

**WYROK**

**z dnia 28 stycznia 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: członek Krajowej Izby Odwoławczej Barbara Bettman**

**Protokolant: Agata Dzuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **28 stycznia 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu **2 stycznia 2015 r.** przez konsorcjum firm: **AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym**, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Nowy Sącz, ul. Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz**, przy udziale:

- A) **NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego konsorcjum firm: **AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym**,

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000,00 zł** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: konsorcjum firm: **AVR Sp. z o.o. (lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Rzym**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Nowym Sączu**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie:**

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie w przetargu nieograniczonego, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym UE 2014/S 153- 275028 z 12.08.2014r., nr 2014/S 168-299146; 2014/S 182-321261 na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”, dnia 2 stycznia 2015 r. zostało złożone odwołanie przez konsorcjum firm: AVR Sp. z o.o. (lider), oraz AVR S.p.A., w kopii przekazane zamawiającemu w tym samym terminie.

Wniesienie odwołania nastąpiło skutkiem powiadomienia przez zamawiającego w dniu 23 grudnia 2014 r. o wykluczeniu i odrzuceniu oferty odwołującego oraz o wyborze oferty najkorzystniejszej konsorcjum: NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o.

Odwołanie wniesiono od niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających na:

1. wyborze w przedmiotowym postępowaniu jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: konsorcjum: NOVA sp. z o.o. (lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. ,
2. odrzucenia oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. (lider) oraz AVR S.p.A. z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, wbrew złożeniu przez wykonawcę dokumentów - umowy(ów) wskazanych w wyroku KIO 2419/14 z dnia 3 grudnia 2014 roku i wymaganych w piśmie zamawiającego z dnia 15 grudnia 2014 r. oraz złożenia odpowiednich wyjaśnień w zakresie dotyczącym pojazdu o numerze VIN ZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 i posiadanego napędu przez ten pojazd,
3. zaniechaniu wezwania konsorcjum AVR Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu tj. załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług”,
4. zaniechaniu wyboru jako najkorzystniejszej oferty w przedmiotowym postępowaniu oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu Miastu Nowy Sącz naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013r., poz. 907 z późniejszymi zmianami) zwanej dalej ustawą Pzp, tj.:

1) art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum: NOVA Sp. z o.o. (lider), , SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o.,

2) art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez zawężającą i dowolną interpretację przez zamawiającego pkt 1 ppkt 1.3. lit b sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14) dokonaną z pominięciem uzasadnienia wyroku, a w konsekwencji uznaniem, iż dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp są nie wystarczające i nie potwierdzają wymagań zamawiającego, co w konsekwencji doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy konsorcjum AVR Sp. z o.o. w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp,

3) art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z treścią art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz 22 ust 3 i 4 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. jako niezgodnej z treścią z SIWZ w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia tj. bez wymaganego pojazdu z napędem na 4 koła z uwagi na fakt niedozwolonej zmiany interpretacji warunków postępowania w zakresie określonym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ

i alternatywnie:

4) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum AVR Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu tj. załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług" w sytuacji gdy zamawiający uznał, iż wyjaśnienia dokonane w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wskazują, iż wykonawca nie spełnia warunku wskazanego w art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z zapisami rozdziału VI pkt 2.3.1.1. SIWZ postępowania tj. dysponowania „pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd" z czym jednak odwołujący się nie zgadzał,

5) art. 7 ust 1 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad równego uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe zarzuty, odwołujący wnosił o:

1. nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: NOVA Sp. z o.o. (lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o.,

2. nakazanie wyboru oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A., ewentualnie:

3. nakazanie zamawiającemu: unieważnienia wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: NOVA sp. z o.o. (lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o.

4. wezwania w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. do uzupełnienia dokumentu załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług”.

W uzasadnieniu zgłoszonych zarzutów i żądań odwołujący podał, że w dniu 23 grudnia 2014 r. został poinformowany o wyborze oferty złożonej przez konsorcjum NOVA Sp. z o.o. (lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. Jednocześnie w oparciu o treść art. 92 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający poinformował, iż odrzucił ofertę konsorcjum AVR:

a) z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp jako niezgodną z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej także jako „SIWZ”):

*-,w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia bez wymaganego pojazdu z napędem na 4 koła" oraz*

*-,w zakresie zaoferowanej usługi nieodpowiadającej wymaganiom przedmiotu zamówienia w zakresie nie wykazania się umową o zagospodarowanie odpadów obejmująca przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania" (str. 2/9 uzasadnienia wyboru),*

b) na podstawie art. 24 ust 4 i art. 89 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp - jako złożoną przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

Z uwagi na brzmienie art. 179 ust 1 ustawy Pzp odwołujący uzasadniał swój interes do wniesienia środka ochrony prawnej tym, iż w przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności podniesionych zarzutów, a w konsekwencji wykazania przez konsorcjum AVR naruszenia przepisów ustawy prawo zamówień publicznych przez zamawiającego, a których skutkiem było odrzucenie złożonej oferty, uzyska on ponownie dostęp do zamówienia, a jednocześnie możliwość podpisania umowy na realizację usługi której zakres obejmuje „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”, co w konsekwencji uchroni odwołującego się od poniesienia szkody.

Za punkt wyjścia do rozważań przedstawionych w odwołaniu odwołujący przyjął normę art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do niej „Uwzględniając odwołanie, Izba może 1) jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności zamawiającego” W przedmiotowej sprawie Krajowa Izba Odwoławcza stosownie do pkt 1

ppkt 1.3. lit a i b sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14) zobowiązała zamawiającego do czynności obejmującej:

„1.3. ponowienie czynności badania oceny i wyboru ofert, poprzedzone wezwaniem Konsorcjum Firm AVR Sp. z o.o. (lider) oraz AVR S.p.A. do złożenia :

- a) wyjaśnień i dowodów na temat wskazanego w ofercie pojazdu: o numerze VIN ZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 i posiadanego napędu przez ten pojazd,
- b) dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert - umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania",

W związku z powyższym w takim też zakresie winny być dokonane czynności wyjaśniające i uzupełniające. Zdaniem odwołującego zamawiający poprzez zawężającą i dowolną interpretację pkt 1 ppkt 1.3. lit a i b sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14), dokonaną z pominięciem uzasadnienia przedmiotowego wyroku doprowadził do odrzucenia oferty konsorcjum AVR w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp pozbawiając w ten sposób wykonawcę możliwości realizacji usługi pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”.

Przechodząc do kwestii zasadniczych tj. zarzutów, konsorcjum AVR w pierwszej kolejności odniosło się do brzmienia pkt 1 ppkt 1.3. lit b wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. Odwołujący uznał, że zamawiający winien był wystąpić w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp do konsorcjum AVR o przedłożenie:

„ b) dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert - umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”.

Odwołujący wnioskował z przytoczonego powyżej zapisu, że aby uczynić zadość wezwaniu zamawiającego, winien był przedłożyć „umowę z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania” - co nie oznacza, iż jedynym właściwym dokumentem może być tylko umowa z RIPOKI-em dla regionu sądecko - gorlickiego. Okoliczność ta bowiem nie wynika wprost zarówno z wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. jak i uzasadnienia do niego, a także wezwania zamawiającego czy przepisów szczególnych.

Poza sporem pozostawało, że pismem z dnia 15 grudnia 2014 roku zamawiający zgodnie z nakazem zawartym w sentencji do wyroku KIO 2419/14 winien był i wystąpił do konsorcjum AVR o uzupełnienie w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp oferty złożonej w postępowaniu pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na

terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych" o dokument potwierdzający posiadanie na termin złożenia ofert - umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. W żadnym miejscu swego wezwania zamawiający - cytując zresztą nakaz KIO - nie wskazywał, iż jedynym dopuszczalnym i akceptowalnym dokumentem jest umowa zawarta z RIPOK-iem dla Regionu sądecko - gorlickiego, wyznaczonego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmieniona Uchwałą nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. Co jednak istotniejsze Krajowa Izba Odwoławcza w uzasadnieniu do wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku zwróciła uwagę, iż „Obowiązkiem zamawiającego przed dokonaniem ponownej oceny ofert będzie wezwanie Konsorcjum AVR do złożenia dokumentu potwierdzającego posiadanie na moment upływu wyznaczonego terminu złożenia ofert - umowy z uprawnionym odbiorcą odpadów, obejmującej przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania" (str. 49 uzasadnienia) nie wskazując, iż jedynym właściwym dokumentem jest ten pochodzący od wymienionego wcześniej RIPOK-u. Ponadto zamawiający nie mógł pominąć wskazanej w przywoływanym uzasadnieniu (strona 46), okoliczności wedle której Izba dopuszczała uczynienie zadość wskazanym wyżej wymogom, także wówczas gdy umowa zawarta będzie przez odwołującego zarówno z „którąkolwiek z instalacji do ich odbierania w danym regionie, wskazanymi dla regionu sądecko - gorlickiego, wyznaczonego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego" zmienionej Uchwałą nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r." lub „przetwarzanie ich w instalacji własnej RIPOK" lub „przez innego upoważnionego odbiorcę".

Oznacza to zdaniem odwołującego, czego zamawiający nie może pomijać w ocenie uzupełnionych dokumentów, a co uczynił, naruszając przepisy ustawy Pzp, iż Krajowa Izba Odwoławcza dopuściła trzy drogi uczynienia zadość postawionym przez zamawiającego wymogom. Ponieważ co zostało już podniesione przez odwołującego się w sprawie KIO 2419/14 nie dysponuje on własnym RIPOK-iem, dwoma pozostałymi, a dopuszczonymi przez Izbę opcjami były:

- 1) umowa z RIPOKiem dla Regionu sądecko - gorlickiego czyli NOVA Sp. z o.o. lub
- 2) umowa z innym upoważnionym odbiorcą.

Konsorcjum AVR przyznało, że uzupełniając w dniu 19 grudnia 2014 r. na wezwanie zamawiającego żądane dokumenty, nie przedłożyło kolejnej - nowej - umowy z NOVA Sp. z o.o., (bo jak nadal uważa ta zawarta w dniu 10 października 2014 roku spełnia wymóg

zamawiającego, co zresztą podniósł w skardze na orzeczenie KIO 2419/14 do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu).

Za konieczne odwołujący uznał ustalenie zakresu podmiotów, które Izba uznała za uprawnione do zawarcia z odwołującym takiej umowy i określiła sformułowaniem „inny upoważniony odbiorca”, a następnie ustalenie czy takimi „innymi upoważnionymi odbiorcami” mogą być w kontekście omawianej sprawy MOBRUK S.A. i PUK EMPOL Sp. z o.o. na okoliczność przedłożonych zamawiającemu z nimi umów.

Odwołujący wyjaśniał, że sporny odpad o kodzie 19 12 12 (stanowiący pozostałości z sortowania odpadów komunalnych), może w pierwszej kolejności powstać jako pozostałość po przeprowadzeniu jednego z procesów gospodarowania zmieszany odpadami komunalnymi. A zatem, ma on charakter wtórnego odpadu, który powstaje w ramach zagospodarowania nieselektywnie zebranych odpadów komunalnych. Po drugie, odpad o kodzie 19 12 12 może także powstać w wyniku zagospodarowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Jednocześnie, także w wypadku selektywnego zbierania odpadów, odpad o kodzie 19 12 12 - z uwagi na grupę odpadów z której się wywodzi tj. 19, która określona została jako „Odpady z instalacji i urządzeń służących zagospodarowaniu odpadów (...)”, przedmiotowy odpad może powstać po zagospodarowaniu innych odpadów. Zdaniem odwołującego - do momentu skutecznienia działań służących zagospodarowaniu odpadów, powstanie odpadu o kodzie 19 12 12 pozostaje wobec tego niemożliwe, gdyż stanowi on wyłącznie skutek czynności podejmowanych wobec już istniejących odpadów i to czynności wykonywanych z użyciem odpowiednich instalacji oraz urządzeń, służących mechanicznej obróbce (patrz grupa o kodzie 19 12 wedle rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 21 września 2001 r. w sprawie katalogów odpadów). Jednocześnie zauważył, iż ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach nie wprowadza rozróżnienia w zakresie klasyfikacji odpadów komunalnych pod kątem procesów technologicznych, jakim je poddano. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 7 u.o., fakt poddania zmieszanych odpadów komunalnych pewnym procesom technologicznym, nie powoduje utraty przez nich statusu zmieszanego odpadu komunalnego. Tym samym, podział zastosowany w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tj. wyszczególnienie zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, nie stanowi rozbieżnego i rozdzielnego podziału mającego charakter dychotomiczny. Dotyczy on w dalszym ciągu zmieszanych odpadów komunalnych. Jak bowiem wynika z definicji odpadów komunalnych, zmieszany odpadem komunalnym jest zarówno „czysty” odpad komunalny przeznaczony wyłącznie do składowania, jak również odpad komunalny przeznaczony do dalszej „obróbki” w postaci właśnie różnych procesów technologicznych. Jednocześnie, zaznaczał, iż sposób zagospodarowania przez odbiorcę

zmieszanymi odpadami komunalnymi we wskazanej powyżej definicji, może być różny. Odwołujący stwierdził, iż wybrał opcję, w której gospodarowanie zmieszanymi odpadami komunalnymi w całości powierzył podwykonawcy. Dlatego też, w tym celu w dniu 10 października 2014 r. zawarta została umowa nr 16/ZZO/2014 ze Spółką NOVA Sp. z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu, zgodnie z którą w § 1 umowy Spółka zobowiązała się do „unieszkodliwiania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oznaczonych kodem 20 30 01”. Wobec powyższego, prawidłowe działanie zamawiającego - z uwzględnieniem wprowadzonego powyżej podziału źródła wytworzenia odpadu o kodzie 19 12 12 - powinno było polegać na ustaleniu, czy powołana umowa ze Spółką NOVA spełnia warunki określone w orzeczeniu KIO. A zatem zweryfikowaniu, czy NOVA stanowi RIPOK określony w Uchwale Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienionej Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r. lub też jest innym upoważnionym odbiorcą, czego w ustaleniach zamawiającego brak. Tymczasem, analizując treść umowy ze Spółką NOVA zwracał uwagę, iż zobowiązała się ona przyjąć odpady o kodzie 20 03 01, poddać je procesom segregacji oraz ostatecznie dokonać obróbki termicznej, przeznaczyć do składowania bądź zastosować inne metody ich unieszkodliwienia, zgodnie z posiadanymi w tym zakresie zezwoleniami i pozwoleniami. Jednocześnie, zgodnie z wykazem zamieszczonym w przytoczonej uchwale Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. powyższa Spółka jest RIPOKiem właściwym dla Regionu sądecko - gorlickiego. Dodatkowo podnosił, iż przedmiotowa Spółka jest zobligowana postępować z odebranymi zmieszanymi odpadami komunalnymi, zgodnie z zasadami wynikającymi z art. 17 u.o. Powyższe zasady dalszego gospodarowania zmieszanymi odpadami komunalnymi, uznał za irrelevantne dla konsorcjum AVR. Ustawodawca bowiem zastrzegł jedynie obowiązek zawarcia umowy z RIPOK, który ma możliwość gospodarowania zmieszanymi odpadami komunalnymi, przez które rozumie się „czyste” zmieszane odpady komunalne dostarczone przez odwołującego się, jak również zmieszane odpady komunalne pozostałe po przetworzeniu pierwotnych zmieszanych odpadów komunalnych przez RIPOK. W świetle art. 91 u.u.c.p.g. spółka NOVA Sp. z o.o., jako podmiot prowadzący właściwy miejscowo RIPOK przeznaczony do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, definiowanych jako „czystych” zmieszanych odpadów komunalnych, jak i pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, pozostawała zobowiązana do zawarcia właściwej umowy w przedmiocie zagospodarowania obu typów odpadów, pod groźbą kary administracyjnej. Za takie postanowienie umożliwiające gospodarowanie zmieszanymi odpadami komunalnymi - definiowanymi w powyższy sposób poczytał odwołujący zapis § 1 wiążącej go i Spółkę NOVA Sp. z o.o. umowy nr 16/ZZO/2014 z dnia 10 października 2014 r. Tym samym, uznał,



iż konsorcjum AVR przedłożyło wraz z ofertą umowę z odbiorcą uprawnionym do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, który jednocześnie jest RIPOKiem, co w pełni koresponduje z rozstrzygnięciem KIO i wymogami SIWZ.

W konsekwencji przekonywał, iż dotychczas przedłożona przez niego w ofercie umowa ze Spółką NOVA w pełni zabezpiecza zagospodarowanie zmieszanych odpadami komunalnymi we wszystkich postaciach. Spółka AVR bowiem wszelkie formy gospodarowania w/w odpadami sędowała na podwykonawcę, który jednocześnie stanowi RIPOK, a z którego to kolei statusu RIPOKa aktywizuje się obowiązek spółki NOVA zgodnie z art. 91 u.u.c.p.g. do zagospodarowania zmieszanych odpadami komunalnymi pozostałymi po przeprowadzeniu innych procesów technologicznych, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Mimo swojego stanowiska zaprezentowanego jak wyżej, które w ocenie odwołującego miało spełniać postawione wymogi wprost na podstawie dokumentów załączonych do oferty, odwołujący na wezwanie zamawiającego uzupełnił dokumenty w tym zakresie.

Jednocześnie, odwołujący stwierdził, iż dopełniając obowiązku przedstawienia sposobu zagospodarowania odpadu o kodzie 19 12 12, powstałego po przeprowadzeniu procesów technologicznych w ramach selektywnego zbierania odpadów komunalnych - przedłożył kolejne dwie umowy: ze Spółką MOBRUK S.A. z siedzibą w Niecwi oraz ze Spółką Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. z siedzibą w Tylmanowej. Względem powołanych umów dostrzegł brak jakichkolwiek ocen zamawiającego w kontekście spełnienia warunków wynikających z rozstrzygnięcia KIO. Zamawiający bowiem w swym uzasadnieniu do odrzucenia oferty konsorcjum AVR w ogóle nie rozważał i nie brał pod uwagę dopuszczalnej w wyroku KIO drogi zawarcia umowy na przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych zbieranych selektywnie przeznaczonych do składowania z „innym upoważnionym odbiorcą”. Skoro bowiem ani MOBRUK S.A., ani PUK EMPOL Sp. z o.o. nie są RIPOKami ujętymi w powołanej uchwale Sejmiku Województwa Małopolskiego, zgodnie z zasadami sztuki i ustawą działanie zamawiającego powinno było polegać na zweryfikowaniu, czy umowy przedłożone przez Spółkę AVR Sp. z o.o. są umowami zawartymi z innym upoważnionym odbiorcą, na co zwróciła uwagę Izba w swym orzeczeniu. Dopiero bowiem powyższe ustalenia umożliwiałyby przesądzenie, czy przedłożone umowy nie spełniają warunków SIWZ, a w konsekwencji orzeczenia KIO.

Odwołujący powoływał się na stanowisko Departamentu Gospodarowania Odpadami Ministerstwa Środowiska z lutego 2012 r., „odpady selektywnie zebrane (takie jak np. opakowania szklane, papier, tworzywa sztuczne itp.), przedsiębiorca przekazuje do

odpowiednich instalacji, które nie muszą być instalacjami regionalnymi i nie muszą być położone na terenie regionu; zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.”

Odnosząc powyższe do analizowanej sprawy wskazywał, iż zagospodarowanie selektywnie zebranymi odpadami komunalnymi gwarantuje umowa ze Spółką MOBRUK S.A. Podtrzymał, iż konsorcjum AVR w zakresie zagospodarowania selektywnie zebranymi odpadami komunalnymi nie jest ograniczona obowiązkiem przekazania ich do RIPOKu właściwego dla miejsca ich odbioru. A zatem, może dobrowolnie obrać instalację, gdzie dokonane zostanie zagospodarowanie odpadami, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. W przedłożonej zamawiającemu umowie z AVR Sp. z o.o., Spółka MOBRUK zobowiązała się do przeprowadzenia procesu odzysku lub unieszkodliwiania odpadów dostarczonych przez AVR, a następnie zagospodarowania zgodnie z wymogami prawa pozostałości z powyższych procesów, co wynika z § 2 ust. 5 przywoływanej umowy. Odwołujący podkreślił, iż gospodarka odpadami jest ściśle reglamentowana poprzez stosowne decyzje i zezwolenia. Tym samym, uprawnionym do prowadzenia powołanej działalności jest jedynie podmiot, który uzyskał odpowiednie zezwolenie. Odwołujący zaznaczył, że nie ma wpływu na to, w jaki sposób Spółka MOBRUK będzie gospodarować pozostałościami odpadu o kodzie 19 12 12, gdyż powyższe pozostaje poza zakresem jego obowiązków, wynikających z u.u.c.p.g. Ma bowiem jedynie dostarczyć selektywnie zebrany odpad komunalny zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 1) u.u.c.p.g., podmiotowi dysponującemu uprawnieniami do odzysku i unieszkodliwiania takich odpadów. Wobec powyższego, za wystarczające dla zrealizowania przedmiotowego obowiązku, uznał wykazanie zawarcia umowy z odbiorcą, który posiada uprawnienia do wykonywania powołanych procesów technologicznych, czemu czyni zadość przedłożona umowa z MOBRUK, a co z kolei koresponduje z wymogiem określonym w orzeczeniu KIO (strona 46 uzasadnienia).

W ocenie odwołującego zagospodarowanie pozostałościami z sortowania odpadów komunalnych zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2) u.u.c.p.g., (a więc jednego z procesów gospodarki odpadami), zapewnia umowa zawarta ze Spółką EMPOL. Jeszcze raz powtórzył, iż Spółka AVR w zakresie zagospodarowania selektywnie zebranymi odpadami komunalnymi nie jest ograniczona obowiązkiem przekazania ich do RIPOKu właściwego dla miejsca ich odbioru. Jednakowoż, jeżeli w ramach przeprowadzonych procesów, w tym procesie sortowania, składającego się na gospodarowanie odpadami, powstaną odpady nie nadające się do gospodarczego wykorzystania, zgodnie z art. 18 ust. 5 u.o. Spółka EMPOL jako posiadacz powyższego odpadu, zobligowana jest taki odpad unieszkodliwić, przy czym zgodnie z art. 20 ust. 7 u.o. - zagospodarowanie powyższego odpadu powinno nastąpić w regionie gospodarki odpadami, gdzie został wytworzony. Tym samym, odpad o kodzie 19 12 12 jako pozostałość z sortowania odpadów komunalnych ze zbiórki selektywnej, powinien

być przekazany do właściwego regionalnie RIPOK-u. Skoro EMPOL jest jednocześnie RIPOK-iem, co wynika z § 1 umowy z dnia 3 marca 2014 r., nie budziło wątpliwości odwołującego, iż przedłożona umowa została zawarta z odbiorcą upoważnionym do odbioru i zagospodarowania pozostałościami z sortowania odpadów komunalnych o kodzie 19 12 12, co jego zdaniem koresponduje z rozstrzygnięciem KIO.

Z ostrożności procesowej odwołujący poddawał w wątpliwość możliwość wytworzenia w gospodarstwie domowym odpadu o kodzie 19 12 12. Otóż z uwagi na pochodzenie i skład powołanego odpadu, wysoce wątpliwie jest, iż aby taki odpad został dostarczony - jako „pierwotny” przez Spółkę AVR do Spółki MOBRUK S.A., czy EMPOL Sp. z o.o. Jak bowiem wskazano powyżej, powołany odpad powstaje w ramach wcześniejszych procesów gospodarowania odpadami, i to z użyciem odpowiednich instalacji oraz urządzeń, służących mechanicznej obróbce (patrz grupa 19 12). A takimi instalacjami czy urządzeniami, w ramach których może powstać powołany odpad o kodzie 19 12 12, dysponuje właśnie Spółka NOVA, MOBRUK czy EMPOL Sp. z o.o. w ramach przyjętych na siebie obowiązków gospodarowania odpadami. W związku z tym, niezależnie od tego, czy źródłem powstania powyższego odpadu będą procesy przeprowadzone na zmieszanych (nieselektywnie) zebranych odpadach komunalnych, czy też na selektywnie zebranych odpadach komunalnych, do ich powstania według odwołującego zawsze wymagane jest przeprowadzenie działań z użyciem właściwych instalacji i urządzeń. Takimi natomiast dysponują powołane spółki, którym konsorcjum AVR powierzyło pełne zagospodarowanie odpadów, niezależnie od źródła ich pochodzenia. Tym samym, podtrzymał, że każda z przedstawionych zamawiającemu umów gwarantuje zgodne z wymogami prawa zagospodarowanie odpadami.

W przypadku bowiem zmieszanych odpadów komunalnych zagospodarowanie pozostałości z ich sortowania zapewnia umowa ze Spółką NOVA Sp. z o.o. stanowiącą RIPOK, która z uwagi na powyższy status RIPOKu zobligowana jest do przyjęcia i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych we wszystkich postaciach, zgodnie z art. 91 ust. 1 u.u.c.p.g.

Z kolei zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych i pozostałości po przeprowadzeniu jednego z procesów gospodarowania tj. sortowania, gwarantują umowy zawarte ze spółkami:

- MOBRUK S.A. i EMPOL Sp. z o.o., gdzie zgodnie z art. 17 i art. 18 ust. 5 u.o. na powyższych podmiotach, jako wytwórcach ww. pozostałości, spoczywa obowiązek ich zagospodarowania.

Reasumując, odwołujący podtrzymał, że zamawiający dokonując odrzucenia jego oferty z uwagi na treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp w zakresie dotyczącym obowiązku przedłożenia „dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert - umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania” wskazał, iż nie wykazało się ono umową o zagospodarowanie odpadów obejmującą przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Z treści uzasadnienia zawartego na stronie 7 i 8 ogłoszenia o ponownym wyborze oferty z dnia 23 grudnia 2014 r. odwołujący wywiódł, że zamawiający ograniczył jednak zakres weryfikacji umów i badał ich zgodność z SIWZ tylko w zakresie „odpadów zmieszanych” i tylko z uwagi na okoliczność zawarcia ich z „podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania wskazanymi dla Regionu sądecko - gorlickiego, wyznaczonego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 roku w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienionej Uchwałą nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r.”, pomijając wskazane w uzasadnieniu wyroku KIO i dopuszczone przez Izbę - umowy z innym upoważnionym odbiorcą.

Konsekwencją wskazanych naruszeń art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z zapisem pkt 1 ppkt 1.3. lit b sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14) polegających na zawężającej interpretacji wyroku KIO stało się nie uznanie uzupełnionych w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp prawidłowych zdaniem odwołującego umów zawartych przez konsorcjum AVR, które dopuszczała Izba w uzasadnieniu do przywoływanego wyroku w sprawie oznaczonej sygn. KIO 2419/14, było odrzucenie oferty konsorcjum AVR z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zamawiający dokonując czynności ponownego badania ofert jest związany wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej. Wyrok Izby, to jednak zarówno jego cytowana powyżej sentencja jak i uzasadnienie wskazujące motywy, którymi kierowała się Izba przy wyrokowaniu.

Odwołujący wyjaśniał, że zamawiający wzywając go pismem z dnia 15 grudnia 2014 roku do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp zobowiązał konsorcjum AVR do „złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu tj. dysponowania pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - 1 pojazd”.

W odpowiedzi na powyższe konsorcjum AVR poinformowało zamawiającego, zgodnie ze stanowiskiem przedstawionym na rozprawie w sprawie oznaczonej sygnaturą KIO 2419/14:

*„Wykonawca pragnie wyjaśnić, iż samochód wskazany w ofercie Konsorcjum AVR złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miasto Nowy Sącz pn. Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych”, tj. IVECO DAILY35C11 o numerze nadwozia ZCFC357170D514374 posiada napęd na jedną oś, na której znajdują się cztery koła. W związku z powyższym, iż Zamawiający dokonując opisu spełniania warunku w pkt 2.3.1.1.a SIWZ nie żądał dla „pojazdu do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony” napędu 4X4, czy też na dwie lub więcej osi, Wykonawca uznał, iż warunek ten spełni auto posiadające napęd na 4 koła na tylnej osi i nią też napędzane. Dlatego też zadeklarowany w ofercie pojazd IVECO DAILY 35C11 o numerze nadwozia ZCFC357170D514374 jest samochodem posiadającym „napęd na 4 koła” na tylnej osi i nią też napędzany co Wykonawca wyjaśniał w trakcie rozprawy przed Izbą w sprawie oznaczonej sygn. akt KIO 2419/14.*

*Z ostrożności pragniemy zauważyć za ugruntowanym orzecznictwem Zespołu Arbitrów i Krajowej Izby Odwoławczej, iż wykonawca nie może ponosić konsekwencji nieprecyzyjnego sformułowania SIWZ przez zamawiającego (wyrok z dnia 25 sierpnia 2005 r. UZP/ZO/0-2279/05 oraz wyrok z dnia 19 października 2005 r. UZP/ZO/0-2951/05. Ponadto w związku z tym, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem sformalizowanym, to z nieprecyzyjnych zapisów SIWZ i niepoprawnych językowo Zamawiający nie ma prawa wywodzić ujemnych skutków dla wykonawców” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej przy Prezesie Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 24 sierpnia 2009 r. sygn. KIO/UZP1031/09) oraz wyroku KIO z dnia 13 marca 2014 r. sygn. KIO 310/14 w którym stwierdza się że „Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji niejasnych czy nieprecyzyjnych sformułowań, zamieszczonych w siwz”.*

Odwołujący uznał, że okoliczność nieprecyzyjnego zapisu w SIWZ potwierdził sam zamawiający w swym piśmie procesowym zatytułowanym „Odpowiedź na odwołanie” z dnia 1 grudnia 2014 r., iż *„Stwierdzić należy, że Wykonawca wykazał; że dysponuje potencjałem technicznym wskazanym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ i Zamawiający uwzględniając przedłożone dokumenty nie miał podstaw do ich kwestionowania, tym bardziej, że nie określił wprost tego czy chodzi o napęd 4X4, czy na tylne koła pojazdu”.*

Reasumując odwołujący podtrzymał, iż z uwagi na przywoływane okoliczności przygotowując ofertę uznał, iż warunek zamawiającego zostanie spełniony poprzez zadeklarowanie w wykazie narzędzi tj. załączniku nr 5 do SIWZ samochodu IVECO DAILY

35C11 o numerze nadwozia ZCFC357170D514374 posiadającego napęd na jedną oś na której znajdują się cztery koła („napęd na cztery koła”).

Z uwagi na okoliczność bezsporną i przesądzoną przez Izbę tj. bezzasadności zarzutu zawartego w odwołaniu konsorcjum NOVA Sp. z o.o., SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. w zakresie dotyczącym naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp, a polegającego na rzekomym złożeniu nieprawdziwych informacji przez konsorcjum AVR, jedynym potwierdzonym naruszeniem przepisów ustawy Pzp, na które zwróciła uwagę KIO - a związanym z beczynnością zamawiającego - było niezastosowanie przez niego w budzącym wątpliwości zakresie zadeklarowanego przez odwołującego pojazdu IVECO, obligatoryjnej w takiej sytuacji procedury art. 26 ust 4 ustawy Pzp i właśnie z uwagi na „obligatoryjność” tej instytucji, KIO w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. uznała za uzasadniony zarzut niezastosowania przez zamawiającego art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Gdyby natomiast zamawiający instytucję tę zastosował - konsekwencją tego byłoby - w przypadku potwierdzenia nie uczynienia zadość warunkom postawionym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. SIWZ postępowania - wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia Załącznika nr 5 w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

W kwestii dokonanych czynności zamawiającego, a wynikających z dyspozycji Izby zawartej w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r., zastrzeżenie odwołującego się budziło to, iż pomimo, że zamawiający sam przyznał w piśmie procesowym z dnia 1 grudnia 2014 r., a przedłożonym Krajowej Izbie Odwoławczej 2 grudnia 2014 r., iż *„Stwierdzić należy, że Wykonawca wykazał, że dysponuje potencjałem technicznym wskazanym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. iit a SIWZ i Zamawiający uwzględniając przedłożone dokumenty nie miał podstaw do ich kwestionowania, tym bardziej że nie określił wprost tego czy chodzi o napęd 4X4, czy na tylne koła pojazdu”* przyznając w sposób nie budzący sprzeciwu, iż po pierwsze „Wykonawca wykazał, że dysponuje potencjałem technicznym wskazanym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ” a po drugie, że zapis SIWZ w zakresie „dysponowania pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - 1 pojazd” jest nieczytelny, nieprecyzyjny, budzący wątpliwości interpretacyjne to jednakże zdecydował się dokonać jego kolejnej wykładni, co najistotniejsze niekorzystnej dla wykonawcy.

W tym celu w dniu 19 grudnia 2014 roku (piątek, godzina 16:14, podczas gdy urzędowe godziny pracy zamawiającego to 7:30-15:30) mailowo wystąpił o opinię do rzeczoznawcy inż. J. D. z Biura Rzeczoznawców Maszynowych, Motoryzacyjnych, Ruchu Drogowego, Materiałów Obciowych i Rozwiązań Technicznych z UniversumBv6 s.c. na okoliczność:

a) jak należy rozumieć zgodnie z zasadami wiedzy techniki samochodowej zwrot „napęd na cztery koła”,

b) jaki napęd ma samochód IVECO DAILY 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, czy ten pojazd jest pojazdem z napędem na cztery koła.

- który sporządził taką opinię w ciągu weekendu 20 i 21 grudnia 2014 r. z datą 22 grudnia 2014 r.

Abstrahując od obowiązku nałożonego przez Izbę na zamawiającego tj. uzyskania w spornej kwestii dotyczącej pojazdu IVECO wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, odwołujący zwrócił uwagę na zmianę stanowiska zamawiającego w zakresie postawionego przez siebie warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ. Przypomniat, iż w protokole z dnia 6 listopada 2014 r. zamawiający w pkt 6 dokonał wyboru oferty konsorcjum AVR stwierdzając, iż ta spełnia „wszystkie wymogi zamawiającego” a więc również wymogi, o których mowa w art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp. Dodatkowo zamawiający stanowisko to potwierdził w swym piśmie z dnia 1 grudnia 2014 r. przedłożonym na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą. Podnosił, iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może być normą, że warunki postawione przez zamawiającego pierwotnie w ogłoszeniu i specyfikacji nie są jednolite i trwałe, a zamawiający nie jest w stanie odczytać ich samodzielnie badając złożone oferty pomimo, iż jest ich autorem, bo świadczyłoby to, iż sam nie wie ostatecznie czego potrzebował w postępowaniu. Dodatkowo warunki udziału w postępowaniu uznał odwołujący za niejasne i nieczytelne, iż odmiennie odczytują je również wykonawcy biorący w nim udział, a Izba rozstrzygająca spór stwierdza, iż „przedstawiona dokumentacja jednoznacznie nie potwierdzała, ani nie zaprzeczała, że wymieniony pojazd posiada bądź nie posiada napędu na 4 koła”.

W takiej sytuacji postulował o wykładnię zapisów SIWZ, która jest korzystna dla wykonawcy, o czym przesądza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. Tymczasem jedyną osobą, która jak się okazuje według zamawiającego autorytatywnie może przesądzić o właściwej interpretacji postawionego przez niego warunku jest biegły z Biura Rzeczoznawców Maszynowych, Motoryzacyjnych, Ruchu Drogowego, Materiałów Obiciowych i Rozwiązań Technicznych, który jak każdy specjalista tego typu posiada szczególną i specjalistyczną wiedzę, którą nie dysponuje każdy z wykonawców. Poza sporem jest, iż warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mogą być formułowane w taki sposób by pozwalały na dowolną ich interpretację, którą zamawiający każdorazowo dostosowuje do okoliczności - w zależności do swoich potrzeb - gdyż opis zawarty w SIWZ winien być jasny i klarowny (*„Zamawiający zobowiązani są do określenia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 P.z.p. w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, aby zarówno wykonawcy potencjalnie zainteresowani udziałem w postępowaniu,*

*jak i sami zamawiający mogli ocenę ich spełniania przeprowadzić na zasadzie "spełnia - nie spełnia" KIO 1654/13).* W takich sytuacjach, wszelkie rozbieżności i wątpliwości niejasne dla wykonawców winny być interpretowane na korzyść wykonawcy, czyli w opisywanym przypadku - konsorcjum AVR - jak przekonywał odwołujący. O tym natomiast, że z rozbieżnościami takimi mamy do czynienia świadczą chociażby odmienne stanowiska konsorcjum NOVA Sp. z o.o., konsorcjum AVR, czy zamawiającego prezentującego każdorazowo odmienne interpretacje własnych zapisów SIWZ, a także Krajowej Izby Odwoławczej, która sama podkreśliła pojawiające się wątpliwości nakazując zamawiającemu zastosowanie w ich przypadku obligatoryjnej instytucji z art. 26 ust 4 ustawy Pzp.

Odwołujący przyznał zasadność wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp z uwagi na okoliczność, iż zamawiający nie uczynił zadość obowiązkowi nałożonemu na niego przez ustawę - wcześniej, to jednak nie zgodził się z przyjęciem przez zamawiającego niekorzystnej interpretacji dla konsorcjum AVR zapisu warunku zawartego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ. Nawet, gdy Izba w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. nakazała wystąpić do konsorcjum AVR w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp o złożenie „wyjaśnień i dowodów na temat wskazanego w ofercie pojazdu: o numerze VINZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 i posiadanego napędu przez ten pojazd" - to zobligowanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp, w ocenie odwołującego nie uprawniało zamawiającego w żadnym wypadku do dokonywania czynności kolejnego już modyfikowania własnego stanowiska dotyczącego kontrowersyjnego zapisu ze specyfikacji - odmiennego od wcześniej zajmowanego i korzystnego dla wykonawcy, a w szczególności warunków udziału w postępowaniu. Zastosowanie instytucji z art. 26 ust 4 ustawy Pzp miało jedynie na celu rozwianie wątpliwości, które powstały poprzez zaniechania zamawiającego wynikające z niezastosowania przez niego wcześniej instytucji wskazanej w art. 26 ust 4 ustawy Pzp. Tymczasem na stronie 4 uzasadnienia do ogłoszenia o ponownym wyborze oferty z dnia 23 grudnia 2014 r. podano, że: *„Zamawiający uznał, że pojazd oferowany przez Wykonawcę jako ten, którym wykonywał będzie zamówienie nie odpowiada opisowi zawartemu w specyfikacji, albowiem nie posiada on napędu na obie osie tj. przednia i tylna. Specyfikacje w tej części należy bowiem rozumieć jako wymóg dysponowania pojazdem na obie osie co jest równoznaczne z użytym sformułowaniem „pojazd z napędem na cztery koła”. Wcześniej zamawiający uznał pojazd konsorcjum AVR za zgodny ze Specyfikacją, która nie precyzowała czy „chodzi o napęd 4X4, czy na tylne koła pojazdu” - „Stwierdzić należy, że Wykonawca wykazał, że dysponuje potencjałem technicznym wskazanym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ i Zamawiający uwzględniając przedłożone dokumenty nie miał podstaw do ich kwestionowania, tym bardziej, że nie określił wprost tego czy chodzi o napęd 4X4, czy na tylne koła pojazdu.”*



Za niedopuszczalne uznał odwołujący doprowadzenie do sytuacji, w której uczestnik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zaskakiwany jego „zmieniającymi się w trakcie procedowania” warunkami, zwłaszcza tymi fundamentalnymi, o których mowa w art. 22 ustawy Pzp.

Tym samym, w ocenie odwołującego nastąpiło zawężenie treści warunku na tym etapie i jego nieuprawniona i co istotne niekorzystna dla konsorcjum AVR modyfikacja naruszająca art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp i art. 7 ust 1 ust 3 ustawy Pzp w zw. z zapisem pkt 1 ppkt 1.3. lit a sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14), bo wykracza poza dyspozycje KIO dla zamawiającego, która ograniczała się do tylko „wyjaśnienia” wątpliwości, a nie takiej modyfikacji warunków po złożeniu wyjaśnień wykonawcy by uznać, iż ten nie spełnia warunków wskazanych w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ.

Kolejnym zarzutem odwołującego - alternatywnym i zgłaszanym z ostrożności procesowej - było naruszenie przez zamawiającego art. 26 ust 3 ustawy Pzp, a to z uwagi na zaniechanie wezwania konsorcjum AVR Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu tj. załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych, dostępnych wykonawcy usług”, w sytuacji gdyby zamawiający uznał, iż z wyjaśnień dokonanych w trybie art. 26 ust 4 ustawy Pzp wynikało, iż wykonawca nie spełnia warunku wskazanego w art. 22 ust 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z zapisami rozdziału VI pkt 2.3.1.1. SIWZ postępowania tj. dysponowania „pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd”.

W pierwszej kolejności odwołujący po raz kolejny podnosił, że zgodnie z orzecznictwem KIO jego wyjaśnienia w sprawie pojazdu IVECO winny być interpretowane zgodnie z wykładnią nakazującą rozstrzygać wszelkie spory dotyczące zapisów SIWZ - w tym również warunków o których mowa w art. 22 ustawy Pzp - na korzyść wykonawcy. Przepisy art. 26 ust. 3, ale i ust 4 ustawy Pzp mają charakter bezwzględnie obowiązujący i nakładają na zamawiającego obowiązek wezwania do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, oraz do ich wyjaśnienia. Zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy z postępowania, nie mając absolutnej pewności, co do wykazania lub niewykazania spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - Bazan A., Nowicki J.E., LEX Warszawa 2014). Stanowisko powyższe potwierdza orzecznictwo Izby *„Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy - Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy*

*złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy/usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert. Z treści tego artykułu wynika bezwzględny obligatoryjny obowiązek Zamawiającego, który nakłada na niego ustawodawca i Zamawiający nie zostaje zwolniony z tego obowiązku nawet w przypadku, gdy wykonawcy w okresie pomiędzy składaniem ofert a wyborem najkorzystniejszej oferty samodzielnie przesyłają Zamawiającemu dokumenty lub oświadczenia. Nie zwalnia również z tego obowiązku złożenia dokumentów przez wykonawcę po terminie wniesienia odwołania. Izba bada bowiem stan sprawy na dzień złożenia odwołania, a w tym dniu w ofercie uczestnika postępowania odwoławczego brak było dokumentów potwierdzających, że przedstawiona przez niego polisa była opłacona (wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2013 r. sygn. KIO 27/13).*

Z uwagi na wykazaną powyżej okoliczność uzupełnienia przez odwołującego w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp „dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert - umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania” Zamawiający w przekonaniu odwołującego winien był uznać wyjaśnienia Wykonawcy w zakresie dotyczącym „pojazdu do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd” za wystarczające i czyniące zadość wezwaniu z dnia 4 grudnia 2014 r. Skoro jednak - z czym nie zgadzał się odwołujący - modyfikując warunki wskazane w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ uznał, iż „pojazd do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd”, to: „W opinii z dnia 22 grudnia 2014 roku nr EX-3797-14 biegły jednoznacznie zajął stanowisko, że pojazd z napędem na cztery koła posiada napęd na obie osie przednią i tylną - zwany też jest pojazdem z napędem 4X4” (str. 4 z 9 uzasadnienia ponownego wyboru z dnia 23 grudnia 2014 r.) - to zobowiązany był - czego nie uczynił - zastosować instytucję, o której mowa w art. 26 ust 3 ustawy Pzp i wezwać konsorcjum AVR do uzupełnienia załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług”. Z uwagi na fakt, że zamawiający nigdzie nie wskazał przyczyn nie zastosowania obligatoryjnej jak już wykazano instytucji, o której mowa w art. 26 ust 3 ustawy Pzp, odwołujący założył, że nie została ona wcielona w życie z uwagi na brzmienie cytowanego przepisu, który w końcowej części zdania pierwszego dopuszcza odstępstwo od obowiązkowej procedury

wtedy, gdy mimo ich złożenia (dokumentów - przyp. odwołującego się) oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Jednakowoż prawidłowe zakwalifikowanie przez zamawiającego, jako właściwych i zgodnych z SIWZ oraz orzeczeniem KIO, a złożonych przez odwołującego umów, nie pozwoliłoby na zastosowanie przywoływanego w zdaniu poprzednim zapisu i w sytuacji najmniej korzystnej dla konsorcjum AVR musiałoby doprowadzić do jego wezwania do przedłożenia dokumentu celem jego uzupełnienia, czego nie uczyniono. W związku z powyższym za zasadny uważał podniesiony - z ostrożności procesowej - zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust 3 ustawy Pzp.

Na wezwanie zamawiającego z dnia 2 stycznia 2015 r. przystąpienie do postępowania odwoławczego (w kopii przesłane stronom) - po stronie zamawiającego zgłosił w dniu 2 stycznia 2015 r. wykonawca wybrany konsorcjum: NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o., który powołując się na swój interes w utrzymaniu w mocy czynności zamawiającego - wyboru jego oferty - wnosił o oddalenie odwołania.

Izba postanowiła dopuścić konsorcjum : NOVA Sp. z o.o. (lider); SITA Małopolska Sp. z o.o. Oddział Nowy Sącz; Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. do udziału w postępowaniu odwoławczym uznając, że przesłanki wymienione w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp zostały wykazane.

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w oparciu o art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zgodnie z wyrokiem KIO z dnia sygn. akt KIO 2419/14 wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów.

Podlegającymi rozpatrzeniu zarzutami niniejszego odwołania mogły być objęte wyłącznie kwestionowane nowe czynności zamawiającego - niezgodnej z przepisami ustawy Pzp oceny przez zamawiającego tych wyjaśnień oraz złożonych dokumentów.

Zamawiający nie uwzględnił odwołania, podtrzymał stanowisko zawarte w powiadomieniu z dnia 23 grudnia 2014 r. o wynikach oceny ofert oraz o wykluczeniu odwołującego i odrzuceniu oferty odwołującego. W odpowiedzi na odwołanie z dnia 27 stycznia 2015 r. wnosił o oddalenie odwołania. Zamawiający przedstawił przebieg podejmowanych czynności w ramach powtórnej oceny oferty odwołującego.

Do protokołu rozprawy - odnosząc się do uzupełnionych przez odwołującego umów zamawiający stwierdził, że wzywając do uzupełnienia dokumentów w zakresie umów z odpowiednim rzeczowo i terytorialnie RIPOK- iem wymagał umowy zarówno na odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych jak i odbiór pozostałości sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Zamawiający wskazywał, że oczekiwał

właśnie przedmiotowo takiej umowy zawartej z właściwym RIPOK-iem, jaką odwołujący przedstawił w wyniku realizacji wezwania tj. obejmującej odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, z tym że umowa ta z 3.03.2014 r. została zawarta z PUK EMPOL Sp. z o. obejmowała dostawy transportem dostawcy odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych - dotyczyła jednak niewłaściwego regionalnie RIPOK-u (nie dla Regionu sądecko-gorlickiego). Zamawiający zaznaczał, że przedłożył w dokumentacji akt postępowania wystąpienia odwołującego do spółki NOVA o aneksowanie zawartej umowy na odbiór odpadów zmieszanych i objęcie nią odbioru pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Żadna z przedstawionych umów nie jest zawarta z podmiotem wskazanym w stosownej uchwale - § 13 Sejmiku Województwa Małopolskiego.

Odnośnie kwestionowanego samochodu zamawiający podnosi, że w zasadzie okoliczność posiadanego napędu przez ten pojazd była już przyznana przez odwołującego w trakcie poprzedniej rozprawy. Biegły dysponując numerami identyfikacyjnymi pojazdu był w stanie rozkodować jego cechy. Okoliczność bezsporną stanowi, że zamawiający podejmował próby wyjaśnienia napędu pojazdu IVECO DAILY, ale nie wyjaśnił tego do końca. Biegły podpisał się pod wnioskami opinii, a odwołujący nie zakwestionował skutecznie omawianej opinii przeciwdowodem, który miałby większą wagę. Zamawiający dodał, iż wymóg aby samochód miał napęd na 4 koła wynikał z jego uzasadnionych potrzeb ponieważ usługa będzie realizowana w terenie górzystym, w ciężkich warunkach terenowych i wymaga pojazdów specjalistycznych. Zamawiający podnosi, że nawet nie trzeba być zbytnim specjalistą, aby zrozumieć, że wymagany napęd na 4 koła oznacza napęd zarówno na oś przednią jak i tylną. Zamontowane 4 koła na tylnej osi oznaczają koła bliźniacze, a nie napęd 4x4. Montowanie kół bliźniaczych nie spełnia funkcji napędowych, a pozwala na zachowanie norm nacisku. Nazewnictwo użyte w opinii biegłego jest powszechnie stosowane.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, protokołu postępowania z załącznikami, oferty odwołującego wraz z przedłożonymi przez odwołującego dokumentami, korespondencji między odwołującym a zamawiającym, wraz z dokumentami załączonymi przez odwołującego. Izba dopuściła dowód z dokumentów akt postępowania odwoławczego sygn. akt KIO 2419/14.

Izba dopuściła dowody z dokumentów.

1) z opinii 22 grudnia 2014 r. rzeczoznawcy inż. J. D. z Biura Rzeczoznawców Maszynowych, Motoryzacyjnych, Ruchu Drogowego, Materiałów Obiciowych i Rozwiązań Technicznych z UniversumBv6 s.c. na okoliczność:

- a) jak należy rozumieć zgodnie z zasadami wiedzy techniki samochodowej zwrot „napęd na cztery koła”,
- b) jaki napęd ma samochód IVECO DAILY 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, czy ten pojazd jest pojazdem z napędem na cztery koła
- dowód powyższy zawarty jest w aktach postępowania przetargowego przekazanych na wezwanie Prezesa KIO przez zamawiającego.

Izba postanowiła nie dopuścić wnioskowanych przez odwołującego dowodów z dokumentów załączonych do pisma z dnia 26.01.2015 r., w zakresie tez dowodowych sprecyzowanych przez odwołującego, jako:

- 1) grupa dowodów zał. od 1 do 10 – ma potwierdzać słuszność tez odwołującego, że umowy uzupełnione w wyniku wezwania zamawiającego są poprawne,
- 2) grupa dowodów zał. od 11 do 14 – ma potwierdzać brak fachowości biegłego, który sporządził opinię dot. pojazdu IVECO DAILY.

Izba w tym względzie podzieliła zarówno stanowisko zamawiającego jak i przystępującego. Dowody co do interpretacji odnośnych postanowień SIWZ są bezprzedmiotowe na obecnym etapie postępowania. Szczegółowe tezy dowodowe nie zostały sprecyzowane, a rozstrzygnięcie niniejszej sprawy sprowadza się do weryfikacji poprawności czynności zamawiającego polegających na ocenie wyjaśnień odwołującego oraz przedłożonych umów w wyniku czynności wezwania przez zamawiającego konsorcjum AVR do ich złożenia zgodnie z wyrokiem sygn. akt KIO 2419/14. Zgłaszane dowody miałyby obrazować zarzuty, które nie były przedmiotem rozpoznania w niniejszej sprawie odwoławczej a *de facto* sprowadzające się do interpretacji postanowień SIWZ, które są wiążące.

Nadto Izba rozważyła stanowiska stron i uczestnika, przedstawione do protokołu rozprawy.

Rozpatrując sprawę w granicach zarzutów odwołania zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba ustaliła, co następuje.

Poniższy stan faktyczny sprawy w odniesieniu do zarzutów odwołania Izba przywołała w części - za uzasadnieniem wyroku w sprawie sygn. KIO 2419/14.

Załącznik nr 1 do SIWZ punkt 5 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r. lub

instalacji zastępczej przewidzianej dla obsługi regionu, jeżeli instalacja regionalna ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn (...). W przypadku frakcji odpadów selektywnie zebranych w ramach zagospodarowania odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do ich przekazania do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o których mowa w rozdziale 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Powyższe powtarza § 2 ust. 6 wzoru umowy.

Rozdział VII SIWZ wykaz oświadczeń lub dokumentów jakie mają dostarczyć wykonawcy (...) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego.

Rozdział VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Zamawiający wymaga od wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego przedłożenia:

- 1) „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”.

W wyjaśnieniach do SIWZ z dnia 30 września 2014 r. na pytanie czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017r? Zamawiający udzielił odpowiedzi: Obowiązkiem Wykonawcy, w celu potwierdzenia, iż oferowana przez niego usługa spełnia wymagania Zamawiającego, jest załączenie do oferty umowy lub umów zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego, z której (których) musi wynikać, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, a do tego rodzaju dokumentów Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich treści, gdyż z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego.

Załącznik nr 1 do SIWZ - Szczegółowy opis zamówienia pkt 1 ppkt 3 lit a i b stanowi, że wykonawcę obowiązuje zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze

zmieszanymi odpadami komunalnymi od właścicieli nieruchomości oraz zakaz mieszania ze sobą poszczególnych frakcji selektywnie zebranych odpadów komunalnych.

W dokumentach oferty konsorcjum AVR złożono dwie umowy, tj.:

- umowę nr 1/10/2014/AVR zawartą pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. z dnia 10.10 2014 r.

- oraz umowę nr 16/ZZO/2014 pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o.

Z treści § 1 ust. 1 umowy nr 1/10/2014/AVR zawartej pomiędzy AVP Sp. z o. a Kompostech Sp. z o. o. wynika, iż „przedmiotem umowy między stronami jest zagospodarowanie przez Zleceniobiorcę (Kompostech Sp. z o.o.) odpadów dostarczonych przez Zleceniodawcę (AVR Sp. z o. o.) na podstawie zamówienia na „odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” (znak sprawy: BPM.ZZP.271.500.2014):

a) odpady o kodzie 20 01 08, (odpady kuchenne ulegające biodegradacji)

b) odpady o kodzie 20 02 01 (trawa, liście, gałęzie i konary)

- a zatem odpadów zielonych.

Z treści zaś § 1 umowy nr 16/ZZO/2014 z dnia 10.10. 2014 r. zawartej pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o. wynika, iż „umowa określa zasady i warunki usługi unieszkodliwiania odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oznaczonych kodem 20 03 01 przyjmowanych od zleceniodawcy (AVR Sp. z o. o.) do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Nowym Sączu przy ul. Tarnowskiej 120 (ZZO) wyłącznie z terenu Miasta Nowego Sącza w zakresie realizacji zamówienia publicznego nr BPMZZP.271.500.2014”, tzn. przedmiotowego zamówienia.

W uzasadnieniu wyroku sygn. akt KIO 2419/14 podano. *„Niewątpliwie treść przedstawionych umów w ofercie konsorcjum AVR nie potwierdza, że obejmują one pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, według odwołującego - klasyfikowanych odrębnie. Kod dla odpadów takich, jak pozostałości z sortowania odpadów komunalnych to 19 12 12 (inne odpady, w tym zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11) według rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. Nr 112, poz. 1206).*

*Z wymienionych względów zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp znalazł potwierdzenie - przez wybór oferty wykonawcy – konsorcjum AVR, który nie wykazał przy pomocy przedłożonych przez niego dokumentów (umów), że zaoferowana w formularzu ofertowym usługa odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowywania, obejmuje przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów*

komunalnych przeznaczonych do składowania, w którejkolwiek z instalacji do ich odbierania w danym regionie, wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r., lub też przetwarzanie ich w instalacji własnej RIPOK, lub przez innego upoważnionego odbiorcę.

Zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego, przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Z treści powyższych dokumentów (umowy/umów) winno wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez zamawiającego.

Z wymienionych względów dokument tego rodzaju winien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...).

Wymagania SIWZ w zakresie rozdziału VII pkt 15 ppkt 1 nie były zaskarżone i w sytuacji przystępującego były one w pełni wiążące w odniesieniu do umowy o zagospodarowanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Izba podzieliła pogląd (...), że złożone przez AVR dwie umowy nie wyczerpują warunku wskazanego w rozdziale VII pkt 15 ppkt 1 SIWZ.

Nawet z treści przedstawionej umowy ze spółką MOBRUK S.A. wynika, że zgodnie z wymaganiami SIWZ odnośnie bazy magazynowo - transportowej obejmuje ona miejsca magazynowania zebranych odpadów komunalnych, co czyniło niewiarygodną argumentację przystępującego, że u niego - ponieważ nie prowadzi instalacji regionalnej - w ogóle nie będą powstawały odpady z pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Poza tym, skoro wykonawca tego zamówienia ma prowadzić dwa punkty selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK), gdzie przyjmowane są frakcje odpadów komunalnych selektywnie zbieranych, a wykonawca ma prawo sprzedawać te rodzaje odpadów, np. jako makulaturę, czy złom - w związku z tym również pojawiają się pozostałości z sortowania odpadów przeznaczonych do składowania, a więc brak podstaw, aby konsorcjum AVR mimo, że samemu nie prowadzi instalacji przetwarzania odpadów, było



*zwolnione z obowiązku przedkładania umowy zgodnie z SIWZ z odbiorcą pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Przystępujący nie przedłożył, jako dowodu - odrębnej umowy o odbieranie całej puli odpadów np. zbieranych selektywnie przeznaczonych do składowania - bez ich segregowania. Z kolei Kod dla odpadów takich, jak pozostałości z sortowania odpadów komunalnych - 19 12 12 mówi o innych odpadach, obejmujących między innymi zmieszane substancje i przedmioty z mechanicznej obróbki odpadów, a więc nie dotyczy wyłącznie pozostałości z mechanicznej obróbki odpadów. Nie były wiarygodne wyjaśnienia przystępującego, że całą ilość odpadów, które będzie magazynował - w sposób „zmieszany” odprowadzi do instalacji odzysku, nawet poza Region sądecko- gorlicki, zatem u niego nie powstanie rodzaj odpadu - pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania. Przeczy to bowiem wyraźnemu zakazowi SIWZ - mieszania odpadów zebranych selektywnie i przeczy samej idei selektywnej zbiórki odpadów.*

*Zamawiający postawił jednolity wymóg obowiązujący wszystkich wykonawców, przedłożenia umowy (umów) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające:*

- 1) zmieszane odpady komunalne,*
- 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, oraz*
- 3) odpady zielone.*

*Spełnienie powyższego wymogu nie mogło być relatywnie uzależnione od zamierzonego przez poszczególnego wykonawcę sposobu wykonania zamówienia, jak wskazywał przystępujący - w jego przypadku - poprzez przekazanie całej puli składowanych odpadów komunalnych do instalacji odzysku.”*

*W związku z powyższym pozostawało nakazanie zamawiającemu w sentencji wyroku Sygn. akt KIO 2419/14 pkt 1.3.b) wezwania konsorcjum AVR do złożenia „dokumentu potwierdzającego posiadanie na termin złożenia ofert umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmujących przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.”*

*Rozdział VI pkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż dysponują: pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 5, (EURO 4) do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, tj. przystosowanych do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l - min. 5 pojazdów, w tym: pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd.*

W sprawie wymogu SIWZ posiadania potencjału technicznego w postaci pojazdów do świadczenia usługi - załączniki do SIWZ zawierają następujące postanowienia.

W załączniku nr 5 do SIWZ zamawiający wymagał wykazu pojazdów z podaniem opisu, (rodzaj, model) liczby jednostek, normy spalin EURO, formy posiadania (dysponując/będę dysponował oraz tytuł prawny), charakterystyczne parametry zgodne z wymogami z rozdziału VI punkt 2.3.1.1. SIWZ.

W formularzu oferty według załącznika nr 8 do SIWZ punkt 4 wykonawca zobowiązany był podać numery rejestracyjne pojazdów, którymi wykonawca będzie wykonywać zamówienie.

W załączniku 1 do SIWZ oraz wzoru umowy zamawiający ustanowił warunki punkt 1.6) aby przez cały okres realizacji umowy wykonawca wykonywał usługę pojazdami wskazanymi w ofercie przetargowej.

W § 16 wzoru umowy zamawiający dopuścił w oznaczonych wypadkach zmianę postanowień zawartej umowy, za uprzednim powiadomieniem zamawiającego, między innymi w zakresie zmiany pojazdów przewidzianych do realizacji usługi o parametrach i właściwościach nie gorszych niż te wskazane w ofercie wykonawcy.

Konsorcjum AVR w swojej ofercie, w Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami sporządzonym na podstawie załącznika nr 5 do SIWZ w pozycji 5 wskazał na dysponowanie samochodem ciężarowym IVECO DAILY, marki 35C11, nr nadwozia ZCFC357170D514374 na potrzeby spełniania warunku określonego w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit, a) tiret 1 SIWZ. Liczba jednostek jedna. W opisie podał: pojazd do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dmc nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła spełniający normę minimum EURO 4 przystosowany do opróżniania pojemników o pojemności od 120 – do 1100 l. Podstawa dysponowania umowa cywilnoprawna (leasing). Ten sam pojazd odwołujący wskazał w formularzu oferty - identyfikując go poprzez podany numer rejestracyjny.

W wyroku sygn. akt KIO 2419/14 zawarte jest następujące stanowisko: *„Przedstawiona dokumentacja jednoznacznie nie potwierdzała, ani nie zaprzeczała, że wymieniony pojazd IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374 posiada, bądź nie posiada napędu na 4 koła. Wymóg w odniesieniu do pojazdów specjalistycznych ma dwójaki charakter. Z jednej strony odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym - określonym w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, z drugiej zaś strony dotyczy treści oferty - sposobu wykonywania przedmiotowego zamówienia przystosowanymi pojazdami, wymienionymi w ofercie. W oparciu o wyspecyfikowane w załączniku nr 5 i formularzu oferty*

*pojazdy wraz z ich numerami rejestracyjnymi zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolność techniczną wykonawcy do realizacji zamówienia oraz zgodność treści oferty z istotnymi postanowieniami SIWZ w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.*

*Zdaniem Izby wobec pojawiających się wątpliwości zamawiający zaniechał wezwania wykonawcy AVR do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dotyczących jednoznacznego potwierdzenia spełnienia wymagań rozdziału VI punkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ, w tym dysponowania pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd. Przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp obliuguje zamawiającego do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a więc zarówno dokumentów potwierdzających:*

- 1) spełnienie warunków udziału w postępowaniu;*
- 2) jak i przez oferowane dostawy, roboty lub usługi wymagań określonych przez zamawiającego.”*

*W związku z powyższym pozostawało nakazanie zamawiającemu w sentencji wyroku Sygn. akt KIO 2419/14 pkt 1.3.a) wezwanie do „złożenia wyjaśnień i dowodów na temat wskazanego w ofercie pojazdu o numerze VIN ZCFC357170D514374 IVECO DAILY, marki 35C11, i posiadanego napędu przez ten pojazd”.*

W dniu 15 grudnia 2014 r. zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał wykonawcę AVR do złożenia wyjaśnień w kwestii dotyczącej parametrów technicznych ww. pojazdu oraz posiadanego przez ten pojazd napędu. Wykonawca AVR w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, iż oferowany pojazd posiada napęd na jedną oś, na której znajdują się cztery koła. Wykonawca AVR uznał, iż warunek postawiony przez zamawiającego w pkt 2.3.1.1.a, specyfikacji, spełnia pojazd IVECO DAILY 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, posiadający napęd na 4 koła na tylnej osi i nią też napędzany.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 15 grudnia 2014 r. do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów/umów wykonawca AVR przedłożył dwie umowy:

- 1) Umowę zawartą w dniu 3 marca 2014 r. pomiędzy: AVR Sp. z o. o. ul. Józefa Dietla 93 lok. 4; 31-031 Kraków (....) a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. 34-451 Tylmanowa, os. Rzeka 133, (...), której przedmiotem jest dostawa transportera Dostawcy odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Regionu Wschodniego - Województwo Podkarpackie przez Dostawcę do Odbiorcy, do RIPOK ZZO Młyny PUK EMPOL Spółka z o.o.,
- 2) Umowę zawartą dnia 22 kwietnia 2014 r. pomiędzy: MOBRUK S.A. z siedzibą Niecew 68, 33 - 322 Korzenna, woj. MAŁOPOLSKIE, (...) a AVR Sp. z o.o., z siedzibą przy ul.

Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, (...), której przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne w tym pozostałości z sortowania odpadów komunalnych w procesie odzysku lub unieszkodliwiania.

W powiadomieniu z dnia 23 grudnia 2014 r. o wyniku przetargu zamawiający podał.

„Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający informuje, iż odrzucił ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm: AVR Sp. z o.o. (Lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, AVR S.p.A. Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA, zwanego dalej „Wykonawcą AVR”

a) na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „specyfikacją”,

- w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia bez wymaganego pojazdu z napędem na 4 koła, oraz

- w zakresie zaoferowanej usługi nieodpowiadającej wymaganiom przedmiotu zamówienia w zakresie nie wykazania się umową o zagospodarowanie odpadów obejmującą przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, a także

b) na podst. art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - jako złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu.

5.1. Zgodnie ze stanowiskiem KIO wyrażonym w wyroku z dnia 3 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2419/14) określony w specyfikacji wymóg w odniesieniu do pojazdów specjalistycznych ma dwójaki charakter. Z jednej strony odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania, odpowiednim potencjałem technicznym określonym w art. 22 ust. 1 pkt 3, z drugiej zaś strony dotyczy treści oferty - sposobu wykonywania przedmiotowego zamówienia przystosowanymi pojazdami, wymienionymi w ofercie. W oparciu o wyspecyfikowane w załączniku nr 5 i formularzu oferty pojazdy wraz z ich numerami rejestracyjnymi zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolność techniczną wykonawcy do realizacji zamówienia oraz zgodność treści oferty z istotnymi postanowieniami specyfikacji w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia.

W powyższym zakresie, po dokonaniu czynności wyjaśniających w trybie art. 26 ust. 4 ustawy, Zamawiający ostatecznie i w sposób nie budzący wątpliwości stwierdził, że wbrew wymogowi postawionemu w specyfikacji, Wykonawca AVR zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia bez udziału min. 1 pojazdu do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła.

Zamawiający stwierdził, iż oferowany w ofercie pojazd o numerze VIN ZCFC357170D514374, IVECO DAILY 35C11 jest niezgodny ze specyfikacją. Zgodnie z Rozdziałem VI pkt 2.3.1.1. lit. a) specyfikacji o udzielenie zamówienia publicznego mogą

ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż dysponują: pojazdami spełniającymi normę; emisji spalin co najmniej EURO 5, (EURO 4) do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, tj. przystosowanych do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l - min. 5 pojazdów, w tym: pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd. W załączniku nr 5 do specyfikacji Zamawiający wymagał wykazu pojazdów z podaniem opisu, (rodzaj, model) liczba jednostek, normy spalin EURO, formy posiadania (dysponuję, będę dysponował oraz tytuł prawny), charakterystyczne parametry zgodne z wymogami z rozdziału VI punkt 2.3.1.1. specyfikacji. W załączniku 1 do specyfikacji oraz wzorze umowy zamawiający ustanowił warunki punkt 1.6) aby przez cały okres realizacji umowy wykonawca wykonywał usługę pojazdami wskazanymi w ofercie przetargowej z zastrzeżeniem § 16 wzoru umowy.

Wykonawca na potwierdzenie wymogów, o których mowa powyżej, powołał się na dysponowanie pojazdem IVECO DAILY marki 35C11, nr nadwozia VIN ZCFC357170D514374, który nie jest pojazdem o napędzie na 4 koła.

Dokumentacja sprawy: sygn. akt: KIO 2419/14 jednoznacznie potwierdza także, że wymieniony w wykazie narzędzi pojazd IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374 został wskazany także jako IVECO DAILY - nr rej. EV220ZZ w ofercie w pkt. 4 ppkt. 4 zawierającym zobowiązanie do wykonania zamówienia wskazanymi tam pojazdami.

W dniu 15 grudnia 2014 r. Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy wezwał Wykonawcę AVR do złożenia wyjaśnień w kwestii dotyczącej parametrów technicznych ww. pojazdu oraz posiadanego przez ten pojazd napędu. Wykonawca AVR w wyznaczonym terminie złożył wyjaśnienia, iż oferowany pojazd posiada napęd na jedną oś, na której znajdują się cztery koła. Wykonawca AVR uznał, iż warunek postawiony przez Zamawiającego w pkt 2.3.1.1.a, specyfikacji, spełnia pojazd IVECO DAILY 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, posiadający napęd na 4 koła na tylnej osi i nią też napędzany. W związku z tym Zamawiający uznał, że pojazd oferowany przez Wykonawcę jako ten, którym wykonywał będzie zamówienie nie odpowiada opisowi zawartemu w treści specyfikacji, albowiem nie posiada on napędu na obie osie, tj. przednią i tylną. Specyfikację w tej części należy bowiem rozumieć jako wymóg dysponowania pojazdem o napędzie na obie osie co jest równoznaczne z użytym sformułowaniem „pojazd z napędem na cztery koła”. W celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości na tle interpretacji specyfikacji w tym przedmiocie Zamawiający na wniosek Komisji Przetargowej dopuścił dowód z opinii biegłego Biura Rzeczoznawców Motoryzacyjnych inż. J. D. w celu odpowiedzi na pytanie jak należy rozumieć zgodnie z zasadami wiedzy techniki samochodowej zwrot „napęd na 4 koła”, oraz

jaki napęd posiada pojazd IVECO DAILY 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, czy ten pojazd jest pojazdem z napędem na 4 koła. W opinii z dnia 22 grudnia 2014 r. nr EX-3797-14 biegły jednoznacznie zajął stanowisko, że pojazd z napędem na cztery koła posiada napęd na obie osie przednia i tylną - zwany też jest pojazdem z napędem 4x4. Po rozkodowaniu pojazdu oferowanego przez Wykonawcę AVR o nr identyfikacyjnym VIN ZCFC357170D514374 zgodnie z danymi producenta, stwierdzono, że pojazd ten nie jest samochodem posiadającym napęd na cztery koła.

Zgodnie z pkt 5 Załącznika nr 1 do specyfikacji „Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia „Wykonawca zobowiązany jest do przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do regionalnej instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych wskazanej Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r. lub instalacji zastępczej przewidzianej dla obsługi regionu, jeżeli instalacja regionalna ulegnie awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn (...). W przypadku frakcji odpadów selektywnie zebranych w ramach zagospodarowania odpadów, Wykonawca zobowiązany będzie do ich przekazania do instalacji odzysku i unieszkodliwiania, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o których mowa w rozdziale 2 ustawy i dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.” Powyższe zostało powtórzone w § 2 ust. 6 wzoru umowy. W Rozdziale VII specyfikacji „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy (...) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, w pkt 15 ppkt 1 Zamawiający wymagał od wykonawców celem potwierdzenia spełnienia przez oferowane usługi wymagań określonych przez Zamawiającego przedłożenia:

- 1) „umów (umowy) zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpady zielone wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., lub oświadczenia o prowadzeniu instalacji regionalnej”.

Ponadto w wyjaśnieniach do specyfikacji z dnia 30 września 2014 r. na pytanie czy umowa lub umowy powinny być zawarte z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego na czas trwania zamówienia tj. od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2017 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi: „Obowiązkiem Wykonawcy,

w celu potwierdzenia, iż oferowana przez niego usługa spełnia wymagania Zamawiającego, jest załączenie do oferty umowy lub umów zawartych z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne dla Regionu sądecko-gorlickiego, z której (których) musi wynikać, iż oferowana usługa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Przedmiotowa umowa/umowy należą do katalogu tzw. dokumentów przedmiotowych, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy, a do tego rodzaju dokumentów Zamawiający nie określa w sposób szczegółowy ich treści, gdyż z treści powyższych dokumentów (urnowy/umów) winno jedynie wynikać, iż oferowane przez wykonawcę usługi odpowiadają wymaganiom przedmiotu zamówienia, określonym przez Zamawiającego". Załącznik nr 1 do specyfikacji - Szczegółowy opis zamówienia pkt 1 ppkt 3 lit. a i b stanowił, że wykonawcę obowiązuje zakaz mieszania selektywnie zebranych odpadów komunalnych ze zmieszanyymi odpadami komunalnymi od właścicieli nieruchomości oraz zakaz mieszania ze sobą poszczególnych frakcji selektywnie zebranych odpadów komunalnych.

W dokumentach oferty Wykonawcy AVR złożono dwie umowy:

- umowę nr 1/10/2014/AVR zawartą pomiędzy AVR Sp. z o. a Kompostech Sp. z o.o. z dnia 10.10 2014 r.

- oraz umowę nr 16/ZZO/2014 zawartą pomiędzy NOVA Sp. z o. o. a AVR Sp. z o.o.

Z treści ww. umów wynika, że Wykonawca AVR nie wykazał za pomocą załączonych do oferty dokumentów, że zaoferowana w formularzu ofertowym usługa odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowywania, obejmuje przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w którejkolwiek z instalacji do ich odbierania w danym regionie, wskazanych dla Regionu sądecko-gorlickiego, lub też przetwarzanie ich w instalacji własnej RIPOK. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2419/14), dokument tego rodzaju winien podlegać uzupełnieniu na podstawie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty zawierające błędy, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...). W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 15 grudnia 2014 r. do uzupełnienia przedmiotowych dokumentów/umów Wykonawca AVR przedłożył dwie umowy:

- 1) Umowę zawartą w dniu 3 marca 2014 r. pomiędzy: AVR Sp. z o. o. ul. Józefa Dietla 93 lok. 4; 31-031 Kraków (...) a Przedsiębiorstwem Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. 34-451 Tylmanowa, os. Rzeka (...), której przedmiotem jest dostawa transportera Dostawcy odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych

pochodzących z terenu Regionu Wschodniego Województwo Podkarpackie przez Dostawcę do Odbiorcy, do RIPOK ZZO Młyny PUK EMPOL Spółka z o.o.,

2) Umowę zawartą dnia 22 kwietnia 2014 r. pomiędzy: MOBRUK S.A. z siedzibą Niecew 68, 33 - 322 Korzenna, woj. MAŁOPOLSKIE, (...), a AVR Sp. z o.o., z siedzibą przy ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, (...), której przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne w tym pozostałości z sortowania odpadów komunalnych w procesie odzysku lub unieszkodliwiania.

Zamawiający stwierdza, że żadna z ww. uzupełnionych umów nie została zawarta z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. - co stanowi ewidentną i nieusuwalną sprzeczność zaoferowanej usługi z treścią specyfikacji.

Oferta odpowiada treści specyfikacji, jeżeli odpowiada wymogom merytorycznym określonym przez zamawiającego w specyfikacji. Niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji musi mieć charakter nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy) i dotyczyć niezgodności zobowiązania określonego w specyfikacji oraz zobowiązania proponowanego w ofercie. W złożonej ofercie Wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia pojazdem IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN: ZCFC357170D514374, nr rej. EY220ZZ, który nie spełnia warunków specyfikacji oraz nie wykazał za pomocą załączonych do oferty dokumentów, że zaoferowana w formularzu ofertowym usługa odbierania odpadów komunalnych i ich zagospodarowywania, obejmuje przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, w którejkolwiek z instalacji do ich odbierania dla Regionu sądecko-gorlickiego. W ocenie Zamawiającego wykazane wady oferty Wykonawcy AVR mają charakter nieusuwalny. W tym stanie rzeczy Zamawiający zobowiązany był do odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wymóg przedmiotowy.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy, rozpatrywanym w związku z art. 24 ust. 4 ustawy, ofertę Wykonawcy AVR wykluczonego z udziału w przedmiotowym postępowaniu, o czym mowa w pkt. 6 niniejszego pisma - uznaje się za odrzuconą.

Na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy, Zamawiający informuje, iż wykluczył Wykonawcę AVR z udziału w przedmiotowym postępowaniu.

Podstawa prawna: art. 24 ust. 2 pkt 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy.



Podstawa faktyczna: brak dysponowania potencjałem technicznym w postaci wymaganego samochodu z napędem na cztery koła. Przedstawiona w wyniku wezwania do złożenia wyjaśnień z dokumentacją jednoznacznie potwierdziła, że wymieniony w wykazie narzędzi pojazd IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374, który został także wskazany jako IVECO DAILY - nr rej. EV220ZZ w ofercie w pkt. 4 ppkt. 4 (zawierającym zobowiązanie do wykonania zamówienia wskazanymi tam pojazdami) nie posiada napędu na 4 koła. Zamawiający za wyrokiem KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. (sygn. akt: KIO 2419/14), podnosi, że wymóg w odniesieniu do pojazdów specjalistycznych ma dwojaki charakter. Z jednej strony odnosi się do spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym – określonym w art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy, z drugiej zaś strony dotyczy treści oferty – sposobu wykonywania przedmiotowego zamówienia przystosowanymi pojazdami, wymienionymi w ofercie. W oparciu o wyspecyfikowane w załączniku 5 i formularzu oferty pojazdy wraz z ich numerami rejestracyjnymi zamawiający jest w stanie zweryfikować zdolność techniczną wykonawcy do realizacji zamówienia oraz zgodność treści oferty z istotnymi postanowieniami specyfikacji w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. Stwierdzić należy, że Wykonawca nie potwierdził dysponowania pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła.

W rezultacie dokonanych zgodnie z Wyrokiem KIO (sygn. akt: KIO 2419/14) czynności Zamawiający w dniu 23 grudnia 2014 r. za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy - Konsorcjum firm:

1. NOVA Sp. z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz (Lider)
2. SITA Małopolska Sp. z o.o., ul. Kosiarzy 5A, 30-731 Kraków Oddział Nowy Sącz, ul. Jana Pawła 11 37, 33-300 Nowy Sącz
3. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o. Oś. Rzeka 133, 33- 351 Tylmanowa

- oraz odrzucił ofertę Wykonawcy Konsorcjum firm: AVR Sp. z o.o. (Lider), ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków, AVR S.p.A. Via Francesco Tensi 116, 00133 ROMA, zwanego dalej „Wykonawcą AVR”

a) na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy - jako niezgodną ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwaną dalej „specyfikacją”,

- w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia bez wymaganego pojazdu z napędem na 4 koła, oraz

- w zakresie zaoferowanej usługi nieodpowiadającej wymaganiom przedmiotu zamówienia w zakresie nie wykazania się umową o zagospodarowanie odpadów obejmującą

przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, a także

b) na podst. art. 24 ust. 4 i 89 ust. 1 pkt 5 ustawy - jako złożoną przez Wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu,

a także wykluczył Wykonawcę AVR z udziału w przedmiotowym postępowaniu. Podstawa prawna: art. 24 ust. 2 pkt 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy. Podstawa faktyczna: brak dysponowania potencjałem technicznym w postaci wymaganego samochodu z napędem na cztery koła.

W aktach postępowania przetargowego zawarta jest - jak dotąd bezskuteczna korespondencja odwołującego ze spółką NOVA Sp. z o.o. w Nowym Sączu prowadzona w grudniu 2014 r. z żądaniem zawarcia aneksu do pierwotnej umowy nr 16/ZZ/2014 r. z 10 października 2014 r. na odbiór odpadów komunalnych zmieszanych - poprzez objęcie jej zakresem odbioru „pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołujący, wykazał legitymację do wniesienia odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp - skoro jego oferta, jako zawierająca korzystniejszą cenę niż wybranego wykonawcy - została odrzucona i nie podlegała ocenie w ustalonym kryterium. Był zatem uprawniony aby skarżyć - jak dowodził - niezgodne z ustawą Pzp czynności i zaniechania zamawiającego wobec oceny złożonej oferty, które godziły w interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia i mogły narażać odwołującego na poniesienie szkody.

Przechodząc do rozpatrzenia zarzutów odwołania dotyczących odrzucenia oferty odwołującego i wykluczenia odwołującego z postępowania, Izba miała na uwadze następujące regulacje ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 22 ust. 1 Pzp. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące, między innymi:

- dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (...) do wykonania zamówienia.

Ust. 5. Warunki, o których mowa w ust. 1, oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia (...).

Art. 24 ust. 2 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy:

4) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Art. 25 ust. 1 Pzp. W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie:

1) warunków udziału w postępowaniu,

2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Art. 26 ust. 2a. Wykonawca na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym jest zobowiązany wykazać odpowiednio, nie później niż na dzień (...) składania ofert, spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1. (...).

Zgodnie z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Z przytoczonych regulacji ustawowych wynika, że zamawiający bada zdolność wykonawcy do należytej realizacji zamówienia poprzez kryteria i wymagania wskazane w opisie sposobu dokonania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, podanych w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ, stosownie do wymagań na podstawie przedłożonych wraz z ofertą oświadczeń i dokumentów.

Zgodnie z § 1 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), w celu oceny spełnienia przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać wymienionych dokumentów, w tym:

2) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług (...).

Z kolei § 6 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane stanowi, że w celu potwierdzenia, że oferowane roboty budowlane, dostawy lub usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego zamawiający może żądać wymienionych przykładowo dokumentów.

Katalog tych dokumentów nie jest zamknięty i zamawiający może żądać także innych dokumentów, które powinien zdefiniować (czy określić odpowiedniki), zachowując jednakże ich związek z przedmiotem zamówienia.

Oceniając materiał dowodowy tej sprawy, Izba uznała, że wymaganie przedstawienia wykazu pojazdów, jako niezbędnego sprzętu przeznaczonego do realizacji zamówienia, którym dysponuje wykonawca i przy pomocy, którego zamierza wykonywać zamówienie, odnosi się zarówno do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak i określenia treści oferty.

Z przytaczanych postanowień SIWZ, wynika, że szczególnym elementem, na który zamawiający kładł nacisk były pojazdy przystosowane i niezbędne dla prawidłowej realizacji usługi odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Nowego Sącza oraz do zagospodarowanie odpadów komunalnych, bowiem zostało to przewidziane w przytaczanych postanowieniach SIWZ Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia oraz w wymaganych załącznikach m.in. we wzorze umowy, i co równie istotne w treści formularza oferty. Wymóg ten był podyktowany potrzebami zamawiającego wynikającymi z istniejących warunków terenowych

Wbrew zobowiązaniu podjętemu w ofercie odwołujący nie wykazał, że samochód ciężarowy IVECO DAILY 35C11 o numerze identyfikacyjnym ZCFC357170D514374 ma wymagany napęd na 4 koła, inaczej mówiąc - posiada napęd na dwie osie.

W szczególności przy usługach, stawiane wymaganie może odnosić się zarówno do spełniania warunków udziału, ale też do treści oferty. Wówczas załącznik wykazu sprzętu, przeznaczonego do realizacji zamówienia - stanowiący oświadczenie własne wykonawcy, że zrealizuje on usługę tym właśnie sprzętem odnosić należy również do treści oferty. Oświadczenie wykonawcy odpowiada wówczas nie tylko na pytanie „czym dysponuje wykonawca”, ale również na pytanie z formularza oferty „czym wykonawca zrealizuje zamówienie”. Odmiennie najczęściej bywa przy dostawach, czy robotach budowlanych, gdzie treść oferty stanowi zaoferowanie dokładnie zdefiniowanego wyrobu, czy zaoferowanie zrealizowania obiektu według dokumentacji projektowej.

Oferta odwołującego nie spełnia zatem dyspozycji normy art. 82 ust. 3 ustawy Pzp, która nakazuje aby treść oferty odpowiadała treści SIWZ. Oferta, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, powinna być zupełna i kompletna, gdyż oferowane usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powinny być objęte zobowiązaniem wykonawcy, oznaczonym tak, aby spełniały wymagania - co do sposobu ich świadczenia.

Należało zważyć, iż niektóre wymagania zamawiającego w postępowaniu o zamówienie publiczne mogą mieć dwojaki charakter, poświadczając zarówno spełnienie

warunków udziału w postępowaniu, jak i poświadczać wymaganą treść oferty, rozumianą jako oznaczony sposób realizacji umowy. W tym postępowaniu, takie znaczenie zamawiający nadał żądaniu, aby usługa była wykonywana przy pomocy opisanych w SIWZ pojazdów, co w sposób jednoznaczny wynika z formularza oferty, wzoru umowy i jej załączników.

Jeżeli jednak, oznaczony dokument, zarazem stanowi potwierdzenie spełnienia warunków udziału w przetargu, zamawiający może pominąć regulację art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i odstąpić od wezwania wykonawcy do uzupełnienia brakującego lub wadliwego dokumentu, w sytuacji, gdy mimo ich złożenia, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.

Postanowienia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp zabraniają zmiany treści oferty i dokonywania jej jakichkolwiek uzupełnień, po upływie wyznaczonego terminu jej złożenia, stanowiąc, że w toku badania i oceny ofert, zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz (...) dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Nie można było pominąć dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (...), albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy (...) do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Z powyższych względów Izba ani nie mogła, ani też nie nakazała w wyroku Sygn. akt KIO 2419/14 zamawiającemu aby wezwał odwołującego do ponownego złożenia wadliwego dokumentu załącznika nr 5 do SIWZ pn. „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług” i formularza oferty, a jedynie zobowiązała - do złożenia wyjaśnień i dowodów na temat wskazanego w ofercie samochodu ciężarowego IVECO DAILY 35C11 o numerze identyfikacyjnym ZCFC357170D514374 i posiadanego napędu przez ten pojazd.

Wyjaśnienia na temat złożonych oświadczeń, w tym dotyczących treści oferty - mogą być uzyskane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, jako że przepis ten odsyła do art. 25 ust. 1 w tym do punktu 2) - oświadczeń potwierdzających spełnianie przez oferowane (...) usługi wymagań określonych przez zamawiającego, lub poprzez zastosowanie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, mówiącego o wyjaśnieniu treści oferty.

Izba za w pełni wiarygodną uznała opinię rzeczoznawcy inż. J. D., ustanowionego biegłym w tym postępowaniu w trybie art. 21 ust. 4 ustawy Pzp, z której wniosków na podstawie przeprowadzonej analizy materiału przesłanego przez zamawiającego wynika, że samochód ciężarowy IVECO DAILY 35C11 o numerze identyfikacyjnym ZCFC357170D514374 nie posiada napędu na dwie osie.

*„Nie jest pojazdem z napędem określanym jako 4x4. Posiada napęd na jedną tylną oś, zwany pojazdem z napędem 4x2.*

*Pojazd z napędem na cztery koła (zwanym 4x4) posiada napęd na obie osie przednią i tylną bez względu na ilość kół na osi tylnej.*

*Po rozkodowaniu pojazdu o numerze identyfikacyjnym „ZCFC357170D514374” pojazd ten nie jest samochodem posiadającym napędem na cztery koła.*

*Powszechnie używane zwroty ( 4x4, AWD, 4WD itp.) informują nas, że pojazd taki został wyposażony w napędy na dwie osie - posiada obydwie osie (przednią i tylną) napędzane.”*

Izba nie uwzględniła koronnej argumentacji odwołującego, że z uwagi na niejednoznaczność określonych w SIWZ zapisów Rozdziału VI pkt 2.3.1.1. lit. a) SIWZ, stanowiących, że o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy wykażą, iż dysponują pojazdami spełniającymi normę emisji spalin co najmniej EURO 5, (EURO 4) do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, tj. przystosowanych do opróżniania pojemników o pojemności od 120 l do 1100 l (min. 5 pojazdów), w tym: pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła (min. 1 pojazd) – odwołujący był uprawniony, aby wykazać pojazd z napędem jedynie na tylną oś, na której są zamontowane cztery koła.

W złożonym wyjaśnieniu odwołujący przyznał, że treść jego oferty ze względu na wskazany pojazd nie jest zgodna z treścią SIWZ, co tłumaczył brakiem klarowności stawianych w tym zakresie wymagań.

Bez względu na pierwotne stanowisko zamawiającego, który przed unieważnionym wyborem oferty konsorcjum AVR w sposób niepełny wyjaśnił okoliczności – z jakim napędem pojazd zaoferował odwołujący, Izba uznała, że przytaczana wyżej dyspozycja SIWZ była jednoznaczna i nie dopuszczała innego rozumienia niż takiego, że wymagany pojazd miał mieć napęd na dwie osie, co dodatkowo potwierdziła opinia biegłego.

Treść załącznika nr 5 oraz formularza oferty – kreującego zobowiązanie wykonawcy, potwierdza, że odwołujący nie zaoferował świadczenia usługi w sposób wymagany przez zamawiającego, przy pomocy opisanych przez zamawiającego pojazdów, zdolnych należycie obsłużyć zamówienie, w szczególności w rejonie górzystym.

Zamawiający ostatecznie i w sposób nie budzący wątpliwości stwierdził, że wbrew wymogowi postawionemu w specyfikacji, wykonawca – konsorcjum AVR zaoferował wykonanie przedmiotowego zamówienia bez udziału min. 1 pojazdu do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła. Wymieniony w wykazie narzędzi pojazd IVECO DAILY, 35C11 o numerze VIN ZCFC357170D514374 został wskazany także jako IVECO DAILY - nr rej. EV220ZZ w ofercie w pkt. 4 ppkt. 4 zawierającym podjęcie zobowiązanie do wykonania zamówienia wskazanymi tam pojazdami.

Izba podzieliła stanowisko zamawiającego, że stwierdzony brak jest nieusuwalny, gdyż dotyczy istotnej treści oferty.

Z wymienionych względów, zamawiający był zwolniony z mocy przytaczanego wyżej przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp od wzywania odwołującego do uzupełnienia dokumentów (Wykazu sprzętu), traktowanego jako dokument podmiotowy, gdyż oferta odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nakazującego zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy, gdy jej treść nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia z zastrzeżeniem art.87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z ustalonego stanu faktycznego sprawy KIO 2419/14 wynikało, że odwołujący nie złożył wszystkich wymaganych dokumentów opisanych w SIWZ w odniesieniu do umowy na odbiór pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Nie budziły wątpliwości Izby umowy przedstawione w ofercie konsorcjum AVR:

1. umowa nr 16/ZZ/2014 r. z 10 października 2014 r. na odbiór odpadów komunalnych zmieszanych zawarta z NOVA Sp. z o.o.,
2. umowa na odbiór odpadów zielonych zawarta z firmą Kompostech.

Odwołujący nie przedłożył umowy na odbiór odpadów o charakterze pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Odwołujący, mimo wezwania zamawiającego z dnia 15 grudnia 2014 r. również nie zdołał skutecznie uzupełnić drugiego braku swojej oferty także o charakterze przedmiotowym, o którym mówi pkt 1.3 b) sentencji wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 grudnia 2014 r. Sygn. akt KIO 2419/14 - w postaci dokumentu potwierdzającego zawarcie umowy z podmiotem właściwym do zagospodarowania odpadów obejmującej przetwarzanie pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania.

Przy tym, przez określenie „podmiot właściwy”, czy też „podmiot uprawniony” należało rozumieć podmiot, który posiada stosowne zezwolenia - tak w zakresie rzeczowym i

terytorialnym oraz spełnia wszelkie wymagania odnośnych przepisów i aktów prawa miejscowego.

Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/1 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r. dla Regionu sądecko-gorlickiego określono instalacje do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania

1. instalacje regionalne:

1.1. Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Nowym Sączu, ul. Tarnowska 120.

1.2. Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Starym Sączu.

2. instalacje przewidziane do zastępczej obsługi regionu do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn:

2.1 Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Bieczu,

2.2. Składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Białej Niżnej

Podstawę prawną uchwały stanowi art. 38 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) w brzmieniu:

„Art 38.1. Wraz z uchwaleniem wojewódzkiego planu gospodarki odpadami sejmik województwa podejmuje uchwałę w sprawie jego wykonania.

2. Uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami określa:

1) regiony gospodarki odpadami komunalnymi;

2) regionalne instalacje do przetwarzania odpadów w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku, gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn oraz do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,

3. Uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami podlega obligatoryjnej zmianie w przypadku:

1) zmiany podziału na regiony gospodarki odpadami komunalnymi lub

2) zakończenia budowy regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami.

4. Uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami jest aktem prawa miejscowego.



Z kolei, na podstawie art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy 2 dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U.2013 poz.1399), podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Zgodnie art. 20 ust. 7 i 8 ustawy o odpadach.

7. Zakazuje się przetwarzania:

- 1) zmieszanych odpadów komunalnych,
  - 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania,
  - 3) odpadów zielonych
- poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

8. Zakazuje się przywozu na obszar regionu gospodarki odpadami komunalnymi odpadów, o których mowa w ust. 7, wytworzonych poza obszarem tego regionu.

W każdym razie, obowiązkiem odwołującego było jednoznaczne wykazanie, iż posiada zawartą umowę z podmiotem uprawnionym - spełniającą wszystkie wymogi ustawowe z tym związane, a więc uwzględniającą zakaz wywozu pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania poza obręb Regionu sądecko-gorlickiego.

Uzupełniona na wezwanie zamawiającego umowa z PUK EMPOL Sp. z o.o. z 3.03.2014 r. dotyczy odbioru odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Regionu wschodniego - Województwa podkarpackiego, a nie z Regionu gorlicko- sądeckiego Województwa małopolskiego, co w razie naruszenia obowiązkowej regionalizacji skutkowałoby odesłaniem całości dostawy na koszt dostawcy, a odprowadzenie tam danego rodzaju odpadów - pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania - pochodzących z terenu Regionu sądecko-gorlickiego miałoby charakter nielegalny.

Uzupełniona na wezwanie zamawiającego umowa z 22 kwietnia 2014 r. zawarta z przedsiębiorstwem MOBRUK S.A., który nie stanowi instalacji regionalnej dla Regionu sądecko-gorlickiego uprawnionej do przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania - ale jest jedynie instalacją odzysku frakcji odpadów selektywnie zebranych - również nie potwierdza spełnienia omawianego warunku.

Przytaczane wyżej postanowienia uchwały Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/1 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., dla Regionu sądecko-gorlickiego wyznaczają określone instalacje do składowania odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania (bez wskazania kodu tych odpadów).

W wyroku Izby z dnia 3 grudnia 2014 r. sygn. akt KIO 2419/14 wystarczająco uzasadniono, że z uwagi na przewidziane prowadzenie przez wykonawcę przedmiotowego zamówienia dwóch Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych - pojawią się odpady o charakterze pozostałości z segregowania tych odpadów, w tym także nienadające się do dalszej obróbki, ale do składowania. Wynikać to może z faktu, że mieszkańcy przynoszą do punktów PSZOK odpady wymagające chociażby wstępnej selekcji, wyodrębnienia frakcji nadających się do dalszego przerobu i odzysku surowców wtórnych (np. wielomateriałowych), która to selekcja może być przeprowadzana ręcznie, a nie tylko mechanicznie.

Ponadto z samej treści przytaczanego przepisu art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

- a) zmieszanych odpadów komunalnych
- b) odpadów zielonych oraz
- c) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania - do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

Odwołujący przedłożoną umową z MOBRUK S.A. - posiadającą pozwolenie zintegrowane, w tym na transport odpadów, nie wykazał, iż firma ta będzie odbierać bezpośrednio z punktów PSZOK na terenie Nowego Sącza całość gromadzonych tam odpadów ze zbiórki selektywnej bez jakiegokolwiek zaangażowania własnego odwołującego w proces segregacji tych odpadów.

Umowa nie zawiera w swojej treści zobowiązania do odbierania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych od odwołującego, ale jedynie do zagospodarowania odpadów (a nie do ich składowania), w tym pozostałości z sortowania odpadów komunalnych w procesie odzysku lub unieszkodliwiania (zatem pochodzących z sortowania odpadów przez tę instalację). Umowa ma charakter blankietowy, nie konkretyzuje frakcji odpadów, ich ilości i nie obejmuje zobowiązania (bo nawet firma MOBRUK S.A. nie byłaby

uprawniona) do przyjmowania pozostałości z sortowania odpadów, w tym pochodzących z selektywnej zbiórki - przeznaczonych do składowania.

Należało odróżnić, że część odpadów z segregacji odpadów zebranych selektywnie może tylko nadawać się do odprowadzenia do składowania do właściwej instalacji RIPOK, a część może być poddana dalszym obróbkom przez instalacje odzysku - celem wyizolowania czystych frakcji odpadów, np.: szkła, papieru, metalu.

Odwołujący nie byłby uprawniony, aby mieszać pozostałości z segregacji odpadów selektywnie zebranych nadających się do składowania z odpadami zmieszonym odebranych od mieszkańców, zatem musiał się wykazać umową o legalne odprowadzanie tego rodzaju odpadu do właściwej Instalacji regionalnej.

Zawarcie takiej umowy było możliwe i konieczne, co potwierdza przedłożona umowa odwołującego z PUK EMPOL Sp. z o.o. z 3.03.2014 r. dotycząca odbioru odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych w związku z działalnością odwołującego odbioru odpadów komunalnych z Regionu wschodniego Województwa podkarpackiego - tyle że nie jest właściwa terytorialnie regionalna Instalacja do składowania odpadów z Regionu sądecko-gorlickiego.

Znamienne było ponadto, że odwołujący zabiegał o zawarcie aneksu do pierwotnej umowy nr 16/ZZ/2014 r. z 10 października 2014 r. z firmą NOVA Sp. z o.o. na odbiór odpadów zmieszanych - poprzez objęcie jej zakresem „pozostałość sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania”.

Uzasadnienie wyroku KIO z dnia 3 grudnia 2014 r. wskazujące na obowiązek przetwarzania pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w którejkolwiek z instalacji wskazanej dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca 2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/1 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014 r., „lub przez upoważnionego odbiorcę” oznacza, iż innym, upoważnionym odbiorcą może być instalacja zastępcza. Działalność w zakresie gospodarki odpadami jest ściśle reglamentowana. Wyroku Izby nie można, więc odczytywać w ten sposób, ażeby stwarzał on większe uprawnienie dla wykonawcy, ponad to - co dopuszcza bezwzględnie obowiązujący przepis ustawy.

Należało zatem stwierdzić, że żadna z uzupełnionych umów na wezwanie zamawiającego nie została zawarta z podmiotem lub podmiotami prowadzącymi instalacje regionalne przetwarzające zmieszane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania wskazanymi dla Regionu sądecko-gorlickiego Uchwałą Nr XXV/398/12 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 2 lipca

2012 r. w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”, zmienioną Uchwałą Nr LI/819/14 Sejmiku Województwa Małopolskiego z dnia 26 maja 2014r. - co stanowi ewidentną i nieusuwalną sprzeczność zaoferowanej usługi z treścią specyfikacji.

Wymóg miał charakter przedmiotowy oparty na dyspozycji art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie:

- przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Nieżłożenie tego rodzaju dokumentów i nieuzupełnienie ich na wezwanie zamawiającego skutkuje uprawnioną oceną, że treść oferty nie odpowiada treści istotnych warunków zamówienia i obliguje zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Procedura wzywania wykonawcy do uzupełnienia wyznaczonego dokumentu ma charakter jednokrotny i nie jest dopuszczalne jej powtórzenie.

Zachodził zbieg podstaw obligujących zamawiającego do wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, zatem i z tych względów żądanie nakazania zamawiającemu, aby wezwał odwołującego w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia załącznika nr 5 - Wykazu sprzętu (pojazdów) - nie podlegało uwzględnieniu.

Przeprowadzone postępowanie dowodowe potwierdziło, że zamawiający przeprowadził nakazane czynności w sposób zgodny z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 2419/14.

W konsekwencji, biorąc pod uwagę okoliczności faktyczne i prawne - stanowiące podstawę rozstrzygnięcia sprawy - należało podzielić stanowisko zamawiającego, że nie uchybił on wskazanym przez odwołującego przepisom:

- 1) art. 7 ust 1 i ust 3 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy konsorcjum: NOVA Sp. z o.o. (lider), SITA Małopolska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Sp. z o.o., gdyż wymieniona oferta spełniała kryterium najkorzystniejszej złożonej w postępowaniu;
- 2) art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust 1, 2 i 3 ustawy Pzp, gdyż nie miała miejsca zawężająca i dowolna interpretacja przez zamawiającego pkt 1 ppkt 1.3. lit b sentencji wyroku z dnia 3 grudnia 2014 roku (KIO 2419/14), a dokumenty uzupełnione w trybie art. 26 ust 3 ustawy Pzp nie były wystarczające i nie potwierdzały wymagań zamawiającego, co w konsekwencji zasadnie doprowadziło do odrzucenia oferty wykonawcy

konsorcjum AVR Sp. z o.o. w oparciu o treść art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp; czynności zamawiającego zostały podjęte w sposób zgodny z wyrokiem Izby;

3) art. 89 ust 1 pkt 2 w zw. z treścią art. 7 ust 1 i 3 ustawy Pzp, art. 192 ust 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz 22 ust 3 i 4 ustawy Pzp, gdyż treść oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. była niezgodna z treścią z SIWZ w zakresie zaoferowanego sposobu wykonania zamówienia tj. bez wymaganego pojazdu z napędem na 4 koła, zatem oferta podlegała odrzuceniu; nie miała miejsca niedozwolona zmiana interpretacji warunków postępowania w zakresie określonym w rozdziale VI pkt 2.3.1.1. lit a SIWZ, gdyż zamawiający dostosował się do rzeczywistego i jednoznacznego warunku wyrażonego literalnie w SIWZ, aby pojazd był napędzany na 2 osie - „napęd na 4 koła”.

Odwołujący nie wykazał naruszenia, alternatywnie wskazywanych przepisów ustawy Pzp, tj.:

4) art. 26 ust 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania konsorcjum AVR Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentu tj. załącznika nr 5 do SIWZ pn „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług” w sytuacji gdy odwołujący wbrew zobowiązaniu podjętemu w ofercie nie dysponował „pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej nie większej niż 5,5 tony i napędzie na 4 koła - min. 1 pojazd”.

Zamawiający nie uchybił postanowieniom art. 7 ust 1 ustawy Pzp, gdyż nie naruszył zasad równego i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W tym stanie rzeczy Izba oddaliła odwołanie, o czym orzekła na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania uiszczony przez odwołującego wpis na podstawie § 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:**

.....

