

WYROK
z dnia 17 lutego 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **17 lutego 2025 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 stycznia 2025 roku** przez wykonawcę **Eko Dankor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**

w Włodawie (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gmina Sawin w Sawinie**
orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Eko Dankor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Włodawie** w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** 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:
.....

KIO 135/25

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Sawin w Sawinie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Sawin w roku. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 2024/BZP 00631726/01 z dnia 4 grudnia 2024.

Dnia 14 stycznia 2025 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożył wykonawca Eko Dankor Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Włodawie, dalej jako „Odwołujący”.

Termin na złożenie odwołania został zachowany. Odwołujący uiścił wpis od odwołania w kwocie stosownej na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania do Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego Zamawiający dokonał niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności i zaniechał czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, do których był zobowiązany polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, tj. oferty złożonej przez Zakład AZART Jan Kwiatkowski z siedzibą w Chelmie (dalej jako „Azart”);
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy AZART, , którego oferta podlegała odrzuceniu z uwagi na niespełnienie warunków udziału w tym postępowaniu, tj. warunku posiadania pozwolenia na transport odpadów o kodach: ex 20 01 99 [popiół z gospodarstw domowych], 20 01 23 [freon];
- 3) zaniechaniu uzyskania rzetelnych i wyczerpujących wyjaśnień od AZART w trybie art. 223 ust. 1 PZP w sprawie posiadania przez tego oferenta wszelkich wymaganych prawem i zamówieniem zezwoleń, w tym zezwoleń na transport odpadów określonych w SWZ: odpadów o kodach: ex 20 01 99 [popiół z gospodarstw domowych – w przypadku posiadania zezwolenia na transport tego odpadu w bazie BDO powinno być odznaczone przy powyższym kodzie odpadu pole „KOD EX i wpisany poniżej rodzaj odpadu, czego nie ma w wyciągu danych BDO dla wybranego Wykonawcy], 20 01 23 [freon].

Odwołujący zarzucał naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1 art. 17 ust. 2 PZP poprzez dokonanie wyboru wykonawcy niezgodnie z przepisami PZP, w szczególności wskutek zaniechania sprawdzenia, czy Wykonawca wybrany spełnia wymagania określone w zamówieniu, tj. ma pozwolenie na transport odpadów określonych w zamówieniu, czego Zamawiający nie sprawdził;
- 2) art. 128 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od AZART uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia aktualnych na dzień ich złożenia, tj. dokumentów potwierdzających uprawnienie do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w postaci aktualnego odpisu z bazy BDO w odniesieniu do warunku określonego w pkt 6.1.2. ppkt 2) SWZ w celu zweryfikowania, czy AZART spełnia wszystkie wymagania do udziału w postępowaniu;
- 3) art. 223 ust. 1 PZP poprzez zaniechanie uzyskania od AZART rzetelnych i kompleksowych wyjaśnień w sprawie złożonej oferty sprawie posiadania przez tego oferenta wszelkich wymaganych prawem i zamówieniem zezwoleń;
- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP poprzez wybór oferty AZART, która podlegała z mocy ustawy PZP odrzuceniu.

Odwołujący wnosił o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności: – badania i oceny ofert, – wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 4) nakazanie Zamawiającemu odrzucenia oferty złożonej przez AZART i wykluczenie tego wykonawcy z postępowania.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołujący otrzymał od Zamawiającego dnia 10 stycznia 2025 roku.

Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Odwołujący złożył

w postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że w Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia, stanowiącym Załącznik nr 1a do SWZ, zostały wymienione kategorie (rodzaje) odpadów (kody), które wykonawca wybrany w zamówieniu będzie odbierać z terenu gminy Zamawiającego. Z ogólnodostępnego rejestru BDO - bazy o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami wynika, że wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza nie posiada pozwolenia na transport odpadów o kodach: ex 20 01 99 [popiół z gospodarstw domowych], 20 01 23 [freon], których transport jest przedmiotem zamówienia, a mimo tego oferta tego podmiotu została wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający mimo ciążyącego na nim obowiązku nie dokonała sprawdzenia w bazie BDO czy Wykonawca posiada pozwolenie na transport odpadów objętych zamówieniem, nie wezwał oferenta, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą do udzielenia wyjaśnień

w zakresie przedłożonych przez niego dokumentów, co spowodowało, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę Wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu z mocy ustawy, bowiem oferent ten nie spełniał wymagań określonych w zamówieniu.

Tym samym w sprawie po stronie Zamawiającego zaistniał obowiązek odrzucenia oferty AZART na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 i 3 PZP, o co Odwołujący wnosil.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgronadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania.

W aktach sprawy nie ujawniono zgłoszenia przystąpienia po żadnej ze stron postępowania odwoławczego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, gdzie Zamawiający wskazał, że nie uznaje odwołania w całości. Zamawiający wnosil na podstawie art. 528 pkt 2 Pzp

o odrzucenie odwołania na posiedzeniu niejawnym jako wniesionego przez podmiot nieuprawniony. Zamawiający wnosil także o umorzenie postępowania na podstawie art. 568 Pzp. Ewentualnie w przypadku nie uwzględnienia wniosków Zamawiający wnosil o oddalenie odwołania w całości.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że odwołanie podlega oddaleniu wskutek niespełniania przesłanki materialnoprawnej określonej w art. 505 ust. 1 ustawy PZP w postaci braku posiadania przez Odwołującego interesu do wniesienia odwołania. Oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu jako niespełniająca warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje czynności odrzucenia oferty.

W dniu 10 stycznia 2025 roku Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę AZART. Oferta Odwołującego w toku badania i oceny ofert została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. B Ustawy PZP jako oferta złożona przez Wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, o czym Odwołujący został poinformowany w dniu 10 stycznia 2025 r.

Zgodnie z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 kwietnia 2023 r., sygn. akt KIO 798/23: „Wykazanie interesu w uzyskaniu zamówienia jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 p.z.p. zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów”.

Okoliczność odrzucenia oferty Odwołującego nie budzi żadnych wątpliwości po stronie samego Odwołującego, czemu wyraz dał poprzez niezakwestionowanie czynności Zamawiającego w żadnym miejscu złożonego odwołania. Zarzuty rzekomego naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP opiewają jedynie na czynności Zamawiającego podjęte względem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący uzasadniając interes do wniesienia odwołania, powołał się jedynie na fakt złożenia oferty w postępowaniu oraz na potencjalną szkodę w postaci możliwości utraty zarobku – spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia. W ocenie Zamawiającego, a także zgodnie z przyjętą praktyką orzecniczą, fakt złożenia oferty w postępowaniu nie jest wystarczającą przesłanką posiadania interesu do wniesienia odwołania (postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 marca 2023 r., sygn. KIO 725/23)./

Stanowisko Odwołującego dotyczące potencjalnej szkody jest niezasadne w przypadku, gdy Odwołujący z postępowania został odrzucony, a jego oferta de facto nie może już być brana pod uwagę. Również, hipotetyczne uwzględnienie odwołania według zarzutów nie dają Odwołującemu możliwości zarobku z uwagi na obiektywny brak możliwości zmiany sytuacji Wykonawcy. Nie sposób doszukiwać się obiektywnego interesu Odwołującego do wniesienia odwołania w sprawie; brak jest podstaw prawnych na wniesienie odwołania, a także nie ma żadnego imperatywu logicznego przemawiającego za słusznością „bezinteresownego” odwołania. W przedmiotowej sprawie problematyczna nie tylko jest okoliczność niedostatecznego wykazania istnienia interesu do wniesienia odwołania, ale także obiektywny i trwały brak takiego interesu. Odwołującemu de facto nie przysługuje środek ochrony prawnej w postaci odwołania, z uwagi na brak interesu do wniesienia odwołania.

Pogląd Zamawiającego zgodny jest z orzecznictwem TSUE w odniesieniu do art. 1 ust. 3 Dyrektywy 89/665/EWG, gdzie na gruncie tego przepisu w sprawie C-355/15 wskazano, że oferentowi wykluczonemu, Państwo członkowskie może odmówić dostępu do możliwości zakwestionowania zawarcia umowy odnośnie zamówienia publicznego. Potwierdzone to jest również w wyroku w sprawie C-131/16, gdzie Trybunał podkreślił, że Wykonawca, który przestał być uczestnikiem procesu może zostać pozbawiony prawa do wniesienia odwołania.

Zamawiający wraz z zawiadomieniem o odrzuceniu oferty Odwołującego przedstawił uzasadnienie, w którym wskazał, że Wykonawca w dniu weryfikacji przez Zamawiającego podmiotowych środków dowodowych, tj. 12.12.2024 r. nie spełniał warunków udziału

w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Wykonawca nie posiada wpisu do Rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów obejmującym cały przedmiot zamówienia.

Zamawiający wezwał Wykonawcę do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych. Na podstawie przedstawionych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. Odwołujący nie ma pozwolenia na transport odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia. Pomimo że Wykonawca w oświadczeniu wstępnym wskazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu, działania Zamawiającego w późniejszych etapach postępowania obnażyły braki złożonej oferty. Odwołujący nie posiada pozwolenia na transport przedmiotów i substancji, wraz z ich kodami:

- Szkło, opakowania ze szkła (15 01 07 i 20 01 02)
- Odpady ulegające biodegradacji (20 01 08)
- Odpady wielkogabarytowe (20 03 07)
- Zużyte opony (16 01 03)
- Popiół z gospodarstw domowych (ex 20 01 99)
- Zmieszane odpady opakowaniowe (15 01 06)

Dodatkowo Urząd Marszałkowski wskazał na jakie odpady firma Odwołującego posiadała zezwolenia na transport na dzień składania ofert, co potwierdziło, Odwołujący na dzień 12.12.2024 r. nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, tj. brak było pozwolenia na transport odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia. Na dzień składania ofert brakowało poniższych kodów:

- Opakowania z papieru i tektury - (15 01 01)
- Opakowania z tworzyw sztucznych - (15 01 02)
- Opakowania wielomateriałowe - (15 01 05J)
- Zmieszane odpady opakowaniowe - (15 01 06)
- Szkło, opakowania ze szkła - (15 01 07)
- Opakowania z tekstyliów - (15 01 09)
- Zużyte opony - (16 01 03)
- Baterie alkaliczne (z wyłączeniem 16 06 03) - (16 06 04)
- Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów (17 01 01)
- Gruz ceglany - (17 01 02)
- Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia – (17 01 03)
- Usunięte tynki, tapety, okleiny itp. - (17 01 80)
- Szkło - (17 02 02)
- Tworzywa sztuczne - (77 02 03)

Fakt niespełniania warunków udziału w postępowaniu nie budził wątpliwości Zamawiającego, miał bowiem on charakter oczywisty i bezsporny. Specyfika omawianego warunku udziału w postępowaniu ma cechy, które uniemożliwiają jakąkolwiek uznaniowość Zamawiającego. Podkreślenia wymaga także, że analogiczne stanowisko do Zamawiającego przyjęła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r., sygn. akt KIO 3477/21; w wyroku z dnia 3 lipca 2020 r., sygn. akt KIO 905/20.

Z ostrożności procesowej, Zamawiający odniósł się także do zarzutów przedstawionych w odwołaniu.

Prawidłowość postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz zgodność

z przepisami prawa ma charakter nadrzędny, *expressis verbis* wyrażona w art. 17 ust. 2 ustawy PZP którego naruszenie zarzucił Odwołujący. Odwołujący wskazał, że owe naruszenie objawiło się faktem „zaniechania sprawdzenia, czy Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza spełnia wymagania określone w zamówieniu”. Aby uznać, że oferta jest niezgodna z warunkami zamówienia i odrzucić ofertę należy przeprowadzić szczegółową analizę, w której dokona się porównania złożonej oferty oraz określonych warunków zamówienia, stanowiących merytoryczne postanowienia oświadczeń woli zamawiającego i wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia jest wówczas, gdy treść złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w SWZ.

Zamawiający dokonał kompleksowej i drobiazgowej weryfikacji Wykonawców pod kątem zgodności z warunkami udziału w postępowaniu i dokumentacją zamówienia. Zamawiający, prowadząc postępowanie, ustalał zgodność oświadczeń złożonych przez Wykonawców ze stanem faktycznym, czego potwierdzeniem może być okoliczność odrzucenia oferty Odwołującego – właśnie z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu.

Dyspozycja normy prawnej zawartej w art. 128 ust 1 ustawy PZP nałaga na Zamawiającego obowiązek, którego rzekome naruszenie wskazuje Odwołujący, tylko w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy PZP, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy. Biorąc pod uwagę, że według ustaleń Zamawiającego, okoliczność spełniania warunków udziału w postępowaniu dała się zweryfikować za pomocą środków przedstawionych przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, Zamawiający nie miał obowiązku wzywać do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia.

Ponadto, wbrew sugestii Odwołującego, brak żądania wyjaśnień nie jest tożsamy z bezczynnością Zamawiającego i nie oznacza, że Zamawiający zwolniony jest z badania i oceny ofert.

Odnosząc się do kwestii wyboru oferty, która została wybrana jako najkorzystniejsza jako rzekomo podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy PZP, Odwołujący przyjął niejako aksjomatycznie, aczkolwiek niesłusznie, błędne przesłanki.

Odwołujący twierdzi, że Wykonawca AZART nie posiada pozwolenia na transport o kodach ex 20 01 99 (popiół z gospodarstw domowych).

Zamawiający wyjaśnił, że przedrostek „ex” (*explicite*, łac. wyraźny) występujący przed kodem odpadu, oznacza zawężenie znaczenia danego kodu odpadu, tym samym wskazując mniejszy zakres będący desygnatem danego kodu. Zgodnie z zasadami prawidłowego rozumowania, a *maiori ad minus*, Wykonawca posiadający uprawnienie na transport odpadów określonych w sposób szeroki kodem 20 01 99 (tym samym mający większy zakres), posiada również uprawnienie na transport odpadów wchodzących w skład danego kodu w zakresie węższym. Reasumując, podmiot mający decyzję na transport odpadów o kodzie bez „ex” może transportować również kod „ex”.

Odwołujący wskazał także, że Wykonawca AZART nie spełnia warunków udziału

w postępowaniu, z uwagi na brak kodu 20 01 23 (freon). Zamawiający z całą stanowczością stwierdził, że dokumentacja zamówienia na temat obligatoryjności kodu 20 01 23 milczy, a jedyna wzmianka to wskazanie jakie odpady Gmina Sawin wywoziła w roku 2023 i 2024 (pkt 1 ppkt 5 załącznika nr 1a do SWZ), czyli dane historyczne. Odpady, które wchodziły w przedmiot zamówienia wskazane zostały w pkt 1 ppkt 6) załącznika nr 1a do SWZ i tam freonu (kod 20 01 23) nie ma. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia jest wówczas, gdy treść złożonej oferty nie odpowiada wymaganiom Zamawiającego zawartym w SWZ. Zatem niespełnianie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu nie ma miejsca, bowiem dokumenty złożone przez Wykonawcę AZART są zgodne z dokumentacją zamówienia i nie budzą wątpliwości względem ich prawdziwości.

Reasumując, zdaniem Zamawiającego odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie naruszył żadnego z przepisów wskazywanych przez Odwołującego. Decyzje Zamawiającego należy uznać za prawidłowe i uzasadnione merytorycznie, a przede wszystkim zgodne z ustawą PZP.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Izba ustaliła, że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów przygotowania i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r., poz. 399) oraz aktualnie obowiązującymi aktami wykonawczymi do powyższej ustawy, zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Lubelskiego oraz obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminu utrzymania czystości i porządku w Gminie Sawin.

Wykonawca zobowiązany jest do odbioru i zagospodarowania całej ilości odpadów komunalnych przekazanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych. Właściciele nieruchomości obowiązani są do prowadzenia selektywnego zbierania, następujących rodzajów odpadów:

- a) przeterminowanych leków i chemikaliów;
- b) zużytych baterii i akumulatorów;
- c) zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;
- d) mebli i innych odpadów wielkogabarytowych;
- e) odpadów budowlanych i rozbiorczych pochodzących z gospodarstw domowych;
- f) zużytych opon;
- g) odpadów ulegających biodegradacji;
- h) papieru, tektury;
- i) szkła bezbarwnego i kolorowego;
- j) tworzywa sztuczne;
- k) metali,
- l) odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek;
- m) odpadów niebezpiecznych;
- n) popiołu z gospodarstw domowych.

Zgodnie z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Sawin obowiązek prowadzenia selektywnego zbierania odpadów przez mieszkańców gminy Sawin jest spełniony jeśli oddaje do odebrania podmiotowi odbierającemu odpady, następujące frakcje odpadów:

- a) metale i tworzywa sztuczne, w tym opakowania wielomateriałowe,
- b) papier i tekturę,
- c) szkło,
- d) bioodpady stanowiące odpady komunalne.

Z rozdziału 6 SWZ – Informacje o warunkach udziału w postępowaniu, z pkt 6.1.2 wynikało, że Zamawiający w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów wymagał:

- a) wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia od właścicieli nieruchomości z terenu objętego przedmiotem zamówienia zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2024r., poz. 399 ze zm.);
- b) wpisu do Rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2023, poz. 1587 ze zm.) w zakresie transportu odpadów obejmujących co najmniej przedmiot zamówienia.

Wykonawca zobowiązany był złożyć wraz z ofertą oświadczenie stanowiące wstępne potwierdzenie spełniania warunków udziału na dzień składania ofert.

Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, miał być wezwany do złożenia w wyznaczonym terminie podmiotowych środków dowodowych w postaci aktualnych odpisów z poszczególnych rejestrów.

Dnia 18 grudnia 2024 roku Odwołujący, poinformowany został, że jego oferta została najwyżej oceniona. W związku z powyższym Zamawiający, działając na podstawie art. 274 ust. 1 Pzp wezwał do złożenia podmiotowych środków dowodowych wskazanych w ogłoszeniu

o zamówieniu oraz dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień ich złożenia tj.:

1. na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczących uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej Wykonawca zobowiązany jest złożyć:

- 1) aktualny odpis z rejestru działalności regulowanej, o którym stanowi art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.2. ppkt. 1) SWZ,
- 2) aktualny odpis z Rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) prowadzonego przez Marszałka Województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2023 poz. 1587 ze zm.) – w odniesieniu do warunku określonego w pkt. 6.1.2. ppkt. 2) SWZ,

Odwolujący złożył wyciąg z rejestru BDO, zawierający kody odpadów, które może odbierać.

20 grudnia 2024 roku Odwołujący, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp został wezwany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych dotyczących uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, to jest aktualnego odpisu z rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami prowadzonego przez Marszałka Województwa w odniesieniu do warunku określonego w pkt 6.1.2 ppkt 2 SWZ.

Zamawiający zaznaczył, że dokument miał potwierdzać możliwość w zakresie transportu odpadów obejmujących co najmniej przedmiot zamówienia. Ze złożonego dokumentu nie wynika, w jaki zakresie Wykonawca posiada zezwolenie na transport odpadów. Dodatkowo Zamawiający na podstawie wskazanego nr BDO, zweryfikował w dziale VII Rejestru, na transport których odpadów Wykonawca posiada zezwolenie i okazało się, że wykaz ten nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, na który składają się odpady odbierane z posesji od mieszkańców, jak i dostarczane do punktu. PSZOK. Zamawiający wymagał dostarczenia dokumentów, z których wynikać będzie posiadanie zezwolenia na transport odpadów obejmujących co najmniej przedmiot zamówienia.

Odwolujący złożył nowy wyciąg z rejestru BDO.

31 grudnia 2024 roku Zamawiający wezwał Wykonawcę AZART do złożenia podmiotowych środków dowodowych, wskazując, że oferta wykonawcy została oceniona najwyżej.

Zamawiający w toku badania i oceny ofert, w dniu 7 stycznia 2025 roku zwrócił się do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Lubelskiego Filia w Chelmie, z prośbą o wskazanie kodów odpadów, które zawierała tabela w Dziale VII Transportujący odpady w Rejestrze Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) prowadzonym przez Marszałka dla podmiotu EKO Dankor Sp. z o.o. (dalej Wykonawca) z siedzibą we Włodawie, zarejestrowanego pod numerem BDO 000579769, na dzień 12.12.2024r.

Zamawiający prosił o motywowanie badaniem ofert w postępowaniu. Zamawiający po sprawdzeniu w systemie BDO w dniu 12.12.2024 r. wykazu kodów zawartych w tabeli Dział VII. Transportujący odpady dla powyższego podmiotu stwierdził, Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. nie posiada wpisu do Rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia. Na dzień zapytania w systemie BDO tabela Dział VII. Transportujący odpady posiada dodatkowe kody, których brakowało w dniu 12.12.2024r. W związku z wyższym, w celu rzetelnej oceny ofert przez proszono o wskazanie jakie faktycznie kody odpadów zawierała tabela na dzień 12.12.2024r.

Organ udzielił Zamawiającemu odpowiedzi wskazując, że w Bazie danych

o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) podmiot EKO Dankor

z siedzibą we Włodawie na dzień 12 grudnia 2024 roku, w dziale VII (Transportujący odpady), posiadał odpady komunalne

łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie:

200101,200102,200108,200110,200111,200113,200114,200115,200117,200119, 200121, 200123, 200125, 200126, 200127, 200128, 200129,200130, 200131, 200132, 200133,200134,200135,200136,200137,200138,200139,200140,20014,1,200180,200199,200201,200202,200203,200301,200302,200303,200304,200306,200307, 200399.

Nadmieniono, że w dniu 24 grudnia 2024 r. został złożony wniosek aktualizacyjny o rozszerzenie katalogu odpadów.

Zamawiający w dniu 10 stycznia poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy AZART i odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit b ustawy Pzp, tj. zamawiający odrzuca ofertę jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu faktycznym zaznaczono, że Wykonawca wskazał w załączniku nr 3 do SWZ, że Zamawiający ma dostęp do podmiotowych środków dowodowych za pośrednictwem Rejestru BDO. Zamawiający po weryfikacji w systemie BDO w dniu 12.12.2024 r. wykazu kodów zawartych w tabeli Dział VII. Transportujący odpady dla powyższego podmiotu stwierdził, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej tj. nie posiada wpisu do Rejestru Bazy Danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia. W związku z powyższym Wykonawca został wezwany do złożenia wszystkich podmiotowych środków dowodowych. Na podstawie przedstawionych dokumentów Zamawiający stwierdził, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, tj. brak jest pozwolenia na transport odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia. Brak jest kodów:

Szkło, opakowania ze szkła (15 01 07 i 20 01 02J)

Odpady ulegające biodegradacji (20 01 0B)

Odpady wielkogabarytowe (20 03 07)

Zużyte opony (16 01 03)

Popiół z gospodarstw domowych (ex 20 01 99)

Zmieszane odpady opakowaniowe (15 01 06)

Dodatkowo Urząd Marszałkowski wskazał na jakie odpady firma EKO posiadała zezwolenia na transport na dzień składania ofert tj. na dzień 12.12.2024r., co potwierdziło, że firma nie spełniała warunków udziału w postępowaniu tj. brak było pozwolenia na transport odpadów obejmujących cały przedmiot zamówienia tj. brak było kodów:

Opakowania z papieru i tektury - (15 01 01)

Opakowania z tworzyw sztucznych - (15 01 02)

Opakowania wielomateriałowe - (15 01 05J)

Zmieszane odpady opakowaniowe - (15 01 06J)

Szkło, opakowania ze szkła - (15 01 07)

Opakowania z tekstyliów - (15 01 09I)

Zużyte opony - (16 01 03)

Baterie alkaliczne (z wyłączeniem 16 06 03) - (16 06 04)

Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów (17 01 01)

Gruz ceglany - (1,7 0t02)

Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia - (17 01 03J)

Usunięte tynki, tapety, klejony itp - (17 01 80)

Szkoło - (17 02 02)

Tworzywa sztuczne - (L7 02 03)

W wyroku z dnia 13 grudnia 2021 r., KIO 3477 /21, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że oświadczenia i dokumenty składane w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego muszą być aktualne na dzień ich złożenia, a zatem mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty, to powyższe nie zmienia jednak faktu, że treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie może podważać prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego, tj. Wykonawca musi spełniać warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, zaś zgodnie z inf. z Urzędu Marszałkowskiego firma EKO DANKOR złożyła wniosek o aktualizację danych w dniu 24.12.2024r.

W takich okolicznościach wniesiono odwołanie.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Zgodnie z treścią art. 7 pkt 30 ustawy Pzp za wykonawcę należy uznać 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. Podkreślenia wymaga, że krąg podmiotów posiadających status wykonawcy ulega zmianie wraz z przebiegiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Dalej dostrzeżenia wymaga, iż status wykonawcy wiąże się przede wszystkim z czynnym uczestnictwem takiego podmiotu w kolejnych etapach postępowania o udzielenie zamówienia. Do wniesienia odwołania uprawniony jest podmiot, który w objętym odwołaniem postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w chwili składania środka ochrony prawnej, jest wykonawcą – aktywnym uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Ochrona prawna przysługuje tylko takiemu uczestnikowi postępowania o udzielenie zamówienia, który nie został z tego postępowania prawomocnie wyeliminowany. Czynne działanie Odwołującego w zakresie obrony własnej oferty ma kluczowe znaczenie dla oceny, czy może on skutecznie kwestionować pozostałe decyzje instytucji zamawiającej.

Z kolei za podmiot nieuprawniony do wniesienia odwołania można uznać m.in. podmiot, który status wykonawcy utracił na wcześniejszym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (tak Krajowa Izba Odwoławcza, m.in. w postanowieniach z dnia 18 stycznia 2023 r., sygn. akt KIO 93/23, z dnia 6 lipca 2021 r., sygn. akt KIO 1866/21, z dnia 18 lutego 2022 r., sygn. akt KIO 327/22 czy też Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r., sygn. akt XXIII Zs 10/21).

W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z sytuacją, gdy wnosząc odwołanie Odwołujący formalnie był aktywnym uczestnikiem postępowania tj. wykonawcą.

Choć w odwołaniu wykonawca nie kwestionuje odrzucenia jego oferty, to formalnie do upływu terminu na odwołanie od czynności odrzucenia oferty, Odwołujący takim wykonawcą w postępowaniu pozostawał.

W związku z powyższym Odwołujący w momencie wniesienia rozpoznawanego odwołania w dalszym ciągu brał udział w postępowaniu, gdyż jego oferta nie została jeszcze prawomocnie odrzucona. Czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego nie miała charakteru ostatecznego. Mając na uwadze wskazane okoliczności faktyczne i prawne Izba uznała, że nie zaistniała przesłanka od odrzucenia odwołania, o której mowa w art. 528 pkt 2 ustawy Pzp i w związku z tym postanowiła oddalić wniosek Zamawiającego o odrzucenie odwołania na tej podstawie.

Izba uznała jednak, że nie zostały spełnione formalne przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, wyrażone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, które mają charakter przesłanek materialnoprawnych. Ich zaistnienie warunkuje rozpoznanie merytoryczne wniesionego środka ochrony prawnej.

Izba zobowiązana była ustalić, czy zostały spełnione przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. czy podmiotowi wnoszącemu odwołanie przysługuje legitymacja procesowa do wniesienia odwołania. Brak takiej legitymacji po stronie odwołującego, prowadzi do ustalenia niedopuszczalności wniesienia odwołania

i skutkuje koniecznością jego oddalenia bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w odwołaniu. Mowa tu o przesłankach interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesieniu lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Są to warunkami, których łączne spełnienie jest niezbędne do przystąpienia do rozpoznawania odwołania, czyli merytorycznej oceny zarzutów w nim podniesionych. Podmiot korzystający ze środków ochrony prawnej zobowiązany jest wykazać po pierwsze interes w uzyskaniu zamówienia, a po drugie możliwość poniesienia szkody.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę ustalone okoliczności faktyczne oraz treść zarzutów objętych odwołaniem, należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał jednej

z materialnoprawnych przesłanek dopuszczalności wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy tj. poniesienia lub możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przepisów ustawy.

Wykazanie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego należy wykazać na moment wniesienia odwołania, a stanowisko w tym zakresie musi zostać zawarte w odwołaniu, zaś posiadanie statusu wykonawcy – podmiotu który złożył ofertę w postępowaniu – nie jest wystarczające do skutecznego korzystania ze środków ochrony prawnej określonych ustawą i w zasadzie nie rodzi żadnych skutków procesowych (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 marca 2022 r. sygn. akt 427/22).

Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący ani w treści odwołania, ani w toku postępowania odwoławczego nie określił związku pomiędzy podnoszonymi w odwołaniu naruszeniami przepisów ustawy przez Zamawiającego a poniesieniem lub możliwością poniesienia przez niego szkody.

W odwołaniu Odwołujący enigmatycznie i bardzo lakonicznie wskazał, że

„jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Odwołujący złożył w postępowaniu ofertę. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego, dotyczące niezgodnego z ustawą wyboru oferty innego wykonawcy, narażają Odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku –

spodziewanego zysku z tytułu uzyskania i realizacji zamówienia". Odwołujący nie wskazał w jaki sposób uwzględnienie odwołania wpłynie na jego sytuację w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest to o tyle istotne, że oferta Odwołującego została w postępowaniu odrzucona, a Odwołujący nie kwestionuje tej czynności. Odwołujący nie wskazywał również, że uwzględnienie odwołania i nakazanie odrzucenia oferty wybranej może prowadzić do unieważnienia postępowania i ogłoszenia kolejnego przetargu, w którym Wykonawca będzie mógł złożyć ofertę. Samo podnoszenie zarzutu jest nie wystarczające bez wykazania wpływu na konkretną sytuację Odwołującego, który to wpływ w konsekwencji naraża na poniesienie przez Odwołującego szkody. Odwołujący nie odniósł podnoszonych naruszeń do własnej sytuacji, nie wskazał w jaki sposób naruszenia te oddziaływały będą na jego pozycję w postępowaniu, jaką szkodę poniesie w przypadku uprawnocnienia się decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Izba nie może się domyślać wykazania przesłanki poniesienia lub możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego, nie może jej domniemywać czy też wnioskować

z przedstawionego uzasadnienia faktycznego odwołania czy tym bardziej z innego postępowania odwoławczego. Wykonawca wnoszący odwołanie musi wykazać spełnienie tych przesłanek, co oznacza że nie tylko musi wykazać, że faktycznie one są spełnione ale

w ogóle podnieść argumentację w tym zakresie (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia

3 marca 2022 r. sygn. akt 427/22, tak też wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 października 2020 roku sygn. akt KIO 2193/20, KIO 2196/20, KIO 2198/20).

Wobec poczynionego ustalenia co do braku wykazania spełniania wszystkich przesłanek materialnoprawnych korzystania ze środków ochrony prawnej, o których mowa

w art. 505 ust.1 ustawy Pzp, tj. przesłanki poniesienia lub możliwość poniesienia szkody

w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy odwołanie zostało oddalone bez merytorycznego rozpatrywania zarzutów i żądań podniesionych w tym odwołaniu.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodnicząca:

.....