

WYROK
z dnia 09 stycznia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 05 stycznia 2018 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2017 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zawonia, ul. Trzebnicka 11, 55-106 Zawonia**

przy udziale wykonawcy **ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Orzeka

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu pierwszego i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert.
1a. w zakresie pozostałych zarzutów odwołanie oddala
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Zawonia, ul. Trzebnicka 11, 55-106 Zawonia i zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500,00 (siedem tysięcy pięćset) złotych uiszczonych przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania:
3. zasada od zamawiającego na rzecz odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław kwotę 11 807,26 zł (jedenaście tysięcy osiemset siedem złotych dwadzieścia sześć groszy) z tytułu zwrotu kwoty wpisu od odwołania (7 500,00 zł), wynagrodzenia pełnomocnika (3 600,00 zł) i zwrotu kosztów przejazdu pełnomocnika na rozprawę (764,86 zł).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący

UZASADNIENIE

Gmina Zawonia, ul. Trzebnicka 11, 55-106 Zawonia, dalej zwana „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Zawonia w roku 2018” (znak RGK.271.1.2017). Przedmiotowe postępowanie jest o wartości poniżej progów unijnych.

Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty uznał za taką ofertę złożoną przez wykonawcę ENERIS Surowce S.A., ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce, który to wykonawca skutecznie przystąpił do postępowanie odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawca ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, zwany dalej „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. We wniesionym odwołaniu zarzuciła Zamawiającemu :

1. naruszenie art 24 ust 1 pkt 12; i art. 24 ust 4 P.z.p. przez zaniechanie wykluczenia Wykonawcy ENERIS Surowce SA z siedzibą w Kielcach Oddział w Krapkowicach (dalej: „ENERIS”) oraz uznania ww. oferty za odrzuconą, i w. konsekwencji Wybór oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej[^] pomimo, że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w punkcie 4.2.3.1 tiret drugie SIWZ, bowiem nie wykazał, że „przy świadczeniu usługi osiągnął w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych: a) poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji, odpadów komunalnych (Dz. U. 2016 poz. 2167) oraz b) poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 25 maja'2012 n w sprawie poziomów ograniczenia, masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów (Dz. U. 2012 poz. 646)”;

2. naruszenie art. 89 ust 1 pkt 2 P.z.p; w zw. z art. 20 ust 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy ENERIS, i w konsekwencji wybór oferty ww. Wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo, że oferta Wykonawcy jest niezgodna z SIWZ - punktem 4 Załącznika nr 1 do SIWZ (Opis Przedmiotu

Zamówienia) i § 4 Załącznika nr 2 do SIWZ (Projekt Umowy) - wskutek złożenia oferty z naruszeniem zasady bliskości, o której mowa w art. 20 ust 2 ustawy o odpadach.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty i wykluczenia Wykonawcy wybranego, odrzucenia oferty ww. wykonawcy, dokonania ponownej oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty.

Przedmiotem zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Zawonia w roku 2018” (znak RGK.271.1.2017) jest ciągle i nieprzerwane świadczenie usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Zawonia w okresie od 1 stycznia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

Odwołujący wskazał, że Przystępujący nie wykazał spełniania warunków udziału w tym postępowaniu, to jest nie wykazał spełniania Warunku udziału określonego przez Zamawiającego w punkcie 4.2.3.1 tiret drugie SIWZ i wobec tego winien zostać wykluczony przez Zamawiającego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 P.z.p.

Podkreślił, że Eneris nie wykazał spełniania warunku udziału sformułowanego w punkcie 4.23.1 tiret drugie SIWZ, bowiem nie wykazał, że przy świadczeniu wspomnianych powyżej usług (na rzecz Związku, Celowego Gmin oraz Miasta Kielce), osiągnął w danym roku: kalendarzowym w; odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów o których mowa w ww. punkcie SIWZ. Wskazany przez ENERIS okres od 01.10.2016 -t. do 31.10.2017 roku (dot. Odbierania oraz zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora 1 Związku Celowego Gmin MG-6") nie stanowi bowiem okresu roku kalendarzowego. Podobnie okres od 01.12.2014 r. do 30.11.2015 r. (dot. „Odbioru i transportu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych; selektywnie gromadzonych w tym wielkogabarytowych z terenu Miasta Kielce"). Okres kalendarzowy, oznacza bowiem okres. od 1 stycznia do 31 grudnia. Żaden ze wskazanych przez ENERIS okresów w zakresie osiągnięcia, wymaganych poziomów - recyklingu, przygotowania .do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów nie stanowi okresu kalendarzowego, co potwierdza oświadczenie uzupełniające Załącznik nr 9 do SIWZ- - w oświadczeniu w którym nie ma nigdzie mowy o osiągnięciu przez ENERIS wymaganych poziomów „w danym roku kalendarzowym”.

Wskazał, że przedłożone do wykazu wykonanych usług referencje nie potwierdzają, aby ENERIS wykonując usługi wskazane w Wykazie uzyskał wymagany poziom recyklingu

przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów. Ponadto, dodał, że druga wskazana przez ENERIS usługa przy świadczeniu której Wykonawca miałby osiągnąć wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku oraz ograniczenia masy odpadów, dotyczy tylko i wyłącznie odbioru i transportu odpadów komunalnych („Odbiór! transport niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i odpadów komunalnych selektywnie gromadzonych w tym wielkogabarytowych z terenu Miast Kielce”). Oznacza to, że do przedmiotu ww. zamówienia publicznego, nie weszła usługa zagospodarowania, która umożliwiłaby weryfikację osiągnięcia ww. poziomów;(przy należyтым wykonaniu umowy zawierającej w sobie usługę zagospodarowania). Dodał, że wymaganie Zamawiającego podane w pkt 4.2.3.1 SIWZ korespondują z załącznikiem do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 roku w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, zgodnie z którym ww. poziomy wyrażone są w podziale na poszczególne lata kalendarzowe (różne wartości dla poszczególnych lat kalendarzowych, począwszy od 2012 roku do 2020 roku). Analogiczna sytuacja przedstawia się na gruncie rozporządzenia z dnia 25 maja 2012 roku W sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji i przekazywanych, do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczania masy tych odpadów. W załączniku nr 1 do tego rozporządzenia przyjęto różne wartości wymaganych poziomów ograniczenia masy odpadów w, zależności od danego roku kalendarzowego.

W drugim podniesionym zarzucie Odwołujący podniósł niezgodność oferty wykonawcy ENERIS z SIWZ. Podał, że zgodnie z przepisem art. 20 ust.2 ustawy o odpadach zebrane odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazują się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc. Generalnym założeniem jest, że odpady poddaje się przetwarzaniu (tj:-zgodnie z art. 3 ustawy o odpadach odzyskowi lub unieszkodliwianiu, w tym przygotowaniu poprzedzającym odzysk lub unieszkodliwianie) w miejscu ich powstania. Tylko wtedy, gdy przetwarzanie odpadów nie jest możliwe w miejscu powstania, przekazuje -się je do .najbliższych położonych miejsc, w których mogą, być przetworzone. W obu wariantach uwzględnia się hierarchię sposobów postępowania z odpadami (tj. zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach przygotowanie do, ponownego użycia, recyklingu). Zgodnie z powołanym przepisem art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach, selektywnie zebrane odpady komunalne (takie jak metale i tworzywa: sztuczne, papier czy szkło) należy przekazać do najbliższej położonej instalacji do przetwarzania ww. odpadów. Powyższy przepis art. 20 ust. 2 dotyczy zagospodarowania wymienionych odpadów komunalnych selektywnie zebranych, bowiem

zagospodarowanie innych odpadów wymienionych w dalszej części przepisu art. 20, tj. komunalnych osadów ściekowych (art. 20 ust. 3 pkt T, ust. 415), zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych (art. 20 ust.3 pkt 2, ust. 4 i 6) oraz zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, a także odpadów zielonych (art. 20 ust. 7-11), wymaga zastosowania dodatkowych obostrzeń, o których mowa w ustawie o odpadach i ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Podkreślił, że powołanie się na zasadę bliskości znajduje się również w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 1 ww. ustawy, „Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości: 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Odnosząc się do powyższego podniósł, że biorąc pod uwagę powyższe uregulowania i treść oferty Eneris zauważyć należy iż jest sprzeczna z Załącznikami nr1 i 2 do SIWZ-jest niezgodna z powołanymi w SIWZ wymogami ustawy o odpadach (art. 20 ust 2) i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (art 9e ust 1 pkt 1). Wykonawca ten oferuje świadczenie nieodpowiadające wymaganiom Zamawiającego, wyartykułowanym w SIWZ i z tego powodu jego oferta winna zostać odrzucona przez Zamawiającego. Podkreślił, że opisana wada oferty jest nieusuwalna, co oznacza że informacje dotyczące instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych selektywnie zebranych wpisane w formularzu ofertowym Wykonawcy ENERIS nie podlegają uzupełnieniu.

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie w formie pisemnej, lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku wniósł o oddalenie zarzutów wskazując na ich niezasadność. Podniósł między innymi, że w SIWZ postawił wymaganie, aby wykonawca wykazał, iż osiągnął przy realizacji usługi w danym roku kalendarzowym odpowiedni poziom recyklingu. Jednakże wystarczającą podstawą dla uznania spełnienia tego warunku były referencje z których jeśli wynikało, że realizacja usługi była prawidłowa to miało to dowodzić iż w pojęciu „prawidłowości” mieści się uzyskanie przez Gminę określonego poziomu recyklingu i ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji. Wskazał iż dla oceny uzyskania powyższych wskaźników w roku kalendarzowym nie brał pod uwagę roku w przedziale 1 stycznia – 31 grudnia, gdyż takie podejście ograniczałoby konkurencję tylko do podmiotów którzy świadczyli usługi określone w warunku udziału w ww. zakresie czasowym. Natomiast w zakresie zarzutu drugiego podał, że opieranie zasady bliskości

tylko o ilość km odległości terenu zbierania odpadów do stacji ich zagospodarowania byłoby nadużyciem tej zasady.

Przystępujący w złożonym piśmie procesowym wniósł o oddalenie odwołania, poparł stanowisko prezentowane przez Zamawiającego i m. in. podał, iż obowiązujące przepisy prawa, w tym w szczególności mające zastosowanie w procedurach przetargowych ustawy Prawo zamówień publicznych oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie określają i nie definiują formy, zakresu, szczegółowej treści poświadczeń, tzw. referencji tj. dokumentów wystawianych dla potrzeb potwierdzenia, iż usługi, zostały wykonane w sposób należyty. Jedynym wymogiem odnoszącym się do treści i brzmienia dokumentów przedkładanych w postępowaniach prowadzonych na podstawie Pzp dla wykazania warunku dysponowania stosowną zdolnością techniczną lub zawodową (tzw. doświadczeniem) w realizacji konkretnych usług jest wymóg przedłożenia dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie - § 2 pkt 4 ppkt 2 Rozporządzenia.

Podniósł, ze warunkiem udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności zawodowej było wykazanie, iż w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonawca wykonał lub wykonuje w sposób należyty przez okres co najmniej jednego roku usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych od co najmniej 6 000 osób oraz usługi w zakresie zbiórki selektywnej co najmniej dwóch frakcji wskazanych w niniejszym zamówieniu. Zamawiający wskazał także, iż wykonawca winien wykazać, iż „przy świadczeniu usługi osiągnął w danym I roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych (stosowne poziomy recyklingu i ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych na składowisko. Zamawiający nie wskazał żadnych ograniczeń co do formy, w jakiej powyższa okoliczność winna być wykazana w toku postępowania. Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dla potwierdzenia dysponowania wymaganą zdolnością zawodową, Przystępujący przedłożył wykaz usług odpowiadający warunkom udziału w Postępowaniu, na formularzu przygotowanym przez Zamawiającego, wraz z dokumentami potwierdzającymi fakt należytego wykonania usług w ramach realizowanego zamówienia publicznego oraz oświadczenie własne wykonawcy potwierdzające, iż realizując usługi Przystępujący spełnił wymagania stawiane w ramach obowiązku osiągnięcia wymaganych poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Przystępujący wykazał się doświadczeniem w świadczeniu usług w ramach, których Zamawiający nałożył na niego obowiązek działania w sposób gwarantujący osiągnięcie

poziomów recyklingu i ograniczenia masy odpadów kierowanych na składowisko. Potwierdzenie okoliczności należytego wykonania usług przez Związek Celowy Gmin MG-6 i Gminę Miasto Kielce było jednoznaczne z potwierdzeniem należytego wykonania zamówienia tj. całego zakresu realizowanych usług, w tym stanowi potwierdzenie osiągnięcia ww. poziomów przez Przystępującego w ramach realizacji usług na rzecz ww. podmiotów publicznych.

Podkreślił, że Zamawiający działając zgodnie z Pzp i ww. rozporządzeniem nie ograniczył wykonawcom prawa do legitymowania się doświadczeniem w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wyłącznie do usług realizowanych w okresie ostatnich 3 lat obejmujących okres pełnego roku tj. od 1 stycznia do 31 grudnia. Na takie działanie nie pozwalają zamawiającym przepisy Pzp ani przepisy Rozporządzenia. Stanowisko prezentowane przez Odwołującego, sprowadzające się do błędnej tezy, iż doświadczenie Przystępującego zdobyte w realizacji usług objętych przedmiotem Postępowania, w ramach wykonywania usług w okresach rozpoczynających się i kończących w toku roku kalendarzowego, a nie obejmujących okres trwający od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku, w okresie 3 lat przed terminem składania ofert, jest w świetle ww. dokumentów i aktów prawnych bezzasadne i bezprawne. Przyjęcie stanowiska i interpretacji Specyfikacji jaką stara się forsować Odwołujący w treści złożonego środka ochrony prawnej prowadziłoby do przyjęcia niedopuszczalnego i niezgodnego z art. 7 Pzp ograniczenia kręgu podmiotów uprawnionych do udziału w Postępowaniu do wykonawców, którzy realizowali wymagane usługi w pełnych latach obejmujących okres od 1 stycznia do 31 grudnia, co w konsekwencji eliminowałoby w sposób bezprawny podmioty przystępujące do świadczenia usług w trakcie danego roku. Takie założenie eliminowałoby podmioty wykonujące zamówienia publiczne powierzane im na okres jednego roku, rozpoczynające się w trakcie roku, a nie z dniem 1 stycznia.

Odnosząc się do zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności treści oferty Przystępującego z SIWZ podał, że iż w Specyfikacji nie ma postanowień odnoszących się do odległości położenia instalacji, w jakiej mają być przetwarzane odpady zbierane selektywnie z gminy Zawonia. Zarzut niezgodności oferty z treścią SIWZ jest niezrozumiały, niejasny i przede wszystkim nie zasadny. Dodał, że przepisy ustawy, na którą powołuje się Odwołujący, w tym w szczególności przytoczony przez niego art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach nie określa żadnych wymagań ani ograniczeń jeśli chodzi o odległość instalacji, do której należy przekazywać odpady selektywnie zbierane. Dodatkowo podkreślił, iż jedynie w przypadku zmieszanych odpadów komunalnych przepisy prawa wskazują na obowiązek ich zagospodarowania w ramach ustalonych regionów terytorialnych i w instalacjach wskazanych w przygotowanych wojewódzkich planach gospodarowania odpadami komunalnymi, które są tworzone dla obszaru całego kraju, z podziałem na województwa.

Podkreślił, że ograniczenia co do terytorium tj. regionu, w ramach którego należy zagospodarować odpady zbierane selektywnie nie ma w obowiązujących przepisach prawa.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przesłaną przez Zamawiającego, dowodów złożonych na rozprawie przez Odwołującego, pisma procesowego przystępującego złożonego na posiedzeniu oraz stanowisk przedstawionych na rozprawie do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie zostało uwzględnione, gdyż jeden z podniesionych w odwołaniu zarzutów został uznany za zasadny.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba stwierdziła nadto, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu środków ochrony prawnej w postaci odwołania, a Przystępujący poprzez zgłoszenie przystąpienia wykazał interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść strony – Zamawiającego do której zgłosił przystąpienie.

Na wstępie Izba wskazuje, że przy dokonywaniu oceny prawidłowości- zgodności złożonej przez wykonawcę oferty z wymaganiami Zamawiającego, podstawowe znaczenie ma wykładnia językowa. Jest to konieczne z uwagi na formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz potrzebę zagwarantowania równego traktowania wykonawców. Co za tym idzie istotna jest przede wszystkim treść SIWZ. Wyprowadzanie dalej idących wniosków na podstawie dość uproszczonego rozumowania, iż "to co nie jest zabronione, jest dozwolone" (jak czyni Przystępujący), jest nieuprawnione. Ponadto wskazać należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Podkreślić także należy, iż to zamawiający, jako inicjator postępowania o zamówienie publiczne, samodzielnie określa warunki zamówienia poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu, brzmienia SIWZ, a także treść postanowień przyszłej umowy mającej być zawartą z podmiotem wygrywającym przetarg.

W nawiązaniu do powyższego, Izba odnosząc się do stanowisk Zamawiającego i w szczególności Przystępującego przedstawionego w złożonym piśmie procesowym zauważa

iż co do zasady stanowiska w zakresie interpretacji przepisów prawa tam wskazanych są prawidłowe. Jednakże zastrzeżenia wymaga fakt, że stanowiska te w większości nie mają związku z sytuacją prawną przedmiotowego postępowania, spowodowaną ustaloną przez Zamawiającego i wiążącą na obecnym etapie postępowania, treścią postanowień SIWZ.

Zamawiający ustalił, iż w postępowaniu może brać udział podmiot, który wykaże w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, że: *w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub wykonuje w sposób należyty:*

a) *przez okres co najmniej jednego roku usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych zmieszanych od co najmniej 6 000 osób.*

Zamawiający dopuszcza sumowanie nie więcej niż dwóch usług spełniających łącznie warunek opisany w zdaniu pierwszym.

b) *usługi w zakresie zbiórki selektywnej co najmniej dwóch frakcji wskazanych w niniejszym zamówieniu o łącznej masie nie mniejszej niż 400 Mg/ rok.*

Zamawiający dopuszcza sumowanie nie więcej niż dwóch usług spełniających łącznie: warunek opisany w zdaniu pierwszym.

Dla wykazania spełnienia tego warunku Eneris przedstawił Wykaz usług w którym wskazał wykonanie dwóch usług – pierwsza wykonana w okresie od 01.10.2016 rok do 30.11.2017 na rzecz Związku Celowego Gmin MG-6 w Gorzowie Wielkopolskim obejmowała odbierania oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz drugą, wykonaną w okresie od 01.07.2013 do 30.11 2015 rok która obejmowała tylko odbiór i transport niesegregowanych odpadów komunalnych i selektywnie gromadzonych. Usługa ta została zrealizowana na rzecz Miasta Kielce. Spełnienie powyższego nie jest kwestionowane przez Odwołującego

Ponadto dla spełnienia tego warunku Zamawiający w ww. pkt SIWZ podał, że dla wykazania tego warunku oczekuje wykazania, iż świadczone usługi były wykonywane w sposób należyty i w tym celu wykonawca ma wykazać, że *„przy świadczeniu usługi osiągnął w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych:*

a) *poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami papieru, metalu, tworzyw sztucznych, szkła, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 roku w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku .innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz. U.M16;poz 2167) oraz*

b) *poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z Rozporządzeniem -'Ministra. Środowiska, a dnia 25 maja 2012 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających*

biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu, ograniczania masy tych odpadów (Dz. U. 2012 poz. 646).

Interpretując powyższe Izba Uznała, że Zamawiający w sposób jednoznaczny postawił warunek, że wykazywane usługi winny mieć miejsce w roku kalendarzowym, a tym samym świadczona usługa nie mogła być krótsza niż 12 miesięcy i musiała obejmować okres od 1 stycznia do 31 grudnia danego roku. Powyższe ustalenie zdaniem Izby, niewątpliwie stanowiło ograniczenie ilości podmiotów mogących wziąć udział w postępowaniu, gdyż przy takiej treści postanowienia SIWZ nawet podmiot, który wykonywał np. usługę w okresie od 1 lutego do 30 listopada następnego roku nie spełnił wymagania wykonywania usługi w roku kalendarzowym po to, aby mógł wykazać się takim wykonaniem zamówienia które umożliwiło Zamawiającemu uzyskania ustalonych przez ww. przepisy odpowiednich poziomów recyklingu i ograniczenia masy odpadów ulegających biodegradacji.

Biorąc pod uwagę jednoznaczną treść ww. wymagania co do wykonania usługi w roku kalendarzowym należało uznać za niezasadne stanowisko Zamawiającego i Przystępującego prezentowane na rozprawie, że wystarczającym dla wykazania uzyskania odpowiedniego poziomu recyklingu i ograniczenia masy odpadów przez Zamawiającego było przedłożenie uzyskanych od takiego podmiotu referencji o prawidłowym wykonaniu zamówienia. Nie zasadne jest stanowisko Przystępującego wskazane w złożonym piśmie, że *„Zamawiającemu chodziło o osiągnięcie ww. poziomów wobec odpadów odebranych i zagospodarowanych przez Wykonawcę w ramach realizowanych usług tj. proporcjonalnie do czasu świadczenia usługi w danym roku i ilości odebranych odpadów”*, gdyż takiego spełniania warunku nie można wywieść z treści SIWZ.

Analizując treść złożonych przez ENERIS referencji uzyskanych od Miasta Kielce i Związku Gmin MG-6 stwierdzić należy, że brak jest w nich jakiegokolwiek wzmianki o takim wykonaniu usługi, iż możliwe było uzyskanie odpowiednich poziomów recyklingu. Taką treść referencji zdaniem Izby uzasadnia fakt, że w myśl ww. przepisów przedmiotowe poziomy są rozliczane w okresie roku kalendarzowego, a z faktu, iż ENERIS nie świadczył usług przez okres roku kalendarzowego takie informacje wymagane w SIWZ nie mogły znaleźć się w przedmiotowych referencjach. Niewątpliwym, zdaniem Izby jest także fakt, że wykonawca uzyskanie odpowiedniego poziomu recyklingu i ograniczenia biomasy miał wykazać, a więc „udowodnić „ dowieść” „poprzeć dowodami”. Tym samym winien to być dokument od podmiotu na którym spoczywa uzyskanie ww. poziomów, gdyż tylko on posiada wiedzę w tym zakresie, a nie może to być oświadczenie własne wykonawcy.

Odnosząc się w tym zakresie do stanowiska Przystępującego, iż brak jest podstaw prawnych, aby oczekiwać podania w referencjach przez podmioty na rzecz których świadczone były usługi, informacji o uzyskanych przy wykonywaniu zamówienia poziomów recyklingu i ograniczenia biomasy, gdyż byłoby to sprzeczne z przepisami Rozporządzenia

Ministra Rozwoju w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, Izba wskazuje, że niewątpliwie w Pzp brak jest przepisu, który stanowiłoby definicję legalną pojęcia „referencja” i wskazywał jakie treści referencja winna obligatoryjnie zawierać. Jednakże zauważyć należy, iż Zmawiający w żądaniu „wykazania” uzyskania odpowiednich poziomów recyklingu nie wskazał nazwy dokumentu, który miał potwierdzać uzyskanie w roku kalendarzowym odpowiedniego poziomu recyklingu, czy też ograniczenia biomasy. Tym samym mógł to być jakikolwiek dokument od zamawiającego usługę, z którego wymagane informacje by wynikały. Tak więc mogły to być także referencje o określonej treści. Natomiast nie może nim być dokument w postaci oświadczenia własnego wykonawcy.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że wykonawca ENERIS nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Podkreślić należy, że inna ocena ustalonego stanu faktycznego prowadziłaby do naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż niewątpliwym jest, że gdyby postawiony warunek wykazania uzyskania określonych poziomów recyklingu i uzyskania biomasy nie byłby odnoszony do roku kalendarzowego to być może także inni wykonawcy spełniający warunek udziału w obecnej interpretacji SIWZ przez Zamawiającego byłiby zainteresowani złożeniem oferty. Ma to zasadne odniesienie do sytuacji, jaka miała miejsce przy poprzednim postępowaniu tego Zamawiającego w tym przedmiocie, gdzie przy ustalonych takich samych warunkach udziału Zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania z powodu nie wykazania, cyt. *” czy Przedsiębiorstwo ...XXX... przy świadczeniu ww. usługi osiągnęło w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych odpadów komunalnych ww. poziomy”* (dowód w postaci dokumentu zawiadomieniu o wykluczeniu z postępowania z dnia 25 stycznia 2017 roku).

W zakresie tego zarzutu Izba dokonała także oceny, czy zasadnym byłoby uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wezwanie Przystępującego w trybie art. 26 ust.3 Pzp do uzupełnienia dokumentów w zakresie wykazania warunku udziału w postępowaniu. Wskazać należy, iż z analizy treści oferty jednoznacznie wynikało, że ENERIS (złożył oświadczenie - Załącznik nr 3 do SIWZ oraz oświadczenie iż samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu) zamierza zamówienie wykonać samodzielnie i nie zamierza korzystać z zasobów podmiotu trzeciego. Biorąc pod uwagę obowiązujący w tym zakresie stan prawny w szczególności oparty na wyroku TSUE z dnia 4 maja 2017 r., C-387/14 w sprawie Esaprojekt, Izba uznała, że wykonawca, który opiera się jedynie na własnych zdolnościach, gdy okaże się, że przedłożone przez niego oświadczenia i dokumenty nie potwierdzają spełniania warunku, nie może (w ramach uzupełnienia na wezwanie zamawiającego) przedstawiać dokumentów podmiotów trzecich, tzn. dopiero na tym etapie powoływać się na ich zdolności w celu wykazania spełniania warunków udziału.

Trybunał stwierdził, że artykuł 51 poprzednio obowiązującej dyrektywy 2004/18/WE w związku z art. 2 tej dyrektywy należy interpretować w ten sposób, że stoi on na przeszkodzie temu, by po upływie terminu zgłoszeń do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca przekazał instytucji zamawiającej, w celu wykazania, że spełnia on warunki uczestnictwa w postępowaniu, dokumenty, których nie zawierała jego pierwotna oferta.

Powyższe znajduje także oparcie w orzecznictwie KIO - z którym Izba w tym składzie się utożsamia, – przykładowo wyrok z dnia 16 sierpnia 2017 r. sygn. akt KIO 1581/17, gdzie Izba wskazała, iż nie ma na gruncie aktualnie obowiązującego stanu prawnego (dyrektywa 2014/24/UE) możliwości powołania się na zdolności podmiotów trzecich w zakresie, w jakim wykonawcy w momencie składania ofert opierali się jedynie na własnych zdolnościach. Izba podkreśliła, że możliwa jest tylko zmiana własnego potencjału na inny własny potencjał czyli np. wskazanie usługi X zamiast usługi Y.

Podkreślić należy, że Przystępujący znając treść zarzutów odwołania – odniósł się do nich w piśmie procesowym, nie podniósł kwestii, iż wykonywał także inne usługi niż te wskazane w Wykazie, które mogłyby spełnić warunek udziału w tym postępowaniu. Ponadto Izba uznaje za powyższym wyrokiem TSUE, że wykonawca winien już w ofercie zawrzeć dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a biorąc pod uwagę zasadę koncentracji środków dowodowych, winien był wskazać na rozprawie, że posiada inne wykonane usługi, które mogą potwierdzić spełnienie warunku udziału, gdyby Izba uwzględniła ten zarzut odwołania (a więc były wykonywane w okresie roku kalendarzowego) – czego nie uczynił. Niewątpliwym jest, że wykonawca za okres 3 ostatnich lat przed terminem składania ofert przedstawił wykonanie dwóch usług, które nie obejmowały roku kalendarzowego i tym samym nie mogły być podstawą do wykazania uzyskania w skali roku kalendarzowego określonego poziomu recyklingu i uzyskania ograniczenia biomasy odpadów. Tym samym Izba uznała, że w tej sytuacji brak było podstaw do nakazania wezwania wykonawcy ENERIS do przedłożenia dokumentu mogącego potwierdzić spełnianie warunku udziału, gdyż prowadziłoby to tylko do przewlekłości postępowania.

Wobec powyższego zasadnym okazało się żądanie wykluczenia wykonawcy ENERIS z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu (art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp).

Odnosnie zarzutu drugiego dotyczącego niezgodności treści oferty z SIWZ z powodu niezachowania w ustaleniach oferty Przystępującego zasady bliskości wynikającej z przepisu art. 20 ust.2 ustawy o odpadach Izba wskazuje, że zgodnie z art. 20 ust. 1 ustawy o odpadach, odpady z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się je przetworzeniu w miejscu ich powstania. Ustęp 2 tego artykułu stanowi, że odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania,

przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc w których mogą być przetworzone.

Zasada bliskości ściśle wiąże się z zasadą samowystarczalności. Treść tych zasad zgodnie z art. 16 ust.3 dyrektywy ramowej o odpadach, ograniczona jest obecnie do unieszkodliwiania odpadów oraz odzysku zmieszanych odpadów komunalnych. Dlatego też w zakresie odpadów selektywnie zbieranych – czego dotyczy przedmiotowy zarzut, wystarczającym spełnieniem tego wymogu przez wykonawcę jest wskazanie w ofercie instalacji ujętej w uchwale samorządu danego województwa. Za prawidłowe uznać też należy - jak w przedmiotowym postępowaniu, wskazanie instalacji, która posiada zezwolenie do przyjmowania jak największej ilości kodów odpadów. W tej materii nawiązać należy także do regulacji wprowadzonej w art. 9e ust. 1 pkt 1 u.c.p.g., która pozwala na to, by wybrany w drodze przetargu na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych przedsiębiorca decydował do jakiej instalacji trafią odpady zebrane selektywnie z terenu gminy, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, zgodnie z zasadą bliskości. Jeżeli jednak Wykonawca z góry zobowiązał się w umowie, do której instalacji będzie dostarczał odpady – odpowiada przed Gminą z tytułu właściwego wykonania umowy, co w tym postępowaniu nie miało miejsca.

Zasada bliskości ma w szczególności odniesienie do odpadów komunalnych - co potwierdza orzeczenie TSUE z 12 grudnia 2013 roku sygn.. C-292/12 w którym Trybunał stwierdził, że powyższy art. 16 ust. 3 dyrektywy *zezwala jednostce samorządu lokalnego na nałożenie na przedsiębiorstwo prowadzące zbiórkę odpadów na jej terenie obowiązku transportowania zmieszanych odpadów komunalnych zebranych od gospodarstw domowych, a w stosownym wypadku także od innych wytwórców, do odpowiedniej i najbliższej instalacji przetwarzania, która zlokalizowana jest w tym samym państwie członkowskim co wskazana jednostka samorządu lokalnego.*

Izba odnosząc się do treści postanowień SIWZ w których Zamawiający nie stawia dodatkowych obostrzeń w zakresie bliskości instalacji odbioru odpadów selektywnie zbieranych poza wskazaniem ww. przepisów prawa, uznała, że podniesiony zarzut jest niezasadny. Ponadto wskazać należy iż próba wywodzenia z treści SIWZ obowiązków wykonawców wprost w nich nie wyrażonych należy uznać za niedopuszczalną. Ocena ofert w oparciu o wymagania niewskazane w SIWZ i nie wynikające wprost jednoznacznie z przepisów powszechnie obowiązujących byłaby oceną w oparciu o kryteria nie wyrażone w SIWZ i tym samym stanowiłaby naruszenia przepisu art. 91 ust.1 ustawy Pzp (wyrok KIO z 13 czerwca 2017 roku sygn.. KIO 1066/17).

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co niewątpliwie miało miejsce w zakresie zarzutu oznaczonego nr 1.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm).

Przewodniczący