

Sygn. akt: KIO 2879/12

**WYROK**  
**z dnia 11 stycznia 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Radosław Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2012 r. przez **odwołującego – Firmę Handlowo Usługową ESPADON J..... M....., 70-807 Szczecin, ul. Narzędziowa 55**, w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego – Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, 70-603 Szczecin, ul. Bytomska 7**,

przy udziale wykonawcy **Ship-Service S.A., 00-842 Warszawa, ul. Łucka 7/9**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża **odwołującego – Firmę Handlowo Usługową ESPADON J..... M....., 70-807 Szczecin, ul. Narzędziowa 55**, i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego – Firmę Handlowo Usługową ESPADON J..... M....., 70-807 Szczecin, ul. Narzędziowa 55**, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **odwołującego – Firmy Handlowo Usługowej ESPADON J.....**  
**M.....**, **70-807 Szczecin, ul. Narzędziowa 55**, na rzecz **zamawiającego – Zarząd**  
**Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, 70-603 Szczecin, ul.**  
**Bytomska 7**, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych sześćdziesiąt  
groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia  
pełnomocnika.

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 Szczecinie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający: Zarząd Morskich Portów Szczecin i Świnoujście Spółka Akcyjna, ul. Bytomska 7, 70-603 Szczecin wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Odbiór odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i Świnoujściu”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 06 września 2012r pod numerem 2012/S 171-283053.

W dniu 18 grudnia 2012r Odwołujący: Jakub Markiewicz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo Usługowa ESPADON J..... M....., ul. Narzędziowa 55, 70-807 Szczecin otrzymał zawiadomienie od Zamawiającego o wykluczeniu go z udziału w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, a następnie odrzuceniu jego oferty, a także o wyborze, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy: SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie, ul. Łucka 7/9, 00-842 Warszawa, zwanego dalej Przystępującym.

Nie zgadzając się z powyższym rozstrzygnięciem przetargu Odwołujący w dniu 27 grudnia 2012r. wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności Zamawiającego podjętych w prowadzonym postępowaniu, a polegających, jak wskazał na:

- wykluczeniu Odwołującego z udziału w w/w postępowaniu o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp,
- odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 5) ustawy Pzp,
- zaniechaniu Zamawiającego polegającym na nie odrzuceniu oferty wykonawcy SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie, mimo że, jej treść nie odpowiada Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- wyborze jako najkorzystniejszej oferty SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie ul. Łucka 7/9 00-842.

Jednocześnie Odwołujący zarzucił Zamawiającemu, że powyższe czynności dokonane zostały w sposób sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa a w szczególności:

a) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że nie wykazanie przez Odwołującego spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. wykazania posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu morskiego odpadów - stanowi o konieczności wykluczenia odwołującego z postępowania - co jest oczywiście błędne a co wykaże Odwołujący w uzasadnieniu niniejszego odwołania,

b) art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że Odwołujący podlega wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia,

c) art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie w odniesieniu do oferty SHIP SERVICE S.A. w Warszawie która winna zostać odrzucona jako niezgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia,

d) art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego nie jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu,

e) art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że oferta SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie jest ofertą najkorzystniejszą złożoną w postępowaniu,

f) art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez podjęcie w postępowaniu czynności podważających zaufanie wykonawców co do prawidłowości i rzetelności prowadzonego postępowania a także obiektywizmu i bezstronności osób wykonujących czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia,

g) art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez bezzasadne nieudzielenie niezwłocznej informacji co do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i treści dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie analogicznej usługi odbioru odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i Świnoujściu dotyczącego aktualnego okresu tj. do 31.12.2012r co ma istotne znaczenie dla Odwołującego w kontekście argumentacji Zamawiającego przemawiającej za zasadnością wykluczenia Odwołującego z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia.

Mając powyższe na uwadze wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1) nakazanie unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu przez Zamawiającego Odwołującego z udziału w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

2) nakazanie unieważnienie czynności polegającej na odrzuceniu przez Zamawiającego oferty Odwołującego się złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

3) nakazanie unieważnienia dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferty SHIP SERVICE S.A. w Warszawie złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

4) nakazanie powtórzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem

oferty Odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia,

5) nakazanie odrzucenia oferty SHIP SERVICE S.A. w Warszawie złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,

6) nakazanie dokonanie wyboru oferty Odwołującego złożonej w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jako oferty najkorzystniejszej,

7) nakazanie zaprzestanie dalszego naruszania zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji oraz obiektywizmu i bezstronności,

8) zasądzenie od Zamawiającego Zarządu Morskich Portów Szczecin i Świnoujście S.A.z siedzibą w Szczecinie na rzecz Odwołującego J..... M..... Firma Handlowo Usługowa ESPADON J..... M..... w Szczecinie kwoty 15 000 zł 00 groszy stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

W swoim odwołaniu Odwołujący wskazał, że decyzja Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w oparciu o przywołaną podstawę prawną tj. art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy Pzp jest wadliwa z tego powodu, że Zamawiający w treści rozdziału VII część A ust. 3 pkt 1 oraz rozdziału VII części B ust. 3 pkt. 1 SIWZ zażądał, aby składający ofertę przedłożył dokument w postaci: „Zezwoleń/nia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne uzyskane na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. o odpadach (tekst jedn. z 2010 roku Dz.U. Nr 185 poz. 1243 z późn. zm).”, a Odwołujący wraz ze swoją ofertą taką wymaganą treścią SIWZ decyzję przedłożył(decyzja Prezydenta Miasta Szczecin z dnia 11.09.2009r znak WGKiOŚ.IV/LR/7660/29/09 wraz z decyzją Prezydenta Miasta Szczecin z dnia 12.04.2011r znak WGKiOS.IV/LR/6233/17/2011).

Zwrócił również uwagę, że w toku badania ofert Zamawiający pismem z dnia 23.11.2012r. wezwał Odwołującego do przedłożenia m.in. dokumentacji na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów na terenie gminy Miasto Świnoujście, a także zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu morskiego odpadów oraz transportu odpadów przy wykorzystaniu obcych środków transportu, a Odwołujący - w jego ocenie - udzielił Zamawiającemu w piśmie z dnia 27.11.2012r. pełnych wyjaśnień w przedmiocie przedstawienia żądanych dokumentów, wskazując, że realizacja przedmiotu zamówienia będzie się odbywała środkami transportu drogowego, a m.in. barki stanowią pojemniki umożliwiające odbiór odpadu od jego wytwórcy, a następnie umieszczenie na środkach transportu samochodowego i transport tj. dostarczenie do miejsca zbierania odpadu.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją Zamawiającego stanowiącą podstawę do

jego wykluczenia z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, opartą o:

a) treść art. 2 pkt 33 Rozporządzenia nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006r. w sprawie przemieszczania odpadów (Dz.Urz. UE L 190 z 12.07.2007 str. 1) i i przyjętą na potrzeby w/w aktu prawnego definicją „transportu”,

b) treść informacji - z nieznaney daty - Urzędu Morskiego w Szczecinie udzieloną na nieznaney treści i daty zapytanie Zamawiającego - zawierającej treść § 164 Zarządzenia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 17 września 2002r Przepisy portowe (Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego Nr 67, poz. 1429 z późn. zm. <http://www.ums.gov.pl/prawne/port.pdn> oraz przywołaną interpretacją dotyczącą w/w regulacji.

Zdaniem Odwołującego powyższa argumentacja Zamawiającego wyrażona w treści pisma z dnia 18.12.2012r jest całkowicie chybiona.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że przywołane przepisy Rozporządzenia nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 14.06.2006r. w sprawie przemieszczania odpadów (Dz. Urz. UE L 190 z 12.07.2007 str. 1) nie mogą być wprost stosowane do przedmiotowej regulacji a tym bardziej przywołane w w/w akcie prawnym definicje, a zgodnie z art. 1 ust. 2 w/w Rozporządzenia - ma ono zastosowanie do przemieszczania odpadów:

a) między Państwami Członkowskimi, na terytorium Wspólnoty lub tranzytem przez państwa trzecie,  
b) przywożonych do Wspólnoty z państw trzecich  
c) wywożonych ze Wspólnoty do państw trzecich,  
d) przewożonych w ramach tranzytu przez terytorium Wspólnoty, na trasie z oraz do państw trzecich.

Z powyższego wnioskował, że w/w regulacja unijna odnosi się wprost do tzw. transgranicznego przemieszczania odpadów, między krajami Unii Europejskiej, z krajami poza Unią Europejską lub też, jako tranzyt przez kraje Unii Europejskiej.

Zwrócił również uwagę, że w art. 1 ust. 3 pkt a) znajduje się wyłączenie przedmiotowe stosowania w/w Rozporządzenia w zakresie dotyczącym:

- wyładowywania na wybrzeżu odpadów, w tym ścieków i pozostałości, wytworzonych w trakcie normalnej eksploatacji statków i platform przybrzeżnych, pod warunkiem, że odpady te podlegają wymogom określonym w Międzynarodowej konwencji o zapobieganiu zanieczyszczeniu morza przez statki z 1973r, zmodyfikowanej przez protokół z 1978 do tej konwencji (Marpol 73/78) lub wymogom określonym w innych wiążących dokumentach międzynarodowych.

Nadto zauważył, że w pkt b) w/w przepisu Rozporządzenia wyłączenie stosowania dotyczy: odpadów wytwarzanych na pokładach ... statków pływających, chyba że odpady takie są wyładowywane w celu ich odzysku lub unieszkodliwienia.

Poza tym wskazał, że postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w części A rozdział I ust. 1 i części B rozdział I ust. 1 określającej zakres odpadów objętych zakresem zamówienia wyłączają stosowanie w/w regulacji.

Odwołujący podkreślił przy tym, iż transpozycja prawa unijnego do polskiego porządku prawnego w tym przypadku, czyli Rozporządzenia (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14.06.2006 r. w sprawie przemieszczania odpadów (Dz. Urz. UE L 190 z dnia 12.07.2006r., str.1) nastąpiła poprzez przeniesienie zapisów do ustawy z dnia 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów (Dz.U.2011.106.622).

Wywodził, że przedmiotowa ustawa określa postępowanie i organy właściwe do wykonania zadań z zakresu międzynarodowego przemieszczania odpadów wynikające z wymienionego w zdaniu poprzednim rozporządzenia unijnego, a międzynarodowym przemieszczaniem odpadów w rozumieniu tej ustawy jak i rozporządzenia jest: przywóz odpadów na teren kraju, wywóz odpadów poza teren kraju, tranzyt odpadów przez teren kraju.

Biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotem przetargu jest odbiór odpadów ze statków do portowych urzędzeń odbiorczych w celu ich załadunku na środki transportu samochodowego – zdaniem Odwołującego - powołanie się na przepisy o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów należy uznać za całkowicie chybione.

Według Odwołującego definicja „transportu” wymieniona w art. 2 pkt. 33 przepisów Rozporządzenia (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego, a przytoczona przez Zamawiającego nie ma odniesienia prawnego do sytuacji, jaka zaistnieje w ramach realizacji zadań objętych przetargiem.

Odwołujący przy tym zarzucił również, że Zamawiający pominął inne obowiązujące regulacje ustawowe w zakresie przedmiotu zamówienia, czego wynikiem stało się utożsamianie wykorzystanie przez Odwołującego barki do odbioru odpadów w ramach relacji „statek – autocysterna” z realizacją transportu morskiego odpadów w przestrzeni międzynarodowej.

Powyższe – zgodnie z mniemaniem Odwołującego - nie może stanowić w żaden sposób podstawy do żądania przedstawienia dokumentów czy też zezwoleń, które są, co do zasady zbędne w tym zakresie, a nadto nie zostały w jakikolwiek sposób określone w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Dalej twierdził, że w ustawie o portowych urządzeniach do odbioru odpadów oraz pozostałości ładunkowych ze statków z dnia 12.09.2002 r. ( Dz.U.2010 nr 230 poz. 1508 z późn. zm.) zawarto m.in. definicję portowych urządzeń odbiorczych (art.3 ust. 9) w brzmieniu - wszelkie urządzenia stałe, ruchome i pływające, przeznaczone do odbioru i gospodarowania odpadami ze statków oraz pozostałościami ładunkowymi, a zgodnie z przytoczonym zapisem odbiór odpadów ze statków od strony wody oraz lądu może być realizowany przy wykorzystaniu urządzenia, jakim jest barka (nie mająca przymiotu statku zgodnie z definicją art. 3 ust. 10 w/w ustawy), którą dysponuje Odwołujący, i z której to za pomocą środków transportu samochodowego, odpady ze statków będą transportowane z terenu portu do miejsca zbierania odpadu, a następnie jego unieszkodliwiania lub/i odzysku.

Przekonywał, że przemieszczenie portowego urządzenia odbiorczego z punkt a do punktu b (jakim niewątpliwie jest barka, którą dysponuje Odwołujący) na terenie portu lub przystani morskiej znajdujących się w granicach portu lub przystani morskiej zgodnie z przepisami portowymi nie można uznać jako transport morski statku, a w szczególności w kontekście treści hipotezy §164 Zarządzenia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 17 września 2002r Przepisów portowych.

Zarzucił także, że Zamawiający pomija również fakt, iż port Szczecin i Świnoujście - w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach - jest miejscem wytworzenia odpadu, a po jego odbiorze z terytorium portów - rozpoczyna się transport odpadów - który jest realizowany transportem drogowym.

Odwołujący stwierdził, że wykazał w treści oferty, jak i późniejszych wyjaśnieniach poczynionych na żądanie Zamawiającego - iż spełnia wszelkie wymogi techniczne niezbędne i konieczne do prawidłowej realizacji usługi odbioru odpadów na terenie Polski.

Reasumując stwierdził, że przywołane przez Zamawiającego w informacji z dnia 18.12.2012r przesłanki wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia są całkowicie chybione, co implikuje konieczność uznania wadliwego zastosowania dyspozycji przepisu art. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp a w jego następstwie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz art. 91 ust. 1, art. 7 ust. 3 oraz art. 2 pkt 5 ustawy Pzp.



W zakresie naruszenia przez Zamawiającego - przy prowadzeniu niniejszego postępowania o udzieleniu przetargu przepisów określonych w dyspozycji art. 7 ust. 1 i 2 ustawy Pzp - Odwołujący wskazał na kwestie bezzasadnego uprzywilejowania drugiego z oferentów, jakim jest SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie, tj. podmiot, który do chwili obecnej realizuje przedmiotowe usługi w zakresie objętym zamówieniem na rzecz Zamawiającego, wybrany w drodze przetargu publicznego.

Powyższe – zdaniem Odwołującego – przejawiało się w dokonaniu przez Zamawiającego prolongaty terminu składania ofert z dnia 16.10.2012r godz. 10.00 do 29.10.2012r godz. 10.00 - niezależnie od okoliczności związanych z udzielaniem odpowiedzi na pytania kierowane przez SHIP - SERVICE S.A. w Warszawie do Zamawiającego w większości w zakresie oczywistym, co pozostaje w terminowym i funkcjonalnym powiązaniu z treścią oferty SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie.

Podkreślił przy tym, iż znajdująca się na kartach 65 do 93 oferty (k. 167 do 195 akt dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego) decyzja nr 1069/OŚ/2012 Prezydenta Miasta Stołecznego Warszawy sygnowana datą 15.10.2012r udzielającej SHIP SERVICE S.A. w Warszawie zezwolenia na transport odpadów niebezpiecznych oraz innych niż niebezpieczne szczegółowo określone w załącznikach do w/w decyzji - na dzień pierwotnego terminu składania oferty nie została jeszcze, nawet doręczona stronie wnioskującej o jej wydanie.

Wskazał, że nastąpiło to dopiero po upływie I terminu wyznaczonego przez Zamawiającego do składania ofert tj. w dniu 24.10.2012r., o czym świadczy chociażby prezentata wpływu w/w decyzji do SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie.

Według Odwołującego oczywistym jest, że na pierwotny termin składania ofert w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia – Przystępujący nie mógł jeszcze dysponować w/w decyzją w ogóle.

Powyższy fakt dokonania przez pracowników Zamawiającego zmiany terminu składania ofert o kolejne 13 dni spowodował zastanowienie Odwołującego - skoro nie przemawiały za tym żadne względy formalno prawne, poza faktem braku wykazania się na dzień otwarcia ofert stosownej decyzji przez jeden z zainteresowanych zamówieniem podmiotów, który do chwili obecnej realizuje usługi odbioru odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i Świnoujściu.

Podniósł także, że na dzień składania oferty przez SHIP-SERVICE S.A. w Warszawie

- tj. 29.10.2012r - przedmiotowa decyzja nie miała jeszcze charakteru decyzji ostatecznej, albowiem termin do jej zaskarżenia upływał dopiero po upływie 14 dni od daty jej doręczenia, a zatem w/w decyzja - jako nie ostateczna - nie mogła stanowić podstawy do uznania, iż na dzień składania ofert tj. 29.10.2012r SHIP SERVICE S.A. w Warszawie dysponowała ostateczną decyzją umożliwiającą jej realizację odbioru i transportu odpadów objętych treścią zamówienia w okresie jego realizacji tj. - zgodnie z treścią rozdziału IX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia - od 01.01.2013 do 31.12.2014r.

Według Odwołującego powyższa okoliczność została zaniechana przez Zamawiającego przy analizie ofert złożonych - co niezależnie od zarzutów dotyczących naruszenia przez pracowników Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 2 ustawy PZP - winno skutkować odrzuceniem oferty SHIP SERVICE S.A., jako niezgodnej z SIWZ.

Powyższe zaniechanie ze strony Zamawiającego stanowi – w ocenie Odwołującego - kolejne naruszenie prawa, a w szczególności art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

Zarzucił również pracownikom Zamawiającego wykonującym czynności związane z prowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia - z przyczyn całkowicie niezrozumiałych - bezprawną odmowę, tak Odwołującemu jak i osobom trzecim – informacji, co do treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dotyczącej udzielenia zamówienia na obecnie realizowane usługi odbioru odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i Świnoujściu przez SHIP SERVICE S.A. z siedzibą w Warszawie.

Podniósł, iż Przystępujący, którego oferta w uprzednim przetargu została wybrana - nie był zobowiązany do przedstawiania jakiegokolwiek „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu morskiego odpadów”.

Zauważył, że fakt braku takiego zezwolenia wynika chociażby z faktu, że taki dokument w/w podmiot przedstawił w formie nie ostatecznej decyzji dopiero na ostatni dzień przedłużonego - bez jakichkolwiek podstaw - dodatkowego terminu do składania ofert w niniejszym postępowaniu.

Zarzucił, że wykazania w sposób jednoznaczny w/w okoliczności faktycznych poprzez przedstawienie stosownych dokumentów - Odwołującemu jak i osobom trzecim uniemożliwiono, co czyni zasadnym złożony wniosek dowodowy o zobowiązanie Zamawiającego do przedłożenia do akt niniejszej sprawy kompletu dokumentacji związanej z realizacją przetargu nieograniczonego na odbiór odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i w Świnoujściu w okresie obecnym tj. do końca 2012r.

Zauważył, że powyższej informacji brak jest na stronie internetowej Zamawiającego, a mimo składania stosownych wniosków w tym zakresie przedstawiciele Zamawiającego odmawiali udzielenia w tym zakresie informacji mającej przecież charakter informacji publicznej - co stanowi jednoznaczne naruszenie dyspozycji art. 8 ust. 1 i 2 ustawy Pzp.

Według Odwołującego wnioskowanie o przeprowadzenie w/w dokumentów będących w wyłącznej dyspozycji Zamawiającego, który z sobie tylko znanych przyczyn odmawia do nich dostępu Odwołującemu jak i osobom trzecim - jest konieczne i w żaden sposób nie zmierza do przedłużenia postępowania, a jedynie do pełnego i jednoznacznego wyjaśnienia wszystkich okoliczności związanych z procedowanym przez Zamawiającego postępowaniem o udzielenie zamówienia.

Ostatecznie podkreślił, że zarówno treść przywoływanych w treści informacji Zamawiającego z dnia 18.12.2012r przepisów Rozporządzenia (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 14.06.2006 r. w sprawie przemieszczania odpadów (Dz. Urz. UE L 190 z dnia 12.07.2006 r., str.1 ), jak i Zarządzenia Dyrektora Urzędu Morskiego w Szczecinie z dnia 17 września 2002r Przepisy portowe (Dz. Urz. Woj. Zachodniopomorskiego Nr 67, poz. 1429 z późn. zm.) w pełnym zakresie obowiązywały w czasie realizacji aktualnie obowiązującej umowy pomiędzy Zamawiającym a SHIP SERVICE S.A. w Warszawie na odbiór odpadów ze statków w porcie w Szczecinie i Świnoujściu, co czyni, co najmniej zastanawiającym dlaczego aktualnie realizujący w/w usługi Wykonawca wybrany w drodze przetargu publicznego - jak należy przypuszczać na analogicznych warunkach zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia jak przedstawione w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia - nie był zobowiązany do przedstawiania zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie transportu morskiego odpadów i to udzielonej w oparciu o przepis w/w rozporządzenia unijnego.

W dniu 27 grudnia 2012r.SHIP-SERVICE S.A. z siedzibą w Warszawie, zwany dalej Przystępującym zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, oferty Odwołującego, zawiadomienia o wykluczeniu Odwołującego z przedmiotowego postępowania i wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego z dnia 18 grudnia 2012r., uzupełnienia odwołania z dnia 7 stycznia 2013r., pisma Przystępującego z dnia 9 stycznia 2013r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 stycznia 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień 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.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniu Zamawiającego naruszenia przepisu art.2 pkt. 5, art. 7 ust. 1, 2 i 3, art. 8 ust.1 i 2, art. 24 ust.2 pkt.4, art.89 ust.1 pkt. 2 i 5, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp.

Istotnym zagadnieniem wymagającym rozstrzygnięcia w rozpatrywanej sprawie była przede wszystkim kwestia czy Zamawiający miał dostateczne podstawy prawne do wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z powodu niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu poprzez niezłożenie wymaganego prawem zezwolenia w zakresie zbierania i transportu odpadów oraz czy treść oferty Przystępującego pozostawała w sprzeczności z treścią SIWZ.

Analizując stan sprawy Izba przyjęła, że Odwołujący nie spełnił wymagania rozdziału VII w części A ust.3 pkt. 1 i w części B ust.3 pkt. 1 SIWZ, zgodnie, z którym wykonawca na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, miał przedłożyć zezwolenie/nia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne na podstawie art.28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity. z 2010 roku, Dz.U. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

W ocenie Izby bezsporną w rozpoznawanej sprawie jest okoliczność przedłożenia przez Odwołującego zezwolenia - decyzji Prezydenta Miasta Szczecin z dnia 11.09.2009r

znak WGKiOŚ.IV/LR/7660/29/09 wraz z decyzją Prezydenta Miasta Szczecin z dnia 12.04.2011r znak WGKiOS.IV/LR/6233/17/2011, które to jednak rozstrzygnięcia administracyjne nie w pełni odpowiadają realizowanemu przedmiotowi zamówienia, a zatem Odwołujący – według zapatrywania Izby - nie posiada uprawnień do wykonywania czynności transportu wodnego, bowiem zarówno przepisy szczególne, jak i załączone do oferty decyzje nie potwierdzają jego uprawnień do świadczenia w powyższym zakresie.

Przede wszystkim należy przyznać rację Zamawiającemu, że Odwołujący na podstawie powyższych decyzji administracyjnych posiada uprawnienia jedynie do drogowego transportu odpadów, lecz decyzje te milczą o jego uprawnieniach do transportu odpadów drogą wodną, zarówno morską, jak i śródlądową w obrębie portów morskich.

W pkt. V decyzji z dnia 11 września 2009r. Prezydenta Miasta Szczecina załączonej do oferty przez Odwołującego są następujące warunki:

- 1) odpady będą transportowane przy użyciu własnych samochodowych środków transportu;
- 2) transport odpadów odbywał się będzie oznakowanymi, przystosowanymi do tego celu pojazdami,
- 3) transport odpadów będzie odbywał się w sposób zgodny z przepisami szczególnymi w zakresie transportu drogowego.

Powyższe warunki nie dotyczą jednak transportu odpadów realizowanych drogą morską.

W aspekcie powyższego stanu faktycznego sprawy przedstawiona w odwołaniu argumentacja prawna Odwołującego jest - zdaniem Izby - w znacznym stopniu chybiona.

Wymaga wskazania, że zgodnie z definicją zawartą w art. 3 pkt. 9 ustawy z dnia 12 września 2002 r. o portowych urządzeniach do odbioru odpadów oraz pozostałości ładunkowych ze statków (Dz.U. Nr 166, poz. 1361), ilekroć w ustawie jest mowa o: portowych urządzeniach odbiorczych - oznacza to wszelkie urządzenia stałe, ruchome i pływające, przeznaczone do odbioru i gospodarowania odpadami ze statków oraz pozostałościami ładunkowymi.

Jednocześnie w pkt. 10) tegoż przepisu jest mowa o statkach w rozumieniu art. 2 § 1 ustawy z dnia 18 września 2001 r. - Kodeks morski (Dz.U. z 2001 r. Nr 138, poz. 1545 oraz z 2002 r. Nr 41, poz. 365).

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że barki, którymi będzie posługiwał się Odwołujący przy wykonaniu przedmiotu zamówienia stanowią portowe urządzenia odbiorcze o charakterze pływającym, co potwierdza ich techniczną zdolność do realizacji zamówienia.

Nie oznacza to jednak, że uprawnienia do wykonywania transportu odpadów przy użyciu tych urządzeń są nadawane wprost na mocy cyt. wyżej ustawy z dnia 12 września 2002 r. o portowych urządzeniach do odbioru odpadów oraz pozostałości ładunkowych ze statków.

Uprawnienia te nie wynikają również z treści załączonych do oferty zezwoleń.

Dokonując wykładni i zastosowania powyższych przepisów przez Odwołującego uszło jego uwadze, że stosownie do brzmienia przepisu art.2 ust.3 powołanej wyżej ustawy w zakresie nieuregulowanym ustawą do portowych urządzeń do odbioru odpadów oraz pozostałości ładunkowych ze statków stosuje się przepisy ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2001 r. Nr 62, poz. 628 oraz z 2002 r. Nr 41, poz. 365 i Nr 113, poz. 984) oraz ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2001 r. Nr 62, poz. 627 i Nr 115, poz. 1229 oraz z 2002 r. Nr 74, poz. 676, Nr 113, poz. 984 i Nr 153, poz. 1271).

Z kolei ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach w swoim art.28 ust.1 stanowi, że prowadzenie zbierania odpadów oraz transport odpadów wymaga uzyskania zezwolenia, z zastrzeżeniem art. 31 ust. 1, art. 32 ust. 1 oraz art. 33 ust. 1a i 4.

Ust.5 powyższego przepisu określa elementy konieczne, jakie zawiera przedmiotowe zezwolenie na zbieranie lub transport odpadów, w tym także w pkt. 4) sposób i środki transportu odpadów.

Zatem Izba stwierdziła, że zarówno sposób transportu odpadów oraz środki do tego transportu w zakresie portowych urządzeń do odbioru odpadów nie zostały w przedmiotowych, załączonych do oferty zezwoleniach określone przez organ wydający przedmiotowe decyzje.

Jednocześnie Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego o braku transportu odpadów za pośrednictwem portowych urządzeń do odbioru odpadów, bowiem w tym przypadku będziemy mieli do czynienia z przemieszczaniem się odpadów.

W tym zakresie Izba rozważyła także wyjaśnienia Odwołującego, że w niektórych przypadkach barka, jako urządzenie portowe będzie podpływać do statku i za pomocą pomp tłoczących będzie odbierać odpady na barkę.

Jednocześnie Odwołujący wyjaśnił również, że po odebraniu odpadu ze statku na barkę urządzenie to odpłynie od statku i nastąpi wyładunek odpadu przy nadbrzeżu.

Poza tym Odwołujący wskazał również na okoliczność, że barka, jako urządzenie portowe może być przemieszczana zarówno przez statek jak i za pomocą napędu własnego.

Powyższe wyjaśnienia jednoznacznie wskazują – w ocenie Izby, że w trakcie wykonywania przedmiotu zamówienia będzie następować przemieszczanie odpadu, a zatem jego transport.

Abstrahując od znaczenia pojęcia transportu opisanego w Rozporządzeniu (WE) nr 1013/2006 Parlamentu Europejskiego, na które powołał się Zamawiający, to znaczenie słowa transport nie wymaga – według Izby - jakiejś szczególnej wykładni językowej, bowiem ma ono utrwalone znaczenie słownikowe.

Zgodnie ze znaczeniem nadanym temu słowu przez autorów słownika języka polskiego PWN( tom 5, str. 380, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007) transport to przewóz ludzi lub rzeczy lub ich przenoszenie z jednego miejsca na drugie za pomocą odpowiednich pojazdów lub urządzeń.

Powyższe pojęcie przenoszenia mieści w sobie również znaczenie przemieszczania przedmiotów(tom 4, pkt. 5 to pojęcia przenieść str. 273, Wydawnictwo Naukowe PWN, 2007).

Z powyższego wynika, że jeżeli Odwołujący deklaruje Zamawiającemu świadczenie transportu odpadów przy użyciu barki rozumianej, jako portowe urządzenie do odbioru odpadów, która będzie dokonywała przemieszczenia(transportu odpadów), to powinien do swojej oferty załączyć stosowne pozwolenie przewidujące prawo do transportu odpadów drogą morską.

Nadto Izba zwróciła uwagę, że powołane przez Zamawiającego rozporządzenie nr 1013/2006 ma zastosowanie zgodnie z art.1 ust.2, również do przemieszczania odpadów na terytorium Wspólnoty, co ma miejsce w przypadku transportu odpadów w obszarze portu morskiego zarządzanego przez Zamawiającego.

Izba przy powyższej ocenie również wzięła pod uwagę informację Urzędu Morskiego w Szczecinie, że w przypadku zagrożenia bezpieczeństwa żeglugi lub porządku portowego, musi istnieć możliwość natychmiastowej zmiany postępu barki odbierającej płynne odpady olejowe, zacumowanej przy burcie statku zdającego odpady na zasadzie § 164 przepisów portowych.

Z powyższych względów Izba uznała, że Zamawiający w granicach obowiązującego prawa zastosował przepis art.24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp w zakresie wykluczenia Odwołującego z przedmiotowego postępowania.

Rozpatrując pozostałe zarzuty odwołania skierowane przeciwko ofercie wybranej Izba doszła do przekonania, że nie znajdują one żadnego uzasadnienia.

Przed wszystkim należy wskazać, że podnoszona przez Odwołującego zmiana terminu otwarcia ofert nie była zaskarżona przez niego odwołaniem w terminie prawem przewidzianym zgodnie z dyspozycją art.182 ust.3 pkt. 1 ustawy Pzp., zatem powoływanie się na tą okoliczność należy uznać za spóźnione.

Izba stwierdziła także, że Zamawiający w SIWZ nie żądał od wykonawców zezwolenia będącego decyzją ostateczną, wobec czego również zarzut Odwołującego w tym zakresie nie mógł zostać uwzględniony.

Należy również zauważyć, że niedopuszczalne jest również podnoszenie dodatkowego zarzutu naruszenia przepisu art.26 ust.3 ustawy Pzp, skoro taki zarzut nie był w ogóle w odwołaniu podnoszony.

Stosownie do brzmienia art.192 ust.7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Poza tym odmowa Zamawiającego udzielenia informacji o innym przetargu, nie ma wpływu na ocenę ważnych postanowień obowiązującej SIWZ w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i nie stanowi naruszenia art.8 ust.1 i 2 ustawy Pzp.

Uzyskanie powyższych informacji odbywa się w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198) i nie ma żadnego związku z zachowaniem zasady jawności przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.



Ostatecznie za gołosłowny należy uznać zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.89 ust.1 pkt. 2 ustawy Pzp z powodu nie wskazania w odwołaniu zarówno treści oferty, jak i postanowień SIWZ pozostających ze sobą w kolizji.

Uznając powyższe dowody za wystarczające do rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy Izba uznała za bezcelowe przeprowadzenie dowodu z dokumentacji innego postępowania przetargowego i pisma z dnia 9 stycznia 2013r. Głównego Inspektoratu Ochrony Środowiska.

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 2010r. 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: .....**