

WYROK

z dnia 27 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Szymon Grzybowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 października 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 października 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **RDF sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka, MPK PURE HOME sp. z o.o. (w restrukturyzacji), ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Rząśnik, ul. Jesionowa 3; 07-205 Rząśnik**,

orzeka:

1. **Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wezwanie wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej sp. z o.o., ul. B. Prusa 66; 07-300 Ostrów Mazowiecka do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o zezwolenie na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, ponowne badanie i ocenę ofert.**
2. **Na podstawie przepisu art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, unieważnia umowę zawartą przez zamawiającego w dniu 11 października 2021 r. z wykonawcą Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej sp. z o.o., ul. B. Prusa 66; 07-300 Ostrów Mazowiecka.**
3. **Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Rząśnik, ul. Jesionowa 3; 07-205 Rząśnik i:**
 - 3.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: RDF sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka, MPK PURE HOME sp. z o.o. (w restrukturyzacji), ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka, tytułem wpisu od odwołania,**

3.2. zasądza od zamawiającego **Gminy Rząśnik, ul. Jesionowa 3; 07-205 Rząśnik**, na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **RDF sp. z o.o., ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka, MPK PURE HOME sp. z o.o. (w restrukturyzacji), ul. Kołobrzaska 5; 07-401 Ostrołęka** kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 Rząśnik, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, trybie art. 275 pkt 1 ustawy Pzp, pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2022*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP pod numerem 2021/BZP 00178296/01 z dnia 13 września 2021 r.

Dnia 4 października 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 11 października 2021 roku, wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: RDF sp. z o.o., MPK PURE HOME sp. z o.o. (w restrukturyzacji) (dalej „*Odwołujący*”) wnieśli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na wyborze oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o.o. (dalej: „ZGK”), jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 2) zaniechania przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy ZGK z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, względnie zaniechania wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZGK, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, względnie:
2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ZGK do złożenia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że ZGK dysponuje zezwoleniem na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia,
3. ewentualnie, tj. jeżeli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego przed upływem terminu do wniesienia niniejszego odwołania, dodatkowo zarzucam zamawiającemu naruszenie art. 308 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

- a) nakazanie zamawiającemu:
 - unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie odrzucenia oferty ZGK, względnie

– unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i nakazanie zamawiającemu wezwania ZGK do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o zezwolenie na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia,

b) ewentualnie, tj. na wypadek, jeśli doszło do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego,

– dodatkowo o unieważnienie umowy.

Interes odwołującego. Odwołujący wskazał, że interes w rozstrzygnięciu niniejszego postępowania odwoławczego na jego korzyść. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji tzw. listy rankingowej, bezpośrednio za ofertą wykonawcy ZGK. Odrzucenie oferty ZGK (poprzedzone bądź wezwaniem do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych), czego domaga się odwołujący niniejszym odwołaniem, otworzyłoby więc odwołującemu drogę do tego, by to jego oferta została – jako oferta zgodna z warunkami zamówienia – wybrana jako najkorzystniejsza. Naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy wskazanych powyżej może więc skutkować utratą zamówienia przez odwołującego (w tym utratą zysków, jakie odwołujący zamierzał uzyskać realizując zamówienie) w sytuacji, gdy to oferta odwołującego winna zostać wybrana, jako najkorzystniejsza.

Odwołujący wskazał, iż zgodnie z zapisem rozdz. VIII SWZ pkt 2.2:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada:

▪ *aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888) w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem,*

▪ *aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779, 784) w zakresie rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem, lub wpisu do rejestru BDO.*

▪ *zezwozenie na zbieranie odpadów komunalnych”.*

2. W ślad za takim wymogiem w rozdz. X SWZ pkt 4.3 zamawiający wskazał, że podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

„W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Wykonawca przedłoży:

▪ *aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888) w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem,*

▪ *aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779, 784) w zakresie rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem, lub wpisu do rejestru BDO,*

▪ *zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych”.*

Odwołujący wskazał, że wykonawca ZGK, składając ofertę, złożył oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, a kolejno – odpowiadając na wezwanie zamawiającego z dnia 22 września 2021r. – wykonawca ZGK przedstawił zamawiającemu następujące podmiotowe środki dowodowe:

– załącznik nr 4 – oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej,

– informację z KRS,

– wpis do rejestru BDO w zakresie transportu odpadów,

– załącznik nr 5 do SWZ – wykaz usług wraz z poświadczeniem,

– załącznik nr 6 do SWZ – wykaz pojazdów.

Wykonawca ZGK nie przedstawił zamawiającemu, mimo jednoznacznego wymogu wynikającego z przywołanych powyżej zapisów SWZ, zezwolenia na zbieranie odpadów.

Zamawiający zaś nie wezwał ZGK do przedstawienia brakujących podmiotowych środków dowodowych, tj. nie wezwał wykonawcy do przedłożenia m. in. zezwolenia na zbieranie odpadów, mimo ciążyącego na nim w tym zakresie obowiązku, lecz po otrzymaniu wyżej wskazanych dokumentów dokonał wyboru oferty ZGK jako najkorzystniejszej.

Odwołujący podkreślił, że z pisma ZGK z dnia 28 września 2021r. – pisma przewodniego do przedstawionych zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych nie wynika, że wykonawca odstąpił od przedłożenia zamawiającemu zezwolenia na zbieranie odpadów np. z uwagi na okoliczność, że zamawiający jest już w posiadaniu tego dokumentu, a dokument uprzednio przedłożony pozostaje aktualny. Gmina Rząśnik nie jest również podmiotem, który wydawałaby na rzecz ZGK wspomniane zezwolenie na zbieranie odpadów, a więc treść tego zezwolenia nie jest znana zamawiającemu z urzędu. Dodać przy tym należy, że w sytuacji, gdyby treść pozwolenia na zbieranie odpadów wydanego na rzecz ZGK była znana zamawiającemu „z urzędu”, nie zwalniałaby to zamawiającego od uczynienia z dokumentu zawierającego owe zezwolenie załącznika do protokołu postępowania, a w ślad za tym z udostępnienia jego treści odwołującemu oraz – niezależnie

- weryfikacji tego zezwolenia pod kątem zgodności z postawionym przez zamawiającego warunkiem udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie otrzymał od zamawiającego kopii zezwolenia na zbieranie odpadów udzielonego ZGK, co potwierdza, że zamawiający nie jest w posiadaniu tego dokumentu, a sam zamawiający faktu posiadania przez ZGK zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia (zezwolenia odpowiedniego do spełnienia warunku udziału w postępowaniu) w ogóle nie zweryfikował przed udzieleniem wykonawcy ZGK zamówienia.

Zdaniem odwołującego, powyższe potwierdza, że zamawiający naruszył podstawowe zasady prowadzenia postępowania, odstępując od weryfikacji, czy ZGK spełnia jeden z postawionych w SWZ warunków udziału w postępowaniu i nie wzywając wykonawcy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych o dokument niezbędny do przeprowadzenia tej weryfikacji, do czego zobowiązywał go art. 128 Pzp (w zw. z art. 266 Pzp).

Brak możliwości spełnienia przez ZGK warunku udziału w postępowaniu:

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może odstąpić od wezwania wykonawcy do złożenia wymaganych podmiotowych środków dowodowych, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie. W ocenie odwołującego z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszej sprawie, tj. z uwagi na okoliczność, że ZGK nie dysponuje zezwoleniem na zbieranie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, wykonawca ten nie jest w stanie wykazać spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a jego oferta mimo zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp i tak podlegać będzie odrzuceniu.

Warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych. Zamawiający nie wskazał w opisie warunku żadnych dodatkowych wymogów związanych z zezwoleniem na zbieranie odpadów, jednak uwzględniając, że warunki udziału w postępowaniu stawiane są w celu weryfikacji zdolności wykonawcy do należytego wykonania przedmiotu zamówienia, przyjęć należy, że wykonawca powinien legitymować się zezwoleniem na zbieranie odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia. Jak można przy tym założyć, wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów zamawiający wprowadził do niniejszego postępowania z uwagi na treść art. 27 ust. 3 ustawy o odpadach. Zgodnie z tym przepisem, warunkiem przeniesienia - w tym przypadku na wykonawcę zamówienia - odpowiedzialności za odpad jest posiadanie przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów (lub odpowiednio zezwolenia na ich przetwarzanie).

Odmienne rozumienie zapisu SWZ odnoszącego się do warunku udziału w postępowaniu polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów, tj. przyjęcie, że zezwolenie to ma dotyczyć tylko niektórych, bliżej nieokreślonych rodzajów odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia (np. tylko takich, które dany wykonawca będzie chciał

zbierać na etapie realizacji zamówienia) czy też jakichkolwiek odpadów komunalnych prowadziłoby do wniosku, że opis warunku udziału w postępowaniu został dokonany z naruszeniem podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W pierwszym przypadku, warunek udziału w postępowaniu byłby w zasadzie nieweryfikowalny i całkowicie iluzoryczny, bo każdy wykonawca mógłby w każdym momencie oświadczyć, że nie będzie danych odpadów zbierał. Równocześnie warunek ten miałby różny zakres – zakres wymaganych zezwoleń na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie byłby z góry ustalony (powiązany z przedmiotem zamówienia), a zależałby od tego, co wykonawca oświadczy na etapie badania i oceny ofert. Warunek naruszałby by więc zasadę równej i uczciwej konkurencji, powodując m. in. to, że każdy z wykonawców mógłby go spełniać w różnym zakresie. Podobnie byłoby w przypadku drugim, tj. uznanie, że dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu wystarczające jest posiadanie jakiegokolwiek pozwolenia na zbieranie odpadów oznaczałoby, że warunek nie jest powiązany z przedmiotem zamówienia, bowiem wykonawca mógłby spełnić go nie mając w ogóle zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów wiązać więc należy, że z odpadami, które są objęte przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 5 załącznika 7 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia, do obowiązków wykonawcy należy:

„Odbieranie odpadów z lokalizacji wskazanej przez Gminę (kody 15 01 01, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 07, 20 01 01, 20 01 02, 20 01 10, 20 01 38, 20 01 39, 20 01 40, 20 02 01, 20 03 07, ex 20 03 99 , 16 01 03 - zgodnie z interpretacją Ministerstwa Środowiska kody z grupy 16 zaliczane są do odpadów komunalnych, jeżeli pochodzą z gospodarstw domowych; kod 20 01 13, 20 01 14*, 20 01 15*, 20 01 17*, 20 01 19*, 20 01 21*, 20 01 26*, 20 01 27*, 20 01 31*, 20 01 33*, 20 01 23*, 20 01 35*, 20 01 36, 20 01 37*):*

1) Odbieranie odpadów komunalnych: a) Tworzywa sztuczne, papier i opakowaniowe odpady wielomateriałowe - 1 szt. -1100 l zamknięty, b) Metal - 1 szt. 1100 l zamknięty, c) Szkło - 1 szt. 1100 l zamknięty, d) Odpady biodegradowalne – KP7 – zamknięty e) Odpady budowlane z grupy 17 pochodzące z gospodarstw domowych – kontener KP7 f) Odpady niebezpieczne – kontener specjalny g) Przeterminowane leki – kontener specjalny h) Zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny – kontener KP7 i) Meble i inne odpady wielkogabarytowe – kontener KP7.

2) Odbiór odpadów ze wskazanej przez Gminę lokalizacji polegać będzie na odbiorze, załadunku i wywozie odpadów oraz na wywozie i opróżnieniu ww. kontenerów i posprzątaniu wokół nich, w przypadku, gdy zajdzie taka potrzeba. Odbiór odpadów następować będzie na bieżąco w zależności od potrzeby na zgłoszenie pisemne, telefoniczne, faksowe lub e-mailowe.

3) *Obowiązkiem Wykonawcy będzie zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych poprzez przekazanie ich do odzysku lub unieszkodliwiania zgodnie z przepisami obowiązującego prawa oraz przedstawienie Zamawiającemu (jeden raz w miesiącu) dowodów potwierdzających wykonanie tych czynności, tj. karty przekazania odpadów”.*

Jak wynika z powyższego, wykonawca w ramach przedmiotu zamówienia będzie m. in. odbierał z lokalizacji wskazanej przez Gminę odpady o kodzie 20 01 31* (leki cytotoksyczne i cytostatyczne), a w ślad za tym winien (jako warunek udziału w postępowaniu) posiadać zezwolenie na zbieranie tych właśnie odpadów.

Według wiedzy odwołującego ZGK posiada zezwolenie na zbieranie odpadów – decyzja Starosty Ostrowskiego z dnia 21 marca 2014 r. (znak: ROŚ.6233.12.2014), jednak decyzja ta nie upoważnia ZGK do zbierania odpadów o kodzie 20 01 31*. Wykonawca ZGK nie ma więc zezwolenia na zbieranie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zezwolenia.

Uprawnienie do zbierania odpadów o tym kodzie, według wiedzy odwołującego, nie wynika również z innych zezwoleń udzielonych ZGK. Wykonawca ZGK nie jest więc w stanie wykazać spełnienia warunku udziału w niniejszym postępowaniu odnoszącego się do posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, co oznacza, że jego oferta podlega odrzuceniu (a zastosowanie dyspozycji art. 128 ustawy Pzp jest w zasadzie niecelowe).

Zawarcie umowy

W dniu 11 października 2021 r. na stronie internetowej zamawiającego opublikowano ogłoszenie o udzieleniu zamówienia, co sugeruje, że zamawiający mógł zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego z ZGK. Jeżeli przed upływem terminu do wniesienia niniejszego odwołania doszło do zawarcia umowy, nastąpiło to z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty w dniu 4 października 2021 r., a co za tym idzie 5-cio dniowy termin na wniesienie niniejszego odwołania upływa zgodnie z art. 509 ust. 2 ustawy Pzp, dopiero w dniu 11 października 2021 r. (koniec terminu na wniesienie odwołania upływałby w sobotę 09.10.2021 r., a więc zgodnie z zasadą wyrażoną w przywołanym przepisie termin upływa ostatecznie dnia następującego po dniach wolnych od pracy, a więc właśnie w poniedziałek 11.10.2021 r.). Na takiej samej zasadzie liczyć należy termin, o którym mowa w art. 308 ust. 2 ustawy Pzp. Klauzula *standstill* (zawieszająca możliwość podpisania umowy na określony w przepisach okres), którą wyraża wskazany przepis, została wprowadzona do zamówień publicznych w celu ochrony interesów wykonawców i zapewnienia im realnego prawa do korzystania ze środków ochrony prawnej. Stąd okresy, po upływie których możliwe jest zawarcie umowy, określone w art. 308 ust. 2 ustawy Pzp, są zbieżne z terminami na wniesienie odwołania, określonymi w art. 515 ust. 1 ustawy Pzp.

Zawarcie umowy przez zamawiającego z naruszeniem przepisów art. 308 ust. 2 lub 3 albo art. 577 ustawy Pzp, prowadzi do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy (art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W ocenie zamawiającego, wywiedzione w sprawie odwołanie jawi się w całości jako nieuzasadnione, stąd zachodzi konieczność wywiedzenia niniejszego pisma i zaprezentowania stanowiska zamawiającego w sprawie.

W pierwszej kolejności, należy zająć stanowisko odnośnie co do zarzutu braku wezwania wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu do uzupełnienia dokumentów w kontekście uprawnienia tego wykonawcy do ich nieskładania.

Zamawiającemu wskazał, że znane są zasady prowadzenia postępowania, w tym zasada, zgodnie z którą wykonawca wraz z ofertą składa wstępne oświadczenia potwierdzające spełnianie warunków i brak podstaw wykluczenia z postępowania. Odwołujący pominął jednak zupełnie, że ustawodawca, przesądził wprost, że zamawiający mając wiedzę o posiadanych aktualnych dokumentach dotyczących danego wykonawcy, nie powinien zwracać się o ich złożenie. Zamawiający urzeczywistniając tę zasadę nie wzywał wykonawcy do przedłożenia zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych z niżej opisanych względów. Wypada w tym miejscu wyjaśnić, bowiem i ta okoliczność nie została uwzględniona w odwołaniu, że wykonawca ZGK, którego oferta została wybrana w postępowaniu, realizuje na chwilę obecną i aż do 31 grudnia 2021 r. - kontrakt, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2021”. Wspomnieć wypada, że w ramach ww. postępowania - przeprowadzonego w poprzednim roku - zamawiający żądał przedłożenia przez przystępujących do postępowania dokładnie tych samych dokumentów, jakich żądał w ramach zaskarżonego postępowania. ZGK w uprzednio prowadzonym postępowaniu złożył decyzję Starosty Ostrowskiego nr ROŚ.6233.12.2014 z dnia 25 marca 2014 r. w przedmiocie zezwolenia na zbieranie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o. o. Przedmiotowa decyzja jest aktualna i pozostaje w mocy do dnia 17 marca 2024 r., a więc obejmuje okres wykraczający realizację obecnie prowadzonego postępowania. Co istotne, a co nie pozostaje bez znaczenia dla sprawy, w opisywanym postępowaniu udział brali wyłącznie odwołujący oraz ZGK. Oferta ZGK została wówczas wybrana jako najkorzystniejsza.

Mając na uwadze powyższe, w tym w szczególności fakt, że zamawiający dysponuje dokumentem - zezwoleniem na zbieranie odpadów komunalnych przez ZGK złożonym do postępowania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy

Rząśnik w roku 2021”, uprawnienie zamawiającego do odstąpienia od żądania od wykonawcy przedłożenia zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych, nie powinno i nie może budzić wątpliwości, a także nie może zostać zakwalifikowane jako sprzeczne z przepisami obowiązującego prawa i prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy oraz odrzucenia jego oferty, jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający miał najlepszą wiedzę w przedmiocie tego, że wykonawca ZGK posiada wymagane zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych i z tego względu odstąpił od wezwania tego wykonawcy do przedłożenia spornego dokumentu.

(dowód:

1) dokumentacja dotycząca postępowania pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2021”,

2) wyciąg z oferty ZGK na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2021,

3) decyzja Starosty Ostrowskiego nr ROŚ. 6233.12.2014 z dnia 25 marca 2014 r. w przedmiocie zezwolenia na zbieranie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej sp. z o. o.)

Z tych wszystkich względów, w ocenie zamawiającego, zarzuty naruszenia art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt. 1 i 2 ustawy Pzp, jak też art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, nie mogą zasługiwać na uwzględnienie.

Niezależnie od powyższego, zdaniem zamawiającego, w niniejszej sprawie oczywisty winien być również fakt, że zamawiający nie wymagał posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 01 31*, jak i oczywiste są powody, którym się przy tym kierował.

Otóż, należy zauważyć, że zgodnie z formularzem ofertowym, przystępujący do udziału w postępowaniu byli zobowiązani do podania ceny za realizację przedmiotu umowy „według wyliczenia w tabeli” zawartej w formularzu ofertowym. Jak wynika z załączonej do formularza tabeli, wykonawcy byli zobligowani do wskazania cen za odbiór poszczególnych frakcji odpadów. Tabela uwzględniała odpady komunalne o następujących frakcjach: opakowania z papieru i tektury; opakowania z tworzyw sztucznych; opakowania ze szkła; papier i tektura; szkło; tworzywa sztuczne; metale; opakowania z metali; odpady biodegradowalne; odpady ulegające biodegradacji; inne odpady nieulegające biodegradacji; odpady wielkogabarytowe; odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach; zmieszane odpady z betonu i gruzu ceglanego; zużyte opony; zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne; zmieszane odpady opakowaniowe. Wnikliwa analiza wszystkich wyżej wymienionych elementów tabeli prowadzi do wniosku, że przedmiotem zamówienia nie były objęte odpady typu leki, tj. odpady o kodzie 20 01 31*.

Z tego też względu w formularzu ofertowym - załącznik Nr 1 do SWZ, składanego przez każdego z przystępujących do postępowania, frakcja odpadów typu leki nie została

zamieszczona do podania jako kosztu ich odbioru i zagospodarowania, a w konsekwencji biorący udział w postępowaniu wykonawcy nie byli zobligowani do wykazania, że dysponują zezwoleniem na zbieranie tego rodzaju odpadu. Zamawiający nie kwestionuje tego, że w załączniku Nr 7 do SWZ - Opis przedmiotu zamówienia - w pkt. 5 wskazano kody odpadów, w którym ujęto również odpady o kodzie 20 01 31*. Należy jednak wyraźnie podkreślić, że zamawiający nie żądał specjalnego zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 01 31*, co było podyktowane przede wszystkim tym, że tego rodzaju odpady od wielu lat nie są zbierane z terenu Gminy Rząśnik. Jak wynika bowiem z przedłożonych do niniejszego pisma dokumentów, odpady o kodzie 20 01 31* nie występowały na terenie Gminy Rząśnik. Potwierdzeniem powyższego stanowiska jest jednakowoż dokumentacja dotycząca postępowania pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Rząśnik w roku 2021”, gdzie jak to zostało już wyżej wskazane, zamawiający, choć ujął w przedmiocie zamówienia odpady o kodzie 20 01 31* , to jednak nie wymagał od wykonawcy zezwolenia na zbieranie tego rodzaju odpadów, co potwierdzała treść formularza ofertowego i wyszczególnione tam elementy cenotwórcze.

Podsumowując, w ocenie zamawiającego, logiczne winno być, że zamawiający nie wymagał przedłożenia w postępowaniu zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 01 31*, gdyż zwyczajnie nie są one zbierane z terenu Gminy Rząśnik.

Jedynie na marginesie wypada wspomnieć, że mimo, iż zamawiający nie wymagał przedłożenia zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 20 01 31*, to jak wynika z dokumentacji postępowania, ZGK, czyli wykonawca którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, posiada wpis do rejestru BDO oraz wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rząśnik, z których jednoznacznie wynika, iż ten jest uprawniony do transportu oraz odbierania odpadów o kodzie 20 01 31*.

(dowód:

- 1) sprawozdania o odebranych odpadach komunalnych z terenu Gminy Rząśnik za 2020,
- 2) sprawozdania o odebranych odpadach komunalnych z terenu Gminy Rząśnik za 2019,
- 3) analiza stanu gospodarki odpadami komunalnymi na terenie Gminy Rząśnik w roku 2018;
- 4) miesięczne raporty o odebranych odpadach na terenie Gminy Rząśnik w roku 2021;
- 5) Decyzja Starosty Ostrowskiego nr ROŚ. 6233.12.2014 z dnia 25 marca 2014 r. w przedmiocie zezwolenia na zbieranie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne dla Zakładu Gospodarki Komunalnej w Ostrowi Mazowieckiej Sp. z o. o.;

6) Informacja o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Rząśnik z dnia 12.12.2019 r. wydana przez Wójta Gminy Rząśnik;

7) Wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO)).

Zdaniem zamawiającego, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy zaofiarowany przez strony tegoż postępowania, a w tym dokumentację postępowania, przyjęć należy, mając na względzie zakres sprawy, że okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu nie mogą prowadzić do wniosku, iż w sprawie doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów postępowania o zamówieniach publicznych, a w konsekwencji uznania odwołania za uzasadnione.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza odnosząc się do zarzutów odwołania, wskazuje co następuje.

1. Zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ZGK, mimo iż jest to oferta wykonawcy niespełniającego warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz zarzut dotyczący naruszenia art. 128 ust. 1 w zw. z art. 266 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania ZGK do złożenia podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że ZGK dysponuje zezwoleniem na zbieranie odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przepis art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz w sposób przejrzysty.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy ZGK, gdyż wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, gdyż nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów będących przedmiotem zamówienia.

Izba wskazuje, iż okolicznością bezsporną w sprawie jest, że zamawiający w treści SWZ, Opis Przedmiotu Zamówienia (OPZ), podał szczegółowo zakres kodów odpadów, które mają być przedmiotem zamówienia (w tym odpad o kodzie 20 01 31*) – załącznik nr 7 do SWZ, ust. 5. Okolicznością bezsporną jest również, iż zamawiający w formularzu ofertowym – stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, tabelarycznie wymienił frakcje odpadów, które wchodziły w zakres zamówienia.

Za zasadne należy przyjąć stanowisko odwołującego, że w pozycji nr 14 ww. formularza ofertowego, zamawiający podał, że frakcją są „*Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach*”, przez co należy rozumieć, że w zakres tej frakcji wchodzić mogą również odpady o kodzie 20 01 331*.

Skoro zatem zamawiający nie wyłączył z zakresu zamówienia określonych kodów odpadów, to przyjąć należy, że w zakres zamówienia wchodzi wszystkie kody odpadów wymienione przez zamawiającego w SWZ-OPZ.

Powyższe ma decydujące znaczenie w ustaleniu, czy wykonawca ZGK potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu w zakresie odnoszącym się do obowiązku posiadania przez wykonawcę zezwolenia (decyzji) na odbieranie odpadów o kodach podanych przez zamawiającego.

Zgodnie z przepisem art. 127 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz ust. 2 ustawy Pzp, stanowi, iż zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: pkt 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków; pkt 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. (ust. 2) Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

Jak wynika z akt postępowania, wykonawca ZGK nie złożył zezwolenia (decyzji) na odbieranie odpadów. Zamawiający zaniechał również wezwania tego wykonawcy do

złożenia tego podmiotowego środka dowodowego odwołując się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w poprzednim roku, w którym wykonawca ZGK złożył zezwolenie (decyzję) z 2014 roku, ważną do 2024 roku.

Wskazać należy, że wykonawca ZGK nie podał zamawiającemu informacji wymaganych przepisem art. 127 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Stąd zamawiający nie miał podstaw prawnych, do zaniechania wezwania wykonawcy do złożenia wymaganego przez siebie podmiotowego środka dowodowego. Podmiotowym środkiem dowodowym, w przedmiotowym postępowaniu, nie jest z pewnością oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Z przepisu art. 127 ust. 2 ustawy Pzp, wynika, że wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność. W przedmiotowym postępowaniu wykonawca ZGK, po pierwsze nie wskazał zamawiającemu, że zamawiający posiada już te środki, a po drugie nie potwierdził ich prawidłowości i aktualności. O ile w pierwszym z przypadków, wiedza zamawiającego, że posiada decyzję (zezwolenie) była obiektywnie możliwa do ustalenia ze względu na fakt, iż wykonawca ZGK świadczy obecnie na rzecz tego zamawiającego tożsamą usługę, jeszcze do końca bieżącego roku, o tyle drugi z przypadków nie został wykazany, gdyż zamawiający nie może być pewien prawidłowości i aktualności posiadanego środka dowodowego. Dlatego też samodzielna decyzja zamawiającego, który przyjął powyższą sytuację za pewnik, była bezzasadna i sprzeczna z obowiązującymi przepisami prawa.

Zwrócić bowiem należy uwagę, iż 5 marca 2020 r. minął termin na złożenie wniosku o dostosowanie zezwoleń odpadowych uzyskanych przed dniem 5 września 2018 r. Powyższy obowiązek wynika z ustawy z 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018, poz. 1592), a brak jego realizacji uniemożliwi legalne prowadzenie działalności z zakresu gospodarki odpadami.

W związku z powyższym, zamawiający nie ma wiedzy, czy wykonawca ZGK legalnie prowadzi i będzie prowadził działalność z zakresu gospodarki odpadami.

Izba nie uwzględniła zarzutu odwołującego dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, gdyż odwołujący w ramach tego zarzutu domaga się odrzucenia oferty wykonawcy ZGK, który nie potwierdził spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże przepis ten znajduje swoje zastosowanie w przypadku wyczerpania procedury opisanej przepisem art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zatem skoro zamawiający nie wzywał wykonawcy ZGK do złożenia podmiotowych środków dowodowych lub stosownych oświadczeń, to w pierwszej kolejności powinien wykonać te czynności względem wykonawcy ZGK i dopiero po uzyskaniu stosownych informacji od tego wykonawcy, będzie mógł podjąć odpowiednie czynności w postępowaniu względem oferty

wykonawcy ZGK. Izba nie stwierdziła, że możliwa jest czynność odrzucenia oferty wykonawcy ZGK bez czynności wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (czego domaga się odwołujący), albowiem zachowanie takie prowadziłoby do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Skoro bowiem zamawiający nie posiada wiedzy o aktualności decyzji (zezwolenia) wykonawcy ZGK, to nie sposób *a priori* przypisywać takiej wiedzy odwołującemu, bez możliwości wykazania się w tym zakresie wykonawcy ZGK.

Dlatego też Izba stoi na stanowisku, iż zamawiający zobligowany jest do wezwania wykonawcy ZGK do złożenia podmiotowego środka dowodowego w zakresie posiadania decyzji na odbiór odpadów o kodzie 20 01 31*, lub złożenia oświadczenia o prawidłowości i aktualności posiadanego przez zamawiającego podmiotowego środka dowodowego. Dopiero po uzyskaniu odpowiedzi od wykonawcy ZGK zamawiający będzie mógł wyciągnąć określone skutki prawne względem tego wykonawcy.

Izba oddaliła wszystkie wnioski dowodowe (poza decyzją (zezwoleniem), którym dysponuje zamawiający z poprzedniego postępowania) zgłoszone przez zamawiającego stwierdzając, iż są one bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania. Odwoływanie się bowiem przez zamawiającego do poprzednich postępowań, jak też raportów z realizacji poprzednich zamówień ma irrelewantne znaczenie dla oceny czy wykonawca ZGK spełnia warunki udziału w tym postępowaniu w ramach opisanych przez zamawiającego w tym postępowaniu warunków.

2. Zarzut dotyczący naruszenia art. 308 ust. 2 ustawy Pzp.

Ww. przepis stanowi, iż zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem art. 577, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, albo 10 dni, jeżeli zostało przesłane w inny sposób. Wyłączenie zachowania ww. terminu ustawodawca podał w ust. 3 wskazanego przepisu. Żadna z tych przesłanek nie dotyczy przedmiotowego postępowania.

Jak wynika z akt postępowania, zamawiający zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej przesłał przy użyciu środków komunikacji elektronicznej w dniu 4 października 2021 roku. Pięciodniowy termin na wniesienie odwołania (zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, odwołanie wnosi się: w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, w terminie 5 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej) upływał dnia 11 października 2021 r., gdyż 5 dniem (9 października) była sobota, a zgodnie z przepisem art. 509 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, terminy oblicza się według przepisów prawa cywilnego. Jeżeli koniec terminu do wykonania

czynności przypada na sobotę lub dzień ustawowo wolny od pracy, termin upływa dnia następnego po dniu lub dniach wolnych od pracy.

Wobec brzmienia powyższych przepisów, nie jest możliwe uznanie za zasadną argumentacji zamawiającego, który twierdził brak korelacji przepisów związanych z terminem na podpisanie umowy z terminem na wniesienie odwołania. Nie po to bowiem ustawodawca nałożył tzw. *standstill* na okres pomiędzy zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej a dniem podpisania umowy, aby zamawiający swobodnie regulowali ten czas uznając, że skoro termin na zawarcie umowy upłynął w sobotę, to już w poniedziałek może zawrzeć umowę, nie uwzględniając okoliczności, że w tym okresie inny wykonawca może wnieść odwołanie. Takie zachowanie zamawiającego stanowi rażące naruszenie przepisów i musi się spotkać z zasadną krytyką. Czynność zamawiającego *de facto* (jeżeli by przyjął stanowisko zamawiającego za prawidłowe – z czym Izba się nie zgadza) prowadziła do uniemożliwienia odwołującemu złożenie odwołania w terminie przyjętym przez ustawodawcę i niedopuszczalne skrócenie tego terminu przez zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 308 ust. 2 ustawy Pzp, podpisując umowę w sprawie zamówienia publicznego w dniu 11 października 2021 roku, w związku z czym Izba unieważniła ww. umowę w trybie art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. a) ustawy Pzp, który stanowi, że uwzględniając odwołanie, Izba może, jeżeli umowa została zawarta oraz zachodzi jedna z przesłanek, o których mowa w art. 457 ust. 1, unieważnić umowę.

Art. 457 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, - Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy.

Art. 554 ust. 4 ustawy Pzp, stanowi, że Izba orzekając na podstawie ust. 3 pkt 2, uwzględnia wszystkie istotne okoliczności, w tym powagę naruszenia, zachowanie zamawiającego oraz konsekwencje unieważnienia umowy lub jej postanowienia. Zdaniem Izby, naruszenie zamawiającego ma bardzo poważne skutki, gdyż nakazane zamawiającemu przez Izbę czynności i zachowanie wykonawcy ZGK może doprowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy ZGK, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, co w konsekwencji doprowadzić może do zmiany w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej.

Izba uwzględniła odwołanie zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż stwierdziła naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 1 pkt 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), uwzględniając koszty odwołującego związane z wpisem od odwołania, oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący: