

Sygn. akt: KIO 1671/21

POSTANOWIENIE
z dnia 16 czerwca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 16 czerwca 2021 r., odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 czerwca 2021 r. przez Odwołującego – **Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Warszawie, Al. Krakowska 110/114 (00-971 Warszawa)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Gminę Grodzisk Mazowiecki**, ul. Kościuszki 32a, 05-825 Grodzisk Mazowiecki

przy udziale

Wykonawcy **Jarper Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Kolonia Warszawska, Al. Krakowska 108A (05-552 Wólka Kosowska) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

postanawia:

1. **Odrzuca odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Grodzisk Mazowiecki w trybie przetargu nieograniczonego na *odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy Grodzisk Mazowiecki* (nr sprawy: ZP.271.125.2020), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2020/S 253-638742 w dniu 29 grudnia 2020 r., wobec czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu i wyboru w dniu 15.04.2021 r. oferty Jarper Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, wykonawca Przedsiębiorstwo Usługowe „HETMAN” Sp. z o.o. wniósł w dniu 02.06.2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie (sygn. akt KIO 1671/21).

Odwołanie wniesione zostało wobec czynności i zaniechań Zamawiającego, o których Odwołujący powziął informację w dniu 26.05.2021 r., tj.:

1. zaniechania czynności ujęcia w protokole jak i załącznikach do protokołu postępowania informacji i dokumentów, które Zamawiający brał pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Jarper Sp. z o.o. (dalej jako Wykonawca), a w następstwie tego brak ich przekazania Odwołującemu, co uniemożliwiło Odwołującemu sformułowanie w tym zakresie zarzutów w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej,
2. czynności oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu na podstawie dokumentów (decyzji Starosty Piaseczyńskiego), których Wykonawca nie złożył w postępowaniu oraz nie przekazał Zamawiającemu informacji, iż znajdują się one w posiadaniu Zamawiającego oraz pozostają aktualne,
3. zaniechania wezwania Wykonawcy do „uzupełnienia” dokumentów,
4. A w konsekwencji, z uwagi na wpływ jaki mogły mieć zaniechania i czynności Zamawiającego na decyzję o wyborze oferty najkorzystniejszej, wnosi odwołanie również na czynność z dnia 15.04.2021 r. wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Wykonawcę.

Zaskarżonym zaniechaniom i czynnościom Odwołujący zarzucił naruszenie norm zawartych w przepisach:

- 1) art. 96 ust. 2 i 3 oraz art. 2 pkt 7a Pzp § 2 pkt 21 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz. U. poz. 1126) jak i art. 84 ust. 2 Dyrektywy 2014/UE poprzez brak

dołączenia do protokołu postępowania decyzji Starosty Piaseczyńskiego nr 90/2013, nr 224/2013, nr 365/2014, nr 46/2017, stanowiących podstawę decyzji Zamawiającego w postępowaniu o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę oraz brak zamieszczenia informacji o takich dokumentach (jako załącznika do protokołu) w protokole postępowania, przez co po pierwsze, Zamawiający nie udokumentował przebiegu postępowania w sposób zgodny ze stanem faktycznym oraz po wtóre, co doprowadziło do nieuprawnionego braku udostępnienia tych dokumentów Odwołującemu w sposób niezwłoczny;

- 2) art. 26 ust. 6 Pzp w zw. z § 10 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, które zezwalają wykonawcy nie składać odpowiednich dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego jedynie w okolicznościach, gdy wykonawca wskaże fakt posiadania tych dokumentów przez zamawiającego oraz potwierdzi ich aktualność, czego Wykonawca w postępowaniu nie uczynił, a zatem Zamawiający nie miał podstaw prawnych do uwzględnienia decyzji Starosty Piaseczyńskiego nr 90/2013, nr 224/2013, nr 365/2014, nr 46/2017 przy ocenie spełnienia warunku, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1. lit. c) siwz,
- 3) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania pomimo, iż wykonawca nie przedłożył w odpowiedzi na wezwanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu określonego w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit. c) siwz w zakresie: (1) Leki inne niż wymienione w 20 01 31 (20 01 32); (2) Środki ochrony roślin (20 01 19) Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne (20 01 27*); (4) Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze inne niż wymienione w 20 01 27 (20 01 28), albowiem:
 - a) decyzja nr 224/2013 Starosty Piaseczyńskiego z dnia 28.06.2013 r. jest decyzją na przetwarzanie jedynie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, a więc Wykonawca nie posiada pozwolenia dla pozostałych frakcji odpadów komunalnych; dodatkowo jest to decyzja warunkowa wydana dla instalacji zastępczej, która utraciła swą moc z uwagi na usunięcie z przepisów instalacji zastępczych na podstawie ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw;
 - b) w świetle decyzji nr 90/2013 Starosty Piaseczyńskiego z dnia 22.03.2013 r. na zbiórkę odpadów komunalnych, Wykonawca nie posiada pozwolenia na zbiórkę

bioodpadów ulegających biodegradacji (20 02 01); Leki inne niż wymienione w 20 01 31 (20 01 32) Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny (20 01 99), Środki ochrony roślin (20 01 19); Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszczce i żywice zawierające substancje niebezpieczne (20 01 27*); Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszczce inne niż wymienione w 20 01 27 (20 01 28) które pozwoliłyby – w świetle art. 17 SOPZ – wskazać wybranego Wykonawcę jako zbierającego „*niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych*”;

- c) nie zachodzi żaden z przewidzianych w art. 45 ust. 1 ustawy o odpadach, wyjątków od obowiązku uzyskania pozwolenia na przetwarzanie ww. odpadów, w szczególności Wykonawca nie posiada pozwolenia zintegrowanego;
 - d) umowa zawarta z FCC Tarnobrzeg, który prowadzi instalację komunalną dotyczy jedynie odpadów niesegregowanych; ponadto, FCC Tarnobrzeg nie posiada uprawnień do zbiórki i zagospodarowania Leki innych niż wymienione w 20 01 31 (20 01 32), środków ochrony roślin (20 01 19), farb, tuszy, farb drukarskich, klei, lepiszczcy i żywic zawierających substancje niebezpieczne (20 01 27*), farb, tuszy, farb drukarskich, klei, lepiszczcy innych niż wymienione w 20 01 27 (20 01 28),
- 4) art. 7 ust. 1 oraz art. 8 ust. 1 Pzp, które nakazują ujawnienie dokumentów, które Zamawiający brał pod uwagę przy ocenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa oraz zakazują uprzywilejowanego traktowania Wykonawcy wyrażającego się w ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o dokumenty, które nie zostały ustalone, jako dokumenty właściwe do takiej oceny, zgodnie z art. 26 ust. 6 w zw. z § 10 ust. 2 rozporządzenia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienie decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej, nakazanie wezwania Wykonawcy do złożenia dokumentów, o których mowa w rozdziale V pkt 5.1 ppkt 3 siwz, które potwierdzałyby spełnienie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonych w rozdziale IV pkt 4.3.1. lit. c) siwz.

Odwołujący wskazał, jako moment, w którym powziął informację o naruszeniu przepisów Ustawy zdarzenie, jakie miało miejsce w dniu 26.05.2021 r., tj. w odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1229/21, w której Zamawiający poinformował, iż przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Wykonawcę brał pod uwagę pozwolenie Starosty Piaseczyńskiego, które dołączył do pisma. W jego ocenie termin na wniesienie odwołania liczony na podstawie art. 515 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 Ustawy Pzp

wynosi 10 dni od dnia, w którym przesłano informację Odwołującemu (jeśli za takowe uznać odpowiedź na odwołanie) albo w którym powzięto wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał na brzmienie warunku udziału w postępowaniu z rozdziału IV pkt 4.3.1 lit. b i c siwz, dotyczącego instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz dokumenty, jakie wykonawca najwyżej oceniony zobowiązany był przekazać Zamawiającemu (rozdział V pkt 5.1 ppkt 2 i 3 siwz), tj. oświadczenie o posiadaniu funkcjonującej instalacji spełniającej wymagania dla instalacji komunalnych oraz zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

W jego ocenie, odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 3 z dnia 21.01.2021 r. wskazuje, że warunek dotyczący zezwoleń dotyczył innych odpadów niż zmieszane (niesegregowane), które kierowane są do innych instalacji, niż instalacji komunalnej/spalarni/współspalarni. Ponieważ warunek dotyczący zezwoleń nie wymienia frakcji odpadów do których się odnosi, oznacza to, iż wymóg posiadania zezwoleń odnosi się do wszystkich frakcji odpadów objętych przedmiotem zamówienia, z wyjątkiem odpadów zmieszanych dla których właściwą jest instalacja komunalna (zgodnie z definicją art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach), dla których warunek został określony odrębnie w pkt 4.3.1 lit. b) siwz.

Odwołujący wymienił frakcje odpadów, jakie Wykonawca zobowiązany będzie zagospodarować. Zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w ofercie adresu Instalacji, w których będą zagospodarowane odpady komunalne, w tym adresu Instalacji Komunalnej (w której będą przetwarzane odpady zmieszane) albo funkcjonującej spalarni lub współspalarni. Wykonawca w ofercie nie wskazał adresów instalacji lecz firmy podmiotów, z jakimi firma Jarper Sp. z o.o. ma podpisane umowy na odbiór odpadów zmieszanych komunalnych oraz segregowanych.

Wykonawca wskazał FCC Tarnobrzeg jako właściwy do odbioru odpadów zmieszanych. Nie wymieniał siebie, lecz w całości oparł się na instalacjach innych podmiotów. Część z podmiotów nie posiada uprawnień w zakresie zarówno zbiórki jak i przetwarzania odpadów komunalnych, co Odwołujący wykazał w sprawie o sygn. akt 1229/21. Przy czym, jak wynika z ustnych motywów uzasadnienia wyroku KIO z 1.06.2021 r. nie ma to znaczenia, wobec faktu, iż wskazanie instalacji do przetwarzania odpadów nie jest istotną informacją.

Na wezwanie do złożenia dokumentów Wykonawca złożył niepełną (bez OWU) umowę na przetwarzanie odpadów niesegregowanych (zmieszanych) zawartą z FCC Tarnobrzeg, co w ocenie KIO potwierdza spełnienie warunku, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit. b) siwz. Wykonawca nie złożył natomiast dokumentów dotyczących posiadania zezwoleń na

przetwarzanie innych odpadów, o którym mowa w art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach. Nie wskazał Zamawiającemu, iż ten jest w posiadaniu odpowiednich zezwoleń Starosty Piaseczyńskiego oraz, że są one aktualne.

W dniu 15.04.2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Wykonawcę.

W protokole postępowania nie wymieniono jako załącznika decyzji Starosty Piaseczyńskiego odsyłając ogólnikowo do dokumentacji postępowania przekazanej Odwołującemu.

Mając na względzie:

- a) brak w protokole postępowania jak i w przekazanej dokumentacji postępowania informacji o decyzjach Starosty Piaseczyńskiego, które były podstawą dla podjęcia decyzji o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit c) siwz,
- b) dokumenty udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego i złożone przez Wykonawcę, w szczególności umowę z FCC Tarnobrzeg dotyczącą jedynie odpadów niesegregowanych (zmieszanych),
- c) treść oferty Wykonawcy, w którym nie wskazał siebie jako podmiotu prowadzącego instalację do przetwarzania jakichkolwiek odpadów, czy też zbierających odpady,

- Odwołujący w dniu 26.04.2021 r. złożył odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej (sygn. akt KIO 1229/21) podnosząc m.in. zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania, tyle że zarzut nie mógł zostać sformułowany w oparciu o brak posiadania uprawnień Wykonawcy wynikających z pozwoleń wydanych przez Starostę Piaseczyńskiego, albowiem Odwołujący nie posiadał wiedzy na temat tego, że Zamawiający uznał uprawnienia posiadane w tym zakresie przez Wykonawcę.

Tym samym w niniejszym odwołaniu w zarzucie naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp powołuje się na inne okoliczności, które nie były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w wyroku z 01.06.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1229/21.

Dalej Odwołujący odniósł się do odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w zakresie w jakim prezentowane było stanowisko w przedmiocie decyzji na zbieranie i przetwarzanie odpadów oraz motywów ustnych orzeczenia Izby, w których wskazano w odniesieniu do instalacji innych niż komunalna (do zagospodarowania odpadów zmieszanych) na obowiązek wykazania się uprawnieniami w zakresie pozostałych frakcji odpadów, o ile posiadanie takiego pozwolenia jest wymagane.

Odwołujący dokonał następnie analizy przepisów w celu ustalenie, kiedy posiadanie pozwolenia na zagospodarowanie odpadów nie jest wymagane.

Odnosząc się dalej do motywów ustnych wyroku z 1.06.2021 r., w których Izba wskazała na brak określenia przez Zamawiającego co znaczy „niewielka ilość odpadów”, co może zasadniczo dotyczyć wszystkich frakcji odpadów, Odwołujący odniósł się do decyzji Starosty Piaseczyńskiego nr 90/2013 z 22.03.2013 r. Wskazał, że FCC Tarnobrzeg nie posiada uprawnień na zbiórkę i zagospodarowanie wszystkich frakcji odpadów objętych zamówieniem, co oznacza, że Wykonawca zobowiązany był wykazać się posiadaniem pozwolenia na przetwarzanie odpadów dla pozostałych frakcji odpadów komunalnych.

Ostatecznie Odwołujący wywiódł, iż złożone decyzje Starosty Piaseczyńskiego nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Na posiedzeniu niejawnym prowadzonym bez udziału stron w dniu 16.06.2021 r., Izba stwierdziła, iż zachodzi przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako Ustawa).

Zgodnie z tym przepisem Izba odrzuca odwołanie jeżeli stwierdzi, że *odwołanie wniesione zostało po upływie terminu określonego w ustawie (pkt 3) oraz, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania, dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego (pkt 4).*

W ocenie Izby obecne odwołanie stanowi polemikę ze stanowiskiem zajęтым przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 1.06.2021 r., sygn. akt KIO 1229/21, co do oceny spełnienia przez wybranego w dniu 15.04.2021 r. Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu wskazanych w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit. c) siwz. Zmodyfikowane w swej treści zarzuty mają wyłącznie na celu stworzenie wrażenia, iż Odwołujący dopiero na rozprawie w dniu 26.05.2021 r. miał powziąć wiedzę o okolicznościach stanowiących podstawę zarzutów. Faktycznie w uzasadnieniu zarzutów Odwołujący odnosi się wyłącznie do oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu prezentując odmienne wnioski, przede wszystkim co do znaczenia dowodów złożonych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, tj. decyzji Starosty Piaseczyńskiego.

W świetle uzasadnienia, w którym sam Odwołujący wskazał, iż z uwagi na:

- a) brak w protokole postępowania jak i w przekazanej dokumentacji postępowania informacji o decyzjach Starosty Piaseczyńskiego, które były podstawą dla podjęcia decyzji o spełnieniu przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale IV pkt 4.3.1 lit c) siwz,

- b) dokumenty udostępnione Odwołującemu przez Zamawiającego i złożone przez Wykonawcę, w szczególności umowę z FCC Tarnobrzeg dotyczącą jedynie odpadów niesegregowanych (zmieszanych),
- c) treść oferty Wykonawcy, w którym nie wskazał siebie jako podmiotu prowadzącego instalację do przetwarzania jakichkolwiek odpadów, czy też zbierających odpady,

- Odwołujący w dniu 26.04.2021 r. złożył odwołanie na wybór oferty najkorzystniejszej (sygn. akt KIO 1229/21).

Fragment ten z uzasadnienia wskazuje wprost na okoliczności, jakie były podstawą zarzutów sformułowanych w odwołaniu o sygn. akt KIO 1229/21 i również w obecnym odwołaniu są omawiane. Odwołujący obecnie wskazuje, iż zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie mógł zostać sformułowany w oparciu o brak posiadania uprawnień Wykonawcy wynikających z pozwoleń wydanych przez Starostę Piaseczyńskiego, albowiem Odwołujący nie posiadał wiedzy na temat tego, że Zamawiający uznał uprawnienia posiadane w tym zakresie przez Wykonawcę.

Odnosząc się do tego argumentu Izba uznała, iż stanowi on przedmiot oceny materiału dowodowego, jaki został zgromadzony w sprawie KIO 1229/21 w związku z okolicznościami związanymi z oceną spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wybranego Wykonawcę. Odwołujący obecnie prezentuje odmienne wnioski, co do możliwości uznania, że przedłożone przez Zamawiającego na rozprawie decyzje pozwalają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Stanowisko to, w ocenie składu orzekającego, kwalifikuje czynność Odwołującego, jako próbę przeniesienia do pierwszej instancji sporu, który obecnie może być wyłącznie prowadzony przed sądem powszechnym w drodze skargi na orzeczenie Izby i zarzutów związanych z oceną materiału dowodowego.

Ponadto, sam Odwołujący wprost wskazuje, że odwołanie wniesione zostaje wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej z dnia 15.04.2021 r. poprzedzonej badaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co wskazuje, że zostało ono złożone z naruszeniem terminu.

Reasumując, należy uznać, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 i 4 Ustawy.

Wobec powyższego, orzeczono jak w sentencji.

Na podstawie § 5 i § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie *szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania* (Dz. U. poz.2437) Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kwotę wpisu wniesioną przez Odwołującego w wysokości 15.000 zł.

Przewodniczący: