismem z dnia 12 grudnia 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający nie uwzględnił zarzutów zawartych w odwołanych i wniósł o ich oddalenie w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał:

W opinii Zamawiającego zarzuty Odwołującego nie są zasadne. Decyzja o wyborze oferty firmy GPK Głogów sp. z o.o. jako najkorzystniejszej złożonej w przedmiotowym postępowaniu jest w pełni zasadna. Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty została przeprowadzona prawidłowo, zgodnie z treścią SWZ i przepisami prawa.

Zarzuty Wykonawcy nie mają oparcia w treści SWZ, lecz sprawdzają się do tego, aby Zamawiający dokonał oceny spełniania warunku udziału opisanego w rozdz. VII ust. 2 pkt 2.4. SWZ sprzecznie z jego literalnym brzmieniem.

Ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu winna być dokonywana przez Zamawiającego ściśle według postanowień SWZ. Po upływie terminu składania ofert nie jest możliwa jakakolwiek zmiana SWZ, w tym treści warunków udziału w postępowaniu „Po upływie terminu składania ofert nie jest dopuszczalne uszczegóławianie opisów warunków udziału w postępowaniu, tj. uzupełnianie ich o treści które nie zostały w nich uprzednio zawarte. Zamawiający obowiązany jest przeprowadzić procedurę badania spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowania w odniesieniu do treści tych warunków ustalonej przed upływem terminu składania ofert", wyrok KIO z dnia 4 maja 2021 r., sygn. akt KIO 1017/21.

Ponadto treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zawierającej warunki udziału w postępowaniu podlega wykładni językowej. Konieczność stosowania tego rodzaju wykładni wynika z naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 ust. 1 ustawy Pzp). „Warunki udziału w postępowaniu podlegają w pierwszej kolejności literalnej wykładni. Stanowi to gwarancję obiektywizmu Zamawiającego w procesie weryfikacji zdolności Wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również stanowi narzędzie realizujące zasadę równego traktowania Wykonawców. Nieujawnione w dokumentacji postępowania intencje czy interpretacje Zamawiającego nie mogą decydować o treści warunku", wyrok KIO z dnia 3 lipca 2020 r. sygn. akt KIO 1001/20.

Odwołujący interpretuje warunek udziału w postępowaniu opisany w rozdz. VII ust. 2 pkt 2.4. SWZ z przekroczeniem zasad wykładni językowej. Literalne brzmienie w/w warunku jest następujące:

„VII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU

2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

2.4. zdolności technicznej lub zawodowej:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w przedmiotowym zakresie, jeśli wykaże, że: Dysponuje instalacją odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, do której transportowane będą odpady celem zagospodarowania. Wskazana instalacja musi być objęta zezwoleniem właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku".

Z treści w/w warunku nie wynika, że instalacja odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, do której transportowane będą odpady celem zagospodarowania, musi być objęta zezwoleniem właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady te podlegają procesom odzysku w zakresie wszystkich odpadów stanowiących przedmiot zamówienia. Zamawiający wskazał w SWZ, że Wykonawca ma wykazać dysponowanie instalacją odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. „Lub" to «spójnik wyrażający możliwą wymienność lub wzajemne wyłączanie się zdań lub ich części».

Zatem treść warunku udziału w postępowaniu stanowi, że Wykonawca go spełnia w każdym przypadku, gdy dysponuje:

1) instalacją odzysku lub

2) instalacją unieszkodliwiania odpadów lub

3) instalacją odzysku i unieszkodliwiania odpadów.

Zdanie, że „wskazana instalacja musi być objęta zezwoleniem właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku" oczywiście dotyczy przypadku wykazywania dysponowania instalacją odzysku odpadów (pkt 1 lub 3 powyżej). Zamawiający nie wymagał z kolei, że w wymaganej instalacji procesowi odzysku winny podlegać wszystkie odpady wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, ani nie podał w treści warunku udziału w postępowaniu kodów odpadów, w stosunku do których wymaga, aby w tej instalacji były one poddawane takiemu procesowi. Oczywiście takie wymagania nie wynikają także z treści rozdz. IX. 3.3) SWZ, gdzie wskazano na podmiotowy środek dowodowy w postaci „zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku".

Brak takiego doprecyzowania nie stanowi błędu SWZ, lecz jest świadomym zabiegiem Zamawiającego, który dopuszcza możliwość, aby w instalacji (jeżeli jest to instalacja odzysku) procesowi odzysku podlegały wybrane kody odpadów.

Nie bardzo zatem wiadomo, z jakich zapisów SWZ Odwołujący wywodzi, że: „oczywistym jest, iż zezwolenie dla instalacji jakiego wymagał Zamawiający od wszystkich uczestników niniejszego postępowania, powinno dotyczyć wszystkich rodzajów odpadów, których zagospodarowanie stanowi przedmiot niniejszego zamówienia, a nie tylko jednego bądź dwóch rodzajów (kodów). Jakakolwiek inna wykładania postanowień SWZ byłaby nieracjonalna, a przez to nieuprawniona." (pkt 5 odwołania) Jak trafnie wskazała KIO w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2444/16 (także KIO 3473/22): „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany." Uwzględnienie zarzutów odwołania prowadziłoby do naruszenia nasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający oceniałby spełnianie warunku, który nie został opisany w SWZ.

Wykonawca GPK GŁOGÓW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Głogowie (

„GPK") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. W zgłoszeniu przystąpienia ww. wykonawca ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego i wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu wykonawca GPK wskazał:

W ocenie Przystępującego, decyzja Zamawiającego o wyborze oferty GPK Głogów sp. z o.o. jest prawidłowa i zgodna z prawem. Odwołanie z dnia 01.12.2023r. w całości opiera się w istocie na polemice ze zgodnością warunków określonych Pozwoleniem Zintegrowanym (PZ) z treścią SWZ. GPK Głogów sp. z o.o. wskazuje, że posiadana przez Spółkę decyzja Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 20.04.2015 r. numer DOW-S-V.7222.81.2014.AP udzielająca pozwolenia zintegrowanego, wraz ze zm. (dalej PZ), w pełni upoważnia Przystępującego do przystąpienia do realizacji przedmiotu zamówienia na terenie Gminy Wąsosz, a podniesione zarzuty w odwołaniu mają charakter tendencyjny i stanowią wybiórczą i niczym nieuzasadnioną polemikę z ostateczną i znajdującą się w obrocie prawnym decyzją administracyjną (PZ) Marszałka Województwa Dolnośląskiego.

Nie sposób zgodzić się z stanowiskiem odwołującego, który kwestionuje rzekome niewykazanie się przez GPK Głogów sp. z o.o. w toku postępowania dysponowania odpowiednią instalacją, wymaganą przez Zamawiającego. W rozdziale VII ust. 2 pkt 2.4 SWZ Zamawiający określił, że „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w przedmiotowym zakresie, jeśli wykaże, że: Dysponuje instalacją odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, do której transportowane będą odpady celem zagospodarowania. Wskazana instalacja musi być objęta zezwoleniem właściwego organu na przetwarzanie odpadów, w której odpady podlegają procesom odzysku." Pominięcie przez Zamawiającego w drugim zdaniu przytoczonej powyżej treści SWZ pojęcia …lub unieszkodliwiania…stanowi - w ocenie Przystępującego - oczywisty błąd pisarski Zamawiającego, który nie powinien jednak wpływać na ocenę poprawności i kompletności oferty złożonej przez GPK Głogów sp. z o.o. Ograniczenie wymogu wyłącznie do procesu odzysku stoi w oczywistej i rażącej sprzeczności, tak z potrzebami Zamawiającego, jak i istniejącą rzeczywistością w zakresie funkcjonującej struktury instalacji na terytorium RP. Po pierwsze wskazać należy, że zgodnie z rozdziałem IV ust. 2 SWZ, przedmiotem niniejszego zamówienia jest: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wąsosz poprzez: sortowanie, odzysk, kompostowanie i składowanie odpadów komunalnych oraz inne zgodne z prawem metody gospodarowania odpadami mające zapewnić osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania…". Nie sposób więc literalnie przyjąć, że zamiarem Zamawiającego było ograniczenie wykazania warunku posiadania potencjału technicznego wyłącznie do wykazania faktu dysponowania instalacją która posiadałaby możliwość odzysku każdego rodzaju odpadu. Nadto, jak wynika z przeglądu instalacji komunalnych działających na terytorium RP nie jest racjonalnym przyjęcie na potrzeby niniejszego postepowania, że potencjalny wykonawca wygrywający przetarg w niniejszym postępowaniu ma obowiązek dysponowania instalacją w ramach której następuje odzysk wszystkich rodzajów odpadów (kodów). Wskazać jedynie należy, że np. odzysk szkła (20 010 02), czy odzysk metali (20 01 40) następuje co do zasady w wyspecjalizowanych instalacjach typu huty szkła, czy huty metali. Na instalacjach typu komunalnego frakcje te są poddawane wstępnym czynnościom odzysku tj. podlegają segregowaniu, oczyszczaniu, belowaniu i przekazywaniu następnie właśnie do odzysku właściwego wyspecjalizowanym podmiotom. Przystępujący wskazuje nadto, że w przypadku odpadów o kodach: 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 07 trafiających do instalacji, pozwolenie zintegrowane w pkt III.1.5.2

Miejsce zbierania odpadów wraz z opisem metody zbierania wskazuje, że odpady o kodach 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), 15 01 02 (opakowania z tworzyw sztucznych), 15 01 05 (opakowania wielomateriałowe), 20 01 01 (papier i tektura) oraz 20 10 39 (tworzywa sztuczne), po dostarczeniu na teren Zakładu są tymczasowo magazynowane luzem w sposób uporządkowany w hali przyjęcia odpadów surowcowych segregacji odpadów, a następnie poddawane wstępnemu sortowaniu prowadzonemu w kabinie sortowniczej, co prowadzi do wstępnego ich odzysku. Oczywisty stąd więc wniosek, że następnie surowce tak przygotowane do odzysku właściwego przekazywane są wyspecjalizowanym instalacjom, które wieńczą proces ich odzysku. W pozwoleniu zintegrowanym wydanym na rzecz GPK Głogów sp. z o.o. faktycznie dla zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 jest wskazany proces D13, który co do zasady jest nazywany procesem unieszkodliwienia. Jednak w dalszej części pozwolenia zintegrowanego – co Odwołujący skrupulatnie pomija - zawarty jest opis procesu D13. Tam też w pkt III.1.4.1.1. ust. 1.2 wyraźnie zawarto zapis, że frakcja powyżej 80mm trafia na przenośnik sortowniczy i w kabinie sortowniczej są ręcznie wydzielane odpady surowcowe o kodach z podgrupy 15 01, które następnie są przekazywane do recyklingu. W związku z czym odpady 20 03 01 nie są unieszkodliwiane i nie ulegają unicestwieniu, ale są z nich wysortowane odpady nadające się do recyklingu. Jak wynika z treści decyzji PZ proces unieszkodliwiania oznaczony symbolem D13 przewiduje stosowny cykl przygotowania odpadów zmieszanych do częściowego ich unieszkodliwienia (frakcja 0-80mm), a przesiana frakcja nadsitowa (powyżej 80mm) ulega stosownemu sortowaniu i wyodrębnieniu surowców wtórnych w celu ich dalszego odzysku.

W dniu 14 grudnia 2023 r. Odwołujący złożył pismo procesowe stanowiące replikę na odpowiedź Zamawiającego.

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 Uczestnika postępowania jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Uczestnika postępowania wyrażone odpowiednio w odwołaniu jak również w odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia, 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 GPK GŁOGÓW SPÓŁKA Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ z siedzibą w Głogowie, 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 nie zaliczyła w poczet materiału dowodowego dowody przedłożonego przez Odwołującego wraz z pismem z 14 grudnia 2023 r., tj.: analiz stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gmin: Głogów, Kotla, Żukowice jako nieistotne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Stan faktyczny pomiędzy Stronami w dużej mierze nie był sporny, wobec czego w tym zakresie wskazane okoliczności Izba uznała za ustalone na zasadzie przepisów art. 533 ust. 1 ustawy Pzp. W myśl art. 533 ust. 1 ustawy Pzp nie wymagają dowodów fakty przyznane w toku postępowania odwoławczego przez stronę przeciwną, jeżeli Izba uzna, że przyznanie nie budzi wątpliwości co do zgodności z rzeczywistym stanem rzeczy.

Poza sporem było w szczególności, że Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Wąsosz.

Poza sporem było również to, że wykonawca GPK posiada zezwolenie na unieszkodliwianie odpadów, a zezwolenie na odzysk dla tej instalacji dotyczy jedynie niektórych frakcji odpadów.

Treść postanowień specyfikacji warunków zamówienia dotycząca warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej została przytoczona w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz w zgłoszeniu przystąpienia i odpowiada rzeczywistości, wobec czego za zbędne należy uznać ich powtarzanie.

Osią sporu była interpretacja warunku udziału w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, mianowicie: czy zezwolenie dla instalacji, o którym mowa w warunku udziału, powinno dotyczyć wszystkich rodzajów odpadów, których zagospodarowanie stanowi przedmiot zamówienia czy może dotyczyć tylko niektórych rodzajów (kodów) odpadów.

Izba dała wiarę w całości dowodom z dokumentów postępowania złożonych przez Zamawiającego, gdyż nie były one przez Strony 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.

Zarzut oznaczony lit. A – *naruszenie art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie wezwania GPK Głogów Sp. z o.o. do uzupełnienia zezwolenia właściwego organu na przetwarzanie odpadów, dla instalacji w której odpady podlegają procesom odzysku w odniesieniu do odpadów o kodach 20 03 01, 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04 i 15 01 07*

Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp ,*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."

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.

Co do zasady Odwołujący ma rację twierdząc, że wykładania warunku udziału w postępowaniu w inny sposób niż przedstawił do Odwołujący jest nieracjonalna. Jednakże nie jest rolą Izby racjonalizowanie czynności Zamawiającego.

Izba ocenia działania i zaniechania zamawiających pod kątem ich zgodności z prawem. Zdaniem Izby, sporny warunek jest niejednoznaczny i może być w odmienny sposób interpretowany.

Zasadą jest, że nieprecyzyjne postanowienia SWZ nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawców.Dla oparcia i wyprowadzania konsekwencji prawnych z postanowień SWZ, winny być one jasne i precyzyjne i nie powinny nasuwać wątpliwości interpretacyjnych. Jeżeli zaś takowe się pojawiają winny być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Jeżeli możliwa jest co najmniej dwutorowa interpretacja warunku udziału w postępowaniu, to wszelkie niejasności w tym zakresie należy odczytywać na korzyść wykonawców, Zamawiający rezygnując z konkretyzowania spornego warunku, wyraził zgodę na jego szeroką interpretację, nawet wbrew logice.

Izba zwraca uwagę, że nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Uczestnikiem postępowania, że „*pominięcie przez Zamawiającego w drugim zdaniu warunku udziału w postępowaniu pojęcia …lub unieszkodliwiania…stanowi oczywisty błąd pisarski Zamawiającego, który nie powinien jednak wpływać na ocenę poprawności i kompletności oferty złożonej przez wykonawcę*". Uczestnik postępowania nie wskazał przepisu prawa, który pozwalałby wykonawcy na, niejako, poprawienie oczywistego błędu pisarskiego Zamawiającego, Izba takiej instytucji również nie zna. Nic nie stało na przeszkodzie aby Uczestnik postępowania w odpowiednim terminie zwrócił się do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ ewentualnie wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskakujące jest również twierdzenie Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, że „*zamawiający dopuszcza możliwość, aby w instalacji (jeśli jest to instalacja odzysku) procesowi odzysku podlegały wybrane kody odpadów*". Zamawiający taką możliwość mógł dopuścić na etapie np. wyjaśnień treść SWZ, a nie na etapie postępowania odwoławczego, po terminie składania ofert. Nie zmienia to jednak faktu, że w przedmiotowej sprawie warunek opisany przez Zamawiającego nasuwa wątpliwości interpretacyjne i tylko z tego też względu odwołanie należało oddalić.

Biorąc powyższe pod rozwagę, skoro treść warunku jest niejednoznaczna, to brak jest podstawy faktycznej i prawnej do zastosowania regulacji z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut oznaczony lit. B – *naruszenie art. 239 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 PZP, poprzez bezpodstawne dokonanie wyboru oferty GPK Głogów sp. z o.o., który to wykonawca nie wykazał spełniania wszystkich warunków udziału w postępowaniu, a przez to nierówne traktowanie wykonawców, brak zachowania zasady uczciwej konkurencji, przez co postępowanie straciło walor przejrzystości*

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."*

Art. 16 ust. 1 i 2 ustawy Pzp stanowi, że „*Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty"*

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, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1) w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

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

Przewodnicząca: