

WYROK

z dnia 16 stycznia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie **12 stycznia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **27 grudnia 2022 r.**

przez wykonawcę: **Remondis Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Tuchów* (nr ZP-271-UE/1/2022)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Tuchów** [„Zamawiający”]

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i:

1) zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

2) zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3998 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) z tytułu uzasadnionych kosztów strony obejmujących wynagrodzenie pełnomocnika i koszty dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Uzasadnienie

Gmina Tuchów {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „pzp” lub „Pzp”) w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Tuchów* (nr ZP-271-UE/1/2022).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 24 października 2022 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2022/S_205 pod poz. 585162.

Wartość tego zamówienia przekracza progi unijne.

16 grudnia 2022 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o rozstrzygnięciu powyższego postępowania, w tym o wyborze jako najkorzystniejszej w części 1. tego zamówienia oferty złożonej przez Spółkę Komunalną „Dorzecze Białej” sp. z o.o. z siedzibą w Tuchowie, a także o odrzuceniu w tym zakresie oferty złożonej przez Remondis Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie {dalej: „Remondis Kraków”}.

27 grudnia 2022 r. Remondis Kraków {dalej również: „Odwołujący”} wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższych czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c – przez jego zastosowanie i uznanie, że złożona przez Remondis Kraków oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu i Wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego, do którego złożenia został wezwany, podczas gdy Remondis Kraków przedłożył całą niezbędną dokumentację, a wszelkie wątpliwości powstałe po stronie Zamawiającego w sposób należyty zostały wyjaśnione przez wyrażenie stanowiska, którego argumentacja została przez Zamawiającego w pełni uznana, o czym świadczy jego pismo z 14 grudnia 2022 r.
2. Art. 118 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 2 – przez ich zastosowanie i uznanie, że Remondis Kraków posługiwać się będzie podwykonawcami lub zasobami podmiotu trzeciego przy wykonywaniu zamówienia, przy jednoczesnym uznaniu przez Zamawiającego, że w ramach niniejszego postępowania jedynym uprawnionym współdziałaniem byłoby konsorcjum wykonawców, podczas gdy Remondis Kraków wskazał, że Remondis sp. z o.o. i Remondis Elektrorecycling sp. z o.o., które uzyskały wskazane w dokumentacji decyzje administracyjne, stanowią w istocie zasób własny Remondis Kraków jako podmioty dysponujące instalacjami, z których Remondis Kraków, na podstawie umów

zawartych z tymi podmiotami, będzie korzystać przy realizacji tego zamówienia.

3. Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 117 ust. 2 – przez zaniechanie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania wbrew zasadzie przejrzystości, polegające na podejmowaniu przez Zamawiającego sprzecznych w stosunku do siebie czynności, tj. oparciu odrzucenia oferty na czynności unieważnionej, a także uznaniu, że w przypadku współdziałania wykonawcy z innym podmiotem konieczne było współdziałanie wyłącznie w ramach konsorcjum wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu w części nr 1 tego zamówienia:.

1. Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i odrzucenia oferty Remondis Kraków.
2. Ponownego badania i oceny ofert.
3. Wyboru oferty Remondis Kraków jako najkorzystniejszej.

W ramach uzasadnienia powyższe zarzuty zostały sprecyzowane przez powołanie się na dodatkowe okoliczności, które zostały uwzględnione dalej w ramach ustaleń Izby w takim zakresie, w jakim odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i mają znaczenie dla tej sprawy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 10 stycznia 2023 r. wniósł o jego oddalenie, wskazując na okoliczności które zostały uwzględnione dalej w ramach ustaleń Izby w takim zakresie, w jakim odpowiadają rzeczywistemu stanowi rzeczy i mają znaczenie dla tej sprawy.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutami odrzuceniem jego oferty może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Brzmienie postanowień SWZ określających warunki udziału w tym postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, sposób ich wykazania oraz żądane w tym celu podmiotowe środki dowodowe:

6. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU:

6.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

6.1.1. spełnia warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej tj.:

Dotyczy część 1:

a) jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez Burmistrza Tuchowa;

b) posiada wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach w zakresie co najmniej transportu odpadów o kodach odpadów wskazanych w OPZ

c) posiada aktualne zezwolenie odpowiedniego organu na zbieranie odpadów komunalnych, w tym niebezpiecznych odpadów komunalnych (art. 42 ust. 1 i art. 43 ust. 2 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

(...)

6.2.5. Warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w pkt. 6.1.1. SWZ. jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

(...)

7. DOKUMENTY SKŁADANE PRZEZ WYKONAWCĘ WRAZ Z OFERTĄ W TYM PODMIOTOWE ŚRODKI DOWODOWE:

(...)

7.2. W postępowaniu Zamawiający żąda podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie:

(...)

7.2.3. spełniania warunków udziału w postępowaniu:

7.2.3.1. dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności:

Dotyczy części 1:

a) potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

b) potwierdzenie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

c) zezwolenie odpowiedniego organu na zbieranie odpadów komunalnych, w tym niebezpiecznych odpadów komunalnych (art. 42 ust. 1 i art. 43 ust. 2 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach).

Przytoczone powyżej postanowienia zawierające opis warunków udziału w postępowaniu oraz opis sposobu ich wykazania nie były ani przedmiotem wniosków o wyjaśnienie ich treści, ani zarzutów odwołania.

W toku badania spełniania przez Remondis Kraków powyższych warunków udziału w postępowaniu Zamawiający skierował do Remondis Kraków następujące pisma (w kolejności chronologicznej):

- 1) wezwanie z 28.11.2022 r. w trybie art. 126 ust. 1 pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- 2) wezwanie z 7.12.2022 r. w trybie art. 128 ust. 4 pzp do wyjaśnienia treści podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt. 6.1.1. lit. c) SWZ;
- 3) wezwanie z 7.12.2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. lit. b) SWZ;
- 4) wezwanie z 9.12.2022 r. w trybie art. 128 ust. 1 pzp do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z dnia 09.12.2022 r. złożonych na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. lit. c);
- 5) zawiadomienie z 14.12.2022 r. o unieważnieniu wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych z 7.12.2022 r., czyli unieważnienie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych złożonych na potwierdzenie warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. lit. b) SWZ [z pkt 3) powyżej].

W odpowiedzi na pierwsze wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie warunków udziału, o którym mowa w pkt. 6.1.1. lit. c) SWZ Remondis Kraków 30.11.2022 r. złożył następujące podmiotowe środki dowodowe, o których mowa w pkt 7.2.3.1. lit. c SWZ:

- 1) decyzję Prezydenta Miasta Sosnowca z 31.12.2014 r. zezwalającą Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie Oddział w Dąbrowie Górniczej z siedzibą w Dąbrowie Górniczej na zbieranie odpadów;

- 2) decyzję Prezydenta Miasta Sosnowca z 25.01.2017 r. o zmienianie decyzji, o której mowa w pkt 1) powyżej, co do przedłużenia okresu ważności zezwolenia;
- 3) decyzję Marszałka Województwa Mazowieckiego z 26.08.2021 r. o zmianie decyzji z 7.11.2012 r. udzielającej Remondis Electrorecycling sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie pozwolenia zintegrowanego;
- 4) decyzję Marszałka Województwa Małopolskiego z 29.07.2014 r. zezwalającej Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Van Gansewinkel Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie na zbieranie odpadów;
- 5) decyzję Marszałka Województwa Małopolskiego z 27.11.2015 r. o zmianie decyzji z dnia 29.07.2014 r, o której mowa w pkt 4) powyżej, w zakresie zmiany firmy na Remondis Kraków [sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie];
- 6) decyzję Marszałka Województwa Małopolskiego z 19.05.2022 r. o zmianie decyzji z 27.11.2015 r., o której mowa powyżej, co do zakresu rzeczowego odpadów.

Pomimo wystosowanych przez Zamawiającego wezwań do wyjaśnienia i uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. lit. c) SWZ w zakresie dotyczącym zbierania niebezpiecznych odpadów komunalnych powyższy stan rzeczy nie uległ zmianie, tj. nie zostało złożone stosowne zezwolenie dla Remondis Kraków, co było zresztą okolicznością niesporną w tej sprawie.

Natomiast bez znaczenia dla wykazania spełniania przez Remondis Kraków warunku, o którym mowa w pkt 6.1.1. lit. c) SWZ, za pomocą podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w pkt 7.2.3.1. lit. c) SWZ, jest czy i na jakich warunkach Remondis Kraków zawarł umowy cywilnoprawne z innymi spółkami z grupy kapitałowej Remondis, które posiadają w tym zakresie stosowne zezwolenia, skoro niesporna jest również okoliczność, że Remondis Kraków samodzielnie ubiegał się o udzielenie tego zamówienia, a nie w ramach konsorcjum z tymi spółkami, co umożliwiłoby wykazanie spełniania tego warunku dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej w sposób, o którym mowa w pkt 6.2.5. SWZ.

W ramach uzasadnienia decyzji o odrzuceniu oferty Remondis Kraków na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c, jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu oraz wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego do którego złożenia był wzywany, Zamawiający szczegółowo opisał m.in. powyższe okoliczności, a także przedstawił wyczerpujące uzasadnienie prawne.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Istotą sporu pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym nie jest faktyczna zdolność tego ostatniego (czy też jej brak) do realizacji przedmiotu umowy na etapie jej wykonania, a prawidłowość zweryfikowania przez Zamawiającego spełniania jednego warunku udziału w tym postępowaniu. Z oczywistych względów spór ten nie może już dotyczyć samej treści tego warunku, w szczególności tego, czy i na ile jest on proporcjonalny do przedmiotu tego zamówienia oraz jest przydatny dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania tego zamówienia. Jak trafnie wskazała Izba chociażby w uzasadnieniu wyroku z 24 stycznia 2017 r. sygn. akt KIO 2444/16: *Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego należy wykluczyć wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, sformułowanych przez zamawiającego. Zatem, ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełnić bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany.*

Oczywiście błędne i nie znajdujące oparcia w przepisach jest stanowisko Odwołującego jakoby uprawnienia innych podmiotów, nawet z tej samej grupy kapitałowej, mogłyby być poczytane jako jego zasób własny. Przepisy Kodeksu postępowania administracyjnego co do zasady nie przewidują udostępnienia przez adresata decyzji administracyjnej uprawnień z niej wynikających innemu podmiotowi. Przede wszystkim sama ustawa pzp nie przewiduje nawet możliwości udostępnienia wykonawcy ubiegającemu się o udzielenie zamówienia przez podmiot trzeci uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Jak wynika bowiem z art. 118 ust. 1 pzp udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego może dotyczyć tylko warunków udziału dotyczących zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów. Nie ma zatem żadnych wątpliwości, że udostępnienie zasobów w odniesieniu do uprawnień jest niedopuszczalne, a do tego w istocie sprowadzałoby się żądanie przez Odwołującego uznania, że decyzje wydane na podmioty trzecie stanowią jego zasób własny. Nie ma przy tym znaczenia charakter wzajemnych zobowiązań czy powiązań takich podmiotów.

Izba podzieliła zatem w pełni argumentację prawną, którą jeszcze w szerszym zakresie zaprezentował Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie.

W konsekwencji za bezzasadne należy uznać zarzuty naruszenia wszystkich przepisów wskazanych na wstępie odwołania.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp

– orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożyły się: na zasadzie § 5 pkt 1 rozporządzenia – uiszczony przez niego wpis, a na zasadzie § 5 pkt 2 lit. a oraz by – uzasadnione koszty z tytułu odpowiednio dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby oraz wynagrodzenia pełnomocnika, stosownie do złożonych odpowiednio wydruków biletów kolejowych i faktury VAT.