Sygn. akt: KIO 2051/23

WYROK
z dnia 1 sierpnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Ryszard Tetzlaff

Protokolant:Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie **w dniu 28 lipca 2023 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **14 lipca 2023 r.** przez wykonawcę **ATF Sp. z o.o. Sp. k., Chojnica 2, 78650 Mirosławiec**w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Miasto Świdwin, Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78300 Świdwin**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża **ATF Sp. z o.o. Sp. k., Chojnica 2, 78650 Mirosławiec** i:

2.1zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ATF Sp. z o.o. Sp. k., Chojnica 2, 78650 Mirosławiec**tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz art. 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. 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**.

Przewodniczący:

……

Sygn. akt: KIO 2051/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *„Odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu Miasta Świdwin"*, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 05.04.2023 r. pod nr 2023/S 068-203287 przez: Gmina Miasto Świdwin, Plac Konstytucji 3 Maja 1, 78300 Świdwin dalej: *„Zamawiającym"*. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwana dalej: *„NPzp*" albo *„PZP"* albo *„p.z.p"*.

W dniu 04.07.2023 r. (za pośrednictwem portalu e-zamówienia) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o.,ul. Armii Krajowej 21, 78-300 Świdwin zwanej dalej: *„Zakładu Usług Komunalnych Sp.z o.o."*. Drugą pozycję zajęła oferta firmy ATF Sp. z o.o. Sp. k., Chojnica 2, 78650 Mirosławiec zwana dalej*: „ATF Sp. z o.o. Sp. k."* albo *„Odwołującym"*. Zarzucił naruszenie:

- art. 114 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a)*„wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia"*, albowiem wykonawca nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodu odpadów 1501 06 - z informacji dostępnej w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta Świdwin tj. z wykazu przedsiębiorców wpisanych do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin wynika, że wykonawca, którego oferta została wybrana nie posiada uprawnień w zakresie odbierania odpadów o kodzie 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe, a zatem nie jest w stanie odbierać odpadów, które stanowią przedmiot zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ punkt II poz. 12 w tabeli.

- art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 4 ppkt c) SWZ, z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego dysponowania dwoma ładowaczami do każdego pojazdu (załącznik nr 7 do SWZ) - brak wykazania posiadania 14 osób — ładowaczy do każdego pojazdu (w załączniku nr 6 wykazane zostało dysponowanie 7 pojazdami), co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu co najmniej 2 ładowaczy do każdego pojazdu.

- art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w

sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.

- art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z nadrzędnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Nadto złożył zarzut ewentualny naruszenia art. 128 p.z.p. w zw. z art. 7 pkt 17) p.z.p. w wypadku próby sanowania zaprezentowanych przez Odwołującą w powyższych zarzutach błędów Zamawiającego poprzez wezwanie wykonawcy ZUK Sp. z o.o. w Świdwinie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych w SWZ.

Ponadto wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie z dowodu z dokumentu — wykazu przedsiębiorców wpisanych do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin (pobranego z oficjalnej strony internetowej organu) - na wykazanie następujących faktów: nie posiadania przez wykonawcę wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie uprawnień do odbierania odpadów o kodzie 15 01 06, które to odpady objęte są zakresem przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ opis przedmiotu zamówienia, pkt II, pozycja 12 tabeli), a co za tym idzie braku spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a) SWZ; konieczności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Armii Krajowej 21, 78-300 Świdwin.
2. Dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ZUK Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) b) p.z.p.
3. Dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy.
4. Zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującej się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Zamawiający - Gmina Miejska Świdwin w ramach postępowania pn. „Odbiór transport odpadów komunalnych z terenu Miasta Świdwin" prowadzonego zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132, o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne (powyżej kwoty 215 000 euro) określone w obwieszczeniu prezesa urzędu zamówień publicznych, o którym mowa w art. 3 ust. 3 ustawy p.z.p., dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ZUK Sp. z o.o. w dniu 04.07.2023 r. (po dokonaniu w dniu 16.06.2023 r. czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty z dniu 02.06.2023 r.).

Z przedstawioną powyżej decyzją Zamawiającego nie zgodziła się Odwołująca, wskazując, że działanie Zamawiającego narusza szereg zapisów ustawy p.z.p. i pozostaje w sprzeczności z celami i zasadami kierującymi postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zamawiający naraził powodzenie i rzetelność wykonywania przedmiotowego zamówienia publicznego poprzez zaniechanie badania sytuacji wykonawcy w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowania, tj. podmiotowych środków dowodowych, które przedstawił wykonawca.

W celu zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia Zamawiający w rozdziale IX pkt 2-4 SWZ przedstawił katalog warunków udziału w postępowaniu, które winien spełnić podmiot podejmujący się zadań zleconych w ramach zamówienia, w t)m:

„2. Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej: Zamawiający uzna za spełniony warunek jeżeli:

a) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

b) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami

4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że

a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej jedną usługę polegającą na odbieraniu odpadów o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych co najmniej 2500 Mg.

b) dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie i transport odpadów tj. : pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości :

-minimum 2 (dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych.

-minimum 2 (dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie gromadzonych odpadów komunalnych, w tym jeden wyposażony w HDS do opróżniania pojemników typu dzwon oraz jeden hakowiec do wywozu kontenera o max

pojemności 23 m3.
- minimum 1 (jednymi pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3.5t.
- minimum 1(jednymi pojazdem typu bramowiec do odbierania kontenerów z PSZOK
- posiada bazę magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.
c) Dysponuje co najmniej czterema osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, posiadającymi prawo jazdy kategorii C zgodnie z Prawem o ruchu drogowym z minimum 2 letnim doświadczeniem w zakresie obsługi pojazdu do odbierania odpadów komunalnych oraz dwoma ładowaczami do każdego pojazdu."

W korelacji z postawionymi warunkami Zamawiający przedstawił wykaz podmiotowych środków dowodowych - w rozdziale IX B, które winny zostać złożone na wezwanie Zamawiającego, w tym m in.:
„1) wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lu a są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych Referenqe bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert - załącznik nr 5 do SWZ.
2) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacja o podstawie dysponowania tymi osobami - załącznik nr 7 do SWZ.
3) Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacja o podstawie do dysponowania tymi zasobami - załącznik nr 6 do SWZ.
4) Dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.
5) Zezwolenie, licencje, koncesje lub potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej."

Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w celu zapewnienia zachowania należytych standardów wykonania zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej.

<u>Zarzut naruszenia art. 114 w zw. z art. 239 p.z.p. w zw. z art 115 ust. 1 pkt 3) pa.p. w zw. z art. 116 p.z.p.</u>

Zamawiający wymagał w celu wykazania posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej przedstawienia dowodów potwierdzających, że wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, a także wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produktu, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami. W wezwaniu z 21.06.2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 oraz art. 233 ust. 1 p.z.p. Zamawiający wezwał ZUK Sp. z o.o. do złożenia/uzupełnienia/poprawienia dokumentów: wykazu osób — w zakresie pracowników zatrudnionych na etacie ładowaczy, zgodnie z rozdziałem IX pkt 4ppkt b) SWZ; wykazu narzędzi, wyposażenia zakładui urządzeń technicznych — w zakresie dysponowania pojazdem typu bramowiec do odbierania kontenerów z PSZOK, zgodnie z zapisami rozdziału IX pkt 4 ppkt b) SWZ; dokumentu, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z zamówieniem; oświadczenia - w związku z dysponowaniem przez Zamawiającego bazą dokumentów dotyczących wpisu do rejestru działalności regulowanej, a także wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami - że dokumenty te są nadal aktualne i nie uległy zmianie okoliczności będące podstawą wpisu do tych rejestrów. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zostały złożone dokumenty i oświadczenia.

Po dokonaniu analizy dokumentów przedłożonych na wezwanie Zamawiającego Odwołująca się zapoznała się za pośrednictwem strony internetowej Miasta Świdwin z wykazem przedsiębiorców wpisanych do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, z którego wynika, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie posiada uprawnień do odbierania odpadów 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe. Z kolei w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający w punkcie II, pozycja 12 tabeli objął zakresem przedmiotu zamówienia odbiór z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz transport m.in. odpadów o kodzie 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe. W związku z powyższym odwołująca się podnosi, iż wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego w rozdziale IX pkt 2 ppkt a) SWZ, ponieważ wpis do rejestru działalności regulowanej ZUK Sp. z o.o. nie pokrywa się z zakresem objętym przedmiotem zamówienia (nie jest zgodny z postawionym przez Zamawiającego

warunkiem).

Podobna sytuacja zachodzi w odniesieniu do warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Zamawiający w rozdziale IX punkt 4 ppkt c) SWZ precyzyjnie określił czym winien dysponować wykonawca (jakim parkiem maszynowym), aby spełnić przedmiotowy warunek. W wykazie podmiotowych środków dowodowych w celu spełnienia omawianego warunku, Zamawiający ujął wykaz narzędzi stanowiący złącznik nr 6 do SWZ. Wykonawca na wezwanie z 21.06.2023 r. uzupełnił wykaz stanowiący załącznik nr 6 do SWZ (ppkt b). Z ilością pojazdów wykazanych w załączniku nr 6 skorelowany został warunek w ppkt. c), zgodnie z którym wykonawca winien dysponować co najmniej dwoma ładowaczami do każdego pojazdu. W wykazie ZUK Sp. z o.o. ujęte zostało 7 pojazdów wymaganych przez Zamawiającego. W związku z tym by spełnić warunek określony w rozdziale IX punkt 4 ppkt c) SWZ wykonawca powinien dysponować w celu skierowania do wykonywania zamówienia co najmniej 14 ładowaczami, jednakże z wykazu stanowiącego załącznik nr 7 wynika, że ZUK Sp. z o.o. dysponuje 9 osobami, których zakres czynności obejmuje stanowisko ładowacza nieczystości. Według postanowień SWZ wykonawca powinien dysponować łącznie co najmniej 6 pojazdami różnej kategorii do odbierania odpadów i innych zadań. Wykonawca wykazał posiadanie 7 pojazdów. Stosując wykładnię zapisów SWZ przychylną wykonawcy, należy przyjąć, że wykonawca, aby spełnić wymagania SWZ powinien dysponować minimum 12 ładowaczami. Stąd należy przyjąć, że wykonawca nie wykazał osób skierowanych przez wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego - dwóch ładowaczy do każdego pojazdu. Nie można uznać, że wykonawca spełnił postawiony przez Zamawiającego warunek zdolności technicznej lub zawodowej.

Zarzut naruszenia art. 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p.

Zasady wyrażone w ustawie nakazują zamawiającym powierzyć realizację zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, usług czy robót budowlanych w rozumieniu ustawy z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Naruszeniem tej zasady będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych ustawą w sytuacjach, w których istniał obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, maja wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien był zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą, albo umowa nie zostanie zawarta z uwagi na nieprawidłowości proceduralne. Zaskarżona decyzja Zamawiającego w sposób rażący narusza przepisy prawa, a co więcej stanowi zagrożenie dla interesu publicznego — doprowadziła do wybory oferty wykonawcy, która jest niezgoda z warunkami udziału w postępowaniu. Podkreślił, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny. Istotne jest. że taka ocenę oferty najkorzystniejszej ekonomicznie przeprowadzić należy na podstawie ceny i efektywności kosztowej, ale również przy zachowaniu standardów jakości określonych w specyfikacji, w tym w warunkach realizacji zamówienia.

Zamawiający powinien mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. W przypadku stwierdzenia wystąpienia stosownych, wynikających z ustawy, przesłanek przepisy statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia w takiej sytuacji stosownych działań, które powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, którego dotyczą. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 p.z.p., należy uznać za wadliwy. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować sic, podczas procesu badania i oceny ofert nie tylko przepisami Prawa zamówień publicznych, lecz również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu. Z całą stanowczością należy stwierdzić, że wybór wykonawcy z zastosowaniem innych kryteriów oceny lub oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w sposób odmienny od opisanego w rozdziale IX, XI SWZ stanowi naruszenie zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 p.z.p.

Zarzut naruszenia art. 239 p.z.p.

Wszelkie uzupełnienia dokumentów czy składane przez wykonawcę wyjaśnienia muszą mieścić się w granicach złożonej oferty i mogą służyć wyłącznie do wykazania prawidłowości jej treści, zakazane jest natomiast oferowanie w tej drodze świadczeń o innych parametrach czy właściwościach, niż wynikające ze złożonej oferty - działanie takie godziłoby w podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych określone w art. 16 pkt 1 i 2 p.z.p.

Nie każda niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia podlega wyjaśnieniu czy poprawieniu w odpowiednim trybie i instrumenty te nie mogą zwalniać wykonawcy, będącego profesjonalnym uczestnikiem obrotu gospodarczego, z obowiązku sporządzenia oferty w sposób kompletny, pozbawiony sprzeczności i zrozumiały.

W przedmiotowych okolicznościach wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie sprostał obowiązkowi przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Po kolejnym wezwań u Zamawiającego, co istotne w trybie art. 128 p.z.p., ZUK Sp. z o.o. nie wykazała, że spełnia warunki udziałuw postępowaniu określone w rozdziale IX pkt 2 ppkt a) oraz pkt 4 ppkt c) SWZ.

Ewentualny zarzut naruszenia art. 128 p.z.p. w zw. art. 7 pkt 17) p.z.p.

Art. 128 p.z.p. umożliwia żądanie złożenia, uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych: *„1. 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".

Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 17) p.z.p., przez podmiotowy środek dowodowych należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 p.z.p. Z uwagi na fakt, iż Zamawiający wzywał już wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 p.z.p. do uzupełnienia wykazu osób w zakresie wykazania dysponowania ładowaczami (załącznik nr 7) oraz zażądał oświadczenia o dokumentach będących w posiadaniu Zamawiającego, nie jest możliwe ponowne badanie przedmiotowej kwestii przez Zamawiającego.

Wykonawca jest wzywany do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych w określonym zakresie tylko raz i tylko raz może je uzupełnić po uprzednim uzyskaniu od zamawiającego w wezwaniu informacji, jakie ten stwierdził wady bądź braki. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest, aby zamawiający nie wzywał „do skutku", dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego podmiotowego środka dowodowego, dokumentu lub oświadczenia w odniesieniu do tej samej okoliczności.

Należy nadto wskazać, w ślad za orzecznictwem unijnym, że *„Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecjonalnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane"* - wyrok ETS z dnia 29 marca 2012 r., C 599/10. Aktualne i wiążące pozostają w kwestii możliwości płynącej z art. 128 p.z.p. wskazania z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej wydanego w dniu 9 sierpnia 2019 r. (sygn. akt: KIO 1432/19),w ramach którego czytamy: *„(...) Treść przepisu nie budzi wątpliwości - to zamawiający jest podmiotem decydującym o zakresie koniecznego uzupełnienia dokumentów przez wykonawcę oraz momencie, w jakim to uzupełnienie winno nastąpić. Dla zachowania zasady jednokrotności wezwania konieczne jest by zamawiający nie wzywał dwukrotnie (i więcej) do uzupełnienia tego samego dokumentu (oświadczenia) bądź potwierdzenia tej samej okoliczności. (...)"*. W tym miejscu podniósł, że Zamawiający wezwał wykonawcę ZUK Sp. z o.o. do przedłożenia podmiotowych środków dowodowych.

Dnia 14.07.2023 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP)odwołanie względem czynności z 04.04.2023 r. złożyło ATF Sp. z o.o. Sp. k.

Zamawiający w dniu 17.07.2023 r. (za pośrednictwem portalu e-zamówienia) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 26.07.2023 r. (e-mailem), 27.07.2023 r. (wpływ bezpośredni) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzpodpowiedź na odwołanie, w której wnosił o wnosząc o odrzucenie odwołania, ewentualnie o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut naruszenia art. 114 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a) „wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia", albowiem wykonawca nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodu odpadów 150106 - jest chybiony.

Rozdział IX pkt 2 SWZ przedstawia warunek udziału w postępowaniu, które winien spełnić podmiot podejmujący się zadań zleconych w ramach zamówienia, polegający na wykazaniu uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, który Zamawiający uzna za spełniony, jeżeli:

a) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia,

b) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami.

Zgodnie z rejestrem BDO wyłoniony wykonawca posiada wymagany wpis w pełnym zakresie, jeżeli chodzi o warunek wskazany w pkt b) powyżej - również co do odpadu o kodzie 150106. Nie jest to sporne i kwestionowane przez skarżącego.

Skarżący kwestionuje jedynie warunek wskazany w pkt a) powyżej, jednak zarzut swój opiera na interpretacji pomijającej

kontekst w jakim warunki te zostały postawione i w oderwaniu od pełnego opisu przedmiotu przetargu.

Formalną podstawą prawną działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest uzyskanie przez przedsiębiorcę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Taki rejestr prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta, którego właściwość miejscową determinuje miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wybrany Wykonawca nie jest wpisany do w/w Rejestru prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin jako odbierający odpad o kodzie 150106, jednak nie ma to znaczenia dla niniejszego postępowania.

Zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 150106 jako wyselekcjonowany rodzaj odpadu nie są odbierane od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Świdwin i nie stanowią przedmiotu przetargu w zakresie odbioru odpadów komunalnych.

Wynika to wprost z §3 uchwały NR XXVI/150/20 RADY MIASTA ŚWIDWIN z dnia 30 października 2020 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Świdwin (Dziennik Urzędowy Województwa Zachodniopomorskiego Szczecin, dnia 25 listopada 2020r. Poz.5201), wskazującego jakie odpady odbierane są od właścicieli nieruchomości jako odpady komunalne. Na podstawie tej uchwały określono również zakres usługi „odbioru" w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

O odbieraniu odpadów jest mowa wyłącznie w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1399, z późn. zm.) - dalej u.u.c.p.g., która reguluje kwestie związane z odpadami KOMUNALNYMI.

Jedynie w u.u.c.p.g. jest mowa o odbiorze odpadów, zatem odbiór ten należy rozumieć jako odbieranie odpadów z miejsca, które jest źródłem ich powstawania. Jednocześnie, jednorazowy odbiór odpadów komunalnych z miejsc ich wytworzenia, np. w ramach zbiórki baterii, butelek PET czy zużytego sprzętu, nie jest odbiorem odpadów komunalnych, z którym wiąże się obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b u.u.c.p.g., oraz składania półrocznych sprawozdań z odebranych odpadów komunalnych, o którym mowa w art. 9n u.u.c.p.g.

Firmy posiadające zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych mogą je zbierać (ale nie odbierać) na podstawie zezwolenia na zbieranie odpadów uzyskanego w ustawy o odpadach (Dz.U.2022.699 t.j.).

Także podmiot prowadzący PSZOK nie jest podmiotem odbierającym odpady, a podmiotem zbierającym je (przyjmującym w PSZOK odpady od wytwórców), który jednak musi składać burmistrzowi roczne sprawozdania z prowadzonej działalności na zasadzie art. 9na u.u.c.p.g. Odpad o kodzie 150106 nie był i nie jest odpadem komunalnym.

Zgodnie z nieobowiązującym już rozporządzeniem Ministra Środowiska z 26.07.2018 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych i zebranych odpadach komunalnych, odebranych nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi (Dz.U. poz. 1627), którego uchylenie spowodowało lukę prawną - odpad ten był wyłączony ze sprawozdawczości w zakresie zbierania odpadów komunalnych i nie jest też umieszczany w sprawozdaniach przedstawianych przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na podstawie art. 9n u.u.c.p.g.

Zmieszane odpady opakowaniowe to, jak sama nazwa wskazuje, odpady opakowaniowe, które nie zostały wcześniej posortowane na rodzaje materiałów, z których zostały wytworzone (np. papier, tworzywa sztuczne, szkło).

Mają one inny kod odpadu niż te posortowane - kod 15 01 06 zmieszane odpady opakowaniowe.

Zmieszane odpady opakowaniowe składają się wyłącznie z opakowań wytworzonych z jednego materiału (np. pudełka z tektury lub każde inne opakowanie wykonane z jednolitego materiału) i nie mogą to być opakowania wielomateriałowe - 15 01 05.

W Mieście Świdwin natomiast zbiera się selektywnie: papier - w tym opakowania z papieru i tektury -15 01 01; metale, w tym odpady opakowaniowe z metali - 15 01 04, odpady tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe tworzyw sztucznych - 15 01 02, oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe - 15 01 05; szkło, w tym opakowania ze szkła - 15 01 07; bioodpady.

Tak więc w Mieście Świdwin komunalne odpady opakowaniowe odbiera się jako odpady posegregowane na rodzaje materiałów pod wskazanymi wyżej kodami.

Dlatego nie jest wyłonionemu wykonawcy konieczny wpis w rejestrze działalności regulowanej dotyczący kodu 15 01 06.

Odpad kod 15 01 06 zmieszane odpady opakowaniowe jako wysortowany może być przyjmowany u Zamawiającego potencjalnie jedynie na PSZOK i z tego miejsca transportowany do instalacji regionalnej.

Dlatego kod tego odpadu znalazł się w opisie przedmiotu zamówienia, jako możliwy przedmiot zamówienia w zakresie „transportu odpadów" odbieranych z PSZOK na podstawie posiadanego wpisu w BDO - co nie może być traktowane jako „odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości".

Zarzut naruszenia art. 114 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a) „wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia", albowiem wykonawca nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodu

odpadów 150106 jest również zarzutem spóźnionym i podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 4 p.z.p. gdyż odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego w sprawie KIO 1698/23 zakończonego postanowieniem o umorzeniu postępowania z dnia 23 czerwca 2023 roku.

Mimo, że jak sam przyznaje odwołujący się, miał dostęp do rejestru (który jest publiczny i jawny), na odpis którego się powołuje i znał treść jego wpisów, wnosząc odwołanie w dniu 12 czerwca 2023 roku dotyczące tej samej sprawy, nie zakwestionował faktu braku wpisu o określonej treści. Od tam tej pory okoliczności te nie uległy zmianie. Tak więc należy uznać, że odwołujący się powołuje się na okoliczności będące przedmiotem poprzedniego rozstrzygnięcia i jeżeli nie kwestionował ich wcześniej, utracił prawo powoływania się na nie wnosząc kolejne odwołanie.

Zarzut naruszenia art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 4 ppkt c) SWZ, z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego dysponowania dwoma ładowaczami do każdego pojazdu (załącznik nr 7 do SWZ) - brak wykazania posiadania 14 osób - ładowaczy do każdego pojazdu (w załączniku nr 6 wykazane zostało dysponowanie 7 pojazdami), co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu co najmniej 2 ładowaczy do każdego pojazdu uznaję za niezasadny.

W pierwszej kolejności wskazał, że Zamawiający nie postawił warunku posiadania 14 osób wykonujących zadania ładowaczy. W SWZ wskazano, że ładowacze są niezbędni w liczbie 2 do każdego pojazdu.

Zapis ten należy jednak interpretować w kontekście całej treści IX punkt 4 ppkt c), któryw pierwszej kolejności wymaga posiadania najmniej 4 kierowców pojazdów służących odbiorowi odpadów komunalnych.

Wyłoniony wykonawca dysponuje 4 kierowcami. W związku z powyższym, oczywistym jest, że z tej przyczyny pojazdów w ruchu realizujących zamówienie nie będzie więcej niż 4 - mimo wymogu posiadania łączenie 7 pojazdów o określonej specyfikacji. Dlatego, wymagana minimalna liczba ładowaczy (po dwóch do każdego pojazdu) w tym konkretnym przypadku wynosi 8 ładowaczy - którymi wyłoniony wykonawca dysponuje.

Jedynie taki sposób wykładni postanowień SWZ spełnia wymóg zachowania proporcjonalności i wyrażenia minimalnych poziomów zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Inna interpretacja powodowałaby, że postanowienie SWZ wprowadzałoby warunki nieracjonalne.

W związku z bezpodstawnością zarzutów wyżej opisanych równie bezpodstawne są zarzuty dotyczące naruszenia ar 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposó niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentó przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych prze wykonawcę na wezwanie Zamawiającego oraz art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowyc środków dowodowych, którego oferta

została uznana za najkorzystniejszą; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z nadrzędnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Zamawiający dokonał powtórzenia oceny i wyboru złożonych ofert oraz przeanalizował i w wziął pod uwagę zarzuty zgłoszone przez skarżącego w poprzednim odwołaniu. Powtórzone czynności zamawiającego polegały na sprawdzeniu dokumentów i zapisów rejestrów, które potwierdziły warunki udziału wyłonionego wykonawcy w postępowaniu.

Jak wynika z treści odwołania, skarżący doskonale zdawał sobie sprawę z treści tych dokumentów i zapisów w rejestrach już od początku postępowania, gdyż są one jawne i dostępne nie tylko dla zamawiającego, ale również dla skarżącego.

Transparentność i jawność tych informacji z jednej strony wskazują na pozorność twierdzeń i zarzutów skarżącego, a jednocześnie stanowią podstawę bezpośredniego zastosowania art. 127 p.z.p. stanowiącego, że zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków. Jak potwierdza treść odwołania rejestry te były i są dostępne również dla samego odwołującego się. Błędne przeświadczenie skarżącego co do oceny faktów i odmienne stanowisko co wykładni przepisów prawa nie może być jednak uzasadnieniem dla potwierdzenia stawianych zarzutów.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymiponiżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący w rankingu złożonych ofert zajął drugie miejsce, w wypadku więc potwierdzenia zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba oddalił wniosek o odrzucenie zarzutu naruszenia art. 114 PZP w zw. z art. 239 PZP na podstawie art. 528 pkt 4 i 5 PZP sformułowany w odpowiedzi na odwołanie oraz na posiedzeniu uznając, że brak jest podstaw do takiego działania z

uwagi na to, że nie mamy tutaj do czynienia z tymi samymi zarzutami, które zaistniały w poprzednim postępowaniu odwoławczym rozpatrywanym w czerwcu, dotyczyły one innych zarzutów. Jednocześnie w ramach odpowiedzi z 16 czerwca 2023 r. w poprzednim postępowaniu odwoławczym o sygn. akt: KIO 1698/23 Zamawiający nie dokonał wtedy uwzględnienia wszystkich żądań zawartych w ówczesnym odwołaniu, między innymi nie odrzucił oferty wykonawcy wybranego. Unieważnił jedynie wybór oferty najkorzystniejszej. Stąd postępowanie zostało umorzone w uwagi na jego zbędność.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w postaci elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: *„SWZ"* wraz z załącznikami, w tym załącznikiem nr 1 do SWZ stanowiącym Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), oferty Przystępującego, wezwania w trybie art. 126 ust. 1 PZP z 17.05.2023 r., złożonych w odpowiedzi z 17.05.2023 r.: wykazu wykonanych usług, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, wykazu osób Wykonawcy, decyzji zezwalającej na transport określonych odpadów wydaną na podstawie art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, wezwania z 21.06.2023 r. w trybie art. 128 ust. 1 oraz art. 223 ust. 1 PZP, złożonych w odpowiedzi z 23.06.2023 r.: oświadczenia Wykonawcy o aktualności informacji zawartych w dokumentach podmiotowych, nowego wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, nowego wykazu osób Wykonawcy, dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia oraz informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 03.07.2023 r. (przesłaną 04.07.2023 r.)

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączony do odwołania przez Odwołującego:

- wykazu przedsiębiorców wpisanych do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin (pobranego z oficjalnej strony internetowej organu).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę argumentacje wynikającą z odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie, jak i stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się generalnie do podniesionych w treści odwołania zarzutów, stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzut naruszenia przez Zamawiającego:

- art. 114 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez Zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 2 ppkt a) *„wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia"*, albowiem wykonawca nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodu odpadów 1501 06 - z informacji dostępnej w Biuletynie Informacji Publicznej Miasta Świdwin tj. z wykazu przedsiębiorców wpisanych do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin wynika, że wykonawca, którego oferta została wybrana nie posiada uprawnień w zakresie odbierania odpadów o kodzie 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe, a zatem nie jest w stanie odbierać odpadów, które stanowią przedmiot zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ punkt II poz. 12 w tabeli.
- art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale IX punkt 4 ppkt c) SWZ, z uwagi na niespełnienie przez wykonawcę postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego dysponowania dwoma ładowaczami do każdego pojazdu (załącznik nr 7 do SWZ) - brak wykazania posiadania 14 osób — ładowaczy do każdego pojazdu (w załączniku nr 6 wykazane zostało dysponowanie 7 pojazdami), co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu polegający na posiadaniu co najmniej 2 ładowaczy do każdego pojazdu.
- art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.
- art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z nadrzędnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.
- zarzut ewentualny naruszenia art. 128 p.z.p. w zw. z art. 7 pkt 17) p.z.p. w wypadku próby sanowania zaprezentowanych przez Odwołującą w powyższych zarzutach błędów Zamawiającego poprzez wezwanie wykonawcy ZUK Sp. z o.o. w Świdwinie do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych w SWZ.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania.

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania, oraz odpowiedzi na odwołanie. Jednocześnie, podkreślając, że nie było sporu co do stanu faktycznego, ale oceny tego stanu przez Zamawiającego, a w konsekwencji wyboru oferty najkorzystniejszej Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o.w kontekście zarzutów odwołania.

W celu zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia Zamawiający w rozdziale IX pkt 2-4 SWZ przedstawił katalog warunków udziału w postępowaniu, które winien spełnić podmiot podejmujący się zadań zleconych w ramach zamówienia, w t)m:

„2. Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej: Zamawiający uzna za spełniony warunek jeżeli:

a) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Burmistrza Miasta Świdwin, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

b) Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami

4. Zdolności technicznej lub zawodowej:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że

a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, zrealizował należycie co najmniej jedną usługę polegającą na odbieraniu odpadów o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych co najmniej 2500 Mg.

b) dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie i transport odpadów tj. : pojazdami i urządzeniami spełniającymi wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości :

-minimum 2 (dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych.

-minimum 2 (dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie gromadzonych odpadów komunalnych, w tym jeden wyposażony w HDS do opróżniania pojemników typu dzwon oraz jeden hakowiec do wywozu kontenera o max pojemności 23 m3.

- minimum 1 (jednymi pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej o masie do 3.5t.

- minimum 1(jednymi pojazdem typu bramowiec do odbierania kontenerów z PSZOK

- posiada bazę magazynowo - transportową, która spełnia wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

c) Dysponuje co najmniej czterema osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych, posiadającymi prawo jazdy kategorii C zgodnie z Prawem o ruchu drogowym z minimum 2 letnim doświadczeniem w zakresie obsługi pojazdu do odbierania odpadów komunalnych oraz dwoma ładowaczami do każdego pojazdu."

W korelacji z postawionymi warunkami Zamawiający przedstawił wykaz podmiotowych środków dowodowych - w rozdziale IX B, które winny zostać złożone na wezwanie Zamawiającego, w tym m in.:

„1) wykaz wykonanych usług, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych Referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy, licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert - załącznik nr 5 do SWZ.

2) Wykaz osób skierowanych przez Wykonawcę do realizacji zamówienia publicznego, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacja o podstawie dysponowania tymi osobami - załącznik nr 7 do SWZ.

3) Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacja o podstawie do dysponowania tymi zasobami - załącznik nr 6 do SWZ.

4) Dokumenty potwierdzające, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia.

5) Zezwolenie, licencje, koncesje lub potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej.".

W ramach załącznika nr 1 do SWZ w pkt II Zamawiający określił zakres przedmiotu zamówienia w całym okresie realizacji zamówienia odbiór z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych oraz transport odpadów o określonych kodach. Wśród tych odpadów znajduje się w poz. 12 odpad o kodzie 15 01 06 – zmieszane odpady opakowaniowe.

W pozostałym zakresie Izba odniesie się przy rozpoznawaniu zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i mc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnośnie zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że Izba wzięła pod uwagę stanowisko Zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie. Należy bowiem zgodzić ze stanowiskiem Zamawiającego że Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nie musiał posiadać wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodu odpadów 15 01 06. Zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 15 01 06 jako wyselekcjonowany rodzaj odpadu nie są bowiem odbierane od właścicieli nieruchomości na terenie Miasta Świdwin i nie stanowią przedmiotu przetargu w zakresie odbioru odpadów komunalnych, a jedynie transportu. Wynika to wprost z § 3 uchwały NR XXVI/150/20 RADY MIASTA ŚWIDWIN z dnia 30 października 2020 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta Świdwin (Dziennik Urzędowy Województwa Zachodniopomorskiego Szczecin, dnia 25 listopada 2020r. Poz. 5201):*„Właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku na terenie nieruchomości poprzez:*
1) selektywne zbieranie odpadów komunalnych z podziałem na frakcje:
a) papier, w tym tektura, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury,
b) szkło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła,
c) metale, w tym odpady opakowaniowe z metali, odpady tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe tworzyw sztucznych oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe,
d) zielone, odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów;
2) wydzielenie ze strumienia odpadów komunalnych odpadów zebranych w sposób selektywny, z podziałem na frakcje określone w pkt 1) oraz umieszczenie ich w odpowiednim worku lub pojemniku (…)”, wskazującego jakie odpady odbierane są od właścicieli nieruchomości jako odpady komunalne. Jednocześnie niniejsza uchwała, została podjęta na postawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzenia ministra klimatu i środowiska z 10 maja 2021 roku, w sprawie sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów pozycja 888. W rezultacie wpisy do rejestru działalności regulowanej powinny być jedynie w zakresie tych odpadów, które są wskazane w tym rozporządzeniu w § 1. Znajduje się tam jedynie odniesienie do odpadów opakowaniowych wielomateriałowych, a nie do zmieszanych odpadów opakowaniowych. Jednocześnie Zamawiający żądał również wpisu do BDO (wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach oraz gospodarujących odpadami), który to wpis posiada wybrany wykonawca, co umożliwia mu ewentualny transport odpadu o kodzie 15 01 06, jeśli będzie on w PSZOK i będzie konieczność jego dalszy transport do instalacji regionalnej.

Izba wskazuje także za Zamawiającym z odpowiedzi, że zmieszane odpady opakowaniowe to, jak sama nazwa wskazuje, odpady opakowaniowe, które nie zostały wcześniej posortowane na rodzaje materiałów, z których zostały wytworzone (np. papier, tworzywa sztuczne, szkło). Mają one inny kod odpadu niż te posortowane - kod 15 01 06 zmieszane odpady opakowaniowe. Zmieszane odpady opakowaniowe składają się wyłącznie z opakowań wytworzonych z jednego materiału (np. pudełka z tektury lub każde inne opakowanie wykonane z jednolitego materiału) i nie mogą to być opakowania wielomateriałowe - 15 01 05.

W Mieście Świdwin natomiast zbiera się selektywnie: papier - w tym opakowaniaz papieru i tektury -15 01 01; metale, w tym odpady opakowaniowe z metali - 15 01 04, odpady tworzyw sztucznych, w tym odpady opakowaniowe tworzyw sztucznych - 15 01 02, oraz odpady opakowaniowe wielomateriałowe - 15 01 05; szkło, w tym opakowania ze szkła - 15 01 07; bioodpady. Tak więc w Mieście Świdwin komunalne odpady opakowaniowe odbiera się jako odpady posegregowane na rodzaje materiałów pod wskazanymi wyżej kodami. Dlatego co wymaga ponownemu podkreślaniu nie jest wyłonionemu wykonawcy konieczny wpis w rejestrze działalności regulowanej dotyczący kodu 15 01 06.

Odpad kod 15 01 06 zmieszane odpady opakowaniowe jako wysortowany może być natomiast przyjmowany u Zamawiającego potencjalnie jedynie na PSZOK i z tego miejsca transportowany do instalacji regionalnej.

Na koniec należy podkreślić, że wpis do rejestru działalności regulowanej dotyczy podmiotów, które odbierają odpady z nieruchomości, nie dotyczy on odbioru i transportu, za który odpowiada BDO.Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ma stosowną decyzję zezwalającej na transport określonych odpadów, w tym o kodzie 15 01 06, wydaną na podstawie art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu drugiego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

W ocenie Izby interpretacja warunku zrozdz. IX pkt 4 ppkt c) SWZprzedstawiona przez Odwołującego w odwołaniu w kontekście złożonego wykazu osób Wykonawców nie jest jedynym możliwym. Odwołujący przyjął, że dysponowanie co najmniej dwoma ładowaczami do każdego pojazdu należy interpretować w kontekście dysponowania co najmniej 6 pojazdami o określonej specjalności (rozdz. IX pkt 4 ppkt b SWZ), czyli 12 ładowaczami (po 2 ładowaczy na 6 pojazdów) /Wykonawca wykazał 7 pojazdów – 6 obligatoryjnych oraz 1 dodatkowy/. W takiej sytuacji wykazanie 9

ładowaczy w wykazie osób Wykonawcy byłoby działaniem niewystarczającym. Jednakże, Zamawiający przedstawił inną możliwą interpretację opartą o rozdz. IX pkt 4 ppkt c SWZ, gdzie określono nie tylko konieczność dysponowania 2 ładowaczami do każdego pojazdu ale także 4 osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych. Zakład Usług Komunalnych Sp.z o.o. wykazał się co prawda 7 pojazdami, ale tylko 4 osobami uprawnionymi do kierowania pojazdem do odbioru odpadów komunalnych /kierowcami/. Wynika więc z tego, że w ruchu będą jedynie 4 pojazdy. W takim wypadku, Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. powinien dysponować 8 ładowaczami, a wskazał 9 ładowaczy w złożonym wykazie osób Wykonawcy. W konsekwencji spełniając w całości wymóg z rozdz. IX pkt 4 ppkt c) SWZ. W ocenie Izby,w takiej sytuacji, dwóch możliwych interpretacji postanowień SWZ, należy przyjąć interpretacje korzystniejszą dla Wykonawcy, zgodnie z zasadą, że wszelkie niejasności należy rozpatrywać na korzyść Wykonawcy.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Wobec wynikowego charakteru zarzutu trzeciego i czwartego, z racji oddalenia zarzutu pierwszego i drugiego, Izba uznała, że oddaleniu podlega także wskazane na wstępie zarzuty.

Względem zarzutu piątego miał on charakter ewentualny i był uzależniony od zaistnienia wypadku próby sanowania zaprezentowanych przez Odwołującą w zarzutach odwołania błędów Zamawiającego poprzez wezwanie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych w SWZ. Wobec braku takich działań ze strony Zamawiającego zarzut piąty sformułowany przez Odwołującego stracił na aktualności.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 553 zdanie pierwsze i art. 554 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz orzekł jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono z uwzględnieniem przywołanych poniżej przepisów, w tym także w oparciu o § ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia wskazanego poniżej. Jednocześnie, obciążając kosztami Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministróww sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący:

……