Sygn. akt KIO 2273/18

WYROK

z dnia 22 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2018 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 listopada 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

T.P.Ś. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Nakło 1, 44-180 Kotulin,

T.P.Ś. -Nawozy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Nakło 1, 44-180 Kotulin, Bio-Spiro Spółkę cywilną, ul. Łokietka 9a, 49-300 Brzeg

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę Akcyjną

ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością**

ul. Barska 12, 30-307 Kraków, SG SYNERGIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółki komandytowo akcyjnej ul. Rybnicka 6, 43-200 Pszczyna, Zakład Utylizacji Odpadów Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością ul. Słowackiego 82, 32-400 Myślenice, MB EKO Spółki akcyjnej ul. Długa 90, 41-208 Sosnowieczgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1.oddala odwołanie,

2.kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się

o udzielenie zamówienia T.P.Ś. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością,

T.P.Ś. -Nawozy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Bio-Spiro Spółkę cywilnąi zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia T.P.Ś. Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, T.P.Ś. -Nawozy Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością,

Bio-Spiro Spółkę cywilną 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 2018 r., poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Krakowie.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 2273/18

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka Akcyjna prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „sukcesywny wywóz

i zagospodarowanie odpadów technologicznych powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Płaszów" w Krakowie – ustabilizowane komunalne osady ściekowe, kod 19 08 05" na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U.

z 2018 r. poz. 1986), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 13 czerwca 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 111-253781. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Zarzuty i żądania odwołania:

Odwołujący – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia T.P.Ś. Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością, T.P.Ś. -Nawozy Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz Bio-Spiro Spółka cywilna wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wymaganiu przez Zamawiającego od Odwołującego spełnienia wymagań niewynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezasadne zastosowanie w sprawie, skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i złożona przez niego oferta nie podlega wykluczeniu,

3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. uchylenia decyzji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania,
2. uchylenia decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty,
3. dokonania wyboru najkorzystniejszych ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający – w punkcie 9.3 ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca posiadał uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodzie, którego dotyczy zamówienie, w ilości pozwalającej na realizację zamówienia. Zgodnie z punktem 4.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia prognozowana ilość odpadów została określona na poziomie 12.360 Mg/rok.

Odwołujący posiada uprawnienie do przetwarzania odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości 30.000 Mg/rok, na mocy decyzji Starosty Strzelińskiego z 26 lutego 2018 r. Decyzja ta jest: ostateczna, funkcjonuje w obrocie prawnym i bezwarunkowa. Przedmiotowa decyzja została przedstawiona Zamawiającemu na jego wezwanie i potwierdzała, że na dzień składania ofert Odwołujący posiadał uprawnienie do prowadzenia działalności zgodnie z wymaganiem Zamawiającego. Pomimo tego Zamawiający wykluczył Odwołującego z udziału
w postępowaniu z powodu niespełnienia wymagań określonych w punkcie 9.3 ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Działanie Zamawiającego jest w sposób oczywisty nieprawidłowe – Zamawiający postawił przed potencjalnymi wykonawcami określone warunki udziału w postępowaniu i winien zaakceptować każdego wykonawcę, który te warunki spełnia. Zamawiający nie wymagał od wykonawców posiadania instalacji o określonych parametrach, ale wymagał posiadania uprawnienia do wykonywania działalności o określonym zakresie i to wymaganie Odwołujący spełnił. Działanie Zamawiającego daje podstawy do stwierdzenia, iż naruszył on zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu, bowiem wobec Odwołującego Zamawiający stawia warunki i wymagania niewynikające ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Zamawiający nawet przeprowadził wizję w terenie, czego nie uczynił w stosunku do żadnego innego uczestnika postępowania. W ocenie Odwołującego Zamawiający nie jest uprawniony do stawiania wymagań nie wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zgodnie z orzecznictwem KIO warunki udziału w postępowaniu winny mieć zakotwiczenie
w przedmiocie zamówienia w taki sposób, aby z jednej strony pozwalały na weryfikację zdolności wykonawcy do realizacji przedmiotu zamówienia, z drugiej zaś, aby dawały możliwość zachowania uczciwej konkurencji. Warunków udziału w postępowaniu nie można rekonstruować na podstawie całokształtu postanowień zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i treści ogłoszenia o zamówieniu. Zamawiający, jeśli skorzysta
z uprawnienia do formułowania warunków udziału w postępowaniu, ma obowiązek ich opisania w treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz wskazania dokumentów, które służą potwierdzeniu ich spełniania. Wykonawca nie ma zatem obowiązku ich domniemywania na podstawie innych postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu, a tym samym zamawiający nie jest uprawniony do konkretyzowania spornego warunku udziału w postępowaniu w świetle wszelkich postanowień ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które mogłyby mieć znaczenie z punktu widzenia warunków udziału
w postępowaniu (wyrok sygn. KIO 901/17).

Ocena możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia następuje w oparciu o warunki udziału w postępowaniu, które przez zamawiającego zostały wyartykułowane. Spełniać bowiem można tylko taki warunek, który został opisany, skonkretyzowany. W przypadku niesformułowania warunku udziału w postępowaniu niemożliwa jest ocena jego spełniania,
a w konsekwencji stwierdzenie. że wykonawcę należy wykluczyć z postępowania z powodu niespełniania warunku udziału w nim (wyrok sygn. KIO 2444/16).

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

Wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia podane zostały następujące informacje: ustabilizowane komunalne osady ściekowe, kod 19 08 05, orientacyjna ilość: 12.360 Mg, sposób odbioru: bezpośrednio ze zsypu na samochód typu „wanna" lub kontener, czas pracy: 4 do 8 tygodni w roku (przewidywany okres wrzesień – listopad) w czasie przestoju Stacji Termicznej Utylizacji Osadów: poniedziałek – sobota – cała doba – ok. 180-320 ton/dobę (do uzgodnienia w zależności od bieżących potrzeb), w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. W pozostałym okresie interwencyjnie – całodobowo (w zależności od bieżących potrzeb), w ciągu 24 godzin od zgłoszenia. Prognozowane ilości odpadów: 1400 Mg, 6500 Mg, 1400 Mg, a następnie 340 Mg miesięcznie.

Z uwagi na przedmiot zamówienia Zamawiający wymagał, aby wykonawca, zgodnie
z punktem 9.3 ppkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, posiadał kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej: a) wykonawca musiał posiadać uprawnienia do prowadzania działalności w zakresie transportu odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, na który wykonawca składa ofertę; b) wykonawca musiał posiadać uprawnienia do prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, w zakresie ilościowym pozwalającym na realizację przedmiotu zamówienia. Ilości odpadów określone
w ww. decyzjach umożliwią pełną realizację niniejszego zamówienia w wymaganym terminie. Na podstawie ww. decyzji oraz umów zawartych z kontrahentami wykonawca złoży pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków ww. decyzji.
Na potwierdzenie ww. warunku udziału Zamawiający wymagał przedstawienia: 1) decyzji – zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia w części, na którą wykonawca składa ofertę, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie, 2) decyzji – zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia w części, na którą wykonawca składa ofertę, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie.
Wykonawca do oferty przedłożył: decyzję Starosty Strzelińskiego z 26 lutego 2018 r. zmieniającą decyzję z 11 marca 2015 r., zezwalającą firmie Bio-Spiro s.c. na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości 30.000 Mg/rok. Z treści załączonej decyzji wynika, że jest to zmiana pierwotnej decyzji pozwalającej na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości 2.000 Mg/rok. Zwiększona ilość osadów do przetwarzania została uwzględniona
w decyzji środowiskowej uwarunkowania realizacji przedsięwzięcia polegającego na „modernizacji instalacji linii technologicznej do przerobu komunalnych osadów ściekowych”
z 1 lutego 2018 r. wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Strzelin. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wykonawca przesłał pełną treść decyzji z 11 marca 2015 r.
Po zapoznaniu się z treścią decyzji, w związku z tym, że zwiększenie zezwolenia na przetwarzanie osadów powiązane było z modernizacją instalacji linii technologicznej do przeróbki komunalnych osadów ściekowych, Zamawiający w toku badania ofert wezwał wykonawcę do przedstawienia dokumentu potwierdzającego zakończenie ww. modernizacji oraz poprosił o przedstawienie maksymalnej godzinowej zdolności zmodernizowanej instalacji do przetwarzania komunalnych osadów ściekowych.
W odpowiedzi wykonawca oświadczył, że linia może w ciągu godziny przyjąć 2 samochody, czyli ok. 50 ton/h, a firma Bio-Spiro s.c. użytkuje linię technologiczną na podstawie decyzji
z 26 lutego 2018 r., gdzie linia ta została wydzierżawiona na okres 5 lat od firmy TPŚ Sp.
z o.o., co świadczy o zakończeniu modernizacji instalacji linii do przetwarzania komunalnych osadów ściekowych. Wykonawca nie odpowiedział więc Zamawiającemu wprost, czy linia została zmodernizowana. W dalszej części pisma wykonawca oświadczył, że firma Bio-Spiro s.c. mogłaby uzupełnić linię technologiczną najpóźniej w dniu odbioru pierwszego samochodu z odpadami objętego niniejszym postępowaniem. Zdaniem Zamawiającego trudno w 10 dni zmodernizować linię technologiczną do przeróbki osadu. Tym samym Odwołujący przyznał, że linia nie została zmodernizowana, ale mogłaby zostać zmodernizowana.
W związku z powyższymi wątpliwościami i brakiem jednoznacznej odpowiedzi, czy instalacja jest zmodernizowana i może przyjąć 30.000 Mg/rok, czy 2.000 Mg/rok osadów, Zamawiający poinformował wykonawcę, że jego pracownicy w trakcie wizji lokalnej zbadają, czy stan przedstawiony w decyzji i kolejnych pismach wykonawcy odpowiada stanowi faktycznemu na miejscu przyjęcia osadu do przeróbki. Pracownicy Zamawiającego odbyli taką wizję lokalną na miejscu i stwierdzili, że rozbudowa instalacji określona w decyzji z 26 lutego 2018 r. nie odbyła się i instalacja posiada parametry określone decyzją z roku 2015, tj. 2.000 Mg/rok. Odwołujący nie spełniał zatem warunku udziału w postępowaniu – nie miał kompetencji do realizacji zamówienia i podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Nawet ilości dobowe nie pozwalają wykonawcy na przyjęcie osadów od Zamawiającego, zgodnie z posiadaną decyzją na przetwarzanie osadów.
W skład instalacji służącej do przetwarzania odpadów wchodzi tylko jedno urządzenie w postaci reaktora Real 250, o którym mowa w decyzji
i zgodnie z którą ma ono zdolność przetwarzania odpadów jedynie do 1,4 Mg/h, co oznacza, że przy bezawaryjnym działaniu jego maksymalna wydajność do 33,6 Mg/dobę.
W specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający określił, że odpad do miejsca zagospodarowania dostarczany będzie przez 24 godziny na dobę, 7 dni w tygodniu
w ilościach od 0 do 220 Mg/dobę, a wykazać należało posiadanie zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów o kodzie 19 08 05 w ilościach i na zasadach umożliwiających realizację przedmiotu zamówienia.

Zamawiający nie zgodził się z twierdzeniem Odwołującego, że wymagał tylko posiadania decyzji, czyli spełnienia warunków udziału w postępowaniu na papierze. Z samej treści decyzji wynika, że jest ona immanentnie związana z instalacją, która musi istnieć
w rzeczywistości. Obowiązkiem zamawiającego jest badanie ofert i ustalenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. KIO i doktryna wielokrotnie zwracała uwagę, że dysponowanie potencjałem do realizacji zamówienia w przypadku udostępnienia zasobów musi mieć charakter realny. Analogicznie sytuacja wygląda w przypadku kompetencji do wykonywania działalności. Podstawowym celem prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest wybór wiarygodnego wykonawcy. Głównym celem weryfikacji wykonawcy nie jest uzyskanie przez zamawiającego jedynie formalnego potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale uzyskanie wiedzy o realnej kondycji wykonawcy, jego wiarygodności jako strony umowy o udzielenie zamówienia publicznego i zdolności do realizacji tej umowy.
Tym samym działania Zamawiającego w niniejszym postępowaniu były jak najbardziej uzasadnione, Zamawiający badał realność posiadania przez wykonawcę kompetencji do realizacji zamówienia i w toku badania ofert stwierdził, że wykonawca nie posiada kompetencji do realizacji zamówienia. Działania Zamawiającego są prawnie uzasadnione również z uwagi na przedmiot zamówienia, jakim jest wywóz i zagospodarowanie osadów
z oczyszczalni ścieków, za które Zamawiający jako wytwórca tych osadów, jest odpowiedzialny zgodnie z art. 96 ustawy o odpadach.
Zamawiający wykluczył więc Odwołującego i dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nieodrzuconych ofert.
III Stanowisko Przystępującego
Przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą – wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, SG SYNERGIA Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowo-akcyjna, Zakład Utylizacji Odpadów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością oraz MB EKO Spółka akcyjna.
Przystępujący wskazał, że zgodnie z punktem 9.3 ppkt 1 lit. b specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca musi posiadać uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, w zakresie ilościowym pozwalającym na realizację przedmiotu zamówienia. Ilości odpadów określone w ww. decyzjach umożliwią pełną realizację niniejszego zamówienia w wymaganym terminie. Na podstawie ww. decyzji oraz umów zawartych z kontrahentami wykonawca złoży pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków ww. decyzji.
Odwołujący powyższego warunku nie spełnia, albowiem instalacja, na której miałoby odbywać się przetwarzanie odpadów stanowiących przedmiot zamówienia, nie posiada należytej wydajności umożliwiającej zagospodarowanie odpadów w ilościach i terminie przewidzianym przez Zamawiającego.
Powyższe postanowienie specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było przez żadnego wykonawcę kwestionowane. Treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia nakłada obowiązek wylegitymowania się przez wykonawcę takimi uprawnieniami, które zapewnią przetworzenie określonych ilości odpadów w określonym terminie. Zamawiający, oceniając spełnienie tego kryterium metodą „spełnia-nie spełnia", nie mógł więc poprzestać tylko na sprawdzeniu, czy z decyzji wynika, że wykonawca posiada jakiekolwiek uprawnienia do przetworzenia dowolnej ilości odpadów rocznie, ale dodatkowo – na podstawie doręczonych mu decyzji – miał prawo i obowiązek zbadać, czy odbywający się w oparciu
o taką decyzję proces przetwarzania odpadów odebranych od Zamawiającego umożliwi zagospodarowanie określonej ilości odpadów w określonym czasie.
Z decyzji przedstawionej przez Odwołującego wynika, że powinna ona przedstawiać określoną wydajność, jednakże po dokonanej przez Zamawiającego weryfikacji (oględziny instalacji) okazało się, że wydajność wskazana w przedmiotowej decyzji nie jest zapewniona, albowiem instalacja powyższa nie została zmodernizowana w celu uzyskania wydajności,
o której mowa w decyzji z 26 lutego 2018 r.
Do analogicznej sytuacji doszło w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji S.A. we Wrocławiu, w którym to oferta Odwołującego została odrzucona z powodu braku możliwości zagospodarowania osadów
w ilości i terminie założonym przez tamtejszego zamawiającego, a także w postępowaniu prowadzonym przez Wodociągi i Kanalizacja w Opolu Sp. z o.o.
Nie istnieją więc żadne podstawy do uwzględnienia wniesionego odwołania.
IV Ustalenia Izby
Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art.

179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania powołując się na art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ nie spełnia on warunków udziału
w postępowaniu, tj. nie posiada wymaganych uprawnień. W uzasadnieniu wykluczenia wskazał, że w punkcie 9.3. ppkt 1 lit. b) specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadał kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej: wykonawca musi posiadać uprawnienia do prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, w zakresie ilościowym pozwalającym na realizację przedmiotu zamówienia. Ilości odpadów określone w ww. decyzjach umożliwią pełną realizację niniejszego zamówienia w wymaganym terminie. Na podstawie ww. decyzji oraz umów zawartych z kontrahentami wykonawca złoży pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków ww. decyzji.
Do oferty, na wezwanie Zamawiającego, została dołączona decyzja z 11 marca 2015 r. dla firmy BIO-Spiro s.c. oraz decyzja Starosty Strzelińskiego z 26 lutego 2018 r. Z treści tej ostatniej decyzji wynika możliwość techniczna i uprawnienie do przyjęcia osadów
w wymaganej przez Zamawiającego ilości, po zmodernizowaniu instalacji. 14 września 2018 r. Zamawiający poprosił Odwołującego o przesłanie dokumentu potwierdzającego zakończenie modernizacji instalacji linii technologicznej do przerobu komunalnych osadów ściekowych, o której mowa w decyzji z 26 lutego 2018 r. oraz dokumentu przedstawiającego maksymalne godzinowe zdolności zmodernizowanej instalacji do przetwarzania komunalnego osadu ściekowego. W odpowiedzi wykonawca wskazał, że firma BIO-Spiro s.c. mogłaby uzupełnić linie technologiczne najpóźniej w dniu odbioru pierwszego samochodu
z odpadami objętego niniejszym zamówieniem.
Stwierdzenie to jest niezgodne z obowiązującymi przepisami dotyczącymi udzielania zamówień, które nakazują, aby wykonawca na dzień składania ofert spełniał warunki udziału w postępowaniu. Nadto Zamawiający poinformował ww. wykonawcę, że w związku
z brakiem odpowiedzi, czy instalacja została zmodernizowana zgodnie z wymogami decyzji, podczas wizji lokalnej na miejscu zweryfikuje stan faktyczny ze składanymi przez wykonawcę oświadczeniami i pismami. Na miejscu pracownicy Zamawiającego stwierdzili, że obiekt objęty decyzją jest zamknięty, przedstawiciel firmy BIO-Spiro s.c. oświadczył, że instalacja posiada parametry zgodne z decyzją z 2015 r., tj. 3000 Mg/rok i nie została jeszcze zmodernizowana, na terenie instalacji nie było żadnych pracowników, zarówno właściciela instalacji, jak i konsorcjum składającego ofertę. Tym samym stan faktyczny nie potwierdzał możliwości realizacji zamówienia, tj. posiadania instalacji zdolnej do przyjęcia osadów.
W związku z powyższym rozstrzygnięciem Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, polegające na wymaganiu przez Zamawiającego od Odwołującego spełnienia wymagań niewynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezasadne zastosowanie w sprawie, skutkujące wykluczeniem Odwołującego z postępowania, podczas gdy Odwołujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu i złożona przez niego oferta nie podlega wykluczeniu,
3. art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezgodne z ustawą dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.
Przy czym podczas rozprawy Odwołujący skorygował podstawę prawną zarzutów poprzez usunięcie z zarzutu 1. art. 90 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych jako powołanych omyłkowo i niezwiązanych z przedmiotową sprawą (przepisy te dotyczą badania tzw. rażąco niskiej ceny).
Zgodnie z normą art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
Art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.
Art. 22 ust. 1-1b ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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 ogłoszeniu
o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (ust. 1). Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe
w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności (ust. 1a). Warunki udziału w

postępowaniu mogą dotyczyć:
1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej (ust. 1b).
Zgodnie z dyspozycją art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych
z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.
Art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W punkcie 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu:
1) kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej:
a) wykonawca musi posiadać uprawnienia do prowadzania działalności w zakresie transportu odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, na który wykonawca składa ofertę; b) wykonawca musi posiadać uprawnienia do prowadzenie działalności
w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodzie, którego dotyczy przedmiot zamówienia, w zakresie ilościowym pozwalającym na realizację przedmiotu zamówienia. Ilości odpadów określone w ww. decyzjach umożliwią pełną realizację niniejszego zamówienia w wymaganym terminie. Na podstawie ww. decyzji oraz umów zawartych z kontrahentami wykonawca złoży pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków ww. decyzji;
2) sytuacja ekonomiczna i finansowa: Zamawiający nie stawia warunków udziału
w powyższym zakresie;
c) zdolność techniczna lub zawodowa: wykonawca musi posiadać zdolność techniczną lub zawodową niezbędne do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia,
a w szczególności musi wykazać, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, w tym okresie, wykonał zamówienia spełniające poniższy warunek: wykonał lub wykonuje co najmniej jedną usługę polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu (innym niż składowanie
i stosowanie) co najmniej 7.000 Mg stanowiących odpady o kodzie 19 08 05.
Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału dotyczącego uprawnień do prowadzenia działalności Zamawiający wymagał przedstawienia: 1) decyzji – zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia w części, na którą wykonawca składa ofertę, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie, 2) decyzji – zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o kodach, których dotyczy przedmiot zamówienia w części, na którą wykonawca składa ofertę, przy czym ilości odpadów określone w decyzji muszą umożliwiać pełną realizację zamówienia w wymaganym terminie.
Przedmiotem zamówienia jest wywóz i zagospodarowanie odpadów technologicznych powstających w Zakładzie Oczyszczania Ścieków „Płaszów" w Krakowie, zakwalifikowanych jako ustabilizowane komunalne osady ściekowe, kod 19 08 05, w orientacyjnej ilości 12.360 Mg.
Z punktu 4.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, że Zamawiający wymagał podania w formularzu ofertowym miejsca i sposobu zagospodarowania odpadów. Przy czym, zgodnie z punktem 4.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał, aby 100% odebranych odpadów zostało zagospodarowanych w sposób inny niż przez składowanie. Zamawiający wskazał też na wymaganą metodę zagospodarowania (R3) i wykluczył metodę R10.
W formularzu oferty Odwołujący wskazał, że zobowiązuje się do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 08 05 (ustabilizowane komunalne osady ściekowe) w miejscu: działkach 2/4 i 2/5 AM-1 57-100 Chociwel w następujący sposób: metodą R3.
Jak wyjaśnił Zamawiający, czemu Odwołujący nie przeczył, są to działki, na których znajduje się instalacja, której dotyczą przedstawione przez Odwołującego decyzje z 11 marca 2015 r. i z 26 lutego 2018 r. (lokalizacja i numer działki nr 2/4 AM 1, obręb Chociwel, wynika wprost
z decyzji z 11 marca 2015 r.)
Na potwierdzenie spełnienia warunku posiadania uprawnienia do prowadzenia działalności
w zakresie zagospodarowania odpadów Odwołujący przedstawił decyzję Starosty Strzelińskiego z 11 marca 2015 r. oraz zmieniającą ją decyzję Starosty Strzelińskiego z 26 lutego 2018 r. dla firmy Bio-Spiro s.c.
Jak wynika z uzasadnienia decyzji z 26 lutego 2018 r. firma Bio-Spiro s.c. wystąpiła o zmianę posiadanego zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Wnioskowana zmiana polega na zwiększeniu ilości przetwarzanych ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych
o kodzie 19 08 05 z 2.000 Mg/rok na 30.000 Mg/rok. Powyższa zdolność przetwarzania na poziomie 30.000 Mg/rok

została uwzględniona w decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia polegającego na „modernizacji instalacji linii technologicznej do przerobu komunalnych osadów ściekowych" z 1 lutego 2018 r. wydanej przez Burmistrza Miasta i Gminy Strzelin. Po analizie przedłożonego wniosku organ stwierdził, że nie ma przeszkód do zmiany zezwolenia w ww. zakresie.
W trakcie postępowania Zamawiający ustalił, że firma Bio-Spiro s.c. nie dokonała modernizacji instalacji linii technologicznej do przerobu komunalnych osadów ściekowych – a co najmniej w żaden sposób nie potwierdziła dokonania tej modernizacji stwierdzając jedynie, że może to zrobić przed przyjęciem odpadów od Zamawiającego.
Również w ramach postępowania odwoławczego Odwołujący nie wykazał posiadania instalacji o wymaganej zdolności przetwarzania, tj. ani 30.000 Mg/rok, o której mowa
w decyzji z 26 lutego 2018 r., ani 12.360 Mg/rok, której wymagał Zamawiający. Wskazywał jedynie, że wobec treści posiadanej przez niego decyzji z 26 lutego 2018 r. sam fakt posiadania instalacji nie ma znaczenia.
Izba, podobnie jak Zamawiający, nie zgadza się z powyższym twierdzeniem. Działalność polegająca na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów jest działalnością regulowaną licznymi przepisami, w tym przepisami ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 992 z późn. zm.), co ma na celu ochronę środowiska, życia i zdrowia ludzi, zapobieganie i zmniejszanie negatywnego wpływu na środowisko oraz zdrowie ludzi wynikającego z wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi. Jako działalność regulowana może być prowadzona jedynie przez podmioty posiadające odpowiednie uprawnienia, przyznane decyzjami administracyjnymi, do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów o odpowiednim kodzie.
Odwołujący rzeczywiście przedstawił stosowne decyzje z 11 marca 2015 r. i 26 lutego 2018 r., które – jako same decyzje przyznające uprawnienia – nie były przez Zamawiającego kwestionowane (wbrew twierdzeniu Odwołującego Zamawiający nie zakwestionował uprawnienia do prowadzenia działalności w ramach tej decyzji, ale potencjał wykonawcy, czyli fakt, że decyzja nie odpowiada realnej sytuacji wykonawcy).
Nie oznacza to jednak, że wymóg Zamawiającego z punktu 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadzał się do posiadania „pustej" decyzji, tj. nie odnoszącej się do jednoczesnego posiadania stosownej instalacji odpowiadającej tej decyzji i że w taki sposób można ten wymóg interpretować. Oczywistym jest bowiem, że – wymagając przedstawienia decyzji – Zamawiający jednocześnie oczekiwał, aby decyzja ta odpowiadała stanowi faktycznemu, tj. nie tylko prawnej, ale też i faktycznej możliwości zagospodarowania odpadów w wymagany sposób. Być może Zamawiający nie zaznaczył tego w swoich warunkach *expressis verbis*, lecz, w ocenie Izby, nie może być innej racjonalnej i zgodnej
z prawem konkluzji co do postawionych warunków udziału w postępowaniu.
Nie budzi wątpliwości, że wymagania zamawiającego zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia poddaje się wykładni zgodnej z zasadami ustalonymi w art. 65 Kodeksu cywilnego, tj. oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W umowach należy raczej badać, jaki był zgodny zamiar stron i cel umowy, aniżeli opierać się na jej dosłownym brzmieniu.
Tym samym wykładni warunku udziału w postępowaniu należy dokonywać zgodnie z jego celem (w tym przypadku oczywistym) oraz zwykle przyjmowanymi w danym środowisku zawodowym implikacjami – przy czym należy pamiętać, że oświadczenie to jest kierowane do profesjonalistów i dotyczy konkretnej sytuacji. Przez „zwyczaje" w tym wypadku należy rozumieć powszechne rozumienie wśród profesjonalistów z danej dziedziny.
W ocenie Izby żaden profesjonalista w zakresie odbioru odpadów nie może zinterpretować wymogu posiadania decyzji administracyjnej dotyczącej zagospodarowania odpadów
w oderwaniu od posiadania instalacji, której ta decyzja dotyczy – w tym wypadku instalacji
o wymaganej mocy przerobowej. W innym przypadku nie można bowiem postępować
z odpadami w sposób zgodny z wymaganiami prawnymi w tym zakresie.
Zastosowanie mają też każdorazowo ogólne regulacje art. 56 i art. 58 § 1 Kodeksu cywilnego stanowiące odpowiednio, że czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego
i z ustalonych zwyczajów oraz że czynność prawna sprzeczna z ustawą albo mająca na celu obejście ustawy jest nieważna, chyba że właściwy przepis przewiduje inny skutek,
w szczególności ten, iż na miejsce nieważnych postanowień czynności prawnej wchodzą odpowiednie przepisy ustawy.
Zgodnie z art. 5 Kodeksu cywilnego nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.
Powyżej przywołane przez Izbę przepisy mają podkreślić dwie oczywiste okoliczności: interpretację każdych wymagań – zwłaszcza wymagań prawnych – należy rozpatrywać zgodnie z zasadami logiki, ale też w kontekście przepisów prawa,

a działanie sprzeczne
z przeznaczeniem prawa nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie podlega ochronie.
Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych ustanawiają różne instrumenty w celu ochrony wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz także wskazują ich obowiązki – przede wszystkim wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia ma być zdolny do jego wykonania i to wykonania w sposób zgodny z prawem, co wynika z art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Z art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że celem warunków jest ocena zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Wykonawca, który w sposób oczywisty nie jest zdolny do wykonania zamówienia (przynajmniej w sposób zgodny z prawem), a postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia usiłuje wykorzystać w celu obejścia prawa, nie zasługuje na ochronę. Przyjęcie działań takiego wykonawcy stanowiłoby bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców z punktu widzenia innych wykonawców biorących udział w postępowaniu – stanowiłoby uszczerbek w ich sferze prawnej.
Należy też podkreślić, że co prawda w punkcie 9.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie rozwinął tej kwestii, ale wskazał, że wykonawca musi posiadać zdolność techniczną lub zawodową niezbędną do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia, a w szczególności musi wykazać się wymaganym doświadczeniem. Tym samym wymóg posiadania zdolności technicznej do wykonania przedmiotu zamówienia wynika również bezpośrednio z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie został on wprost określony w punkcie 9.3. ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale wynika jednoznacznie z pozostałych wymogów Zamawiającego i zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji dotyczących wskazania, co jest przedmiotem zamówienia i jakie są wymogi Zamawiającego co do sposobu jego wykonania.
Tym samym nie można uznać za prawidłową sytuacji, w której wykonawca co prawda posiada wymagane zezwolenie na zagospodarowanie odpadów w sposób i w ilości przez Zamawiającego wskazanej, ale jednocześnie nie wypełnił założeń tej decyzji, tj. nie posiada instalacji, dla której decyzja ta została wydana. Decyzja ta bowiem, jakkolwiek nie jest warunkowa, wydana została z założeniem rozbudowy instalacji, co nie zostało wykonane. Tym samym posługiwanie się taką decyzją w celu uzyskania zamówienia jest nadużyciem prawa.
Zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.
W trakcie badania ofert Zamawiający zastosował wezwanie do uzupełnienia dokumentów,
o którym mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, w stosunku do przedmiotowych decyzji administracyjnych w zakresie, w którym uznał to za dozwolone. Ze względu na fakt, że w ofercie wykonawca deklarował konkretny sposób wykonania zamówienia, w tym przy użyciu określonej instalacji, w ocenie Zamawiającego – ze względu na zakaz zmiany treści oferty – nie było możliwe wskazanie innej instalacji czy też przedstawienie innych decyzji (dotyczących innych instalacji). Izba podziela tę ocenę prawną Zamawiającego. Jest ona również zgodna z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-131/16, dotyczącym m.in. właśnie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Poza tym same decyzje są, pod względem braku błędów
i kompletności, prawidłowe – nie odpowiada im jedynie stan faktyczny. Odwołujący zresztą nie deklarował dysponowania inną instalacją do zagospodarowania odpadów.
Zamawiający nie naruszył również przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Zgodnie z treścią art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Co do zasady więc zamawiający może naruszyć ten przepis, gdy dokona wyboru oferty najkorzystniejszej w inny sposób, niż na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nie należy jednak odczytywać wyłącznie połowy jego treści jako osobnej normy.
W przedmiotowej sprawie Zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą spośród ofert nieodrzuconych, a Odwołujący nie postawił żadnego zarzutu dotyczącego nieprawidłowej oceny wybranej oferty.
W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji oddalając odwołanie.
O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 1, § 3 i § 5 ust. 3 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący:……