Sygn. akt: KIO 1312/23

WYROK
z dnia 23 maja 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca:Monika Banaszkiewicz
Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **22 maja 2023 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **8 maja 2023 roku** przez wykonawcę **Konsorcjum: "SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO-SPED M. S., K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX WOOD K. W.** (Odwołujący) w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie**

orzeka:

1.Oddala odwołanie;

2.kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - Konsorcjum: "SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO-SPED M. S., K W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX WOOD K. W.,** w następujący sposób**:**

a)zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - Konsorcjum: "SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, M. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą EURO-SPED M. S., K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą FOX WOOD K. W.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 1312/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Zamawiający"), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: ,,Zagospodarowanie niebezpiecznych odpadów drewnianych o kodzie 17 02 04* Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe)" Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2022/S 248-724466, w dniu 23 grudnia 2022 r.

Dnia 8 maja 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,
w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 505 ust. 1 w zw. z art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.; dalej jako: „Pzp") odwołanie złożył Wykonawca Konsorcjum: "SBM" Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp. k. z siedzibą we Wrocławiu, M. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą EURO-SPED M. S., K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą FOX WOOD K. W. (dalej: „Odwołujący").

Odwołanie złożono na niezgodną z przepisami ustawy czynność Zamawiającego, podjętą w postępowaniu o udzielenie zamówienia dnia 28 kwietnia 2023 r., polegającą na:

1) wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu,
2) odrzuceniu ofert pozostałych Wykonawców.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1)art. 220 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 362 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego w dniu 28.04.2023 r. wyboru najkorzystniejszych ofert pomimo upływu 90-dniowego terminu związania ofertą przez Wykonawców (co nastąpiło 18.04.2023 r.) i braku zwrócenia się przez Zamawiającego do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu oraz braku złożenia przez Wykonawców pisemnego oświadczenia o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.
2)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 2 oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako Wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada kwalifikacje oraz uprawnienia niezbędne do realizacji Przedmiotu Zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie gospodarki odpadami, na potwierdzenie czego przedłożył w przedmiotowym postępowaniu decyzje administracyjne właściwych organów.
3)art. 74 ust. 1 w związku z art. 73 ust. 1 PZP poprzez brak udostępnienia Wykonawcy protokołu postępowania w całości na wniosek Wykonawcy.

Odwołujący wnosił o:

1)Uwzględnienie odwołania w całości.
2)Nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28.04.2023 r., polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu i odrzuceniu ofert pozostałych Wykonawców.
3)Nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności polegającej na zwróceniu się do Wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i uzyskania tych zgód od Wykonawców.
4)Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania (w tym Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszych ofert z dnia 28.04.2023 r., znak lLG7.293.36.2022.a.36, które zostało załączone do odwołania) na okoliczności i fakty wskazane w uzasadnieniu odwołania.
5)Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma on interes w uzyskaniu Zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Wskutek niespełnienia przez Zamawiającego wymogów formalnych uzyskania od Wykonawców zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i dokonania przez Zamawiającego wyboru

najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu po upływie tego terminu, a także nieuprawnionej dyskwalifikacji oferty Odwołującego pomimo posiadania przez niego niezbędnego potencjału, zdolności i uprawnień do realizacji Przedmiotu Zamówienia, Odwołujący będący Konsorcjum podmiotów profesjonalnych z zakresu modernizacji infrastruktury kolejowej oraz gospodarki odpadami niebezpiecznymi o kodzie 17 02 04* nie może skutecznie konkurować, co spowoduje poniesienie przez niego szkody. Opisane naruszenia Zamawiającego zdaniem Odwołującego wprost godzą w jego interes.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, tj. 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę do jego wniesienia, tj. czynności Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023 r., polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzuceniu ofert pozostałych Wykonawców.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że zgodnie z art. 220 ust. 1 pkt 1 Pzp, Wykonawca jest związany ofertą nie dłużej niż 90 dni od dnia upływu terminu składania ofert, przy czym pierwszym dniem terminu związania ofertą jest dzień, w którym upływa termin składania ofert. Odwołujący wskazał, że analogiczna regulacja została zawarta również w Rozdziale XVIII Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ), w pkt 1. Wykonawca pozostawa związany złożoną ofertą przez 90 dni, tj. do dnia 18 kwietnia 2023 r. Bieg terminu związania ofertą rozpoczynał się od dnia upływu terminu składania ofert. Pomimo upływu wskazanego 90-dniowego terminu z dniem 18 kwietnia 2023 r. oraz przedłużenia terminu otwarcia ofert Zamawiający nie zwrócił się do Wykonawców biorących udział w postępowaniu przetargowym o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o wskazany przez niego okres, nie dłuższy niż 60 dni. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie dopełnił opisanych powyżej obowiązków i w dniu 28 kwietnia 2023 r. dokonał wyboru najkorzystniejszych ofert oraz odrzucił pozostałe oferty. W związku z opisanym naruszeniem art. 220 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 362 Pzp zdaniem Odwołującego zachodzi konieczność unieważnienia czynności Zamawiającego z dnia 28 kwietnia 2023 r., polegającej na wyborze najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu oraz odrzuceniu ofert pozostałych Wykonawców oraz zastąpienia jej nowymi, prawidłowymi czynnościami.

Odwołujący w złożonym odwołaniu podniósł również, że odrzucenie jego oferty w przedmiotowym postępowaniu nastąpiło z naruszeniem powszechnie obowiązujących przepisów z zakresu gospodarki odpadami, tj. art. 3 ust. 1 pkt 2 oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „Ustawa o odpadach").

Odwołujący wskazał, że przedłożone przez niego w postępowaniu decyzje:

•decyzja Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 08.12.2020 r. znak: DŚ.III.7244.2.9.2020 wydana dla EURO-SPED M. S., ul. Wędkarska 22/6, 66-470 Kostrzyn nad Odrą, zezwalająca na odzysk odpadów poza instalacjami lub urządzeniami i zbieranie odpadów na terenie działki nr 251/25 przy ul. Robotniczej 9 w Górzycy gm. Górzyca,

•decyzja Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 01.12.2022 r. znak: DŚ.III.7243.9.2022 wydana dla FOX WOOD K W., ul. Robotnicza 9, 69-113 Górzyca, zezwalająca na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów

są decyzjami w zakresie gospodarowania odpadami o kodzie 17 02 04* Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe), a zatem świadczą o posiadaniu przez Odwołującego uprawnień niezbędnych do realizacji Przedmiotu Umowy. W ocenie Odwołującego wynikający ze wskazanych decyzji oraz proponowany przez niego sposób gospodarowania odpadami o kodzie 17 02 04* mieści się w ramach Przedmiotu Zamówienia, a ponadto jest zgodny z hierarchią postępowania z odpadami określoną w art. 17 ust. 1 Ustawy o odpadach:

1) zapobieganie powstawaniu odpadów,
2) przygotowanie do ponownego użycia,
3) recykling,
4) inne procesy odzysku,
5) unieszkodliwianie.

Decyzja Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 08.12.2020 r. znak: DŚ.III.7244.2.9.2020 wydana dla EURO-SPED M. S. obejmuje sposób postępowania z drugiego miejsca w w/w hierarchii (przygotowanie do ponownego użycia). Natomiast decyzja Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 01.12.2022 r. znak: DŚ.III.7243.9.2022, wydana dla FOX WOOD K. W. obejmuje sposób postępowania z czwartego miejsca w w/w hierarchii (inne procesy odzysku). Brak elementów zezwolenia na zbieranie odpadów w przedłożonych decyzjach nie powinien w ocenie Odwołującego skutkować dyskwalifikacją oferty Odwołującego w postępowaniu.

Wymogi Zamawiającego, w szczególności regulacja wynikająca z Rozdziału XI ust. 3 pkt 1 lit. a SWZ dotycząca konieczności przedłożenia przez Wykonawcę decyzji administracyjnej właściwego organu administracji publicznej potwierdzającej zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 17 02 04*, w procesie ostatecznego odzysku (R1-R11) lub ostatecznego unieszkodliwiania (D1-D12), kolidują zdaniem Odwołującego z przepisami prawa ochrony środowiska i właściwymi sposobami gospodarowania odpadami 17 02 04*.

Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał również, że dniu 04 maja 2023 r. złożył do Zamawiającego wniosek o wgląd do protokołu z wyboru oferty oraz wgląd do wszystkich dokumentów z postępowania przetargowego otrzymanych od pozostałych oferentów wraz z wyjaśnieniami. W odpowiedzi z dnia 05 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do pilnego sprecyzowania jakie dokumenty mają zostać udostępnione. Zamawiający wskazał również, że protokołu z wyboru oferty nie udostępnia się, ponieważ jest to wewnętrzny dokument komisji przetargowej.

Odmowa udostępnienia przez Zamawiającego protokołu z wyboru oferty oraz wezwanie do wskazania jakie dokumenty mają zostać udostępnione stanowi według Odwołującego naruszenie art. 74 ust. 1 w związku z art. 73 ust. 1 Pzp. Wskazał on, że załącznikami do protokołu postępowania są m.in. inne dokumenty oraz informacje składane przez Zamawiającego i Wykonawców, np. protokół z wyboru oferty. Zgodnie z art. 74 ust. 2 pkt 1 Pzp dokumenty te podlegają udostępnieniu po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty. Nieudostępnienie przez Zamawiającego wszystkich dokumentów stanowiących załączniki do protokołu postępowania, w tym protokołu z wyboru oferty oraz wezwanie Wykonawcy do sprecyzowania jakie dokumenty mają zostać udostępnione świadczy zdaniem Odwołującego o naruszeniu zasady jawności protokołu i załączników oraz obowiązków Zamawiającego wynikających z art. 74 ust. 1 oraz art. 73 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 18 maja 2023 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

a. umorzenie postępowania odwoławczego na podstawie art. 568 pkt 2) Pzp, w części dotyczącej zarzutu nr 3

odwołania (naruszenia art. 74 ust. 1 w związku z art. 73 ust. 1 Pzp) z uwagi na jego bezprzedmiotowość (zbędność) związaną z udostępnieniem przez Zamawiającego Odwołującemu w dniu 09 maja 2023 r. protokołu Postępowania wraz z wszystkimi załącznikami do protokołu, a w przypadku nie przychylenia się przez Izbę do wniosku o umorzeniu postępowania, wniósł o oddalenie odwołania w ww. zakresie z uwagi na jego bezzasadność,

b. oddalenie odwołania w zakresie pozostałych zarzutów oraz wniosków z uwagi na bezzasadność podniesionej przez Odwołującego argumentacji,

c. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w złożonej odpowiedzi na odwołanie podniósł, że z dniem 01 stycznia 2021 r. ustawodawca uregulował wprost w treści przepisów normujących przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego możliwość skierowania do wykonawców wniosku o wyrażenie zgody na zawarcie umowy po upływie terminu związania ofertą, co wynika z treści art. 252 ust. 2 Pzp. Zamawiający wskazał, że obowiązujące przepisy przewidują zatem sytuację, w której dojdzie do upływu terminu związania ofertą, jeszcze przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej. Niezależnie od przyczyny takiego stanu rzeczy, Zamawiający w takim przypadku ma obowiązek zwrócenia się do wykonawców o wyrażenie pisemnej zgody na wybór jego oferty. Po stwierdzeniu upływu terminu związania ofertą (i jednocześnie przed wyborem najkorzystniejszej oferty), dnia 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione i nie podlegały odrzuceniu, do wyrażenia w wyznaczonym terminie pisemnej zgody na wybór ich oferty. Wszyscy wykonawcy w odpowiedzi na wniosek wyrazili w wymaganym terminie pisemną zgodę na wybór ich oferty po upływie terminu składania ofert. Zamawiający dokonał zatem czynności wymaganych przepisami ustawy Pzp. Nie sposób więc zdaniem zamawiającego dojść do wniosku, aby doszło do naruszenia przepisów Pzp, które mogłoby mieć chociażby potencjalny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający dokonał bowiem czynności wymaganych na wypadek upływu terminu związania ofertą i uzyskał pisemną zgodę wykonawców na wybór ich oferty po upływie terminu związania ofertą. Zamawiający wskazał, że przepis art. 220 ust. 3 Pzp nie przewiduje sankcji za jego niezastosowanie. Wprost przeciwnie – ustawodawca, m. in. w przypadku stwierdzenia upływu terminu związania ofertą, przewidział stosowny mechanizm naprawczy wyrażony w art. 252 ust. 2 Pzp, z którego Zamawiający w niniejszym Postępowaniu skorzystał.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał także, że określając warunki udziału w postępowaniu oraz warunki realizacji zamówienia kierował się w pierwszej kolejności przepisami art. 17 Ustawy o odpadach dotyczącymi hierarchii postępowania z odpadami. W przypadku, gdy przedmiotem zamówienia są odpady niebezpieczne, Zamawiający musi uwzględnić także treść art. 27 Ustawy o odpadach, który wskazuje obowiązki wytwórcy odpadów niebezpiecznych w zakresie ich zagospodarowania oraz przenoszenia odpowiedzialności za odpady niebezpieczne na inne podmioty. Zamawiający jako wytwórca odpadów niebezpiecznych, takich jak odpady o kodzie 17 02 04* - *Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe*, może przekazywać odpady wyłącznie podmiotom, które posiadają decyzje administracyjne określone w art. 27 ust. 2 Ustawy o odpadach. Jednocześnie Zamawiający, zgodnie z art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach, będzie zwolniony z odpowiedzialności za gospodarowanie tymi odpadami z chwilą przekazania ich do ostatecznego procesu odzysku lub ostatecznego procesu unieszkodliwienia przez posiadacza odpadów prowadzącego taki proces. W myśl przywołanego przepisu, ostateczny proces odzysku oznacza proces R1-R11, zgodnie z załącznikiem nr 1 do Ustawy o odpadach, a także proces przygotowania do ponownego użycia. Ostateczny proces unieszkodliwiania oznacza proces D1-D12, zgodnie z załącznikiem nr 2 do Ustawy o odpadach. Zamawiający podniósł, że wskazanym art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach ustawodawca wprost wskazuje w jakich procesach odzysku odpadów i procesach unieszkodliwiania odpadów należy przetworzyć odpady niebezpieczne. Ustawodawca tym samym dopuszcza przetwarzanie odpadów niebezpiecznych wyłącznie w procesach wskazanych w Ustawie o odpadach. W związku z tym żądanie Zamawiającego dotyczące przedłożenia decyzji w zakresie odzysku odpadów o kodzie 17 02 04* w procesach R1 – R11 zgodnie z wymogami przepisu art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach, było w pełni uzasadnione. Z kolei kwestionowanie zapisów SWZ na etapie postępowania odwoławczego nie jest możliwe i jest na obecnym etapie spóźnione. Oferta złożona przez Odwołującego, jak wskazał Zamawiający, podlegała odrzuceniu, gdyż w ocenie Zamawiającego Odwołujący nie jest uprawnionym podmiotem do zbierania odpadów o kodzie 17 02 04* oraz do przetwarzania odpadów w procesach ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania, które zostały wymienione w art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach, przy czym dokumentacja postępowania ustanawiała taki wymóg. Zgodnie natomiast z art. 27 ust. 2 Ustawy o odpadach Zamawiający jako wytwórca odpadów, może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 Ustawy o odpadach wyłącznie podmiotom uprawnionym. Odwołujący nie wykazał zatem spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający wskazał, że w dniu 09 maja 2023 r. dokonał czynności, której zaniechanie zarzucał mu Odwołujący, tj. udostępnił Odwołującemu protokół Postępowania wraz z wszystkimi załącznikami do tego protokołu. Zarzut jest zatem w ocenie Zamawiającego bezprzedmiotowy.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego 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, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca wskazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Wskutek niespełnienia przez Zamawiającego wymogów formalnych uzyskania od Wykonawców zgody na przedłużenie terminu związania ofertą i dokonania przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert złożonych w postępowaniu po upływie tego terminu, a także nieuprawnionej dyskwalifikacji oferty Odwołującego pomimo posiadania przez niego niezbędnego potencjału, zdolności i uprawnień do realizacji Przedmiotu Zamówienia, Odwołujący będący Konsorcjum podmiotów profesjonalnych z zakresu modernizacji infrastruktury kolejowej oraz gospodarki odpadami niebezpiecznymi o kodzie 17 02 04* nie może skutecznie konkurować, co spowoduje poniesienie przez niego szkody. Opisane w odwołaniu naruszenia Zamawiającego zdaniem Odwołującego wprost godzą w jego interes.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Konsorcjum: EA Fertilizers Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz AP-LOGIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej-Woli. Jak stanowi art. 525 ust. 1 i 2 Pzp:

1. Wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania

kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje, i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje.

2. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Do zgłoszenia przystąpienia dołącza się dowód przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie.

Termin na zgłoszenie przystąpienia jest terminem zawitym, nie podlega wydłużeniu ani przywróceniu. Uchybienie terminowi do zgłoszenia przystąpienia skutkuje nieskutecznością przystąpienia. Liczy się data wniesienia przystąpienia do Prezesa Izby, to znaczy data, w której Prezes Izby to przystąpienie otrzyma (tak: „Prawo zamówień publicznych komentarz wydanie II" pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza).

Przystąpienie Konsorcjum: EA Fertilizers Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz AP-LOGIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej-Woli zostało nadane w placówce pocztowej w dniu 12 maja 2023 r. Zostało ono doręczone Prezesowi Izby 16 maja 2023 r. W przedmiotowej sprawie 3-dniowy termin na zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego upływał 12 maja 2023 r., w związku z czym Izba uznała, że wykonawca Konsorcjum: EA Fertilizers Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Sp.k. z siedzibą w Warszawie oraz AP-LOGIC Sp. z o.o. z siedzibą w Zduńskiej-Woli uchybił terminowi i nie dopuściła go do udziału w postępowaniu odwoławczym jako podmiot przystępujący po stronie zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami oraz odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i w całości podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający: PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. z siedzibą w Warszawie prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: ,,Zagospodarowanie niebezpiecznych odpadów drewnianych o kodzie 17 02 04* Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe)". Zamawiający w rozdziale 2.2.2. Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ") przewidział dwa możliwe sposoby wykonania przez Wykonawcę przedmiotu umowy, a więc zagospodarowania odpadów drewnianych o kodzie 17 02 04* *Odpady drewna, szkła i tworzyw sztucznych zawierające lub zanieczyszczone substancjami niebezpiecznymi (np. drewniane podkłady kolejowe),* które mają zapewniać spełnienie obowiązków wynikających z art. 27 ust. 2 Ustawy o odpadach, poprzez:

1. bezpośrednie przekazanie odpadów do procesów wskazanych art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach, polegające na przekazaniu odpadów od Zamawiającego (wytwórcy odpadów) do Wykonawcy posiadającego uprawnienia w zakresie procesów przetwarzania odpadów wskazanych w art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach,
2. pośrednie przekazanie odpadów do procesów wskazanych art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach, polegające na przekazaniu odpadów od Zamawiającego (wytwórcy odpadów) do Wykonawcy będącego podmiotem, który posiada zezwolenie na zbieranie odpadów o kodzie 17 02 04* i który jednocześnie posiada zawartą umowę lub porozumienie z podmiotem uprawnionym do przetwarzania odpadów wskazanych w art. 27 ust. 3b Ustawy o odpadach.

Jak stanowi rozdział 2.2.2 ust. 2 OPZ podmiot zbierający odpady musi wykazać, że posiada możliwości ich dalszego zagospodarowania w procesach ostatecznych. Jak wynika z rozdziału 7 OPZ w przypadku Wykonawców posiadających wyłącznie zezwolenie na zbieranie odpadów o kodzie 17 02 04* Zamawiający dopuszcza podwykonawców w zakresie przetwarzania odpadów.

W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu Odwołujący przedstawił decyzję Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 08.12.2020 r. znak: DŚ.III.7244.2.9.2020 wydaną dla EURO-SPED M. S., ul. Wędkarska 22/6, 66-47 Kostrzyn nad Odrą, zezwalającą na odzysk odpadów poza instalacjami lub urządzeniami i zbieranie odpadów na terenie działki nr 251/25 przy ul. Robotniczej 9 w Górzycy gm. Górzyca oraz decyzję Marszałka Województwa Lubuskiego z dnia 01.12.2022 r. znak: DŚ.III.7243.9.2022 wydana dla FOX WOOD K. W., ul. Robotnicza 9, 69-113 Górzyca, zezwalającą na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów. Z uwagi na upływ terminu związania ofertami w dniu 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał wszystkich wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione i nie podlegały odrzuceniu, do wyrażenia w wyznaczonym terminie pisemnej zgody na wybór ich oferty. Wszyscy wezwani wykonawcy złożyli stosowne oświadczenia. W dniu 28 kwietnia 2023 r. Zamawiający skierował do wykonawców biorących udział w prowadzonym przez niego postępowaniu zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszych ofert, w tym o ofertach odrzuconych.

W dniu 04 maja 2023 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o wgląd do protokołu z wyboru oferty oraz wgląd do wszystkich dokumentów z postępowania przetargowego otrzymanych od pozostałych oferentów wraz z wyjaśnieniami. W odpowiedzi z dnia 05 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do pilnego sprecyzowania jakie dokumenty mają zostać udostępnione. W dniu 8 maja 2023 r. Odwołujący doprecyzował, o udostępnienie jakich dokumentów się zwracał. W dniu 9 maja 2023 r. Zamawiający udostępnił Odwołującemu żądaną przez niego dokumentację.

Izba nie podziela zarzutów podniesionych w odwołaniu. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 220 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 i 4 w związku z art. 362 Pzp poprzez dokonanie przez Zamawiającego w dniu 28 kwietnia 2023 r. wyboru najkorzystniejszych ofert pomimo upływu 90-dniowego terminu związania ofertą przez Wykonawców (co nastąpiło 18 kwietnia 2023 r.) i braku zwrócenia się przez Zamawiającego do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu oraz braku złożenia przez wykonawców pisemnego oświadczenia o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą. Nie ulega wątpliwości, że w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu nastąpił upływ terminu związania wykonawców złożonymi przez nich ofertami. Wykonawcy pozostawali związani złożonymi ofertami do dnia 18 kwietnia 2023 r. Zamawiający przed wyborem oferty najkorzystniejszej stwierdził upływ terminu związania ofertami złożonymi przez wykonawców, których oferty nie podlegały odrzuceniu. Dnia 21 kwietnia 2023 r. Zamawiający wezwał w związku z tym wszystkich wykonawców, których oferty zostały najwyżej ocenione i nie podlegały odrzuceniu, do wyrażenia w wyznaczonym terminie pisemnej zgody na wybór ich oferty. Wszyscy wykonawcy wyrazili zgodę na wybór ich oferty. Zdaniem Izby czynności wykonane przez Zamawiającego były prawidłowe. Pzp nie daje bowiem możliwości przedłużenia terminu związania ofertą po jego upływie, a z taką sytuacją mielibyśmy do czynienia w przedmiotowej sprawie, gdyby uznać twierdzenia Odwołującego za prawidłowe. Jeżeli termin związania ofertą upłynął przed dokonaniem wyboru oferty najkorzystniejszej Zamawiający zgodnie z art. 252 ust. 2 Pzp powinien wezwać wykonawcę, którego oferta otrzymała najwyższą ocenę do wyrażenia w wyznaczonym przez Zamawiającego terminie pisemnej zgody na wybór jego oferty, chyba że zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania. Jest to jak słusznie wskazał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający mechanizm

naprawczy, z którego skorzystał. Nie sposób się zgodzić z Odwołującym, że Zamawiający powinien z uwagi na upływ terminu związania ofertami odrzucić oferty złożone przez wszystkich wykonawców. Pzp nie przewiduje odrzucenia oferty wykonawcy w przypadku upływu terminu związania ofertą. Do odrzucenia oferty mogłoby dojść jedynie, gdyby jak stanowi art. 226 ust. 1 pkt 12-13 wykonawca nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą lub nie wyraził pisemnej zgody na wybór jego oferty po upływie terminu związania ofertą.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b PZP w związku z art. 3 ust. 1 pkt 2 oraz art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach poprzez niezasadne odrzucenie oferty Odwołującego jako wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu i posiada kwalifikacje oraz uprawnienia niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa w zakresie gospodarki odpadami, na potwierdzenie czego przedłożył w postępowaniu decyzje administracyjne właściwych organów. Jak wynika z dokumentacji postepowania wykonawca biorący w nim udział powinien spełnić warunek udziału w postepowaniu, tj. posiadać decyzję związaną z zakresem ostatecznego procesu odzysku od R1 do R11. Obydwie decyzje przedstawione przez Odwołującego zawierały kod R12. Załącznik nr 1 do Ustawy o odpadach zawiera uszczegółowienie, co kryje się pod poszczególnymi pozycjami od R1 do R13. Kod R1 jest to odzyskiwanie odpadów przez spalanie. Zgodnie z odnośnikiem (wyjaśnieniem) do kodu R12 procesy, które on obejmuje są procesami wstępnymi, natomiast ustawodawca w art. 27 Ustawy o odpadach wyraźnie wskazał, że substancja niebezpieczna powinna być poddana procesom ostatecznym. W pkt. 4 decyzji przedłożonych przez Odwołującego wskazano proces odzysku odpadów o kodach R12 i R13. Proces R12, który zgodnie z załącznikiem nr 1 do Ustawy o odpadach obejmuje wymianę odpadów w celu poddania ich któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1-R11, a jeżeli nie istnieje inny właściwy kod R, może obejmować procesy wstępne poprzedzające przetwarzanie wstępne odpadów, jak np. demontaż, sortowanie, kruszenie, zagęszczanie, granulację, suszenie, rozdrabnianie, kondycjonowanie, przepakowywanie, separację, tworzenie mieszanek lub mieszanie przed poddaniem któremukolwiek z procesów wymienionych w pozycji R1-R11, co do zasady, nie stanowi ostatecznego procesu odzysku. Aby wykazać spełnianie warunku Odwołujący mógł skorzystać w tym zakresie ze współpracy z podwykonawcą posiadającym właściwe uprawnienia w zakresie ostatecznych procesów przetwarzania. Jak wynika z dokumentacji postępowania Odwołujący nie wskazał w złożonej ofercie, że będzie korzystał z podwykonawców. Co prawda Odwołujący przedłożył Zamawiającemu umowę notyfikacyjną, która stanowi załącznik do decyzji nr DŚ.III 7244.2.9.2020, jednak w złożonej ofercie nie została zawarta informacja o korzystaniu z dopuszczonego w tym zakresie przez Zamawiającego podwykonawcy. Wspomniana umowa została złożona na etapie, na którym zakres oferty nie mógł już ulec zmianie. Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że Zamawiający słusznie odrzucił ofertę złożoną przez Odwołującego ponieważ nie wykazał on w dostateczny sposób spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W przedmiotowym postępowaniu nie doszło również w ocenie Izby do naruszenia art. 74 ust. 1 w związku z art. 73 ust. 1 Pzp. Bezsporne między stronami niniejszego postępowania odwoławczego jest to, że w dniu 04 maja 2023 r. Odwołujący złożył do Zamawiającego wniosek o wgląd do protokołu z wyboru oferty oraz wgląd do wszystkich dokumentów z postępowania przetargowego otrzymanych od pozostałych oferentów wraz z wyjaśnieniami. W odpowiedzi z dnia 05 maja 2023 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do pilnego sprecyzowania jakie dokumenty mają zostać udostępnione. Odwołujący doprecyzował, o udostępnienie jakich dokumentów się zwracał dopiero 8 maja 2023 r. tj. w dniu złożenia odwołania do Prezesa Izby. Zamawiający po otrzymaniu informacji od Odwołującego niezwłocznie tj. 9 maja 2023 r. udostępnił Odwołującemu żądaną przez niego dokumentację. W ocenie Izby Odwołujący zarówno w złożonym odwołaniu, jak i podczas rozprawy nie wykazał, na czym miałoby polegać naruszenie przez Zamawiającego przepisów Pzp w związku z nieudostępnieniem przez Zamawiającego dokumentacji postępowania przed datą złożenia odwołania. Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający miał wolę przekazania dokumentacji Odwołującemu, a jedynie poprzez nieprecyzyjnie zadane przez niego pytanie potrzebował dodatkowych informacji. Zamawiający każdorazowo reagował na wniosek Odwołującego w ciągu 1 dnia. Należy w związku z tym uznać, że czynił to bez zbędnej zwłoki. Inaczej z kolei należy ocenić zachowanie Odwołującego, który udziela odpowiedzi Zamawiającemu co do zakresu żądanych dokumentów dopiero po 3 dniach. Należy w związku z tym uznać, że dokumentacja ta nie miała wpływu na treść składanego przez Odwołującego odwołania. Podczas rozprawy wskazał on jedynie, że dokumentacja została mu przekazana już po złożeniu przez niego odwołania. Nie wskazał natomiast, aby nie otrzymał od Zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu lub że otrzymanie go po terminie na złożenie odwołania został pozbawiony możliwości podniesienia jakiegokolwiek zarzutu.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie,
a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z Pzp.

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

Przewodnicząca:

……