

Sygn. akt: KIO 1184/11

WYROK
z dnia 20 czerwca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 czerwca 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 czerwca 2011 r. przez Odwołującego - Kompostech Sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4a, 33-300 Nowy Sącz, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji, ul. Długa 21, 34-400 Nowy Targ.

orzeka:

1. Oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** - Kompostech Sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4a, 33-300 Nowy Sącz, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** - Kompostech Sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4a, 33-300 Nowy Sącz, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Nowym Sączu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Miejski Zakład Wodociągów i Kanalizacji z siedzibą w Nowym Targu wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty określonej w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów wydanym na podstawie art.11 ust. 8 ustawy Prawo Zamówień publicznych na zadanie pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie osadu nadmiernego z biologicznej oczyszczalni ścieków w Nowym Targu”.

Przedmiotowe zamówienie zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 27.05.2011 r. pod numerem ogłoszenia o zamówieniu: 2011/S 102-167600, a Zamawiający zamieścił Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia na swojej stronie internetowej(www.mzwik.nowytarg.pl/przetargi) w tym samym dniu.

Z niektórymi postanowieniami powołanego na wstępie ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ nie zgodził się Odwołujący - Kompostech Spółka z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu i w dniu 6.06.2011r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

- 1) naruszenie przepisów art. 7 ust.1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez brak zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) naruszenie przepisów art. 22 ust. 4 ustawy w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w sposób nie związany z przedmiotem zamówienia oraz niejednoznaczny i nie wyczerpujący;
- 3) naruszenie innych przepisów wskazanych bądź wynikających z treści odwołania;
- 4) naruszenie art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w sposób wskazany w uzasadnieniu odwołania.

W swoim odwołaniu Odwołujący zakwestionował postanowienia punktów 3.2 oraz 10.1 SIWZ ograniczających wykonanie przedmiotu zamówienia jedynie do metody D10 –

termiczne przekształcenie odpadów w instalacjach lub urządzeniach zlokalizowanych na łądzie, osadów z oczyszczalni ścieków, nie biorąc pod uwagę innych metod przy uwzględnieniu analiz i wyników badań laboratoryjnych, co szczególnie wskazuje na nierówne traktowanie wykonawców.

Wskazywał, że w wymienionych punktach SIWZ Zamawiający określił jako jedyną możliwą metodę zagospodarowanie odpadów poprzez termiczne unieszkodliwienie metodą D 10 osadu lub odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu nadmiernego z oczyszczalni ścieków, chociaż zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. konkretnie z załącznikami 5 i 6 istnieją inne metody zagospodarowania osadów ściekowych pochodzących z oczyszczalni ścieków w Nowym Targu, m.in. poprzez: proces R-3-kompostowania, R-14-inne metody odzysku, D-5-składowania, D-8-fermentacji itd.

Zwrócił uwagę, że metody te były stosowane w poprzednich postępowaniach przetargowych przez różne podmioty w celu zagospodarowania osadu ściekowego pochodzącego z Nowego Targu.

Stwierdził również, że powyższe ograniczenie nie wynika z żadnych ekspertyz naukowych, wyników badań osadów ściekowych dołączonych do SIWZ oraz z innych dokumentów.

Zauważył, że badania osadu z nowotarskiej oczyszczalni, wykonane przez jednostkę badawczą na podstawie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 13 lipca 2010 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych pod kątem zastosowania, zostały ograniczone przez jednostkę badawczą tylko pod kątem odzysku w procesie R-10 tj. rozprowadzanie na powierzchni ziemi w celu nawożenia lub ulepszenia gleby i zostało to zawarte w pkt. 3.1 SIWZ, ze względu na podwyższoną zawartość metali ciężkich.

Według Odwołującego na podstawie tych wyników badań oraz na podstawie przepisów zawartych w ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, oraz na podstawie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 13 lipca 2010 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych Zamawiający miał jedynie prawo do ograniczeń związanych z poddaniem odzyskowi przedmiotowych osadów ściekowych w procesie odzysku R-10.

Jednakże – zdaniem Odwołującego - ograniczając sposób zagospodarowania osadu, Zamawiający ograniczył grono Wykonawców spełniających postawione przez siebie w SIWZ warunki udziału w postępowaniu.

Przytoczył również treść pkt 9.1.2 SIWZ, że „(...) Zamawiający dokona ustalenia, czy Wykonawca w wystarczający sposób spełnia w/w warunek udziału w postępowaniu, jeżeli wykaże, na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działania jest krótszy - w tym okresie, wykonanie usług transportu, zagospodarowania oraz docelowego termicznego odzysku lub unieszkodliwienia osadu nadmiernego z oczyszczalni ścieków lub odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków w sumarycznej ilości co najmniej 10 000 ton oraz dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie” oraz pkt 10.1.2, który stanowi, że „w celu wykazania posiadania wiedzy i doświadczenia: wykaz wykonanych usług , a w przypadku świadczeń ciągłych lub okresowych, również wykonywanych, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działania jest krótszy - w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączenie dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie; (W przypadku wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia przez dwóch lub więcej Wykonawców, wykaz wykonanych usług oceniany będzie łącznie).Warunek jest spełniony jeżeli Wykonawca przedłoży wykaz wykonanych usług (z adresami i telefonami kontaktowymi z Zamawiającym), w/g wzoru stanowiącego załącznik nr 3 potwierdzający wykonanie: usług transportu, zagospodarowania oraz docelowego termicznego odzysku lub unieszkodliwienia osadu nadmiernego z oczyszczalni ścieków (lub odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków) w ilości co najmniej 10 000 ton oraz dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie”.

Odwołujący stał na stanowisku, że Zamawiający w sposób jawny preferuje wybranych Wykonawców, chociaż sam przez ostatnie kilka lat stosował inne metody zagospodarowania osadów.

Ostatecznie powołał się na art. 5 i 7 rozdziału 2 - zasady gospodarowania odpadami z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, w którym to przepisie została między innymi określona hierarchia postępowania z odpadami.

Zamawiający – w ocenie Odwołującego – bezzasadnie ograniczył procesy odzysku odpadów, którym można poddać przedmiotowe osady ściekowe i nie dopuścił również innych metod unieszkodliwiania np. proces D-5 (składowanie odpadów) i skupił się tylko na metodzie unieszkodliwiania w procesie D-10, podczas gdy z powołanych wyżej przepisów wynika, że procesy unieszkodliwiania odpadów stosuje się w przypadku kiedy nie dało się ich poddać odzyskowi.

Ponadto w zakresie zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp podniósł, że Zamawiający nie uwzględnił w treści SIWZ wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, bowiem nie zamieścił w SIWZ informacji dla Wykonawców o konieczności zagospodarowania osadów zgodnie z art. 9 ustawy o odpadach z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późniejszymi zmianami), i pominął w celowości swojego działania art. 9 tejże ustawy.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść ogłoszenia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.22 ust.4 w związku z art.22 ust.1 pkt 2 i art. 29 ust.1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz. 759 z póź. zm.).

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany przez Zamawiającego inaczej niż w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przy uwzględnieniu wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz, że nie jest on proporcjonalny do tego przedmiotu.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, że Zamawiający formułując opis przedmiotu zamówienia działał między innymi na podstawie postanowień pkt. IV decyzji z dnia 18.05.2004r., ŚR.II.MA.6620-13-04 wydanej z upoważnienia Wojewody Małopolskiego

zobowiązujących Zamawiającego do poddawania odpadów rodzaju ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych unieszkodliwianiu w instalacji termicznego przekształcenia osadu nadmiernego. Proces zaś unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów miał być prowadzony właśnie metodą D10.

W ocenie Izby dobór przez Zamawiającego metody D10 osadu z oczyszczalni ścieków w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego był podyktowany uwarunkowaniami badanych osadów ściekowych, które pod względem bakteriologicznym i parazytologicznym oraz pod względem zawartości metali ciężkich nie spełniają wymagań dla komunalnych osadów ściekowych stosowanych do :

- rekultywacji terenów na cele nie rolne,
- dostosowania gruntów do określonych potrzeb wynikających z planów gospodarki odpadami, planów zagospodarowania przestrzennego lub decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
- do produkcji roślin przeznaczonych do produkcji kompostu,
- do uprawy roślin nie przeznaczonych do spożycia i produkcji pasz.

Potwierdzenie dla powyższego doboru metody D10 unieszkodliwiania odpadów ściekowych wynikało między innymi z informacyjnej charakterystyki osadów ściekowych opracowanej przez laboratorium SGS Eko-Projekt sp. z o.o., która została załączona do SIWZ. Charakterystyka ta nie była przez Odwołującego kwestionowana.

Natomiast powoływanie się przez Odwołującego na rozprawie na posługiwanie się przez Zamawiającego powyższą charakterystyką, także we wcześniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oznacza tyle – zdaniem Izby, że Zamawiający przyjmował w tamtym okresie bardziej liberalne zasady unieszkodliwiania odpadów.

Izba uznała również argumentację Zamawiającego opartą o załączoną do SIWZ powyższą charakterystykę, że ze względu na bardzo wysoką zawartość metalu ciężkiego jakim jest chrom (9466 mg/kg s.m.) osad ten jest nieprzydatny do wykorzystywania bezpośrednio na cele rolnicze, rekultywacji terenów w tym na cele rolnicze, jak również do prowadzenia odzysku polegającego na stosowaniu w rolnictwie i rekultywacji, w tym metodą kompostowania.

Odwołujący na rozprawie skutecznie nie podważył tezy Zamawiającego, że procesy termicznego unieszkodliwiania są preferowane jako najlepsza dostępna technika odzysku i unieszkodliwiania osadów ściekowych, które ze względu na zawartość metali ciężkich nie mogą być wykorzystywane rolniczo.

Nadto Izba przyjęła wyjaśnienia Zamawiającego oparte na piśmie z dnia 1.03.2011r. Świątokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska odnośnie nawiezienia na jedną z działek rolnych osadów, najprawdopodobniej wytworzonych u Zamawiającego, za wystarczające dodatkowe uzasadnienie do dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, który miał odpowiednio zabezpieczać również interes Zamawiającego.

Poza tym Izba zwraca uwagę, że Zamawiający formułując postanowienia ogłoszenia i SIWZ jest bezwzględnie zobowiązany do stworzenia warunków udziału w postępowaniu między innymi w zakresie wiedzy i doświadczenia wykonawców, w tym także do kreowania wobec nich odpowiednich wymagań.

Z tego powodu żądanie przez Odwołującego zaniechania przez Zamawiającego egzekwowania od wykonawców obowiązku przedstawienia i udokumentowania możliwości i technologii przetworzenia oraz docelowego zagospodarowania – metodą D10 – termiczne przekształcenie odpadów w instalacjach lub urządzeniach zlokalizowanych na lądzie, osadu z oczyszczalni ścieków nie znajduje uzasadnienia. To samo dotyczy warunków opisanych w pkt 9.1.2 i 10.1.2 SIWZ.

Zdaniem Izby związek pomiędzy opisem sposobu dokonania oceny spełniania warunków znajdującym się w powołanych wyżej postanowieniach SIWZ i odpowiadających im postanowieniach ogłoszenia a przedmiotem zamówienia istnieje i jest on proporcjonalny do tego przedmiotu.

Jeżeli Zamawiający statuuje w ramach przedmiotu zamówienia określoną metodę usuwania odpadu zgodną z wykonywanymi przez siebie postanowieniami przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach to jest oczywistym, że będzie on żądał od wykonawców wykazania się wykonaniem usług transportu, zagospodarowania oraz docelowego termicznego odzysku lub unieszkodliwienia osadu nadmiernego z oczyszczalni ścieków lub odpadu powstałego m.in. z przetworzenia osadu z oczyszczalni ścieków w sumarycznej ilości co najmniej 10 000 ton oraz dokumentów potwierdzających, że usługi te zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Całokształt tych zobowiązań ma na celu potwierdzenie przez wykonawców doświadczenia i wiedzy w zakresie realizacji podobnych przedmiotowo zamówień publicznych.

Jednocześnie Odwołujący nie wykazał, że zaskarżone przez niego wymagania ogłoszenia i SIWZ są nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia.

Cała argumentacja Odwołującego wymierzona była przeciwko działaniom Zamawiającego na gruncie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach, lecz nie zawierała ona wykazania związku pomiędzy podnoszonymi naruszeniami prawa a naruszeniami ustawy Pzp w ramach zarzutów odwoławczych.

Należy zauważyć, że Krajowa Izba Odwoławcza nie jest organem reglamentującym działalność podmiotów prawnych w zakresie gospodarki odpadami. Z tego też względu Izba nie ma kompetencji do orzekania w zakresie prawidłowości kwalifikowania metod usuwania odpadów. Wolą ustawodawcy było określenie właściwego organu w cyt. wyżej ustawie sprawującego nadzór nad Zamawiającym w przedmiotowym zakresie.

Natomiast zgodnie z art.43 ust.1b powołanej wyżej ustawy o odpadach odpowiedzialność za prawidłowe zastosowanie osadów ściekowych do celów, o których mowa w ust.1 pkt 1, 4 lub 5, spoczywa na wytwórcy tych osadów. W razie naruszeń przez Zamawiającego odrębnych ustaw będzie on ponosił odpowiedzialność przez właściwymi organami.

Izba nie stwierdziła również, że opisany przez Zamawiającego przedmiot zamówienia mógłby utrudniać uczciwą konkurencję oraz, że tak przygotowane i przeprowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia nie zapewnia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Jak wyżej wykazano opis przedmiotu zamówienia został dokonany w ramach dyspozycji przepisu art.29 ust.1 ustawy Pzp, a Odwołujący nie udowodnił, że opis ten mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Poza tym zdaniem Izby Zamawiający nie miał obowiązku zamieszczenia w SIWZ informacji dla wykonawców o konieczności zagospodarowania osadów zgodnie z art. 9 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, bowiem przepisy te mają charakter bezwzględnie obowiązujący, są skierowane do uczestników obrotu odpadami i nie wymagają dodatkowej publikacji.

Odwołujący nie zaprzeczył również, że istnieje rynek powyższych usług realizowanych przy zastosowaniu metody D10, co oznacza zdaniem Izby, iż w jego obszarze

może odbywać się działalność konkurencyjna. Przyznał on również, że w ramach konsorcjum mógłby potencjalnie ubiegać się o przedmiotowe zamówienie.

Z całą pewnością zaś za gołosłowne należy uznać stwierdzenie Odwołującego o jawności preferencji wybranych przez Zamawiającego wykonawców, skoro żaden z tych wykonawców nie został przez Odwołującego wskazany.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

Przewodniczący: