Sygn. akt: KIO 3079/23

WYROK
z dnia 3 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca:Beata Pakulska-Banach

Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 października 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 października 2023 r. przez wykonawcę **ATF Polska Sp. z o.o. z siedzibą wPołczyn-Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami z siedzibą w Wardyniu Górnym**

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w części i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.S. PRDI UNIDROMEX – na podstawie art. 128 ust. 1 ustaw Prawo zamówień publicznych – do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. umowy z instalacją, która posiada decyzję (zezwolenie) na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 02 01 wraz z tą decyzją (zezwoleniem).
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Wardyniu Górnym, i:
   3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
   3.2. zasądza od zamawiającego: Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. z siedzibą w Wardyniu Górnym na rzecz odwołującego ATF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Połczyn-Zdroju kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych w związku z uiszczonym wpisem od odwołania oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3079/23

UZASADNIENIE

Zamawiający – Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami z siedzibą w Wardyniu Górnym prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605, ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp" lub „Pzp" na realizację zadania pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie 20 02 01,* numer referencyjny: MPGO.2.2023.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 września 2023 r., numer 2023/BZP 00414726. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 16 października 2023 roku wykonawca ATF Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Połczyn-Zdroju (zwany dalej: „odwołującym" lub „AFT"), wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie odniezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego, podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty z naruszeniem przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:
1) art. 114 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił

warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego w rozdziale V pkt 3 SWZ, tj. „w postępowaniu może brać udział Wykonawca który, jest wpisany do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w odpadach i gospodarujących odpadami (BDO). Wpis winien być dokonany przez Marszałka Województwa właściwego dla siedziby Wykonawcy i winien zawierać pozwolenie na transport odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia oraz posiada aktualne administracyjne (zezwolenie) w zakresie przetwarzania odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.”; wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie przedłożył na wezwanie zamawiającego do złożenia podmiotowych środków dowodowych zgodnie z rozdziałem VI pkt 2 ppkt 3) SWZ z dnia 4 października 2023 roku decyzji administracyjnej (zezwolenia) w zakresie przetwarzania odpadów stanowiących przedmiot zamówienia tj. odpadów o kodzie 20 02 01, zatem zamawiający pomimo niewykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonał wyboru oferty firmy M.S., co świadczy o dokonaniu wyboru w sprzeczności z ustawą Pzp;
2) art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 b) ustawy Pzp 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.
3) art. 239 ustawy Pzp 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.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz o nakazanie zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy M.S. prowadzącego jednoosobową działalność gospodarczą pod firmą M.S. PRDI UNIDROMEX;
2. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy M.S. PRDI UNIDROMEX na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) b ustawy Pzp;
3. dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF Polska sp. z o.o.;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującej się kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podnosił co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący wyjaśnił, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie (poprzez poddanie procesowi R3) odebranych przez wykonawcę od zamawiającego zgromadzonych odpadów w ilości do 1600 Mg o kodzie 20 02 01, w sposób zapewniający przejście odpowiedzialności za zagospodarowanie odpadami na następnego posiadacza odpadów w 2023 roku. Zamawiający w ramach przedmiotowego postępowania dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawcę M.S. PRDI UNDROMEX. Z tą decyzją nie zgodził się odwołujący podnosząc, że działanie zamawiającego narusza szereg zapisów ustawy Pzp i pozostaje w sprzeczności z celami i zasadami kierującymi postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zamawiający – w ocenie odwołującego - niezasadnie zaniechał badania sytuacji wykonawcy w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowania, tj. podmiotowych środków dowodowych, które przedstawił wykonawca. Odwołujący przywołał brzmienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego w Rozdziale V pkt 3 SWZ:
„W postępowaniu może brać udział Wykonawca, który:
a) jest wpisany do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w odpadach i gospodarujących odpadami (BDO). Wpis winien być dokonany przez Marszałka Województwa właściwego dla siedziby Wykonawcy i winien zawierać pozwolenie na transport odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia oraz posiada aktualne decyzje administracyjne (zezwolenie) w zakresie przetwarzania odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia”.

Odwołujący podał, że w korelacji z postawionymi warunkami zamawiający przedstawił wykaz podmiotowych środków dowodowych — w rozdziale VI pkt 2 ppkt 3) SWZ, które winny zostać złożone na wezwanie zamawiającego w terminie nie krótszym niż 5 dni, tj.:
„aktualna decyzja na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01”.

Odwołujący stwierdził, iż 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.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 114 w zw. z art. 239 ustawy Pzp odwołujący podnosił, że zamawiający

wymagał w celu wykazania posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej przedstawienia dowodów potwierdzających, że wykonawca jest wpisany do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w odpadach i gospodarujących odpadami (BDO). Wpis winien być dokonany przez Marszałka Województwa właściwego dla siedziby Wykonawcy i winien zawierać pozwolenie na transport odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia oraz potwierdzać, że wykonawca posiada aktualne decyzje administracyjne (zezwolenie) w zakresie przetwarzania odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. W wezwaniu z dnia 4 października 2023 r. zamawiający wezwał M.S. PRDI UNIDROMEX do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym do złożenia aktualnej decyzji na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zostały złożone dokumenty i oświadczenia, o których udostępnienie wniósł odwołujący.

Odwołujący wskazał, że dokonał analizy dokumentów przedłożonych zamawiającemu, tj. print screenów z rejestru BDO, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia, stanowiącego załącznik nr 3 do SWZ oraz oświadczenia Wykonawcy dotyczącego przesłanek wykluczenia z postępowania oraz warunków udziału w postępowaniu, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ. Zdaniem odwołującego, wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego w rozdziale V pkt 3 lit. a) SWZ, ponieważ nie wykazał, iż posiada aktualną decyzję na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01. Ponadto, wykonawca nie załączył informacji/zawiadomienia o nadaniu numeru rejestrowego w BDO. Wykonawca załączył jedynie print screeny z rejestru BDO, które prawdopodobnie potwierdzają posiadanie uprawnień wykonawcy w zakresie pośrednictwa i transportu odpadów o kodzie 20 02 01, jednakże ta kwestia – w ocenie odwołującego - również powinna zostać wyjaśniona.

Odwołujący podkreślił również, że zamawiający, działając na wniosek odwołującego, złożony na podstawie art. 74 ustawy Pzp, przekazał mu podmiotowe środki dowodowe złożone przez M.S. PRDI UNIDROMEX. Stąd też, odwołując mając na uwadze, że postępowanie w sprawie zamówienia publicznego jest jawne, a zamawiający musi zapewnić wykonawcom wgląd do dokumentacji przetargu uznał przedłożoną dokumentację za zupełną. Odwołujący zwrócił przy tym uwagę na cel udostępnienia ofert, czyli zapewnienie możliwości zapoznania się z warunkami na jakich wykonawca oferuje przedmiot zamówienia oraz sprawdzenia wykonawcy pod kątem możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia, co przyczynia się potem do weryfikacji prawidłowości wyboru danej oferty oraz czynności podejmowanych przez zamawiającego w zakresie ewentualnych odrzuceń ofert.

Odnosząc się zaś do zarzutu naruszenia art. 16 oraz art. 17 ust. 1 i 2 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. b) ustawy Pzp odwołujący stwierdził, że 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 z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Odwołujący wskazał, że naruszeniem tej zasady będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych ustawą w sytuacjach, w których istniał obowiązek ich zastosowania albo takie działania zamawiającego, które naruszają przepisy mając 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.

Według odwołującego, zaskarżona decyzja zamawiającego w sposób rażący narusza przepisy prawa, doprowadzając do wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący stwierdził, iż wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegać powinna odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 Pzp należy uznać za wadliwy i stanowi naruszenie zasady wynikającej z art. 17 ust. 2 Pzp.

Odnośnie zarzutu naruszenia art. 239 ustawy Pzp odwołujący podnosił, iż 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 Pzp.

Odwołujący zauważył, że 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.

Zdaniem odwołującego, w przedmiotowych okolicznościach wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie sprostał obowiązkowi przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w

postępowaniu.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił jak w *petitum* odwołania.

W dniu 23 października 2023 roku zamawiający przekazał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejodpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania. Ponadto, w dniu 25 października 2023 roku zamawiający przekazał dodatkowy dokument – decyzję Starosty Inowrocławskiego z dnia 15 listopada 2021 roku wydaną na wniosek firmy Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k. dotyczącą zmiany pozwolenia zintegrowanego udzielonego firmie Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k. decyzją Starosty Inowrocławskiego z 24 marca 2017 roku dla instalacji do odzysku i unieszkodliwiania z wykorzystaniem fermentacji beztlenowej o zdolności przetwarzania nie mniejszej niż 100 ton na dobę, położonej na terenie biogazowni Rolniczej w Radojewicach.

W dniu 31 października 2023 roku w toku posiedzenia niejawnego z udziałem stron i rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest *odbiór i zagospodarowanie (poprzez poddanie procesowi R3) odebranych przez Wykonawcę od Zamawiającego zgromadzonych odpadów w ilości do 1600 Mg o kodzie 20 02 01, w sposób zapewniający przejście odpowiedzialności za zagospodarowanie odpadami na następnego posiadacza odpadów w 2023 roku* (rozdział lll ust. 1 Specyfikacji Warunków Zamówienia – dalej jako: „SWZ").

W rozdziale V SWZ *Warunki udziału w postępowaniu* w ust. 3 lit. a) SWZ zamawiający wskazał, że:
„3. W postępowaniu może brać udział Wykonawca, który:
a) jest wpisany do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w odpadach i gospodarujących odpadami (BDO). Wpis winien być dokonany przez Marszałka Województwa właściwego dla siedziby Wykonawcy i winien zawierać pozwolenie na transport odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia oraz posiada aktualne decyzje administracyjne (zezwolenie) w zakresie przetwarzania odpadów stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia".

W rozdziale VI SWZ *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających brak podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu* zamawiający wskazał, że:
1. Na potwierdzenie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału Wykonawca składa wraz z ofertą:
1) Oświadczenie z tym, że:
a) W celu wykazania braku podstaw do wykluczenia i spełniania warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany jest złożyć oświadczenie własne (zgodne z załącznikiem nr 2 do SWZ).
b) W przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim Wykonawca powołuje się na jego zasoby (zgodne z załącznikiem nr 2 do SWZ).
c) W przypadku Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oświadczenie własne składa każdy z Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie (zgodne z załącznikiem nr 2 do SWZ).
2) W przypadku, gdy Wykonawca w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu powołuje się na potencjał innych podmiotów na zasadzie opisanej w art. 118 ustawy, składa wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów.
3) Zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby, o którym mowa powyżej, potwierdza, że stosunek łączący Wykonawcę z podmiotami udostępniającymi zasoby gwarantuje rzeczywisty dostęp do tych zasobów oraz określa w szczególności:
a) zakres dostępnych Wykonawcy zasobów podmiotu udostępniającego zasoby;
b) sposób i okres udostępnienia Wykonawcy i wykorzystania przez niego zasobów podmiotu udostępniającego te zasoby przy wykonywaniu zamówienia;
c) czy i w jakim zakresie podmiot udostępniający zasoby, na zdolnościach którego Wykonawca polega w odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, zrealizuje roboty budowlane lub usługi, których wskazane zdolności dotyczą.
2. Zamawiający wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od dnia wezwania, niżej wymienionych podmiotowych środków dowodowych, aktualnych na dzień składania:
1) załącznik nr 2 do SWZ - oświadczenie Wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz warunków

udziału,
2) załącznik nr 3 do SWZ — wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia,
3) aktualna decyzja na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01,
4) aktualny wpis w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO).".

W dniu 2 października 2023 roku zamawiający udzielił m.in. odpowiedzi na następujące pytanie wykonawcy dot. treści SWZ:
„1. Czy zamawiający dopuszcza udział wykonawcy, który nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów ale posiada umowy z instalacjami, które posiadają stosowne decyzje?
Odp. Tak, z obowiązkiem udokumentowania procesu zagospodarowania, zgodnego z zapisami SWZ".

Pismem z 4.10.2023 r. zamawiający wezwał wykonawcę PRDI UNIDROMEX do *„złożenia podmiotów środków dowodowych, o których mowa w rozdziale VI SWZ, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów, tj.:*
1. załącznik nr 2 do SWZ - oświadczenie Wykonawcy dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania oraz warunków udziału,
2. załącznik nr 3 do SWZ — wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia,
3. aktualna decyzja na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01,
4. aktualny wpis w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO).".
W odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca PRDI UNIDROMEX złożył:
1) oświadczenie Wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania;
2) oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3) wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia
4) wydruk z BDO potwierdzający wpis M.S. PRDI UNIDROMEX w Rejestrze podmiotów jako podmiot pośredniczący transportujący odpady (kod odpadów: 20 02 01).

Ponadto, z uzupełnionej przez zamawiającego dokumentacji postępowania, wynika, że w ramach odpowiedzi na ww. wezwanie wykonawca M.S. (PRDI UNIDROMEX) złożył również decyzję Starosty Inowrocławskiego w przedmioci zmiany pozwolenia zintegrowanego udzielonego firmie Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k. decyzją Starosty Inowrocławskiego z 24 marca 2017 roku dla instalacji do odzysku i unieszkodliwiania z wykorzystaniem fermentacji beztlenowej o zdolności przetwarzania nie mniejszej niż 100 ton na dobę, położonej na terenie biogazowni Rolniczej w Radojewicach.

Pismem z dnia 9 października 2023 roku zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.S. PRDI UNIDROMEX.
Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i dokumenty przesłane w uzupełnieniu tej dokumentacji, a w szczególności: decyzję Starosty Inowrocławskiego z 15 listopada 2021 r., zmieniającą pozwolenie zintegrowane udzielone firmie Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k. decyzją Starosty Inowrocławskiego z 24 marca 2017 roku, a także uwzględniając stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

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

Izba uznała, że odwołanie należało częściowo uwzględnić.

Zgodnie z art. 114 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:
1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Stosownie do art. 239 ustawy Pzp:
1. Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.
2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
2) przejrzysty;
3) proporcjonalny.

Zgodnie zaś z art. 17 ust. 1 i 2 ustawy Pzp zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:
1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz
2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.
2. Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

W zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, w zakresie zarzutu dotyczącego braku przedstawienia informacji/zawiadomienia o nadaniu numeru rejestrowego w BDO Izba uznała, że zarzut nie potwierdził się.

Zamawiający wymagał przedstawienia aktualnego wpisu w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (BDO) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu, zgodnie z którym w postępowaniu może brać udział Wykonawca, który jest wpisany do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w odpadach i gospodarujących odpadami (BDO). Wydruk z Rejestru BDO potwierdzający aktualny wpis M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PRDI UNIDROMEX, w tym Rejestrze jako podmiotu pośredniczącego i transportującego odpady - w ocenie Izby -jest dokumentem zgodnym z wymaganiem zamawiającego określonym w SWZ.

Po drugie, Izba uznała, że częściowo potwierdził się zarzut dotyczący nie wykazania, że M.S., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PRDI UNIDROMEX, posiadaaktualną decyzję na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01.

Odnosząc się do powyższego zarzutu w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zarówno w dokumentach przesłanych przez zamawiającego odwołującemu na jego wniosek, złożony na podstawie art. 74 ustawy Pzp, jak i w kopii dokumentacji przekazanej Izbie, dotyczącej przedmiotowego postępowania, nie znalazł się jakikolwiek dokument w postaci aktualnej decyzji na prowadzenie działalności w zakresie czy to transportu, czy przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01 wydany na rzecz Michała Szewczyka, ani też na rzecz jakiegokolwiek innego podmiotu.

Dopiero już w toku postępowania odwoławczego zamawiający przekazał zarówno odwołującemu, jak i do Izby, dokument w postaci decyzji Starosty Inowrocławskiego z 15 listopada 2021 roku zmieniającej pozwolenie zintegrowane udzielone firmie Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k. decyzją Starosty Inowrocławskiego z 24 marca 2017 roku dla instalacji do odzysku i unieszkodliwiania z wykorzystaniem fermentacji beztlenowej o zdolności przetwarzania nie mniejszej niż 100 ton na dobę, położonej na terenie biogazowni Rolniczej w Radojewicach. Zamawiający nie wskazał przy tym źródła pochodzenia tego dokumentu, jak i okoliczności w jakich ten dokument został złożony. Dopiero w toku rozprawy zamawiający wyjaśnił (a także dodatkowo udokumentował przesyłając korespondencję mailową prowadzoną z M.S., prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą M.S. PRDI UNIDROMEX), że decyzja, o której mowa powyżej została złożona przez tego wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, a jedynie przez omyłkę pracownika zamawiającego dokument ten nie został przekazany ani odwołującemu, ani Izbie.

Ponadto, w odpowiedzi na odwołanie, a także w toku rozprawy, zamawiający powoływał się na treść odpowiedzi na pytania wykonawców, dotyczące treści SWZ, udzielonych w trybie art. 284 ustawy Pzp, tj.:
„Czy zamawiający dopuszcza udział wykonawcy, który nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów ale posiada umowy z instalacjami, które posiadają stosowne decyzje?

Odp. Tak, z obowiązkiem udokumentowania procesu zagospodarowania, zgodnego z zapisami SWZ",
wskazując, że tym samym dopuścił możliwość udziału wykonawcy, który wprawdzie nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów, ale posiada umowy z instalacjami, które posiadają takie decyzje.

Z powyższego wynika, że warunek udziału w postępowaniu w wyniku odpowiedzi zamawiającego na pytania o wyjaśnienie treści SWZ uległ modyfikacji i wykonawca, który nie posiada aktualnej decyzji (zezwolenia) na przetwarzanie odpadów może powołać się na umowę z instalacją przetwarzania odpadów, która posiada stosowną decyzję.

W ocenie Izby, aby wykonawca mógł się skutecznie powołać na taką decyzję wydaną na rzecz instalacji przetwarzania odpadów winien już na etapie badania i oceny ofert wykazać, że posiada umowę zawartą z taką instalacją. A zatem nie jest wystarczające przedstawienie decyzji tylko i wyłącznie dla instalacji, gdy nie wiadomo jaki stosunek prawny łączy ten podmiot (instalację) z wykonawcą. Co więcej, wykonawca M.S. przedstawił wyłącznie samą decyzję wydaną na rzecz firmy Ekolog Kujawski Sp. z o.o. Sp.k., przy czym nawet nie wskazał dlaczego powołuje się na tą decyzję (np., że czyni to w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu), nie wskazał też, że łączy go jakakolwiek umowa z tą instalacją i w jakim zakresie. Nie wiadomo też z czego zamawiający wywodził, że podmiot ten łączy umowa z wykonawcą, skoro brak nawet jakiegokolwiek oświadczenia wykonawcy w tym względzie.

Zauważyć należy, że chociaż odwołujący w odwołaniu nie podnosił kwestii odnoszących się do umowy zawartej z instalacją przetwarzania odpadów, to jednak sformułował ogólny zarzut, iż wykonawca nie wykazał, że posiada aktualną decyzję na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01. Odwołujący sformułował w ten sposób zarzut, pozostając w przeświadczeniu, że wykonawca w ogóle nie złożył decyzji zamawiającemu, gdyż taki dokument nie został mu udostępniony przez zamawiającego (podobnie jak i Izbie). Jak już powyżej wskazano, dokument ten został przekazany przez zamawiającego (Izbie i odwołującemu) dopiero w toku postępowania odwoławczego. W ocenie Izby, kwestia dotycząca umowy wykonawcy z instalacją, jest objęta zarzutem odwołania, albowiem wykazywanie, że wykonawca posiada aktualną decyzję na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 02 01, co próbował uczynić zamawiający w toku prezentowanego stanowiska, jest nieodłącznie - w tym przypadku - związane z wykazaniem, że wykonawcę łączy umowa z instalacją, która posiada taką decyzję (na którą powołuje się sam wykonawca).

Zdaniem Izby, nie jest zasadne stanowisko zamawiającego, że takiej umowy może żądać dopiero przed samym zawarciem umowy. Kwestia ta (umowa z instalacją, posiadającą stosowną decyzję) jest w sposób oczywisty związana z oceną czy został spełniony warunek udziału w postępowaniu, który został zmodyfikowany w drodze wyjaśnień treści SWZ. Dla takiej oceny nie jest wystarczające przedstawienie decyzji wydanej na rzecz jakiegokolwiek podmiotu, co do którego nie zostało wykazane, iż jest on związany umową z wykonawcą. Nawet, jeśli postanowienia SWZ, określające wymagane przez zamawiającego dokumenty w tym zakresie nie uległy zmianie, to nie znaczy, że zamawiający powinien odstąpić od badania czy wykonawcę łączy umowa z instalacją na etapie badania i oceny ofert i dokonywania oceny czy dany wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, skoro uległy one modyfikacji w toku wyjaśnień treści SWZ. Należałoby uznać za pozbawione sensu i logiki, żądanie przedstawienia tylko i wyłącznie samej decyzji pochodzącej od instalacji, której stosunek prawny w postaci umowy z wykonawcą nie zostałby wykazany.

Wskazać należy, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp z uwagi na zaniechanie odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, jak i żądanie odrzucenia oferty wykonawcy M.S. z uwagi na nie przedłożenie podmiotowych środków dowodowych są przedwczesne, gdyż najpierw – zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Pzp - należy wezwać do ich poprawienia lub uzupełnienia.

Stosownie bowiem do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp: jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:
1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub
2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Ponadto, należy zauważyć – co też wielokrotnie podkreślano w orzecznictwie - że Izba nie jest związana żądaniami odwołania.

Mając powyższe na uwadze, a w szczególności modyfikację treści warunku udziału w postępowaniu, dokonaną przez zamawiającego w dniu 2 października 2023 roku, Izba nakazała zamawiającemu wezwanie wykonawcy M.S., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.S. PRDI UNIDROMEX – na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Praw zamówień publicznych – do uzupełnienia aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. umowy z

instalacją, która posiada decyzję (zezwolenie) na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 02 01.

Dodatkowo, Izba zobowiązała również zamawiającego do wezwania ww. wykonawcy do złożenia nie tylko umowy z instalacją, ale i samej decyzji (zezwolenia), na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 02 01, wydanej na rzecz tej instalacji. Wynika to z faktu, że wykonawca przedłożył decyzję o zmianie pozwolenia zintegrowanego, obejmującą jedynie wprowadzone zmiany, gdy tymczasem sama treść tego pozwolenia nie jest znana. Faktem jest, że w pozycji 41 tabeli zawartej na stronach 15-16 przedmiotowej decyzji jest mowa o odpadach o kodzie 20 02 01 mimo to - zdaniem Izby – skoro zamawiający wymagał złożenia aktualnej decyzji na prowadzenie działalności w zakresie transportu i przetwarzania odpadów w zakresie odpadów o kodzie 20 02 01, to jeśli decyzja o zmianie, obejmuje jedynie treść zmian wprowadzonych tą decyzją, a nie obejmuje pełnej treści decyzji, to należy również i w tym zakresie wezwać wykonawcę do uzupełnienia wymaganego dokumentu.

W tym miejscu należy się odnieść do podnoszonej na rozprawie przez odwołującego kwestii udostępnienia zasobów przez podmioty trzecie i konieczności przedstawienia w tym zakresie wymaganych dokumentów. Izba zauważa, że wykonawca, który ewentualnie powoływałby się na umowę z instalacją i na decyzję na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów posiadaną przez tą instalację w istocie samodzielnie spełniałby warunek udziału w postępowaniu (w brzmieniu zmodyfikowanym przez zamawiającego w trybie wyjaśnień treści SWZ). W takim przypadku nie występuje powołanie się na zasoby podmiotu trzeciego, a w konsekwencji nie ma podstaw do żądania zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby oraz oświadczeń tego podmiotu.

Natomiast słusznie podnosił odwołujący, że dokument w postaci decyzji Starosty Inowrocławskiego z dnia 15 listopada 2021 roku nie został przekazany we właściwej formie. Zgodnie bowiem z § 6 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz. U. z 2020 r., poz. 2452) w przypadku gdy podmiotowe środki dowodowe, przedmiotowe środki dowodowe, inne dokumenty, w tym dokumenty, o których mowa w art. 94 ust. 2 ustawy, lub dokumenty potwierdzające umocowanie do reprezentowania, zostały wystawione przez upoważnione podmioty jako dokument w postaci papierowej, przekazuje się cyfrowe odwzorowanie tego dokumentu opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w przypadku postępowań lub konkursów o wartości mniejszej niż progi unijne, kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisem zaufanym lub podpisem osobistym, poświadczające zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej.

Zatem, także z uwagi na brak zachowania prawidłowej formy w zakresie przekazania dokumentu – Decyzji Starosty Inowrocławskiego z dnia 15 listopada 2021 roku, zamawiający powinien wezwać do jego poprawienia /uzupełnienia odnośnie wymaganej formy (brak podpisu poświadczającego zgodność cyfrowego odwzorowania z dokumentem w postaci papierowej).

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

Zgodnie z § 5 pkt 1 i 2 do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego, w tym m.in. koszty związane z wynagrodzeniem pełnomocnika. Stosownie zaś do § 7 ust. 5 Izba może w uzasadnionych przypadkach odstąpić od rozdzielenia kosztów w sposób, o którym mowa w ust. 1 pkt 3 oraz ust. 2-4, w szczególności jeżeli przemawia za tym rodzaj zarzutów uwzględnionych przez Izbę lub ich waga dla rozstrzygnięcia odwołania.

Koszty postępowania odwoławczego Izba zasądziła w całości od zamawiającego na rzecz odwołującego, mając na uwadze wagę zarzutów uwzględnionych oraz to, że – jak słusznie podnosił odwołujący w toku rozprawy – zaniechanie przekazania przez zamawiającego odwołującemu istotnego dokumentu (decyzji Starosty Inowrocławskiego z 15.11.2021 r.), co jak przyznał zamawiający było wynikiem omyłki jego pracownika, spowodowało błędne przeświadczenie odwołującego o braku jakiejkolwiek decyzji (zezwolenia) w zakresie przetwarzania odpadów i tym samym doprowadziło do wniesienia odwołania w określonym kształcie.

Wobec powyższego Izba obciążyła kosztami postępowania zamawiającego, zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego koszty postępowania odwoławczego związane z uiszczonym wpisem od odwołania (7 500 zł) oraz wynagrodzeniem pełnomocnika (3 600 zł), tj. łącznie 11 100 zł.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: ...……..…..