

POSTANOWIENIE
z dnia 30 listopada 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

po rozpoznaniu na posiedzeniu bez udziału stron w dniu **30 listopada 2022 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **24 listopada 2022 r.** przez Odwołującego: **W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Stare Babice, ul. Rynek 32, 05-082 Stare Babice**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze;

2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500 zł 00 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) stanowiącej 90% kwoty uiszczzonego wpisu na rzecz W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa.

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

UZASADNIENIE

Dnia 24 listopada 2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej – ePUAP) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, odwołanie złożył wykonawca: W. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą "BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa (dalej jako: "BYŚ" W. B." albo "Odwołujący"). Odwołanie zostało podpisane przez radcę prawnego umocowanego na podstawie pełnomocnictwa z 24 listopada 2022 r. udzielonego przez właściciela.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn: *„Zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Stare Babice w 2023 r.”*, Nr sprawy: WIZiF.271.47.2022, zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 października 2022 r. pod nr 2022/S 224-645658 przez Gminę Stare Babice, ul. Rynek 32, 05-082 Stare Babice zwany 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 2021 r. poz. 1129), zwana dalej *„Pzp”* albo *„PZP”*.

Zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 112 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w sposób, który nie umożliwi oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie, w jakim względem wykonawców, którzy nie posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub pozwolenia zintegrowanego na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 03 01, zamawiający żąda jedynie wykazania się umową zawartą z instalacją komunalną na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych (powstających z mechanicznej obróbki odpadów) nie weryfikując, czy dla instalacji, z którą została zawarta umowa wydane zostało zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub pozwolenie zintegrowane, a sama umowa gwarantuje przetworzenie wszystkich odpadów o kodzie 20 03 01 objętych przedmiotem zamówienia, co dodatkowo prowadzi do sytuacji, w której zakres badania zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia jest odmienny w sytuacji, gdy wykonawcą jest podmiot posiadający ww. zezwolenia i prowadzący własną instalację do przetwarzania odpadów, a inny gdy wykonawcą jest podmiot nie posiadający ww. zezwoleń i nie prowadzący własnej

instalacji, co stanowi o naruszeniu zasady równego traktowania wykonawców, przy czym naruszenie, o którym mowa przekłada się na określenie w sposób dyskryminujący również wymaganych od wskazanych tu kategorii wykonawców dokumentów i oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu;

2) art. 16 pkt 2 i 3 Pzp w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp poprzez określenie w sposób niejednoznaczny warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej względem „wykonawcy będącego podmiotem odpowiedzialnym za eksploatację Instalacji Komunalnej”, co prowadzi do sytuacji, w której nie jest wiadome, jakie dokumenty i oświadczenia (w tym o jakiej treści) winien złożyć taki wykonawca na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

Wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu zmianę zapisów SWZ w następujący sposób:

– W rozdz. IV pkt 3.1. ppkt 2 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SWZ” wykreślenie sformułowania: *„a w przypadku, gdy Wykonawca jest podmiotem odpowiedzialnym za eksploatację Instalacji Komunalnej, oświadczenie potwierdzające stan faktyczny”* oraz dopisanie w to miejsce, że umowa musi zostać zawarta z instalacją komunalną, która posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub pozwolenie zintegrowane na przetwarzanie odpadów wydane w trybie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

– W rozdz. IV pkt 3 ppkt 2 SWZ wykreślenie lit. d) (wykreślenie zapisu umożliwiającego złożenie wykonawcy jako podmiotowego środka dowodowego oświadczenia własnego potwierdzającego stan faktyczny, że jest podmiotem odpowiedzialnym za eksploatację Instalacji Komunalnej) oraz dokonanie zmiany w zakresie lit. c) poprzez wskazanie, że wykonawca, który nie eksploatuje własnej instalacji komunalnej winien przedstawić Zamawiającemu jako podmiotowy środek dowodowy umowę zawartą z podmiotem eksploatującym instalację komunalną na przyjmowanie wszystkich odpadów o kodzie 20 03 01 objętych przedmiotem zamówienia oraz aktualne zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane dla tej instalacji w trybie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub aktualne pozwolenie zintegrowane na przetwarzanie odpadów wydane dla tej instalacji w trybie przepisów ustawy – Prawo ochrony środowiska

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego 10-dniowego terminu, wobec zmian wprowadzonych w dniu 21 listopada 2022 r. do zapisów SWZ, w wyniku których / (przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, tj. za pomocą komunikatu publicznego zamieszczonego na platformie zakupowej:

https://platformazakupowa.pl/pn/stare_babice (strona prowadzonego postępowania)/ : (1) nie

jest widome, jakie oświadczenia i/lub dokumenty na potrzeby wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej ma przedłożyć wykonawca, który eksploatuje własną instalację komunalną do przetwarzania odpadów o kodzie 20 03 01 oraz w wyniku których

(2) wykonawca, który nie eksploatuje własnej instalacji komunalnej/nie posiada na eksploatację takiej instalacji odpowiednich zezwoleń jest traktowany w sposób uprzywilejowany względem podmiotu eksploatacyjnego taką instalację i posiadającego takie zezwolenia w zakresie weryfikacji jego zdolności do należytego wykonania zamówienia oświadczeń, a pośrednio również dokumentów, jakie winien przedłożyć na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, co równocześnie prowadzi do sytuacji, w której zamawiający jedynie w ograniczonym zakresie weryfikuje zdolność wykonawców nie posiadających własnej instalacji/odpowiednich zezwoleń do należytego wykonania zamówienia, a więc wobec zapisów SWZ wskazanych w treści niniejszego odwołania sformułowanych w sposób niezgodny z zapisami Pzp.

Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię odwołania (e-mailem - tego samego dnia, jak odwołanie, tj. 24 listopada 2022 r.) wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, wyznaczony do rozpoznania niniejszej sprawy odwoławczej ustalił i zważył, co następuje:

Zamawiający w dniu 25 listopada 2022 r. wezwał //(przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, tj. za pomocą komunikatu publicznego zamieszczonego na platformie zakupowej: https://platformazakupowa.pl/pn/stare_babice (strona prowadzonego postępowania)/ 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 30 listopada 2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu odwołania. Pismo zostało podpisane tak jak odwołanie.

Skład orzekający Izby, działając na podstawie art. 520, art. 568 pkt 1 oraz art. 553 ust. 1 zdanie drugie NPzp postanowił umorzyć postępowanie odwoławcze w niniejszej sprawie o sygn. akt: KIO 3115/22.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła okoliczność, iż cofnięcie odwołania miało miejsce przed otwarciem posiedzenia i rozprawy, zatem za rzecz Odwołującego należało zwrócić 90% kwoty wpisu uiszczonego

na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych, czyli kwotę 13 500 zł 00 gr, stosownie do art. 557 i art. 575 NPzp oraz § 9 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437).

Przewodniczący:

.....