

Sygn. akt KIO 1186/10

WYROK
z dnia 2 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Agnieszka Bartczak-Żuraw

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 14 czerwca 2010 r. przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Adam Mulik, Edward Jaroszewski, Marek Harasimiak, Andrzej Szymanowski Sp. J., ul. Partyzantów 38, 05-200 Wołomin** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego, którym jest **AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Adam Mulik, Edward Jaroszewski, Marek Harasimiak, Andrzej Szymanowski Sp. J., ul. Partyzantów 38, 05-200 Wołomin** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Adam Mulik, Edward Jaroszewski, Marek Harasimiak, Andrzej Szymanowski Sp. J., ul. Partyzantów 38, 05-200 Wołomin** stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

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

Skład orzekający Izby:

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - AQUANET S.A., ul. Dolna Wilda 126, 61-492 Poznań - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) (zwana dalej ustawą Pzp) na zadanie pn. „Załadunek, wywóz i zagospodarowanie w ramach odzysku (z wyłączeniem zagospodarowania osadów w gruncie) lub unieszkodliwienia (z wyjątkiem procesu D10) 50.000 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych z placu osadowego Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowach, w rozbiciu na:

Pakiet nr 1 Załadunek, wywóz i zagospodarowanie 15.000 Mg osadów z COŚ,
Pakiet nr 2 Załadunek, wywóz i zagospodarowanie 15.000 Mg osadów z COŚ,
Pakiet nr 3 Załadunek, wywóz i zagospodarowanie 10.000 Mg osadów z COŚ,
Pakiet nr 4 Załadunek, wywóz i zagospodarowanie 10.000 Mg osadów z COŚ”,

o wartości szacunkowej powyżej 387 000 euro.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2010/S 40-59071 z dnia 26 lutego 2010 r.

Odwołującym w niniejszym postępowaniu jest Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami „EKOSERWIS” Adam Mulik, Edward Jaroszewski, Marek Harasimiak, Andrzej Szymanowski Sp. J., ul. Partyzantów 38, 05-200 Wołomin. Odwołujący złożył ofertę w zakresie Pakietu nr 1 i nr 2.

Dnia 9 czerwca 2010 Zamawiający przesłał Odwołującemu faxem informację o wyniku postępowania, w tym o wykluczeniu Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. W uzasadnieniu Zamawiający wskazywał, że Odwołujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz nie złożył dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w ofercie brak wymaganego postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwana dalej SIWZ) (część pierwsza rozdz. VI pkt 1.1. lit. b) zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania

odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05), wydanego przez właściwy organ (marszałek województwa, starosta) ustalony wg miejsca prowadzenia działalności w zakresie wykorzystania odpadów. Odwołujący dołączył do oferty wymagane zezwolenie wystawione na Spółdzielnię Kółek Rolniczych z siedzibą w Kazimierzu Biskupim, która nie jest stroną w postępowaniu. Zamawiający w dniu 6 maja 2010 r., działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał Odwołującego do uzupełnienia brakującego dokumentu do dnia 14 maja 2010 r. W wyznaczonym terminie Odwołujący nie uzupełnił wymaganego dokumentu, jednakże przesłał pismo informujące, że działalność w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) dla Pakietu nr 1 i nr 2 zamierza powierzyć podwykonawcy, którym jest Spółdzielnia Kółek Rolniczych z siedzibą w Kazimierzu Biskupim. Z tego też względu do oferty dołączono stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) na ww. Spółdzielnię wraz z umową regulującą współpracę pomiędzy Odwołującym a podwykonawcą. Zamawiający stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu wykonawcą jest tylko Odwołujący, który winien przedstawić zezwolenie wystawione na siebie, a jeżeli nie miał takiej możliwości, winien zawiązać konsorcjum ze Spółdzielnią Kółek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim. Wówczas Spółdzielnia miałaby status wykonawcy, co winno znaleźć odzwierciedlenie w formularzu ofertowym.

Odwołujący, nie zgadzając się z powyższą decyzją, w dniu 14 czerwca 2010 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez Marka Harasimiaka – współnika uprawnionego do samodzielnej reprezentacji zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie.

W odwołaniu Odwołujący podnosił zarzut wykluczenia Odwołującego z naruszeniem przepisów ustawy Pzp poprzez niezgodną z ustawą Pzp i z SIWZ oceną spełnienia przez Odwołującego warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp oraz naruszenie kodeksu cywilnego poprzez niedotrzymanie warunków uczciwej konkurencji.

W oparciu o powyższe domagał się:

- 1) unieważnienia wykluczenia Odwołującego z udziału w przedmiotowym postępowaniu,

- 2) dokonania powtórnej weryfikacji ofert - a w konsekwencji uznania przez Zamawiającego oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i zawarcia z Odwołującym stosownej umowy na realizację Pakietu nr 1 i nr 2 .

Odwołujący argumentował, że złożył w niniejszym postępowaniu w terminie kompletną ofertę dotyczącą Pakietu nr 1 i nr 2. Pismem z dnia 6 maja 2010r. Odwołujący został wezwany do uzupełnienia dokumentów w ofercie o zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych odpadów ściekowych o kodzie 19 08 05).

W odpowiedzi Odwołujący wyjaśnił, iż do oferty, zgodnie z pkt 3 rozdziału VI SIWZ zostało dołączone żądane zezwolenie wydane na Spółdzielnię Kótek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim wraz ze stosowną umową. Niezależnie od wyjaśnień, na wypadek gdyby dołączone wcześniej do oferty zezwolenie i umowa zaginęły do pisma dołączono kolejne egzemplarze kopii tych dokumentów. W dniu 9 czerwca 2010 r. wpłynęło do Odwołującego pismo dotyczące rozstrzygnięcia przetargu, w którym poinformowano o wykluczeniu Odwołującego i w konsekwencji odrzuceniu oferty. W uzasadnieniu podano, iż nie zostały złożone dokumenty potwierdzające spełnienie przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu, przy czym Zamawiający potwierdził w tym piśmie otrzymanie zezwolenia wydanego dla Spółdzielni Kótek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim, z wyjaśnieniem, iż podmiot ten nie jest stroną w postępowaniu.

Odwołujący podnosił, że Zamawiający w SIWZ dokonał bardzo szczegółowego i precyzyjnego określenia, w jaki sposób wykonawca powinien udokumentować m. in. spełnienie warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W rozdziale VI części pierwszej SIWZ ppkt 1.1 lit. b) i c) Zamawiający wskazał ogólnie, iż żąda przedstawienia dokumentów: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania i odzysku odpadów oraz zezwolenia na transport odpadów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. W punkcie tym, według Odwołującego, nie ma wzmianki o tym, iż zezwolenie to musi być wystawione przez odpowiedni organ bezpośrednio wykonawcy również w takim przypadku, gdy wykonawca sam nie utylizuje osadów, lecz przekazuje je kompostowni. W punkcie 3 tego rozdziału SIWZ znajduje się stwierdzenie: „3. Zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817), w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ofercie następujące dokumenty:

umowa z kompostownią na przyjmowanie osadów z określoną ilością osadów przeznaczonych do kompostowania - w przypadku wywozu osadów do kompostowni, (integralną częścią umowy jest decyzja kompostowni na odzysk metodą R3)(...)"

W dalszej części SIWZ - część druga Specyfikacja Techniczna w pkt 3 „Obowiązki Wykonawcy” ppkt 3.1, 3.2 i 3.3 Zamawiający szczegółowo doprecyzował, iż Wykonawca ma trzy możliwości udokumentowania spełnienia warunków określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w zależności od wariantu realizacji zamówienia:

- 1) albo Wykonawca sam dokonuje utylizacji odpadu, wtedy to Wykonawca musi legitymować się zezwoleniem na odzysk bądź unieszkodliwienie odpadów,
- 2) albo przeprowadza wywóz do kompostowni,
- 3) lub na rekultywację wysypiska

i wówczas wymagane jest przedłożenie stosownej umowy wraz ze stosowną decyzją zezwolenia dla kompostowni lub na rekultywację wysypiska. Odwołujący wybrał wariant wywozu do kompostowni opisany w pkt 3 w następujący sposób:

„3.1. Wykonawca zobowiązany jest przedstawić zezwolenie na prowadzenie odzysku bądź unieszkodliwiania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05.

W zezwoleniu bezwzględnie muszą być określone elementy wyszczególnione w art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach:

- rodzaj i ilość odpadów przewidywanych do odzysku lub unieszkodliwiania w okresie roku,
- miejsce i dopuszczone metody odzysku lub unieszkodliwiania odpadów,
- zobowiązany jest przedstawić dodatkowe warunki prowadzenia działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, jeżeli wymaga tego specyfika odpadów lub potrzeba zachowania wymagań ochrony życia, zdrowia ludzi lub ochrony środowiska,
- miejsce i sposób magazynowania odpadów,
- czas obowiązywania zezwolenia.

3.2. W przypadku wywozu osadów do kompostowni Wykonawca jest zobowiązany przedstawić umową z kompostownią na przyjmowanie osadów z określoną ilością osadów przeznaczonych do kompostowania. Integralną częścią umowy jest decyzja kompostowni na odzysk metodą R3.

3.3. W przypadku wywozu osadów w celu rekultywacji na składowisko Wykonawca jest zobowiązany przedstawić umowę podpisaną z eksploatatorem składowiska na zastosowanie osadów do rekultywacji w/w składowiska z określeniem ilości osadów. Integralną częścią umowy jest decyzja składowiska na rekultywację.”

W świetle wyżej przytoczonych zapisów SIWZ, zdaniem Odwołującego, nie budzi wątpliwości fakt, iż Zamawiający dopuszczał dwa podstawowe warianty realizacji zamówienia. Jeden wariant przewidywał, iż Wykonawca sam przeprowadzi załadunek, wywóz i zagospodarowanie osadów i drugi, w którym Wykonawca dokona przekazania odpadów uprawnionemu, ściśle w SIWZ określonymu, podmiotowi, tzn. kompostowni lub podmiotowi przeprowadzającemu rekultywację składowiska odpadów, na podstawie zawartej z tym podmiotem umowy i pod warunkiem przedłożenia stosownego zezwolenia tego podmiotu. W tym drugim wariantcie Wykonawca nie ma prawnie usankcjonowanego obowiązku posiadania zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwienie osadów w związku z dyspozycją art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, albowiem takim zezwoleniem musi legitymować się ów związany umową podmiot, co bezpośrednio z SIWZ wynika.

Powyższy szczegółowo skonkretyzowany sposób udokumentowania spełnienia warunków przez Wykonawcę został w całości przez Odwołującego wypełniony. Do oferty zostało dołączone posiadane zezwolenie na transport osadów wystawione na Odwołującego oraz umowa z kompostownią wraz z zezwoleniem wystawionym na Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim na kompostowanie osadów w odpowiedniej ilości - zgodnej z ilością osadów, o których wywóz Wykonawca się ubiegał.

Odwołujący podnosił, że niezależnie od tego, iż Odwołujący, przygotowując ofertę, ściśle wypełnił wszystkie dyspozycje zawarte w SIWZ, zwracał uwagę, iż tylko ze względu na podany powyżej sposób redakcji SIWZ nie zawarł na potrzeby tego przetargu umowy konsorcjum ze Spółdzielnią Kółek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim, z którą związany jest tylko umową na przyjmowanie osadów. W latach poprzednich, gdy przygotowana przez Zamawiającego SIWZ nie pozwalała wprost na takie jak obecnie rozwiązanie, Odwołujący nawiązywał z tą samą kompostownią umowę konsorcjum. Zatem wyłącznie z tego powodu, iż warunki SIWZ dopuszczały taką możliwość, jak opisana w punkcie 3.2. drugiej części SIWZ, Odwołujący skorzystał właśnie z takiego uproszczenia procedury. Zauważał również, iż zapis ten byłby pozbawiony sensu, gdyby Wykonawca sam dysponował zezwoleniem na odzysk metodą R3. W takim bowiem przypadku, umowa Wykonawcy z kompostownią nie byłaby potrzebna, gdyż albo nie potrzebowałby współpracy z kompostownią albo kompostownia wchodziłaby w skład konsorcjum i tym samym zawieranie odrębnej umowy byłoby i tak bezprzedmiotowe.

Nadto, z uwagi na bardzo ścisły, bezwzględnie wymagany prawem, obieg dokumentów w formie kart przekazania odpadów, odpowiedzialność podmiotu związanego umową z Wykonawcą jak i ewentualnego współkonsorcjanta jest dokładnie taka sama. Na

Wykonawcy ciąży niezbywalny obowiązek przekazania kart przekazania odpadów Zamawiającemu, a więc fakt bezpośredniej umowy kompostowni z Zamawiającym poprzez umowę konsorcjum w żaden sposób nie zmienia ani możliwości kontroli ani odpowiedzialności poszczególnych podmiotów biorących udział w przedmiocie zamówienia. Podstawową odpowiedzialność ponosi zawsze Wykonawca posiadający zezwolenie na transport odpadów obejmujący osady ściekowe, który musi rozliczyć się z odebranych i przekazanych lub zagospodarowanych osadów przed ich wytwórcą - w tym wypadku Zamawiającym. Z tego też względu, zdaniem Odwołującego, nie można w żadnym razie twierdzić, iż Odwołujący nie posiada wymaganych prawem uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia. Sposób zagospodarowania osadów zaproponowany przez Odwołującego jest całkowicie zgodny z prawem, umowa z kompostownią została przedstawiona wraz z jej zezwoleniem na przyjęcie osadów w żądanej ilości, zezwolenie na transport Odwołującego również zostało dołączone do oferty, a wszystko to całkowicie i ściśle zgodnie z przygotowaną przez Zamawiającego SIWZ.

Zdaniem Odwołującego SIWZ musi przewidywać najróżniejsze warianty wykonania przedmiotu zamówienia, w tym również i taki, w którym ten sam podmiot będzie transportował i samodzielnie zagospodarowywał osady. Tym samym zapis ogólny w rozdziale VI pkt 1.1. jest zrozumiały i nie jest w żadnym wypadku sprzeczny z doprecyzowaniem w pkt 3 rozdziału VI, jak i w części drugiej SIWZ Specyfikacja Techniczna pkt 3.

Odwołujący argumentował ponadto, że również liczne orzecznictwo w tej sprawie zwraca uwagę, iż przepis art. 22 ust. 1 ustawy Pzp ma charakter ogólny (blankietowy), a decydujące jest uszczegółowienie zawarte w SIWZ. Powoływał się na jednolitą linię orzecznictwa w tej kwestii, np. na uzasadnienie do wyroku ZA z dnia 10 maja 2007 r. sygn. akt UZP/ZO/0-521/07, zgodnie z którym: „Warunki zamówienia określa art. 22 ust 1 pkt 1 ustawy. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień. O zakresie tego pojęcia decyduje konkretne zamówienie. Przepisy ustawy zawarte w art. 22 ust. 1 ustawy mają charakter ogólny i muszą być doprecyzowane przez Zamawiającego w związku z udzielanym zamówieniem. Zamawiający obowiązany jest więc doprecyzować warunki udziału w postępowaniu w kontekście danego zamówienia.”

Innym obowiązkiem Zamawiającego jest zapewnienie zachowania uczciwej konkurencji, o czym stanowi art. 7 ustawy Pzp. Zaś zgodnie z art. 14 tej ustawy do czynności

podejmowanych przez Zamawiającego (i wykonawców) stosuje się przepisy kodeksu cywilnego, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. Tak więc na mocy art. 70 § 4 kodeksu cywilnego Zamawiający od chwili udostępnienia warunków jest zobowiązany postępować zgodnie z postanowieniami ogłoszenia warunków przetargu, które w tym przypadku zostały ściśle określone w SIWZ.

Wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym zgodnie z art. 185 ust. 1 ustawy Pzp zostało wykonawcom przekazane 15 czerwca 2010 r. Nikt nie przystąpił do postępowania odwoławczego po żadnej ze stron.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając materiał dowodowy zawarty w aktach sprawy, w tym dokumentacji postępowania, odwołaniu, jak również wyjaśnieniach złożonych przez strony na rozprawie, zważyła, co następuje.

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Izba ustaliła, że Odwołujący spełnił przesłanki do wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył ofertę w zakresie Pakietu nr 1 i nr 2 w rankingu ofert najtańszą i w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania mógłby uzyskać zamówienie. Ma zatem interes w uzyskaniu zamówienia, a ze względu na naruszające, jego zdaniem, ustawę Pzp oraz przepisy kodeksu cywilnego wykluczenie i odrzucenie oferty został pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia. Spełnia zatem warunek, aby odwołujący poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Odwołanie podlega oddaleniu.

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą decyzji wymaganej przez Zamawiającego w pkt 1.1. lit. b) SIWZ część pierwsza, tj. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05), na które wymagany jest przepisami prawa obowiązek uzyskania zezwolenia, w którym to zezwoleniu bezwzględnie miały być określone elementy wyszczególnione w art. 27 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2007 r., Nr 39, poz. 251, ze zm.) (zwana dalej ustawą o odpadach). Argumentacja Odwołującego, jakoby Zamawiający wymagał przedmiotowego zezwolenia od

wykonawcy (zezwolenia wystawionego na wykonawcę) jedynie wówczas, gdy wykonawca sam będzie realizował odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, a nie gdy dokona przekazania odpadów uprawnionemu, ściśle w SIWZ określonymu, podmiotowi, tzn. kompostowni lub podmiotowi przeprowadzającemu rekultywację składowiska odpadów, na podstawie zawartej z tym podmiotem umowy i pod warunkiem przedłożenia stosownego zezwolenia tego podmiotu, jest nieuzasadnione i nie ma oparcia w treści SIWZ oraz przepisach ustawy Pzp.

Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu - pkt III.2 „Warunki udziału” w celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp żądał przedstawienia w ofercie m.in. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05), na które wymagany jest przepisami prawa obowiązek uzyskania zezwolenia, wydanego przez właściwy organ (marszałek województwa, starosta) ustalony według miejsca prowadzenia działalności w zakresie wykorzystania odpadów. W ogłoszeniu wskazany był także zakres elementów wymaganych w zezwoleniu zgodnie z art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach. W ogłoszeniu zawarto informację, iż w przypadku wspólnego ubiegania się przez dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie zamówienia dokument ma obowiązek złożyć ten lub ci z wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnienie tego warunku. Podobnie SIWZ w części pierwszej rozdział VI pkt 1 ppkt 1) przewidywała, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie muszą spełniać warunki udziału w postępowaniu dot. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, w zakresie opisanym w ppkt 1.1. lit. b) i c) SIWZ. W przywołanym ppkt 1.1. lit. b) wskazano, że w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy Pzp, Zamawiający żąda przedstawienia w ofercie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z uwzględnieniem komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05), na które wymagany jest przepisami prawa obowiązek uzyskania zezwolenia, wydanego przez właściwy organ (marszałek województwa, starosta) ustalony według miejsca prowadzenia działalności w zakresie wykorzystania odpadów, w którym to zezwoleniu bezwzględnie miały być określone elementy wyszczególnione w art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach.

Dodatkowo należy wskazać, że wzór umowy w § 2 ust. 1 tiret pierwsze zawierał oświadczenie, iż Wykonawca posiada powyżej określone zezwolenie.

Także SIWZ w części drugiej Specyfikacja Techniczna wskazywała, że wybrany w drodze przetargu Wykonawca, posiadający wymagane przepisami prawa zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu oraz odzysku lub unieszkodliwiania

odpadów, zgodnie z art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach staje się legalnym posiadaczem odpadów ze wszelkimi konsekwencjami wynikającymi z zapisów ustawy o odpadach w tym zakresie, a w szczególności przejmuje odpowiedzialność za postępowanie z odpadami. W pkt 3.1. Specyfikacji Technicznej wskazano, że Wykonawca jest zobowiązany przedstawić zezwolenie na prowadzenie odzysku bądź unieszkodliwiania komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 wydane zgodnie z ustawą o odpadach (zgodne z art. 27 ust. 2 ustawy o odpadach), a pkt 3.6. zobowiązywał Wykonawcę do przedstawienia zezwolenia na transport komunalnych osadów ściekowych wydane na podstawie ustawy o odpadach. Z kolei pkt 3.5. przewidywał, że Wykonawca zgodnie z art. 25 ust. 3 ustawy Pzp przejmuje pełną odpowiedzialność za gospodarowanie przedmiotowymi osadami, przy czym odpowiedzialność ta rozpoczyna się od momentu załadunku osadów na środki transportowe w miejscu gromadzenia osadu na terenie oczyszczalni. W Specyfikacji Technicznej w ww. postanowieniach wymagano zatem od Wykonawcy zarówno zezwolenia na transport, jak i odzysk lub unieszkodliwianie odpadów oraz przejęcia odpowiedzialności za gospodarowanie odpadami, zgodnie z warunkami art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach.

Należy zatem jednoznacznie stwierdzić, iż z treści ogłoszenia oraz SIWZ wynikało, że posiadanie przedmiotowego zezwolenia na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów wydanego w trybie art. 26 i 27 ustawy o odpadach stanowi doprecyzowany przez Zamawiającego warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek ich posiadania. Obowiązek posiadania ww. zezwolenia wynika z ww. art. 26 i 27 ustawy o odpadach.

Odwołujący nie wniósł środków ochrony prawnej ani wobec treści ogłoszenia ani treści SIWZ. Przedmiotowe żądanie nie może być też uznane za sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa. Skoro zatem nie wniesiono środków ochrony prawnej w tym zakresie, a stosowne zezwolenie jest przewidziane przepisami prawa, przyjęć należy, iż Odwołujący zaakceptował treść ogłoszenia i SIWZ oraz warunki z nich wynikające oraz że są one dla niego, tak jak i pozostałych Wykonawców biorących udział w postępowaniu, wiążące.

W ocenie Izby brak jest przesłanek do przyjęcia zasadności interpretacji SIWZ przedstawianej przez Odwołującego. Z przytoczonej treści ogłoszenia, SIWZ oraz wzoru umowy wynika, iż obowiązek wykazania się przedmiotowym zezwoleniem na prowadzenie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów dotyczył Wykonawcy, przy czym żadne z postanowień nie różnicowało zakresu żądanych dokumentów od planowanego sposobu

realizacji zamówienia. W szczególności dowodem na powyższe różnicowanie nie może być przytaczane przez Odwołującego postanowienie SIWZ część pierwsza rozdział VI pkt 3 przewidujące, że zgodnie z § 5 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2009 r., Nr 226, poz. 1817) w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Wykonawca zobowiązany jest przedstawić w ofercie następujące dokumenty:

- a) umowa z kompostownią na przyjmowanie osadów z określoną ilością osadów przeznaczonych do kompostowania – w przypadku wywozu osadów do kompostowni (integralną częścią umowy jest decyzja kompostowni na odzysk metodą R3);
- b) podpisana umowa z eksploatatorem składowiska na zastosowanie osadów do rekultywacji w/w składowiska z określeniem ilości osadów – w przypadku wywozu w celu rekultywacji na składowisko (integralną częścią umowy jest decyzja składowiska na rekultywację);
- c) oświadczenie o planowanym sposobie odzysku bądź unieszkodliwiania przedmiotowych osadów, zgodne z posiadaną decyzją na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów (złożone oświadczenie musi być spójne z przedstawioną decyzją).

Postanowienie to dotyczy bowiem wyraźnie nie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (warunki podmiotowe, warunki udziału w postępowaniu), lecz tzw. warunków przedmiotowych, tj. odnoszących się do przedmiotu zamówienia, których niespełnienie nie skutkuje wykluczeniem z postępowania, lecz odrzuceniem oferty jako niezgodnej z treścią SIWZ. Warunki te nie odnoszą się zatem do kwalifikacji podmiotowej wykonawcy. Ponadto z treści odwołania wynikało, że powyższe postanowienie wraz z odpowiadającymi mu zapisami Specyfikacji Technicznej w pkt 3.2., 3.3. i 3.4. stanowiły podstawę dla wniosku Obwołującego co do dopuszczenia dwóch sposobów realizacji zamówienia, co z kolei, w opinii Odwołującego, miało wpływ na zakres wymaganych od Wykonawcy dokumentów (a zatem i warunków podmiotowych). Jak wskazano powyżej, w ocenie Izby, przedmiotowa wykładnia SIWZ dokonana w odwołaniu jest niezasadna, ponieważ abstrahuje od jej literalnego brzmienia. Ponadto z żądania odpowiednich decyzji wydanych dla podmiotów, które miałyby uczestniczyć w wykonaniu zamówienia można wyprowadzić jedynie ten wniosek, że nie jest możliwe powierzenie tych zadań podmiotom, które stosowanych zezwoleń nie posiadają. W ocenie Izby jest to również zgodne z art. 25 ust. 2 ustawy o odpadach, przewidującym, iż posiadacz odpadów może je przekazywać wyłącznie podmiotom, które uzyskały zezwolenie właściwego organu na prowadzenie gospodarowania

odpadami, chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania zezwolenia, przy czym pojęcie gospodarowania odpadami obejmuje m.in. odzysk i unieszkodliwianie odpadów. Ponadto żądanie odpowiednich umów z kompostownią czy eksploatatorem składowiska może też wynikać z treści samej decyzji o zezwoleniu na prowadzenie odzysku, np. dopuszczonej w tej decyzji możliwości zagospodarowania odpadów (vide decyzja wydana na rzecz innego Wykonawcy - PHU Zbigtar Zbigniew Tarka i uzasadnienie odrzucenia oferty tego Wykonawcy zawarte w piśmie z dnia 9 czerwca 2010 r.). Nie jest zatem tak, że posiadanie zezwolenia na prowadzenie odzysku przez konsorcjanta czyni w każdym przypadku bezcelowym żądanie umowy z kompostownią czy eksploatatorem składowiska. Przedmiotowe postanowienie SIWZ dotyczy bowiem znacznie szerszego zakresu stanów faktycznych niż wystąpienie w konsorcjum z kompostownią i powinno być oceniane z uwzględnieniem sytuacji podmiotowej danego Wykonawcy.

Niezasadność interpretacji Odwołującego, według Izby, potwierdza także powoływana w odwołaniu Specyfikacja Techniczna, która wyraźnie przewiduje, że Wykonawca przejmuje odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami w trybie art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach. Zgodnie z tym przepisem, jeżeli posiadacz odpadów, w tym wytwórca (tu: Zamawiający) przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który ma zezwolenie właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów lub koncesję na składowanie odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych, posiada decyzję, o której mowa w art. 31 lub w art. 32 ustawy, lub jest wpisany do rejestru, o którym mowa w art. 33 ust. 5 ustawy, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przenosi się na tego następnego posiadacza odpadów. Jasną intencją Zamawiającego było zatem, aby podmiot wyłoniony w przetargu przejął od Zamawiającego pełną odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami w trybie art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach, co zgodnie z literalnym brzmieniem tego przepisu wymaga zezwolenia właściwego organu na zbieranie, odzysk, unieszkodliwianie odpadów, o ile dany podmiot nie spełnia pozostałych warunków. Odwołujący takiego zezwolenia nie posiada, nie twierdził też, że nie ma obowiązku jego posiadania. Oznacza to zatem, że nie dysponując stosownym zezwoleniem, nie spełnia przesłanek, o których mowa w art. 25 ust. 3 ustawy o odpadach umożliwiających realizację zamówienia w sposób przewidziany przez Zamawiającego.

Ponadto zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp warunki tam przewidziane musi spełniać wykonawca. Nie może w tym zakresie powoływać się na zdolności innych podmiotów zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, ponieważ przepis ten dotyczy jedynie warunku wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego, osób zdolnych do wykonania zamówienia oraz zdolności finansowych. W art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie przewidziano, aby

wykonawca mógł polegać na uprawnieniach podmiotu trzeciego do prowadzenia określonej działalności gospodarczej podlegającej reglamentacji. Wprawdzie w doktrynie podnoszone są wątpliwości co do generalnego wyłączenia przez ustawodawcę możliwości powoływania się na zdolności innych podmiotów w tym zakresie (*vide: A. Sołtyśńska, G. Wicik „Dopuszczalność powołania się na zdolności innych podmiotów” Kwartalnik PZP Nr 4 (23)/2009*), jednak podkreśla się, że za niedopuszczalne należy uznać poleganie na uprawnieniach podmiotu trzeciego, jeżeli wykonanie zamówienia w całości wymaga posiadania odpowiednich uprawnień. Taka sytuacja mogłaby być bowiem kwalifikowana jako obejście prawa.

W przedmiotowym przypadku należy jednak przede wszystkim podkreślić, iż postanowienia ogłoszenia i SIWZ są w odniesieniu do zakresu uprawnień jednoznaczne. Jeżeli jednak budziły wątpliwości Odwołującego, w szczególności w kontekście podnoszonych przez niego różnic z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia z lat ubiegłych, miał możliwość uzyskania odpowiednich wyjaśnień i ewentualnego odwołania się od treści ogłoszenia i SIWZ. Skoro zatem wyrażone przez SIWZ wymagania odnośnie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) stały się dla uczestników wiążące, w razie stwierdzenia braku wymaganego zezwolenia Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia wykonawcy po zastosowaniu procedury przewidzianej w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Złożone przez Odwołującego w uzupełnieniu dokumenty nie mogą stanowić potwierdzenia spełnienia warunków, ponieważ są to dokumenty tożsame ze złożonymi wraz z ofertą, a wymagane zezwolenie wydane jest nie na Odwołującego, lecz podwykonawcę – Spółdzielnię Kółek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim (Odwołujący wskazał w ofercie, że zamówienie w części prowadzenia odzysku powierzy podwykonawcy). Tym samym należy uznać, że zarówno wezwanie z dnia 6 maja 2010 r., jak i wykluczenie Odwołującego w wyniku nieuzupełnienia dokumentu o wymagane zezwolenie dokonane pismem z dnia 9 czerwca 2010 r. było zasadne.

W związku z powyższym Izba uznała, że zarzut niezasadności wykluczenia Odwołującego oraz naruszenia reguł uczciwej konkurencji nie potwierdził się. Zamawiający, oceniając kwalifikacje podmiotowe Wykonawców, uwzględnił obowiązujące ich postanowienia SIWZ, natomiast Odwołujący dokonał ich interpretacji wbrew wyraźnym jej zapisom. Na obecnym etapie nie ma już możliwości sanowania nieprawidłowości Odwołującego, ponieważ wymagałoby to wystąpienia w postępowaniu i złożenia oferty łącznie ze Spółdzielnią Kółek Rolniczych w Kazimierzu Biskupim. Obecnie zmiana statusu z

podwykonawcy na wykonawcę wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia jest niedopuszczalna.

Z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1) oraz § 5 ust. 4 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).

Skład orzekający Izby:

.....