

Sygn. akt: KIO 748/23

WYROK

z dnia 5 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 marca 2023 r. przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Ministerstwo Spraw Zagranicznych,

przy udziale wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 748/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu – Ministerstwu Spraw Zagranicznych:
 - 1.1. Unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej.
 - 1.2. Odrzucenie oferty wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.),
 - 1.3. Dokonanie ponownego badania i oceny ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej i:
 - 2.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego – wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. Zasądza od uczestnika postępowania odwoławczego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Uslugowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej na rzecz odwołującego – wykonawcy prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych 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

Ministerstwo Spraw Zagranicznych, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710, ze zm.), zwanej dalej jako „ustawa PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*odbiór odpadów komunalnych*”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 016-045036.

W dniu 17 marca 2023 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawca prowadzący działalność gospodarczą pod firmą BYŚ W.B. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej „Odwołującym”, wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe LEKARO J.Z. z siedzibą w Woli Duckiej, zwanego dalej jako „wykonawca J.Z.”,
- 2) zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy J.Z. mimo, iż wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania zezwolenia wydanego przez właściwy organ samorządu terytorialnego na zbieranie i/lub przetwarzanie odpadów komunalnych, względnie zaniechanie wezwania go do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego tą okoliczność.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy J.Z. mimo, iż wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania

zezwolenia wydanego przez właściwy organ samorządu terytorialnego na zbieranie i/lub przetwarzanie odpadów komunalnych. Na wypadek nieuwzględnienia przez Izbę tego zarzutu Odwołujący sformułował zarzut ewentualny wskazując na możliwe naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy PZP poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy J.Z. do przedstawienia podmiotowego środka dowodowego, który potwierdzałby, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy J.Z. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) ponowienia czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach odrzucenie oferty wykonawcy J.Z., ewentualnie wezwanie wykonawcy J.Z. do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP.

Ponadto Odwołujący złożył wniosek o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na jego rzecz według norm przepisanych.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że odbiór i zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych stanowi główny przedmiot tego zamówienia, czyli frakcja zmieszanych odpadów komunalnych będzie najliczniejszą frakcją do odbioru. Odwołujący dodał, że sam Zamawiający zgodnie z Załącznikiem nr 1 do SWZ oszacował liczbę opróżnień pojemników na odpady zmieszane na 6190, podczas gdy liczba opróżnień pojemników na pozostałe frakcje odpadów została oszacowana zdecydowanie niżej. Jednocześnie wynagrodzenie wykonawcy za ten zakres zamówienia będzie najwyższe. W odniesieniu do ceny zaoferowanej przez wykonawcę J.Z. wartość tej części zamówienia wynosi 386 916 zł 48 gr, natomiast cena całej oferty to 447 647 zł 04 gr – wartość usługi odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w przypadku tego wykonawcy stanowi zatem ok. 86,5 % wartości całego zamówienia. Podobne proporcje występują w ofertach pozostałych wykonawców.

Odwołujący podał również, że zgodnie z pkt 7.2. lit. a SWZ Zamawiający wymagał, aby na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, wykonawca posiadał aktualne zezwolenie wydane przez właściwy organ samorządu terytorialnego na zbieranie i/lub przetwarzanie odpadów komunalnych. Według Odwołującego oczywistym jest, że powyższy wymóg należy także odnosić do zezwolenia na zbieranie i/lub przetwarzanie odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, co najmniej zaś odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01 stanowiących główny zakres zamówienia. Powołał się przy tym na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1278/15, w którym Izba wskazała na konieczność dokonywania wykładni warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia.

W tych okolicznościach Odwołujący stwierdził, że wykonawca J.Z. nie posiada ani zezwolenia na przetwarzanie, ani zezwolenia na zbieranie zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01. Jeśli chodzi o przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych, to według twierdzeń Odwołującego decyzją z dnia 15 lipca 2022 r. nr 80/22/PZ.Z Marszałek Województwa Mazowieckiego odmówił wykonawcy J.Z. udzielenia pozwolenia zintegrowanego warunkującego możliwość przetwarzania w instalacji komunalnej tego wykonawcy odpadów komunalnych, w tym właśnie odpadów o kodzie 20 03 01. Decyzja ta została utrzymana w mocy ostateczną decyzją Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 1 września 2022 r. o znaku: DIŚ-III.415.41.2022.AT.1. Podstawą do odmowy udzielenia wykonawcy Jolancie Zagórskiej pozwolenia zintegrowanego była okoliczność, iż względem tego wykonawcy wydano uprzednio trzy ostateczne decyzje administracyjne, na mocy których nałożono na niego administracyjne kary pieniężne za naruszenie przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w łącznej wysokości 620 000 zł 00 gr. Naruszenia przepisów ustawy przez wykonawcę J.Z. polegały na przetwarzaniu odpadów o kodzie 20 03 01 bez wymaganego pozwolenia zintegrowanego oraz na zbieraniu odpadów komunalnych z naruszeniem warunków określonych w udzielonych temu wykonawcy zezwoleniach na zbieranie odpadów. Odwołujący zauważył, że wykonawca J.Z. nie tylko nie posiada obecnie zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 03 01, ale w świetle regulacji art. 46 ust. 1e ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach zezwolenia takiego nie może uzyskać w okresie dziesięciu lat od daty wydania ostatecznych decyzji administracyjnych nakładających administracyjne kary pieniężne.

Poza tym Odwołujący podniósł, że wykonawca J.Z. nie posiada również decyzji na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01. Choć na rzecz tego wykonawcy została wydana przez Starostę Otwockiego decyzja nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r. w sprawie wydania pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem zbierania i przetwarzania odpadów, to w załączniku nr 1 do tej decyzji „Rodzaje odpadów przewidziane do zbierania” w Tabeli 5 nie wymieniono jednak odpadów o kodzie 20 03 01. Niezależnie od tego Odwołujący zauważył, że w obrocie prawnym pozostaje ostateczna decyzja stwierdzająca nieważność decyzji Starosty Otwockiego nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r., a w związku z tym co najmniej wątpliwe jest, czy na podstawie tej decyzji wykonawca J.Z. może prowadzić w ogóle jakąkolwiek działalność. Ponadto na rzecz wykonawcy J.Z. Starosta Otwocki wydał również decyzję nr 516/2013 z dnia 29 listopada 2013 r. w sprawie wydania zezwolenia na zbieranie odpadów, ale i ta decyzja nie obejmuje swoim zakresem odpadów o kodzie 20 03 01. Marszałek Województwa Mazowieckiego na podstawie decyzji nr 185/21/PZ.O z dnia 26 listopada 2021 r. odmówił wykonawcy J.Z. dokonania zmiany decyzji Starosty Otwockiego nr 516/2013 z dnia 29 listopada 2013 r., która to decyzja po jej podtrzymaniu przez organ drugiej instancji stała się już ostateczna. W konsekwencji w oparciu o tą decyzję wykonawca J.Z. nie może też prowadzić działalności polegającej na zbieraniu odpadów komunalnych, natomiast wykonywanie działalności polegającej na zbieraniu odpadów w oparciu o tą decyzję nosiłoby znamiona działania w sposób sprzeczny z obecnie obowiązującymi przepisami prawa.

Mając na uwadze powyższe Odwołujący podsumował, że wykonawca J.Z. nie posiada zezwoleń, które spełniałyby wymóg wynikający z pkt 7.2. lit. a SWZ, a tym samym nie mógł wykazać, że spełnia postawione w postępowaniu warunki udziału.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, w tym w szczególności dokumenty przedłożone przez strony, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach i złożone podczas rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została spełniona żadna z przesłanek negatywnych wynikająca z art. 528 ustawy PZP, która uniemożliwiłaby merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła też, że wypełnione zostały wskazane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego dokonanego przez wykonawcę J.Z., albowiem zostało ono złożone w ustawowym terminie i w przewidzianej przez przepisy prawa formie.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez obie strony postępowania i uczestnika postępowania odwoławczego oraz uwzględniła stanowisko prezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 28 marca 2023 r., stanowisko prezentowane przez Odwołującego w jego dalszym piśmie z dnia 31 marca 2023 r. oraz stanowisko uczestnika postępowania odwoławczego prezentowane w jego piśmie z dnia 30 marca 2023 r. i kolejnym piśmie z dnia 31 marca 2023 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z akt sprawy odwoławczej oraz z dokumentów złożonych przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego jako załączniki do ich pism oraz dokumentów złożonych przez Odwołującego na rozprawie, w tym:

- Wydruku z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych,

- objaśnień prawnych Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r.,
- Pisma Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 10 maja 2021 r. wraz z pismem Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 11 czerwca 2021 r.,
- Decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego nr 80/22 z dnia 15 lipca 2022 r.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zamawiający – Ministerstwo Spraw Zagranicznych działając w trybie przepisów ustawy PZP prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*odbiór odpadów komunalnych*”. Numer referencyjny tego zamówienia to BPZZ.741.8.2022.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 stycznia 2023 r., pod numerem 2023/S 016-045036.

Zgodnie z punktem 4.1. SWZ przedmiotem tego zamówienia jest usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości Ministerstwa Spraw Zagranicznych położonych w Warszawie przy: al. J. Ch. Szucha 23, al. J. Ch. Szucha 23A, al. J. Ch. Szucha 21, ul. Litewskiej 2/4, ul. Bagatela 5, ul. Tanecznej 67A, ul. Tanecznej 67B, ul. Tanecznej 73 oraz ul. Karmazynowej 1A. W Załączniku nr 1 do SWZ określono, że zamówienie obejmuje odbiór odpadów komunalnych z uwzględnieniem następujących frakcji: odpady zmieszane, tworzywa sztuczne i metale, papier, szkło oraz odpady budowlane.

W świetle punktu 7.2. lit. a SWZ na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał aktualne zezwolenie wydane przez właściwy organ samorządu terytorialnego na zbieranie i/lub przetwarzanie odpadów komunalnych.

Oferty w przetargu zorganizowanym przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych złożyła sześciu wykonawców, w tym wykonawca J.Z. złożyła ofertę opiewającą na kwotę brutto 447 647 zł 04 gr (czteryście czterdzieści siedem tysięcy sześćset czterdzieści siedem złotych cztery grosze), z czego odbiór i zagospodarowanie odpadów zmieszanych został wyceniony na kwotę brutto 386 916 zł 48 gr (trzysta osiemdziesiąt sześć tysięcy dziewięćset szesnaście złotych czterdzieści osiem groszy).

Wykonawca J.Z. w części IV JEDZ oświadczyła „tak” na potwierdzenie, że spełnia wszystkie wymagane kryteria kwalifikacji, natomiast w części II lit. C JEDZ na pytanie „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” odpowiedziała „nie”.

W dniu 7 marca 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy J.Z. jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu. Tego samego dnia Odwołujący złożył pismo, w którym poinformował Zamawiającego, że wykonawca wybrany przez Zamawiającego nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, albowiem decyzja na zbieranie odpadów o numerze 302/2015, którą posługuje się wykonawca J.Z., nie obejmuje całego przedmiotu zamówienia, tj. nie ma w niej odpadów o kodzie 20 03 01 i jest ona nieważna, na potwierdzenie czego załączył decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 26 listopada 2021 r. nr 185/21/PZ.O. Odwołujący wniósł o wykluczenie wykonawcy J.Z. z postępowania i dokonanie ponownego badania ofert.

Pismem z dnia 9 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę J.Z. do ustosunkowania się do zarzutów podniesionych w piśmie Odwołującego z dnia 7 marca 2023 r. i udzielenia wyjaśnień na następujące pytania:

- czy decyzja nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r. uprawnia wykonawcę J.Z. do zbierania i/lub przetwarzania odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01, tj. zmieszane odpady komunalne, które są przedmiotem umowy?

- czy decyzja nr 302/2015 jest ważna i nie została cofnięta/uchylona?

- czy wniosek z dnia 5 marca 2020 r. o zmianę decyzji nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r. złożony do Marszałka Województwa Mazowieckiego został rozpatrzony pozytywnie?

- czy instalacja MBP o statusie instalacji komunalnej, zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka przetwarza odpady zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w oparciu o ważną decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego?

W dniu 13 marca 2023 r. wykonawca J.Z. udzielił wyjaśnień Zamawiającemu i stwierdził, że odpady komunalne o kodzie 20 03 01 są odbierane przez tego wykonawcę i przekazywane do instalacji komunalnych, które posiadać będą odpowiednie zezwolenia w zakresie gospodarowania odpadami. Wykonawca J.Z. współpracuje z wieloma takimi instalacjami na terenie kraju a odpady przekazywane są do tej instalacji, która aktualnie posiada odpowiednią zdolność przerobową dla zagospodarowania danej masy odpadów. W odniesieniu do decyzji Starosty Otwockiego nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r., znak: S.OŚ.1.6220.2.4.2015.SD, udzielającej pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem zbierania i przetwarzania odpadów w miejscowości Wola Ducka, to decyzja ta została uchylona na wniosek Starosty Otwockiego decyzją Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 24 maja 2019 r. (KOA/3506/OŚ/18), która następnie została utrzymana w mocy przez ten organ decyzją z dnia 15 października 2019 r. (KOA/3007/OŚ/19). Następnie od ww. decyzji wniesiona została skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, a wraz ze skargą został złożony wniosek o wstrzymanie wykonania decyzji z dnia 24 maja 2019 r. utrzymanej w mocy decyzją z dnia 15 października 2019 r. Samorządowe Kolegium Odwoławcze przekazało skargę wraz z aktami sprawy do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego, który postanowieniem z dnia 12 lutego 2020 r. (sygn.akt IVSA/Wa3057/19) wstrzymał wykonanie decyzji. Następnie w dniu 5 sierpnia 2020 r. Wojewódzki Sąd Administracyjny wydał wyrok oddalający skargę a w dniu

15 października 2020 r. wniesiona została skarga kasacyjna, która do chwili obecnej nie została rozpoznana. Wykonawca ten dodał, że z uwagi na wstrzymanie wykonania decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego decyzja ta nie jest ostateczna, przez co wykonawca ma prawo korzystać z ww. decyzji. Wykonawca J.Z. dodał też, że w dniu 5 marca 2020 r. złożony został wniosek o zmianę decyzji nr 302/2015 w trybie art. 14 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw. Z uwagi na brak prawomocnego orzeczenia w sprawie stwierdzenia nieważności tej decyzji Marszałek Województwa Mazowieckiego zawiesił to postępowanie postanowieniem z dnia 2 marca 2021 r. w sprawie PZ-OP.I.7243.81.2020.AK, które zostało utrzymane w mocy przez Ministra Klimatu i Środowiska postanowieniem z dnia 28 kwietnia 2021 r. Postępowanie to jest do chwili obecnej zawieszona i podjęte zostanie dopiero po prawomocnym zakończeniu postępowania w sprawie o sygn. akt IV SA/Wa 3057/19. Ponadto w Woli Duckiej wykonawca J.Z. posiada instalację komunalną wpisaną pod pozycją nr 7 na listę instalacji komunalnych Województwa Mazowieckiego prowadzoną przez Marszałka Województwa Mazowieckiego, dzięki czemu na podstawie art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach może w tej instalacji zbierać, zmieszane odpady komunalne.

W dniu 15 marca 2023 r. Zamawiający wezwał wykonawcę J.Z. do dalszych wyjaśnień, albowiem dostrzegł rozbieżności w złożonych przez tego wykonawcę wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. w stosunku do wcześniejszych jego wyjaśnień w zakresie wyliczenia ceny z dnia 23 lutego 2023 r. W wyjaśnieniach z dnia 23 lutego 2023 r. wykonawca ten podał, że jest właścicielem instalacji MBP o statusie instalacji komunalnej, zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka, położonej w pobliżu granicy prawobrzeżnej Warszawy, natomiast w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2023 r. podał, że odpady komunalne o kodzie 20 03 01 będą odbierane przez niego i przekazywane do instalacji komunalnych, które posiadać będą odpowiednie zezwolenia w zakresie gospodarowania odpadami i że współpracuje on z wieloma takimi instalacjami na terenie kraju, a odpady przekazywane są do tej instalacji, która aktualnie posiada odpowiednią zdolność przerobową dla zagospodarowania danej masy odpadów. Wobec tego Zamawiający zażądał wyjaśnienia, gdzie będą przetwarzane odpady komunalne o kodzie 20 03 01 oraz na podstawie jakiej decyzji. Zamawiający zażądał także przesłania kopii skargi kasacyjnej, o której wykonawca wspominał w swoich wyjaśnieniach z 13 marca 2023 r.

W dalszych wyjaśnieniach z dnia 17 marca 2023 r. wykonawca J.Z. doprecyzował, że na chwilę obecną dopuszcza możliwość zagospodarowania odpadów w innych niż własna instalacjach z uwagi na pojawiające się coraz większe różnice w koszcie zagospodarowania odpadów w poszczególnych instalacjach oraz zmienną w związku z tym moc przerobową. Różnice te wynikają m. in. z coraz większych różnic w cenach energii elektrycznej. Ceny ofertowe niektórych instalacji komunalnych na zagospodarowanie odpadów w 11-ym tygodniu roku 2023 r. są znacznie niższe niż koszt zagospodarowania odpadów w instalacji własnej. Na ten moment wykonawca J.Z. kierowałby odpady do zagospodarowania do dwóch instalacji komunalnych: MPK Ostrołęka oraz ZUK Puławy. Do wyjaśnień załączone zostały kopie decyzji zezwalających obu instalacjom na prowadzenie gospodarki odpadami, a także odpis skargi kasacyjnej od wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt IV SA 3057/19 wraz z dowodem jej nadania.

W odniesieniu do obydwu wyjaśnień i załączonych do nich dokumentów wykonawca J.Z. dokonała zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, niemniej Zamawiający pismem z dnia 20 marca 2023 r. poinformował tego wykonawcę o braku skuteczności tych zastrzeżeń.

Ponadto pismem z dnia 15 marca 2023 r. Zamawiający zwrócił się do Dyrektora Departamentu Gospodarki Odpadami, Emisji i Pozwoleń Zintegrowanych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego z zapytaniem, czy fakt widnienia instalacji komunalnej w Woli Duckiej na liście prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego na podstawie art. 38b ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach pozwala w niej przetwarzać zmieszane odpady komunalne, a także czy instalacja MBP zlokalizowana w Woli Duckiej posiada pozwolenie zintegrowane Marszałka Województwa Mazowieckiego. W odpowiedzi z dnia 17 marca 2023 r. Dyrektor Departamentu Gospodarki Odpadami, Emisji i Pozwoleń Zintegrowanych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego poinformował, że decyzją nr 80/22/PZ.Z z dnia 15 lipca 2022 r., znak: PZ-OP-II.7222.56.2019.MR Marszałek Województwa Mazowieckiego odmówił wydania pozwolenia zintegrowanego Pani Jolancie Zagórskiej na prowadzenie instalacji do kombinacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów o zdolności przetwarzania ponad 75 ton na dobę, z wykorzystaniem obróbki biologicznej i obróbki wstępnej odpadów przeznaczonych do termicznego przekształcania, zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka. Ponadto Dyrektor wyjaśnił, że przetwarzanie odpadów komunalnych powinno odbywać się na

podstawie i zgodnie z posiadanymi decyzjami, natomiast sam fakt zamieszczenia instalacji komunalnej w Woli Duckiej na liście prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego na podstawie art. 38b ustawy o odpadach nie uprawnia do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

W dniu 28 marca 2023 r. Zamawiający uwzględnił zarzuty przedstawione w odwołaniu w całości, niemniej pismem z dnia 31 marca 2023 r. wykonawca J.Z., który zgłosił skuteczne przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wniósł sprzeciw co do uwzględnienia przez Zamawiającego w całości zarzutów odwołania. Wobec powyższego Izba mogła rozpoznać merytorycznie złożone odwołanie. Analiza stanowisk pisemnych i ustnych stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożonych przez nich dowodów, a także dokumentów znajdujących się w dokumentacji przetargowej pozwoliła Izbie na stwierdzenie, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Według regulacji art. 559 ust. 2 ustawy PZP uzasadnienie orzeczenia Izby zawiera wskazanie podstawy prawnej orzeczenia z przytoczeniem przepisów prawa.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W świetle art. 16 pkt 1 ustawy PZP Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W niniejszej sprawie nie budziło wątpliwości Izby, że spełnienie przez wykonawców biorących udział w przetargu organizowanym przez Ministerstwo Spraw Zagranicznych warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt 7.2. lit. a SWZ wymagało posiadania przez nich co najmniej jednego z dwóch aktualnych zezwoleń, które zostały wydane przez właściwy organ samorządu

terytorialnego, tj. albo zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych albo zezwolenia na przetwarzanie odpadów komunalnych. Wykonawcy mogli rzecz jasna posiadać także równocześnie obydwie zezwolenia, aby wykazać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu. Dokumenty znajdujące się w aktach sprawy odwoławczej bezspornie potwierdzają, że wykonawca J.Z. nie posiada żadnego z wymaganych zezwoleń. Jeśli chodzi o decyzję Starosty Otwockiego nr 302/2015 z dnia 8 września 2015 r. w sprawie wniosku wykonawcy J.Z. o wydanie pozwolenia na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem zbierania i przetwarzania odpadów przez tego wykonawcę w miejscowości Wola Ducka, to nie dość, że nie obejmuje ona swoim zakresem odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01, co wyraźnie wynika z Załącznika nr 1 do decyzji i znajdującej się tam Tabeli nr 5, a czemu uczestnik postępowania odwoławczego nawet nie zaprzeczył, to w dniu 24 maja 2019 r. została ona uchylona przez Samorządowe Kolegium Odwoławcze. Okoliczność, że wykonawca J.Z. cały czas zaskarża niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcia w toczącym się równoległym postępowaniu sądownoadministracyjnym i uzyskał nawet postanowienie o wstrzymaniu wykonania zaskarżonej decyzji Samorządowego Kolegium Odwoławczego, to jednak – zważywszy na brak odniesienia się w treści uchylonej decyzji Starosty Otwockiego do odpadów zmieszanych – nie ma to znaczenia dla niniejszego postępowania odwoławczego. Wobec powyższego złożony przez uczestnika postępowania odwoławczego dowód w postaci Wydruku z Centralnej Bazy Orzeczeń Sądów Administracyjnych był bez znaczenia dla oceny postawionego w odwołaniu zarzutu. Z kolei drugi ze złożonych dowodów – objaśnienia prawne Ministra Klimatu z dnia 23 lipca 2020 r. stanowi abstrakcyjną wykładnię przepisów prawa i nie znajduje zastosowania do stanu faktycznego niniejszej sprawy. Co do zaś zezwolenia na przetwarzanie odpadów zmieszanych, to poza sporem było to, że uczestnik postępowania odwoławczego nie złożył w postępowaniu przetargowym takiego dokumentu jako podmiotowego środka dowodowego i nie posiada aktualnie takiego rodzaju zezwolenia.

Ze stanowiska prezentowanego w postępowaniu przez uczestnika postępowania odwoławczego wynika, że wykonawca J.Z. swojego uprawnienia do zbierania i przetwarzania zmieszanych odpadów w instalacji komunalnej zlokalizowanej w miejscowości Wola Ducka upatrywał w posiadaniu wpisu tej instalacji na listę instalacji komunalnych prowadzoną przez Marszałka Województwa Mazowieckiego. Jednakże jak wynika ze złożonej przez Odwołującego decyzji Marszałka Województwa Mazowieckiego nr 80/22 z dnia 15 lipca 2022 r. wykonawcy J.Z. odmówiono udzielenia pozwolenia zintegrowanego. Jednocześnie jak wyjaśnił Zamawiającemu

w piśmie z dnia 17 marca 2023 r. Dyrektor Departamentu Gospodarki Odpadami, Emisji i Pozwoleń Zintegrowanych Urzędu Marszałkowskiego Województwa Mazowieckiego *„Przetwarzanie odpadów komunalnych powinno odbywać się na podstawie i zgodnie z posiadanymi decyzjami. Sam fakt zamieszczenia instalacji komunalnej w Woli Duckiej na liście prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego na podstawie art. 38b ustawy o odpadach, nie uprawnia do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych”*. Wykonawca J.Z. powinien zatem posiadać wymagane zezwolenia na odbiór lub przetwarzanie odpadów, czego nie udowodnił, natomiast z pisma Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Warszawie z dnia 10 maja 2021 r. i dołączonego do niego pisma Głównego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 11 czerwca 2021 r., które na rozprawie złożył Odwołujący, wynika, że z powodu trzykrotnego nałożenia na tego wykonawcę wysokich administracyjnych kar pieniężnych za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadanym zezwoleniem na zbieranie odpadów oraz za zbieranie i przetwarzanie niektórych kategorii odpadów bez wymaganego zezwolenia nie będzie mógł on uzyskać w najbliższym czasie zezwolenia na zbieranie odpadów i zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Choć jak zauważa uczestnik postępowania literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie odnosiło się wprost do kodów odpadów, jakie mają być wskazane w decyzji na zbieranie odpadów, to jednak nie budzi wątpliwości Izby, że ze względu na okoliczność, iż główną częścią składową przedmiotu zamówienia zgodnie z Załącznikiem nr 1 do OPZ jest zbieranie i przetwarzanie odpadów zmieszanych, to wykonawca J.Z. powinien posiadać odpowiednie zezwolenie na zbieranie/przetwarzanie odpadów zmieszanych o kodzie 20 03 01. Izba podziela przy tym pogląd prawny wyrażony w wyroku Izby z dnia 30 czerwca 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1278/15, że *„uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania są nierozdzielnie związane z przedmiotem zamówienia i wykonawca, aby móc wykonywać zamówienie zobowiązany jest – co do zasady – posiadać takie uprawnienia bez wyłączeń”* (podobny pogląd wyrażono również w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 grudnia 2015 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2742/15). Wykonawca J.Z. skoro miał zbierać i przetwarzać odpady zmieszane, to powinien posiadać zezwolenie uprawniające do zbierania i przetwarzania tej kategorii odpadów komunalnych. Jego twierdzenia z pisma z dnia 30 marca 2023 r., że nie zamierza zbierać zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 odebranych od Zamawiającego czy że dla prawidłowego świadczenia usługi nie jest wcale konieczne, aby posiadał on

zezwolenie na zbieranie odpadów o kodzie 20 03 01, było jedynie nieudaną próbą usprawiedliwienia braku posiadania ważnego zezwolenia na zbieranie odpadów.

Izba uznała, iż wobec jednoznacznych oświadczeń wykonawcy J.Z. zawartych w jego wyjaśnieniach udzielonych Zamawiającemu w dniach 13 i 17 marca 2023 r. oraz w piśmie skierowanym do Izby w dniu 30 marca 2023 r. i stanowisku zaprezentowanym przed Izbą na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r., czyli że wykonawca ten odpady zmieszane przekáže podmiotom posiadającym odpowiednie uprawnienia do przetwarzania odpadów (tj. instalacjom MPK Ostrołęka i ZUK Puławy), niewątpliwym jest, że wbrew oświadczeniom tego wykonawcy zawartym w JEDZ nie spełnia on samodzielnie warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymogu z punktu 7.2. lit. a SWZ i zamierza korzystać z zasobów podmiotów trzecich celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Skoro zatem dopiero na tym etapie wykonawca ten ujawnił, że będzie korzystał z zasobów udostępnionych mu przez podmioty trzecie celem wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, to w ocenie Izby jest to wystarczające dla stwierdzenia, że jego oferta powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP. W ocenie Izby w stanie faktycznym tej sprawy, mając na uwadze oświadczenia złożone przez wykonawcę J.Z. Zamawiającemu w pismach z dnia 13 i 17 marca 2023 r. oraz Izbie w piśmie z dnia 30 marca 2023 r. i ustnie na rozprawie w dniu 31 marca 2023 r., ewentualne wzywianie tego wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 128 ust. 1 ustawy PZP jest już niezasadne i zbyteczne. Zdaniem Izby nie sposób bowiem racjonalnie zakładać, że pomimo swojego dotychczasowego stanowiska, które po dniu wyboru oferty najkorzystniejszej uległo daleko idącej ewolucji, na ewentualne wezwanie Zamawiającego wykonawca J.Z. przedłoży inne, aktualne, własne zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów zmieszanych w swojej innej instalacji komunalnej.

Niezależnie od powyższego Izba nie dała wiary wyjaśnieniom wykonawcy J.Z. udzielonym Zamawiającemu już po wyborze oferty najkorzystniejszej, a mianowicie, że zamiar skorzystania z instalacji komunalnych i uprawnień do przetwarzania odpadów komunalnych podmiotów udostępniających zasoby pojawił się dopiero w okresie pomiędzy wyjaśnieniami udzielanymi Zamawiającemu, tj. między dniem 23 lutego 2023 r. a 13 marca 2023 r. W ocenie Izby nie jest prawdopodobne, aby przez okres raptem 18 dni aż tak bardzo zmieniła się sytuacja gospodarcza na rynku, że korzystanie przez wykonawcę J.Z. z jego własnej instalacji

komunalnej w miejscowości Wola Ducka stało się dużo droższe aniżeli korzystanie z instalacji należących do innych podmiotów, którym przecież należałoby zapłacić stosowne wynagrodzenie. Przeczy temu zarówno zwykła logika, doświadczenie życiowe, jak i znajomość mechanizmów rynkowych. W świetle dokumentacji przedłożonej przez Odwołującego oraz mając na uwadze treść wyjaśnień samego uczestnika postępowania odwoławczego oczywistym jest, że wykonawca J.Z. miał świadomość, iż skoro sam nie posiada wymaganych, aktualnych zezwoleń na przetwarzanie odpadów zmieszanych, to będzie musiał on korzystać z usług innych podmiotów, aby być w stanie zrealizować przedmiotowe zamówienie.

Jednocześnie w ocenie Izby Zamawiający dokonując wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę J.Z. naruszył również określone w art. 16 pkt 1 ustawy PZP zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

Mając powyższe na uwadze Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy PZP.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 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. z 2020 r., poz. 2437). Z uwagi na uwzględnienie odwołania w całości Izba zasądziła od uczestnika postępowania odwoławczego na rzecz Odwołującego zwrot kosztów postępowania odwoławczego obejmujących wniesiony wpis od odwołania i wydatek na wynagrodzenie pełnomocnika, czyli koszty postępowania odwoławczego w łącznej wysokości 18 600 zł 00 gr (osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy).

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: