

Sygn. akt: KIO 3109/22

WYROK

z dnia 7 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Geocoma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gmina Rybno w Rybnie**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Primost Południe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Będzinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Geocoma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Rybno w Rybnie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usuwanie odpadów niebezpiecznych z nieruchomości w miejscowości Jasieniec 31, gm. Rybno.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 roku, poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 24 listopada 2022 roku wykonawca Geocoma Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) – postanowienia rozdziału II punkt 4 podpunkt 4.1, dalszy podpunkt 2 lit. a *tiret* trzecie w brzmieniu:

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

[...]

2) spełnia warunki dotyczące:

a) uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

[...]

- posiadanie pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenie sektorowe:

- na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza,

- na wytwarzanie odpadów,

- pozwolenie wodnoprawne na pobór wód,

- pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód i do ziemi;

jako naruszające przepisy art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 – 3 ustawy P.z.p.

Stawiając powyższe zarzuty odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania w opisanej wyżej części poprzez:

- usunięcie z warunków udziału w postępowaniu wymagania dotyczącego posiadania pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenie sektorowe: na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, na wytwarzanie odpadów, pozwolenie wodnoprawne na pobór wód, pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód i do ziemi, względnie

- ograniczenie spełnienia tego obowiązku posiadania wskazanych wyżej pozwoleń tylko do tych wykonawców, którzy oświadczą, że część kluczową zamówienia (zagospodarowania odpadów) wykonają osobiście, bez udziału podwykonawców;

2) obciążenie kosztami postępowania zamawiającego, w tym zasądzenie od zamawiającego na rzecz Odwołującego pełnych kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 30 listopada 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem II punkt 4 podpunkt 4.1, dalszy podpunkt 2 lit. a *tiret* trzecie SWZ: 4.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

[...]

2) spełnia warunki dotyczące:

a) uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:

[...]

- posiadanie pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenie sektorowe:

- na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza,

- na wytwarzanie odpadów,

- pozwolenie wodnoprawne na pobór wód,

- pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód i do ziemi.

Zgodnie z rozdziałem 2 punkt 4.4 SWZ, wykonawca może w celu potwierdzenia warunków, o których mowa w punkt 4.1. ppkt 2) SWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach

technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie do charakteru łączących do z nim stosunków prawnych.

W dniu 6 listopada 2022 roku zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie nr 27 do treści SWZ:

Pytanie nr 27

Zamawiający w punkcie 4.1.2.a tiret 2 i 3) SWZ określił, że warunkiem udziału w postępowaniu jest m.in.: posiadanie przez Wykonawcę:

- *uprawnienia do zbierania i przetwarzania odpadów niebezpiecznych,*
- *pozwolenia zintegrowanego dla instalacji do unieszkodliwiania odpadów lub zezwoleń sektorowych*

Zamawiający, przy zakresie zamówienia objętym obowiązkiem osobistego wykonania, nie wprowadził zastrzeżenia osobistego wykonania kluczowych zadań, w tym przeprowadzenia procesu przetworzenia odpadów (ich unieszkodliwienia lub odzysku). Tym samym potwierdził możliwość powierzenia tej części zamówienia podwykonawcy.

Jednym z wymogów uzyskania decyzji na przetwarzanie odpadów niebezpiecznych jest m.in. wskazanie procesu przetwarzania, zgodnie z załącznikami nr 1 i 2 do tej ustawy oraz opis procesu technologicznego z podaniem rocznej mocy przerobowej instalacji lub urządzenia, a w uzasadnionych przypadkach, w szczególności w przypadku instalacji do termicznego przekształcania odpadów - także godzinowej mocy przerobowej (art. 42 ust. 2 pkt 6 ustawy o odpadach), co w praktyce oznacza, że zezwolenia na przetwarzanie odpadów (w tym ich unieszkodliwianie) może uzyskać jedynie posiadacz instalacji lub urządzenia.

Warunek posiadania uprawnień do przetwarzania odpadów niebezpiecznych (Rozdział II punkt 4.1.2.a tiret 2 i 3) jest zatem niemożliwy do spełnienia i dyskryminujący dla Wykonawców, którzy - nie posiadając własnej instalacji - nie posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów i jednocześnie ogranicza krąg podmiotów mogących ubiegać się o wykonanie niniejszego zamówienia tylko do tych podmiotów, które posiadają instalacje lub urządzenia.

Rozdział II, pkt 4.4. SWZ dopuszcza możliwość, aby Wykonawca, w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w punkcie 4.1.2. SWZ polegał na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z Wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub

ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek niedostępności tych zasobów, chyba że za niedostępność zasobów podmiot ten nie ponosi winy.

Zgodnie z zapisem Rozdziału II, punkt 4.1.2.c) dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej, Wykonawca może dysponować instalacją do odzysku lub ostatecznego i unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych innego podmiotu (podmiotu trzeciego, jeśli podmiot ten zrealizuje usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.) Na potwierdzenie posiadania ww. instalacji Zamawiający żąda przedstawienia Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami — wg załącznika nr 8 do SWZ (zgodnie z zapisami Rozdziału II pkt 6.2.1.6 SWZ)

Jeśli zatem Zamawiający dopuszcza w opisanym wyżej przypadku powołanie się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, wówczas nie może żądać posiadania przez Wykonawcę decyzji na przetwarzanie odpadów niebezpiecznych. Nie można bowiem, powołując się na zasoby podmiotu trzeciego w zakresie możliwości technicznych wykonania zamówienia (wynikającego z tego posiadania stosownego zezwolenia na przetwarzania odpadów), wymagać od Wykonawcy, który sam nie ma zasobów, posiadania uprawnień do osobistego wykonania czynności objętych zezwoleniem, których ten wykonawca, zgodnie z prawem, wykonać nie może, a zrealizowałby je podmiot trzeci (podwykonawca), odpowiadający z Wykonawcą solidarnie.

Skoro zatem Zamawiający nie wymaga osobistej realizacji przez Wykonawcę czynności przetworzenia odpadu, prosimy o wykreślenie warunku posiadania przez Wykonawcę uprawnień do przetwarzania odpadów niebezpiecznych i posiadania pozwolenia zintegrowanego dla instalacji do unieszkodliwiania odpadów lub I (zawartych w Rozdziale II pkt 4.1.2.a tiret 2 i 3 SWZ) i potwierdzenie, że Zamawiający dopuszcza sytuację, w której wykonawca nie posiadający decyzji zezwalającej na przetwarzanie/unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych objętych zamówieniem, powoła się na zdolności podmiotów trzecich posiadających decyzję zezwalającą na przetwarzanie/unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych objętych zamówieniem lub przedstawi, przed rozpoczęciem prac objętych zamówieniem Umowę z podmiotem posiadającym decyzję na przetwarzanie odpadów niebezpiecznych oraz instalację do unieszkodliwiania przedmiotowych odpadów.

Odpowiedź nr 27

Zamawiający nie wyraża zgody. Postanowienia SWZ, w ślad za przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, umożliwiają wykonawcom wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Stan faktyczny Izba ustaliła na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego: SWZ, pismo zamawiającego z dnia 6 listopada 2022 roku

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Zgodnie z art. 57 ustawy P.z.p., o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

- 1) nie podlegają wykluczeniu;
- 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego.

W myśl art. 112 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zgodnie z ust. 2, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć:

- 1) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;
- 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 3) sytuacji ekonomicznej lub finansowej;
- 4) zdolności technicznej lub zawodowej.

Zgodnie z art. 114 ustawy P.z.p., w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania:

- 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub

2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Ze powyższym przepisem koreluje przepis § 7 ust. 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. poz. 2415), zgodnie z którym, w przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać:

1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;

2) dokumentu potwierdzającego status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Przepisy ustawy P.z.p. nie definiują pojęcia „warunki udziału w postępowaniu”. W następstwie zastosowania wykładni językowej należy stwierdzić, iż pod tym pojęciem należy rozumieć wszelkie okoliczności faktyczne lub prawne, od istnienia albo nieistnienia których uzależniona jest możliwość uczestniczenia wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, a tym samym ubiegania się o przedmiotowe zamówienie. Warunek posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenie należy do tzw. „warunków pozytywnych” rozumianych jako kwalifikacja podmiotowa wykonawcy dająca gwarancję należytego wykonania zamówienia publicznego.

Rolę i znaczenie warunków udziału w postępowaniu potwierdza w swoim orzecznictwie wielokrotnie Krajowa Izba Odwoławcza. W uzasadnieniu do wyroku z dnia 19 maja 2011 r. (sygn. akt KIO 978/11) Izba wskazała, że „(...) ustalenie warunków udziału w postępowaniu, w tym opisu oceny sposobu spełniania tych warunków jest jedną z najważniejszych czynności zamawiających, którzy zobowiązani są do określenia tych warunków w sposób dostatecznie jasny i precyzyjny, by zarówno wykonawcy zainteresowani udziałem w postępowaniu jak i sami zamawiający dokonując oceny spełniania tych warunków mogli ją przeprowadzić na zasadzie zerojedynkowej (inaczej określanej jako zasada „spełnia – nie spełnia”). W oczywisty sposób warunki udziału w postępowaniu

ustalone przez zamawiających i wymagane przez nich dokumenty, wpływają na krąg wykonawców, który może się ubiegać o zamówienie – zawężając go w mniejszym lub większym stopniu, co jest dopuszczalne w granicach wyznaczonych wymaganiem przepisu art. 22 ust. 4 wskazującego na konieczność powiązania i proporcjonalności opisu sposobu dokonania oceny spełniania tych warunków z przedmiotem zamówienia. Na zamawiających ciąży przy tym obowiązek zapewnienia, by te warunki podmiotowe pozwalały na wyłonienie wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia, nie naruszając przy tym zasady równego traktowania wykonawców czy zasady uczciwej konkurencji. Jednocześnie z uwagi na obowiązującą zasadę pisemności, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, oraz dokumenty żądane w tym celu muszą zostać w sposób wyczerpujący, jasny i precyzyjny opisany przez zamawiających w dokumentach postępowania udostępnionych potencjalnym wykonawcom, gdyż z uwagi na zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, przy ich interpretowaniu należy stosować literalną wykładnię odpowiednich postanowień SIWZ lub ogłoszenia o zamówieniu, co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości zamawiających na etapie oceny ich spełniania przez wykonawców, którzy przystąpili już do udziału we wszczętym postępowaniu (...).”

W myśl art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p., wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych.

Odwoływanie się do zasobów innych podmiotów jest ustawowym uprawnieniem wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. To uprawnienie jest związane z koniecznością umożliwienia wykonawcom, którzy samodzielnie nie byłoby w stanie dokonać potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, uczestnictwa w zamówieniach publicznych i ubiegania się o publiczne kontrakty.

W rozpoznawanym przypadku zamawiający wymagał od wykonawców posiadania pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku – odpowiedniego zezwolenia sektorowego. Odwołujący nie podniósł, że taki wymóg jest niezgodny z przepisami regulującymi prowadzenie działalności gospodarczej, której przedmiot odpowiada przedmiotowi zamówienia. Nie podniósł także zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 114 ustawy P.z.p. Odwołujący, formułując zarzut, powołał się natomiast na naruszenie przez zamawiającego naczelnych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zawartych w art. 16 ustawy P.z.p., tj.

zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu.

Izba podkreśla, że w sytuacji, gdy wymóg posiadania odpowiedniego zezwolenia wynika z odrębnych przepisów, zamawiający – wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego – obowiązany jest wskazać w treści SWZ, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy posiadający takie zezwolenie. Jeżeli odwołujący kwestionował wymóg posiadania pozwolenia zintegrowanego lub sektorowego w zakresie unieszkodliwiania odpadów jako nadmierny i niemający uzasadnienia w przepisach regulujących prowadzenie tego rodzaju działalności, winien był podnieść w tym zakresie stosowny zarzut. Tymczasem odwołujący wskazywał na bezzasadny – jego zdaniem – warunek osobistego posiadania takiego zezwolenia przez wykonawcę, co – zdaniem Izby – nie wynika z treści SWZ ani z odpowiedzi na pytanie 27 z dnia 6 listopada 2022 roku.

Izba wskazuje, że zamawiający w żaden sposób nie ograniczył wykonawcom uprawnienia do korzystania z zasobów podmiotów trzecich, w szczególności nie zastrzegł, na podstawie art. 121 ustawy P.z.p., obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań. Z rozdziału 2 punkt 4.4 SWZ wynika natomiast, że zamawiający poinformował wykonawców o możliwości korzystania z zasobów podmiotu trzeciego dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba nie podziela stanowiska odwołującego, jakoby możliwość skorzystania z zasobów podmiotu trzeciego była sformułowana w SWZ w sposób nieprzejrysty. Odwołujący zarzucił zamawiającemu, że nie doprecyzował w treści SWZ takich sformułowań, jak „stosowne sytuacje” czy „odniesienie do konkretnego zamówienia lub jego części”. Faktem jest, że zamawiający w treści SWZ, w odniesieniu do możliwości polegania na zasobach innych podmiotów, zacytował jedynie treść art. 118 ust. 1 ustawy P.z.p., niemniej jednak zapis taki, w obliczu innych postanowień SWZ, a w szczególności braku zastrzeżenia osobistego wykonania zamówienia, nie powinien nastroczać żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Wniosku takiego nie można także wyciągnąć z treści odpowiedzi na pytanie 27. Zamawiający co prawda stwierdził, że istnieje możliwość wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia, niemniej jednak nie sformułował zakazu powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego ani nakazu wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Podkreślić należy, że zamawiający nie jest uprawniony do nakazywania bądź zakazywania wykonawcom występowania w określonej formule prowadzenia działalności gospodarczej, a wszelkie wprowadzane ograniczenia muszą znajdować oparcie w przepisach ustawowych.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Izba nie uwzględniła wniosku zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa procesowego, z uwagi na nieprzedłożenie rachunku, co jest warunkiem przyznania tychże kosztów zgodnie z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. 2020, poz. 2437).

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: