

WYROK
z dnia 21 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 stycznia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2020 r. przez wykonawcę **KOMPOSTECH sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4A, 33-300 Nowy Sącz**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Wodociągi Miasta Krakowa S.A., ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków**,

przy udziale wykonawcy **K.T.M. sp. z o.o., Gorzesław 76, 56-420 Bierutów**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie** i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz wezwanie wykonawcy K.T.M. sp. z o.o.:
 - na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) do złożenia wyjaśnień, jak w świetle wymogu zawartego w decyzji Starosty Gliwickiego nr WOS.6233.00003.2014 z dnia 20.05.2014 r. dotyczącego prowadzenia badań przez wytwórcę odpadów, wykonawca K.T.M. sp. z o.o. zamierza realizować zamówienie, w szczególności: kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów, a w razie złożenia przez wykonawcę K.T.M. sp. z o.o. wyjaśnień niewystarczających do stwierdzenia, że oferowany sposób wykonania zamówienia jest, w świetle ww. decyzji, zgodny z postanowieniami siwz, Izba nakazuje zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. jako niezgodnej z siwz na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy,
 - na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) do uzupełnienia wykazu usług i referencji poprzez albo wskazanie nowych usług albo wykazanie, że dotychczas wskazane usługi spełniają warunek w sposób wagowy, a w razie nieuzupełnienia przez wykonawcę K.T.M. sp. z o.o. prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia, Izba nakazuje zamawiającemu wykluczenie wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ww. ustawy.
 - powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
 2. kosztami postępowania obciąża wnoszącego sprzeciw: **K.T.M. sp. z o.o., Gorzesław 76, 56-420 Bierutów**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **KOMPOSTECH sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4A, 33-300 Nowy Sącz** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wnoszącego sprzeciw: **K.T.M. sp. z o.o., Gorzesław 76, 56-420 Bierutów** na rzecz odwołującego **KOMPOSTECH sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4A 33-300 Nowy Sącz** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów uiszczonych wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) oraz art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.) w związku z art. 92 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3428/20

UZASADNIENIE

Zamawiający – Wodociągi Miasta Krakowa S.A. (po zmianie firmy), ul. Senatorska 1, 30-106 Kraków, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wydóz oraz zagospodarowanie magazynowanych odpadów o kodzie 19 09 02 – osady z klarowania wody, powstałych w procesie uzdatniania z terenu Zakładu Uzdatniania Wody Raba” (numer referencyjny: 709/PN-43/2020). Ogłoszenie zamówienia zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.11.2020 r., nr 2020/S 213-522824.

Pismem z dnia 22.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.T.M. sp. z o.o.

W dniu 23.12.2020 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca KOMPOSTECH sp. z o.o., ul. Wiklinowa 4A, 33-300 Nowy Sącz (dalej: „odwołujący”) zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, poprzez nieodrzućenie oferty K.T.M. sp. z o.o., mimo że oferta ta nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”),

2) art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp poprzez nieodrzućenie oferty K.T.M. sp. z o.o., mimo że oferta ta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

W szczególności odwołujący podniósł, że:

1. „Zgodnie ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia (...): „Wykonanie wszelkich wymaganych analiz i badań odpadu oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów (np. Karta podstawowej charakterystyki odpadu itp.) pozostaje obowiązkiem Wykonawcy.”

Zamawiający w rozdziale XII. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I OCENA ICH SPEŁNIANIA (POZOSTAŁE WYMAGANE ZAŁĄCZNIKI ust. 2 pkt., ust. 11 pkt. 2 oraz 3 wymagał, aby wykonawca przedstawił decyzje właściwych organów ochrony środowiska niezbędne do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia obejmujące swoim zakresem w szczególności: (...), pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku w odniesieniu do odpadu, którego dotyczy przedmiot zamówienia, odpisy uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia oraz wszelkie zezwolenia przewidziane w odpowiednich aktach prawnych, niezbędne do zgodnego z nimi wykonania przedmiotu zamówienia, ważne przez cały okres trwania umowy.

Do oferty K.T.M. sp. z o.o. załączona została Decyzja znak: (...), w której nałożony jest warunek: „Odpady z grupy mineralne stosowane będą przy łącznym spełnieniu następujących warunków: (...)”

- w celu określenia dawki odpadów możliwej do stosowania na glebach są prowadzone przez wytwórcę odpadów badania w laboratoriach posiadających certyfikat akredytacji lub certyfikat wdrożonego systemu jakości w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności."

Powyższe wskazuje, że K.T.M. sp. z o.o. (...) nie posiada uprawnień do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia, gdyż z posiadanej decyzji administracyjnej (...) wynika, że aby K.T.M. sp. z o.o. (...) uprawniony był do odbioru odpadów objętych zamówieniem to Wytwórca/Zamawiający powinien wykonać badania, analizy odpadu objętego zamówieniem, czyli odpadu o kodzie 19 09 02.

Jednocześnie w przypadku, gdy przed udzieleniem Zamówienia, Zamawiający nie przedstawił analiz odpadu objętego zamówieniem to nie ma pewności czy odpady te spełnią inny warunek opisany w decyzji (...), mianowicie:

„odpady spełniają wymagania dotyczące dopuszczalnych wartości zanieczyszczeń określonych dla nawozów wapniowych i wapniowo-magnezowych określonych w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 czerwca 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu”.

Brak badań odpadu objętego zamówieniem wykonanych przez Zamawiającego/Wytwórcę wyklucza przekazanie odpadów Wykonawcy K.T.M. sp. z o.o., co w konsekwencji uniemożliwia ocenę czy K.T.M. sp. z o.o. posiada uprawnienia do wykonania zamówienia na podstawie załączonej decyzji (...)

2. Zgodnie ze Specyfikacją istotnych warunków zamówienia (...) Warunek dotyczący odpowiedniej do wykonania zamówienia zdolności technicznej lub zawodowej jest spełniony, jeżeli wykonawca:

1) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał usługi polegające na wywozie (transporcie) i zagospodarowaniu odpadów osadów z klarowania wody o kodzie 19 09 02 o wartości nie mniejszej niż 800 000,00 zł łącznie dla trzech umów;

lub

2) w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie wykonał usługi polegające na wywozie (transporcie) i zagospodarowaniu odpadów osadów z klarowania wody o kodzie 19 09 02 o w ilości 2 500 Mg łącznie w ramach trzech umów."

Zgodnie ze złożonymi przez K.T.M. sp. z o.o. wykazem usług (...) oraz dowodami potwierdzającymi, że usługi wykazane przez wykonawcę w Formularzu nr 1 zostały wykonane lub są wykonywane należycie, tj. referencjami, wynika iż K.T.M. sp. z o.o. na dzień złożenia dokumentów odebrała odpady o wartości:

1) 499 000,00 zł netto z MPWiK S.A. we Wrocławiu, ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław;

2) 173 208,00 zł netto* z Górnośląskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów S.A., ul. Wojewódzka 19, 40-026 Katowice

* przedłożone dokumenty potwierdzają odebranie 577,36 Mg odpadów na dzień datowania dokumentu - usługa realizowana jest po cenie jednostkowej 300,00 zł netto za 1 Mg, co daje kwotę 173 208,00 zł netto, a nie 390 000,00 zł netto, jak wskazano w Formularzu nr 1 (załącznik nr 3 do SIWZ);

3) 37 500,00 zł netto z PWiK sp. z o.o. w Oświęcimiu, ul. Ostatni Etap 6, 32-603 Oświęcim.

Wartość odebranych odpadów na dzień składania dokumentów wynosi 709 708,00 zł netto, co powoduje że K.T.M. sp. z o.o. nie spełnia warunków określonych w SIWZ.

Wobec powyższego K.T.M. nie spełnia istotnych warunków udziału w postępowaniu a jego oferta powinna zostać odrzucona."

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty wykonawcy K.T.M. sp. z o.o. oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Pismem z dnia 30.12.2020 r. wykonawca K.T.M. sp. z o.o., Gorześlów 76, 56-420 Bierutów (dalej: przystępujący") zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 11.01.2021 r. zamawiający poinformował o uwzględnieniu odwołania w całości, unieważnieniu czynności wyboru oferty i powtórzeniu czynności badania i oceny ofert.

Pismem z dnia 04.01.2021 r. przystępujący wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego odwołania.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest załadunek, wywóz (transport) i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 09 02 - osady z klarowania wody, powstałych z procesu uzdatniania wody. Średnie uwodnienie osadów wynosi 50%. Osad zmagazynowany jest na terenie Zakładu Uzdatniania Wody Raba. Orientacyjna ilość: 2 500 Mg.

Zamawiający wskazał w siwz, że „przenosi odpowiedzialność za gospodarowanie odpadem na podmiot odbierający odpad. Podmiot ten przejmuje na siebie obowiązki posiadacza odpadu z chwilą załadunku osadów na środki transportu, w rozumieniu art. 27 ustawy z dnia 2012 r. o odpadach /Tekst jednolity Dz. U. 2020 poz. 797 z p. zm./.

Wywiezione odpady mają być poddane zgodnemu z prawem sposobowi zagospodarowania (za wyjątkiem odzysku R10 rozprowadzanie na powierzchni ziemi w celu nawożenia lub ulepszenia oraz innych procesach odzysku odbywających się poza instalacjami lub urządzeniami), bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tym związanych, za wyjątkiem wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie przetargowej. Zamawiający wymaga, aby oferowany sposób postępowania z odpadami był zgodny z zasadami zawartymi w Ustawie z dnia 14 grudnia 2012 o odpadach (Tekst jednolity Dz.U. 2020 poz. 797 z p. zm.) oraz wydanych na jej podstawie aktach wykonawczych, a także pozostałymi wymaganiami prawnymi obejmującymi zakres zamówienia". „Wykonanie wszelkich wymaganych analiz i badań odpadu oraz sporządzenie niezbędnych dokumentów (np. Karta podstawowej charakterystyki odpadu itp.) pozostaje obowiązkiem Wykonawcy."

W rozdziale XII siwz pn. „Warunki udziału w postępowaniu i ocena ich spełniania oraz pozostałe wymagane załączniki" zamawiający wymagał:

1) w zakresie posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej:

„Decyzje właściwych organów ochrony środowiska niezbędne do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia obejmujące swoim zakresem w szczególności: potwierdzenie nadania nr w Rejestrze BDO, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów (wpis do Rejestru BDO), pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku w odniesieniu do odpadu, którego dotyczy przedmiot zamówienia (wpis do Rejestru BDO).

Ilości odpadów do przyjęcia określone w w/w decyzjach umożliwią pełną realizację niniejszego zamówienia w wymaganym terminie. Na podstawie w/w decyzji oraz umów zawartych z kontrahentami Wykonawca złoży pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków w/w decyzji."

2) w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (po zmianie):

„w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie usługi polegające na wywozie i zagospodarowaniu odpadów osadów z klarowania wody o kodzie 19 09 02 o wartości minimalnej 800 000,00 zł łącznie dla trzech umów.

lub

w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie wykonał usługi polegające na wywozie (transportie) i zagospodarowaniu odpadów osadów z klarowania wody o kodzie 19 09 02 o w ilości 2 500 Mg łącznie w ramach trzech umów.”

W celu potwierdzenia spełniania ww. warunków zamawiający wymagał, aby wykonawcy złożyli następujące dokumenty:

- 1) Decyzje właściwych organów ochrony środowiska niezbędne do zgodnego z prawem wykonania przedmiotu zamówienia obejmujące swoim zakresem w szczególności: potwierdzenie nadania nr w Rejestrze BDO, zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów (wpis do Rejestru BDO), pozwolenie na prowadzenie działalności w zakresie unieszkodliwiania lub odzysku w odniesieniu do odpadu, którego dotyczy przedmiot zamówienia (wpis do Rejestru BDO);
- 2) Odpisy uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia tj. co najmniej uprawnienia transportu odpadów i ich przetwarzania obejmujące odpady o kodach: 19 09 02, oraz w zakresach ilościowych pozwalających na realizację przedmiotu zamówienia;
- 3) Wszelkie zezwolenia przewidziane w odpowiednich aktach prawnych, niezbędne do zgodnego z nimi wykonania przedmiotu zamówienia, ważne przez cały okres trwania umowy;
- 4) Pisemne oświadczenie o możliwości zrealizowania zamówienia bez przekroczenia warunków w/w decyzji;
- 5) Wykaz usług wraz dowodami ich należytego wykonania, tj. z referencjami bądź innymi dokumentami wystawionymi przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych - są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – z oświadczeniem wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie są aktualne przez 3 miesiące od ich wydania.

Przystępujący złożył wraz z ofertą m.in.:

- 1) Decyzję Starosty Gliwickiego zezwalającą na przetwarzanie odpadów poprzez odzysk, przy czym dla odpadów mineralnych wskazano w tej decyzji m.in. następujące wymogi:
 - odpady spełniają wymagania dotyczące dopuszczalnych wartości zanieczyszczeń określonych dla nawozów wapniowych i wapniowo-magnezowych określonych w rozporządzeniu Ministra Rolnictwa i Rozwoju Wsi z dnia 18 czerwca 2008 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o nawozach i nawożeniu,
 - w celu określenia dawki odpadów możliwej do stosowania na glebach są prowadzone przez wytwórcę odpadów badania w laboratoriach posiadających certyfikat akredytacji lub certyfikat wdrożonego systemu jakości w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności.
- 2) Wykaz usług, w którym wskazał trzy usługi wykonywane dla spółek wodociągowych: we Wrocławiu (wartość usługi: 499.000 zł), w Katowicach (wartość usługi: 390.000 zł) i w Oświęcimiu (wartość usługi: 37.500 zł) i wskazał łączną wartość usług: 926.500 zł.

Pismem z dnia 22.12.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy K.T.M. sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające:

- 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
- 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego,
- 3) brak podstaw wykluczenia

- zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, 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.

Zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści siwz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odnosząc się do pierwszego z podniesionych zarzutów, należy zauważyć, że zamawiający wymagał w siwz, aby sposób postępowania z odpadami był zgodny m.in. z przepisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U.

z 2020 r. poz. 797 ze zm.) oraz z wydanymi na jej podstawie aktami wykonawczymi, jak też wskazał, że „przenosi odpowiedzialność za gospodarowanie odpadem na podmiot odbierający odpad. Podmiot ten przejmuje na siebie obowiązki posiadacza odpadu z chwilą załadunku osadów na środki transportu (...) bez konieczności ponoszenia przez Zamawiającego jakichkolwiek dodatkowych kosztów z tym związanych, za wyjątkiem wynagrodzenia Wykonawcy określonego w ofercie przetargowej”. Jednym z aktów wykonawczych wydanych na podstawie ww. ustawy o odpadach jest rozporządzenie z dnia 20 stycznia 2015 r. w sprawie procesu odzysku R10 (Dz.U. z 2015 r. poz. 132). W załączniku do ww. rozporządzenia z 2015 r. w części IV tabeli zatytułowanej „Odpady mineralne”, pośród wymagań m.in. dla odpadów o kodzie 19 09 02 ustawodawca wskazał: „przy czym posiadacz odpadów dysponuje wynikami badań potwierdzającymi jakość odpadów i jakość gleb, na których odpady mają być stosowane, wykonanych przez laboratorium, o którym mowa w art. 147a ust. 1 pkt 1 lub ust. 1a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska”. Z powyższego przepisu rozporządzenia wynika zatem, że podmiotem odpowiedzialnym za posiadanie stosownych badań jest posiadacz odpadów, którym zależnie od etapu procesu powstawania i zagospodarowywania odpadów może być zarówno zamawiający, jak i wykonawca.

Przystępujący złożył natomiast decyzję Starosty Gliwickiego zezwalającą na przetwarzanie odpadów poprzez odzysk, wydaną w oparciu o rozporządzenie z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie procesu odzysku R10 (Dz.U. Nr 86, poz. 476). W załączniku do ww. rozporządzenia z 2011 r. w części IV tabeli zatytułowanej „Odpady mineralne”, pośród wymagań m.in. dla odpadów o kodzie 19 09 02 ustawodawca wskazał: „w celu określenia dawki odpadów możliwej do stosowania na glebach są prowadzone przez wytwórcę odpadów badania w laboratoriach posiadających certyfikat akredytacji lub certyfikat wdrożonego systemu jakości w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności”. Ten sam wymóg został zawarty w uzasadnieniu ww. decyzji Starosty Gliwickiego przedłożonej przez przystępującego. Tym samym z decyzji tej, jak też z rozporządzenia z 2011 r., w oparciu o które decyzja ta została wydana, wynika że podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie stosownych badań jest wytwórca odpadów, czyli zamawiający.

W konsekwencji zachodzi wątpliwość co do zgodności pomiędzy opisem sposobu wykonania zamówienia, a wymogiem nałożonym w decyzji przedłożonej przez przystępującego (nie ma przy tym znaczenia, że wymóg ten zawarty jest w uzasadnieniu decyzji, gdyż jest ono częścią decyzji). Zamawiający żądał bowiem w siwz, aby wykonawca przejął na siebie obowiązki posiadacza odpadu i odpowiedzialność za jego zagospodarowanie, w tym wykonanie badań, tak aby zamawiający nie ponosił żadnych dodatkowych kosztów poza wypłatą wynagrodzenia wykonawcy, podczas gdy z przedłożonej przez przystępującego decyzji wynika, że w celu zagospodarowania odpadów to zamawiający jako wytwórca odpadów musiałby wykonać wymagane badania.

Należy jednak zauważyć, że ww. decyzja została złożona przez przystępującego w celu wykazania spełnienia warunku w zakresie posiadania stosownych uprawnień, a nie w celu wykazania zgodności oferty z siwz. Powyższa okoliczność przesądza, w ocenie Izby, o tym, że przed ewentualnym odrzuceniem oferty przystępującego, zamawiający powinien skierować do przystępującego, na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, wezwanie do złożenia wyjaśnień, jak w świetle zawartego w decyzji wymogu o treści: „w celu określenia dawki odpadów możliwej do stosowania na glebach są prowadzone przez wytwórcę odpadów badania w laboratoriach posiadających certyfikat akredytacji lub certyfikat wdrożonego systemu jakości w rozumieniu ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności”, zamierza on realizować zamówienie, w szczególności - kto będzie zobowiązany do wykonania wymaganych badań i ponoszenia ich kosztów. Jeżeli wyjaśnienia przystępującego nie będą wystarczające do stwierdzenia, że oferowany sposób wykonania zamówienia jest, w świetle ww. decyzji, zgodny z postanowieniami siwz, zamawiający obowiązany będzie do odrzucenia oferty przystępującego jako niezgodnej z siwz, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Skierowanie ww. wezwania nakazanego przez Izbę, nie stoi na przeszkodzie, skierowaniu przez zamawiającego do przystępującego, wezwania również o inne wyjaśnienia, które zamawiający uzna za niezbędne zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a które wykraczają poza zarzut objęty odwołaniem.

Niezależnie od powyższego, odnosząc się do podniesionych przez odwołującego na rozprawie argumentów dotyczących dodatkowych wadliwości przedłożonej przez przystępującego decyzji, należy podnieść, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, natomiast art. 180 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z przepisów tych wynika zatem, że samo wskazanie czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy nie tworzy zarzutu. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu i to właśnie one określają granice rozpoznania odwołania. W związku z tym nowe argumenty wskazujące na inne niż podniesione w odwołaniu wady związane z przedłożoną decyzją, nie mogą być brane pod uwagę w trakcie rozpoznania odwołania przez Izbę, gdyż byłoby to niezgodne z art. 192 ust. 7 w zw. z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w razie uwzględnienia okoliczności nie podniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradiktoryjne postępowanie odwoławcze, gdyż zamawiający lub przystępujący o tym, jakie konkretnie zarzuty są kierowane, dowiadywaliby się dopiero na rozprawie, co uniemożliwiłoby im przygotowanie argumentacji i zgromadzenie ewentualnych dowodów przemawiających na ich korzyść. Dlatego też Izba, rozpoznając odwołanie, pominęła podniesione przez odwołującego na rozprawie nowe argumenty dotyczące przedłożonej decyzji, gdyż nie były one zawarte w treści odwołania.

Odnosząc się do drugiego zarzutu, należy zauważyć, że warunek dotyczący doświadczenia mógł być spełniony przez wykazanie albo wartości kwotowej wykonanych usług (min. 800 tys. zł) albo ich wartości wagowej (min. 2500 Mg). W referencjach wystawionych przez Górnośląskie Przedsiębiorstwo Wodociągów S.A. w Katowicach wskazano, że przystępujący wykonuje usługę o wartości 390.000 zł polegającą na odbiorze osadów w ilości 1300 Mg, ale dotychczas przystępujący odebrał osady w ilości 577,36 Mg. Na podstawie ww. danych odwołujący obliczył, że cena za odbiór 1 Mg odpadu wynosiła 300 zł, a zatem wynagrodzenie za odbiór dotychczasowej ilości odpadów wyniosło 173.208 zł, a nie 390.000 zł. W konsekwencji wartości kwotowe z trzech wskazanych przez przystępującego usług łącznie nie wynosiły wymaganych minimum 800.000 zł.

Z powyższego wynika, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku, niemniej jednak należy przypomnieć, że nie wyklucza to możliwości jego wykazania w inny sposób, tj. za pomocą wartości wagowych albo poprzez wskazanie innych usług. Należy bowiem zauważyć, że ww. wykaz usług i referencje są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. dokumentami składanymi na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym wypadku – warunku dotyczącego zdolności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 3 ustawy Pzp). Tym samym ma do nich zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym wykonawca na wezwanie zamawiającego może złożyć,

uzupełnić, poprawić lub udzielić wyjaśnień co do dokumentu, jeżeli nie złożył go lub złożony dokument jest niekompletny, zawiera błędy lub budzi wątpliwości zamawiającego.

Zamawiający zobowiązany jest więc do wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług i referencji poprzez albo wskazanie nowych usług albo wykazanie, że dotychczas wskazane usługi potwierdzają warunek w sposób wagowy (min. 2500 Mg). W przypadku nieuzupełnienia przez przystępującego prawidłowych dokumentów potwierdzających spełnienie warunku doświadczenia, zamawiający zobowiązany będzie do wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Reasumując, potwierdziły się zarzuty odwołującego wskazane w treści odwołania dotyczące wadliwości złożonej decyzji oraz wykazania warunku doświadczenia przez przystępującego. Dlatego też Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. Należy przy tym zauważyć, że Izba związana jest zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp), natomiast nie jest związana żądaniami odwołującego i w tym wypadku Izba uznała, że w świetle obowiązujących przepisów ustawy Pzp, zachodzi obowiązek wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień / uzupełnień, przed ewentualnym jego wykluczeniem z postępowania lub odrzuceniem jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 pkt 2 w zw. z § 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