

Sygn. akt: KIO 312/21

WYROK
z dnia 22 lutego 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Beata Pakulska-Banach

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lutego 2021 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 roku przez wykonawcę **A. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Oczyszczania Terenu „B.” A. B.** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Olszówka**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie** i **L. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **ECO-SPEED B. L.**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 312/21 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **A. B.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Oczyszczania Terenu „B.” A. B.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Olszówka - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: *Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Olszówka w latach 2021-2022*. Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 4 grudnia 2020 r. pod numerem 762033-N-2020.

Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019, poz. 2020), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) (zwanej dalej: „ustawą Pzp”).

Natomiast do postępowania odwoławczego, mając na uwadze fakt, iż odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2021 roku, to zgodnie z art. 92 ust. 2 ww. ustawy Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych, znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) (zwanej dalej: „ustawą nPzp”).

Zamawiający w dniu 26 stycznia 2021 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wykonawca – A. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Oczyszczania Terenu „B.” A. B. (zwany dalej: „odwołującym”) wniósł w dniu 29 stycznia 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego polegających na:

1) nieprawidłowym i nieuprawnionym dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum w składzie: Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie oraz L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED B. L. (dalej jako: „Konsorcjum Ecovir”) jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż podmioty te nie wykazały spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podlegały wykluczeniu;

2) niedokładnym zbadaniu i wadliwej ocenie oferty złożonej przez Konsorcjum Ecovir polegającej na uznaniu, iż wykonawca ten spełnia warunki i standardy jakościowe niezbędne do realizacji zamówienia wskazane w ramach SIWZ oraz jego załącznika – SOPZ;

3) zaniechaniu wykluczenia Konsorcjum Ecovir, a w konsekwencji zaniechaniu uznania oferty Konsorcjum Ecovir za podlegającą odrzuceniu, mimo iż nie wykazało ono spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia Konsorcjum Ecovir z udziału w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia i wybór oferty Konsorcjum Ecovir jako najkorzystniejszej, podczas gdy podmiot ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, gdyż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu, co w efekcie stanowiło również naruszenie przez zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przez wybór oferty podmiotów podlegających obligatoryjnemu wykluczeniu;

2. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 24aa i art. 26 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niedokładne zbadanie oraz wadliwą ocenę oferty złożonej przez Konsorcjum Ecovir, polegającą na uznaniu, iż wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu, jak i kryteria oceny oferty niezbędne do realizacji zamówienia, wskazane w ramach SIWZ oraz jego załącznika - SOPZ, podczas gdy podmiot ten nie dysponuje m.in. wymaganymi wpisami i zezwoleniami odnoszącymi się do co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji wybranie oferty Konsorcjum Ecovir, które nie spełnia wszystkich warunków udziału w postępowaniu i kryteriów oceny oferty określonych w SIWZ oraz SOPZ.

W oparciu o powyższe odwołujący wnosił o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Ecovir jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
 2. powtórzenia procesu badania i oceny ofert złożonych w ramach postępowania oraz wykluczenia Konsorcjum Ecovir z postępowania, a w rezultacie odrzucenie jego oferty i dokonanie wyboru oferty odwołującego;
- a także o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Ponadto, odwołujący wnosił o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z:

- 1) dokumentów załączonych do odwołania w celu wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu odwołania;
- 2) przesłuchania odwołującego oraz świadków:
 - a) A. B. Juniora

b) T. O.

- w celu wykazania faktów wskazanych w uzasadnieniu odwołania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazywał, co następuje.

W pierwszej kolejności odwołujący podnosił, że Konsorcjum w składzie: Ecovir Sp. z o.o. oraz ECO-SPEED L. B. nie spełniają warunków udziału w postępowaniu i powinni zostać z niego wykluczeni. Wskazał, iż w świetle wpisów w ramach rejestru BDO oraz rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Olszówka, ww. podmioty nie dysponują stosownymi wpisami ani odpowiednimi zezwoleniami na transport wszystkich odpadów wskazanych przez zamawiającego w ramach SIWZ i SOPZ, a mianowicie Ecovir Sp. z o.o. nie dysponuje stosownym zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 20 01 33, zaś ECO-SPEED L. B. nie dysponuje zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 20 01 35 i 20 01 33. Powyższe miały potwierdzać, załączone do odwołania wydruki wpisów z rejestru BDO oraz wydruki wpisów z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Olszówka.

Jednocześnie odwołujący podkreślił, że w opisie warunków udziału w postępowaniu oraz w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków w ramach SIWZ zamawiający wprost wskazuje, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą posiadać odpowiedni wpis do rejestru działalności regulowanej oraz zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia lub aktualny wpis do rejestru - zezwalający na transport co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający stawiał wyraźny wymóg posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia stosownych wpisów i zezwoleń.

Odwołujący wskazał, że na te okoliczności zwracał uwagę zamawiającemu, w związku z czym zamawiający wezwał Konsorcjum Ecovir do wyjaśnienia braku wpisu w ewidencji działalności regulowanej kodu odpadów: 20 01 33. Z treści pisma Konsorcjum Ecovir z dnia 5 stycznia 2021 roku wynika, że Ecovir Sp. z o.o. oraz ECO-SPEED L. B. na dzień składania ofert, jak i co najmniej na dzień upływu wyznaczonego przez zamawiającego terminu do złożenia oświadczeń i dokumentów - tj. 5 stycznia 2021 r., nie posiadali stosownych zezwoleń na transport odpadów o kodzie: 20 01 33 ani wpisu w ramach rejestru działalności regulowanej. Dodał, że samo oświadczenie o złożeniu w dniu 4 stycznia 2021 roku wniosku o zmianę danych w rejestrze, nie zmienia faktu, iż składając ofertę ww. wykonawcy nie spełniali warunków udziału w postępowaniu. Stwierdził bowiem, iż warunki

udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia muszą być spełnione w sposób ciągły od dnia składania ofert aż do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie odwołującego, nie jest też zasadne twierdzenie, że skoro Konsorcjum Ecovir posiada w ewidencji działalności regulowanej kod 20 01 34, to odbiór baterii i akumulatorów jest możliwy, ponieważ kod 20 01 34 dotyczy wyłącznie niewielkiej kategorii baterii i akumulatorów – tj. baterii i akumulatorów innych niż wymienione w 20 01 33. Z kolei kod 20 01 33 odnosi się do baterii i akumulatorów łącznie z bateriami i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01, 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowanych baterii i akumulatorów zawierających te baterie.

Wobec powyższego, zdaniem odwołującego, nie sposób uznać, że Konsorcjum Ecovir wykazało spełnienie warunków udziału w postępowaniu, dlatego też zamawiający winien dokonać wykluczenia tego podmiotu i w efekcie odrzucić jego ofertę. W konsekwencji też, z uwagi na wybór oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu, zamawiający naruszył podstawowe zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W dalszej kolejności odwołujący podnosił, że zamawiający nie dokładając należytych starań, niejako z automatu, przyjął, iż Konsorcjum Ecovir spełnia wszystkie warunki i standardy jakościowe niezbędne do realizacji zamówienia wskazane w ramach SIWZ oraz jego załączniku – SOPZ. Jednakże Konsorcjum Ecovir nie dysponuje spełniającą wymogi prawne bazą magazynowo - transportową. Odwołujący zauważył, że ww. wykonawca, jako bazę magazynowo - transportową na potrzeby odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Olszówka, wskazał nieruchomość położoną w miejscowości Babiak. Odwołujący podniósł, że zdjęcia tej bazy magazynowo – transportowej w sposób jednoznaczny dowodzą, iż Konsorcjum Ecovir w ogóle nie spełnia warunków wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Olszówka, określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący wskazał na brak utwardzonego placu, odpowiedniej liczby miejsc parkingowych dla samochodów ciężarowych do wywozu śmieci, jak i adekwatnego pomieszczenia socjalnego dla pracowników, a także na liczne ubytki w ogrodzeniu. Zdaniem odwołującego, baza magazynowo – transportowa wskazana przez Konsorcjum Ecovir, nie spełnia licznych wymogów określonych w ww. rozporządzeniu Ministra Środowiska oraz w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy. Powyższe okoliczności miały potwierdzać przedstawione przez odwołującego zdjęcia bazy

magazynowo – transportowej, a także dowody z przesłuchania odwołującego oraz świadków – A. B. Juniora oraz T. O.

W ocenie odwołującego, powyższe okoliczności podważają całkowicie wiarygodność oświadczeń złożonych przez Konsorcjum Ecovir nie tylko w toku ubiegania się o wpis do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych na terenie Gminy Olszówka, o których mowa w art. 9c ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ale także oświadczeń w toku postępowania przetargowego. Ponadto, zdaniem odwołującego, wskazane uchybienia stanowią rażące naruszenie postanowień rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przez Konsorcjum Ecovir Sp. z o.o. oraz ECO-SPEED L. B., co powinno skutkować wydaniem przez zamawiającego - Wójta Gminy Olszówka decyzji wobec ww. podmiotów o zakazie wykonywania działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Olszówka oraz o wykreśleniu z dniem wydania decyzji z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania w odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Olszówka. Odwołujący stwierdził, że skoro ww. podmioty nie spełniają w ogóle wymogów do uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to tym bardziej ich oferta złożona w ramach przetargu nieograniczonego nie powinna zostać uznana za najkorzystniejszą.

Ponadto, odwołujący zwrócił uwagę na fakt, że podobna sytuacja miała miejsce na obszarze Gminy Szczawin Kościelny, gdzie w związku ze stwierdzonymi rażącymi nieprawidłowościami w zakresie baz magazynowo - transportowych ww. podmiotów – Wójt Gminy Szczawin Kościelny decyzjami z dnia 18 stycznia 2021 r. orzekł wobec Ecovir Sp. z o.o. oraz ECO-SPEED L. B. zakaz wykonywania działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Szczawin Kościelny oraz wykreślenie wpisu z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Szczawin Kościelny. Odwołujący dodał, że o stwierdzonych nieprawidłowościach informował zamawiającego.

Wobec powyższego odwołujący wnosił jak na wstępie.

Zamawiający w dniu 1 lutego 2021 roku przekazał pozostałym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu kopię odwołania (drogą elektroniczną).

W dniu 3 lutego 2021 roku wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie i L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED B. L. (zwani dalej łącznie: „Konsorcjum Ecovir” lub „przystępującym”) zgłosili przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpień ww. wykonawców wobec spełnienia wymogów określonych w art. 525 ust. 1 i 2 nPzp i dopuściła ich do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego w charakterze uczestnika tego postępowania.

W dniu 16 lutego 2021 roku zamawiający złożył Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej odpowiedź na odwołanie w której wnosił o oddalenie odwołania w całości (w formie pisemnej).

W trakcie posiedzenia i rozprawy strony oraz przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy w dniu 18 lutego 2021 roku z udziałem stron i uczestników postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk stron i uczestników postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 nPzp.

Izba uznała, iż odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 nPzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami, oferty Konsorcjum Ecovir, korespondencji prowadzonej przez zamawiającego z konsorcjum Ecovir, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, protokołu postępowania o udzielenie

zamówienia, a także z dokumentów przedłożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego w toku postępowania odwoławczego.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadków A. B. Juniora oraz T. O., a także o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu ochrony środowiska oraz z zakresu bezpieczeństwa i ochrony pracy na okoliczność czy wskazana przez przystępującego baza magazynowo - transportowa spełnia warunki określone przepisami prawa jako nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy i powołane jedynie dla zwłoki.

Ponadto, Izba wzięła także pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 18 lutego 2021 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

W pkt II.2. SIWZ zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest: *„świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych w granicach administracyjnych Gminy Olszówka i z gminnego Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych oraz transport tych odpadów do Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie”.*

Z kolei w dziale III SIWZ *Opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków* w pkt 2 zamawiający określił, iż:

„2. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą;

a) posiadać kompetencje lub uprawnienia do wykonywania określonej działalności zawodowej, jeżeli odrębne przepisy nakładają obowiązek posiadania takich kompetencji lub uprawnień:

1. posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, zgodnie z art. 9b-c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach

2. zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia lub aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. w zakresie transportu odpadów – zezwalające na transport co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia

b) posiadać zdolność techniczną lub zawodową, tj.:

- wykazać dysponowanie pięcioma pojazdami spełniającymi wymagania techniczne określone przepisami ustawy prawo o ruchu drogowym oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym: co najmniej 2 pojazdy specjalistyczne bezpyłne, przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, minimum 2 pojazdy przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz minimum 1 pojazd do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej. Pojazdy te powinny umożliwiać odbiór i transport odpadów gromadzonych, jako zmieszane i selektywnie gromadzone w wymaganych przez Zamawiającego pojemnikach i workach.

- wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na odbiorze i transporcie odpadów komunalnych, a każda z tych usług realizowana była przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej odpadów minimum – 300 Mg rocznie.

c) znajdować się w sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia, tj.:

- być ubezpieczonym od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia, na wartość nie mniejszą niż 100.000,00 złotych

Ocena spełnienia warunków określonych w pkt.2 zostanie przez Zamawiającego dokonana poprzez analizę dokumentów, określonych w pkt. IV SIWZ, złożonych przez Wykonawców w ofertach.”.

Dodatkowo zamawiający określił, że: „W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (Załącznik nr 1a) składany jest wspólnie i podpisywany przez wszystkich wykonawców lub pełnomocnika.” (pkt IV.4. lit. a) SIWZ).

Zamawiający podał, że: „W celu potwierdzenia spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia Wykonawcy z udziału w postępowaniu, Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, może wezwać (art. 26 ust. 2) Wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej), do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów określonych w pkt. 6 (tabela ppkt. 6-10)”. (pkt IV.2. SIWZ). W tabeli tej w ppkt 6 – 10 zamawiający określił następujące dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału:

ppkt 6:

„• posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, zgodnie z art. 9b-c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach

• zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia lub aktualny wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. w zakresie transportu odpadów – zezwalające na transport co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia”;

ppkt 7: wykaz wykonanych/wykonywanych usług - wg formularza Załącznik nr 2 do oferty;

ppkt 8: wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania nimi - wg formularza Załącznik nr 3 do oferty;

ppkt 9: polisa/inny dokument potwierdzający ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej;

ppkt 10: oświadczenie o przynależności /lub jej braku do tej samej grupy kapitałowej.

W załączniku nr 1 do SIWZ – *Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia* w dziale II *Sposób odbioru odpadów komunalnych* zamawiający określił rodzaje odpadów podlegających odbiorowi wraz z ich kodami, przy czym w pkt 3 *Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych* zamawiający podał: „*Odbieranie odpadów komunalnych z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, z podziałem na następujące frakcje: (...)*

d) zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny (kod 20 01 35, 20 01 36),

e) zużyte baterie i akumulatory (kod 20 01 33, 20 01 34)”.

Izba zważyła co następuje:

Zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Stosownie do art. 24 ust. 4 ustawy Pzp ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Przepis art. 24aa ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza,

nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu.

W art. 26 ust. 2 ustawy Pzp ustawodawca wskazał, że jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Z kolei z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp wynika, że:

1. Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
3. Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

I. Zarzut dotyczący nie dysponowania stosownymi wpisami ani zezwoleniami na transport wszystkich odpadów wskazanych przez zamawiającego w ramach SIWZ i SOPZ.

Jak wyżej wskazano (w ustaleniach stanu faktycznego) – zgodnie z pkt III.2. SIWZ - wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli legitymować się posiadaniem wpisu do rejestru działalności regulowanej, zgodnie z art. 9b-c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jak również zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia lub aktualnym wpisem do rejestru, o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. w zakresie transportu odpadów – zezwalającym na transport co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia.

Zarówno wykonawca Ecovir Sp. z o.o. z siedzibą w Ligowie, jak i wykonawca L. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ECO-SPEED B. L., wspólnie ubiegający się o udzielenie przedmiotowego zamówienia, legitymowali się stosownymi wpisami do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zgodnie z art. 9b-c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co znajduje potwierdzenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia (k. 230 – 233).

Odwołujący w ramach ww. zarzutu podnosił, że konsorcjanci Konsorcjum Ecovir nie dysponują stosownymi wpisami ani odpowiednimi zezwoleniami na transport wszystkich odpadów wskazanych przez zamawiającego w SIWZ i załączniku do SIWZ – Szczegółowym

Opisie Przedmiotu Zamówienia, przy czym odwołujący wskazał, że Ecovir Sp. z o.o. nie posiada zezwolenia na transport odpadów o kodzie 20 01 33, a drugi z konsorcjantów – L. B. (ECO-SPEED B. L.) nie dysponuje zezwoleniem na transport odpadów o kodzie 20 01 35 i 20 01 33.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że za wystarczające należy uznać – w braku odmiennych wymagań zamawiającego – aby potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania zezwoleniem na transport odpadów o kodach objętych przedmiotem zamówienia, w tym wskazanych przez odwołującego (20 01 35 i 20 01 33), ziściło się przynajmniej w stosunku do jednego z konsorcjantów. Tym samym, skoro brak zezwolenia na transport odpadów o kodzie 20 01 35 dotyczył tylko wykonawcy L. B. (ECO-SPEED B. L.), a nie było zarzutu, że lider konsorcjum – Ecovir Sp. z o.o. nim nie dysponuje, to Izba uznała zarzut w tym zakresie za bezprzedmiotowy. Ponadto, jak wynika z dokumentacji przekazanej przez zamawiającego (wydruk z rejestru BDO), Ecovir Sp. z o.o. legitymowała się wpisem do rejestru w zakresie kodu 20 01 35.

Następnie należy wskazać, że kwestia wpisu w zakresie kodu odpadów 20 01 33 mogła być badana wyłącznie w odniesieniu do zezwolenia na transport odpadów o tym kodzie, nie zaś w zakresie istnienia bądź braku wpisu kodu 20 01 33 w ewidencji działalności regulowanej wykonawcy.

Powyższe wynika bezpośrednio z brzmienia warunków udziału w postępowaniu. A mianowicie wykonawca był zobowiązany posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej (brak w SIWZ odniesienia do oczekiwanego zakresu takiego wpisu) oraz zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych (w tym przypadku zamawiający określił zakres - transport co najmniej takich odpadów, jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia). Ze Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SIWZ) wynika, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. odbieranie zużytych baterii i akumulatorów (kod 20 01 33, 20 01 34) z Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych.

Jednocześnie z opinii Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 roku, powołanej przez zamawiającego, wynika, że: *„Akcyjne bądź jednorazowe zabranie selektywnych odpadów komunalnych (...) na zlecenie wytwórcy tych odpadów lub zbierającego takie odpady nie jest traktowane jako odbieranie odpadów komunalnych, tylko jako ich transport.”*

Tym samym, brak wpisu tego kodu w rejestrze działalności regulowanej, nie stanowi o braku spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Wskazać też należy, że pismo Konsorcjum Ecovir z dnia 4 stycznia 2021 roku (data wpływu do zamawiającego – 5 stycznia 2021 roku), będące odpowiedzią na wezwanie

zamawiającego do wyjaśnień m.in. na okoliczność braku wpisu kodu odpadów 20 01 33 w ewidencji działalności regulowanej, na które to powoływał się odwołujący w swoim odwołaniu i w toku rozprawy, stanowiło wyłącznie odniesienie się do kwestii zakresu wpisów w rejestrze działalności regulowanej.

Izba zauważyła, iż z dokumentacji przetargowej (karta 238) wynika, że Ecovir Sp. z o.o. posiadała zezwolenie na transport odpadów o kodzie 20 01 33 (poz. 72), jak i 20 01 35 (poz. 74) - wydruk z Rejestru BDO (Rejestr podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami) z dnia 28 grudnia 2020 roku. Co najmniej, na datę 28 grudnia 2020 roku istniał taki wpis.

Z drugiej zaś strony, Izba uznała, że odwołujący nie wykazał, iż Konsorcjum Ecovir na dzień składania ofert nie dysponował stosownym wpisem (potwierdzającym zezwolenie na transport odpadów o kodzie 20 01 33).

Odwołujący przedstawił wydruki z Rejestru BDO z dnia 17 lutego 2021 roku. Wydruki te obejmowały treść sprzeczną z dokumentem, który był w posiadaniu zamawiającego (dokumentacja postępowania – k. 238), przy czym nie wiadomo, czy w istocie dokument ten obejmował treść na dzień otwarcia ofert – odwołujący tego nie wykazał. Na dokumencie tym widniała tylko data 17 lutego 2021 roku i był on sprzeczny z wydrukiem zamawiającego z dnia 28 grudnia 2020 roku (w odniesieniu do wpisu w zakresie kodu 20 01 33). Nie wiadomo do jakiego podmiotu się odnosił (wskazany tylko adres).

W konsekwencji Izba uznała twierdzenia odwołującego za nieudowodnione w tym zakresie. Tym bardziej, że nie potwierdziła się argumentacja odwołującego wskazana w treści odwołania, iż co najmniej na dzień upływu wyznaczonego przez zamawiającego terminu do złożenia oświadczeń i dokumentów, tj. 5 stycznia 2021 roku, konsorcjanci nie posiadali stosownych zezwoleń na transport odpadów o kodzie 20 01 33, ponieważ w dokumentacji postępowania jest wydruk z rejestru BDO potwierdzający, iż na dzień 28 grudnia 2020 roku istniał wpis, obejmujący zezwolenie na transport odpadów o tym kodzie w stosunku do wykonawcy Ecovir Sp. z o.o. (powoływana karta 238).

Skoro z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia wynika, że jeden z konsorcjantów posiada wymagane przez zamawiającego zezwolenie na transport odpadów o kodzie 20 01 33, a odwołujący nie wykazał swoich twierdzeń w sposób nie budzący wątpliwości, to należało uznać, że został spełniony warunek udziału w postępowaniu w kwestionowanym zakresie.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

II. Zarzut dotyczący nie dysponowania przez Konsorcjum Ecovir bazą magazynowo –

transportową spełniająca wymogi prawne.

Zarzut jest bezpodstawny.

Izba przede wszystkim zauważa, że zamawiający nie określił warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania bazą magazynowo – transportową, spełniającą określone wymagania, choćby te wynikające z powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Tym samym nieuprawniony jest zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy z uwagi na nie spełnianie warunków udziału w postępowaniu, skoro sformułowane przez zamawiającego w SIWZ warunki udziału w postępowaniu nie zawierają żadnych wymagań w tym zakresie.

Zamawiający wymagał jedynie, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z art. 9b-c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia lub aktualny wpis do rejestru o którym mowa w art. 49 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 roku w zakresie transportu odpadów – zezwalające na transport co najmniej takich odpadów jak wskazano w opisie przedmiotu zamówienia.

Z kolei w ramach zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wymagał dysponowania 5 pojazdami spełniającymi wskazane przez niego wymagania, a także wykazania się odpowiednim doświadczeniem oraz ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. W opisie warunków udziału w postępowaniu nie było jakiegokolwiek odniesienia do bazy magazynowo - transportowej.

Nadmienić należy, że wymóg posiadania bazy magazynowo - transportowej przez podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości wynika z art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2020 r., poz. 1439 z późn. zm.). Podmiot ubiegający się o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie danej gminy winien dysponować taką bazą, co potwierdza swoim oświadczeniem składanym organowi prowadzącemu dany rejestr (w tym przypadku wójtowi Gminy Olszówka). Szczegółowe warunki dotyczące bazy magazynowo – transportowej określają przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) - w § 2.

Słusznie wskazał zamawiający, iż żądając od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie

odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przyjmuje, że przedsiębiorca posiadający wpis spełnia warunki niezbędne do jego uzyskania. Obaj wykonawcy wchodzący w skład konsorcjum Ecovir przedstawili zamawiającemu dokumenty potwierdzające, że posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy Olszówka w ww. zakresie.

Podkreślić też należy, iż postępowanie odwoławcze nie jest postępowaniem właściwym do stwierdzenia, że dany wykonawca nie spełnia warunków do uzyskania wpisu, o którym mowa powyżej, w następstwie czego winna być wydana decyzja o zakazie wykonywania działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Procedura wydania decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem została określona w art. 9j ww. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Skoro zamawiający nie określił w warunkach udziału w postępowaniu wymogów dotyczących bazy magazynowo – transportowej, to kwestia czy wykonawca dysponuje bazą spełniającą określone wymagania, nie mogła być przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

W tym miejscu przypomnieć należy, że podstawą zarzutów odwołującego był brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Konsorcjum Ecovir.

Mając powyższe na uwadze Izba oddaliła ww. zarzut.

Ze względów opisanych powyżej, zbędne było przeprowadzanie dowodów z przesłuchania świadków i z opinii biegłego w zakresie wnioskowanym przez odwołującego, dlatego też Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego jako powołane jedynie dla zwłoki i nie mające istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia tej sprawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy nPzp w zw. z § 2 ust. 1 pkt 1, § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r., poz. 2437), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

