

WYROK

z dnia 19 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia:

FUE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transportowe Ochrona i Badanie Środowiska A. P. z siedzibą w Rudzie Śląskiej, J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne J. R. z siedzibą w Płużnicy Wielkiej, W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usług Transportowych W. Ż. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich,

M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe MARTREX M. R. z siedzibą w Zbrosławicach

w postępowaniu prowadzonym przez

Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Rudzie Śląskiej

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku z siedzibą w Gliwicach oraz J. U. prowadzący

działalność gospodarczą pod firmą J. U. - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe z siedzibą w Wodzisławiu Śląskim zgłaszających przystąpienie do

postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie w zakresie zarzutu braku odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku oraz J. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. U. -

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu zaniechania wezwania tych wykonawców do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania prawa do dysponowania gruntem jako podmiot władający powierzchnią ziemi, o którym stanowi art. 3 pkt 44 ustawy Prawo ochrony środowiska,

2. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu zaniechaniu wezwania wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mustang Usługi Wielobranżowe

M. P. w spadku oraz J. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. U. - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku należytego wykonywania w ostatnich 2 latach usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych, o łącznej masie odbieranych osadów w jednym roku w ilości co najmniej 10.000,00 ton i nakazuje Przedsiębiorstwu Wodociągów i Kanalizacji Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym dokonania ww. czynności,

3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transportowe Ochrona i Badanie Środowiska A. P., J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne J. R., W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usług Transportowych W. Ż., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe MARTREX M. R. w 2/3 oraz Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w 1/3 i:

3.1 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: FUE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transportowe Ochrona i Badanie Środowiska A. P., J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne J. R., W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usług Transportowych W. Ż., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe MARTREX M. R. tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: FUE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transportowe Ochrona i Badanie Środowiska A. P., J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne J. R., W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usług Transportowych W. Ż., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe MARTREX M. R. kwotę 6 254 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/3 wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 10/22

Zamawiający - Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z o.o. w Rudzie Śląskiej

proceedi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i przetwarzanie osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05) powstających w oczyszczalniach eksploatowanych przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Rudzie Śląskiej” na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone 15 września 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 179-467140. Wartość zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

I Stanowisko Odwołującego

Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: FUE Sp. z o.o., A. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Remontowo-Budowlane i Transportowe Ochrona i Badanie Środowiska A. P., J. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Gospodarstwo Rolne J. R., W. Ż. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Firma Usług Transportowych W. Ż., M. R. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowe MARTREX M. R. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza uwzględniając przyjęte kryteria oceny ofert,

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku oraz J. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. U. - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe, zwanego dalej „Przystępującym”, pomimo spełnienia się przesłanek do odrzucenia oferty na skutek niezgodności oferty z warunkami zamówienia,

3. art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wykazania posiadania doświadczenia, polegającego na należyтым wykonywaniu w ostatnich 2 latach usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych, o łącznej masie odbieranych osadów w jednym roku w ilości co najmniej 10.000,00 ton, co stanowi warunek udziału w postępowaniu określony w rozdziale XIX ust. 3.4 pkt 3.4.1., pomimo tego że przedłożone przez Przystępującego referencje wskazują na wykonywanie usługi w ramach konsorcjum podmiotów, a tym samym konieczne jest ustalenie, jaki zakres obowiązków wykonywał poszczególne wykonawcy, który ubiega się o udzielenie mu przedmiotowego zamówienia

publicznego,

4. art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wykazania, iż wykonawca posiadania prawo

do dysponowania gruntem jako podmiot władający powierzchnią ziemi, o którym stanowi art.

3 pkt 44 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, co stanowi warunek udzielenia zamówienia określony w punkcie 6. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

2. odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oferty

Przystępującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia,

3. powtórzenia czynności badania i oceny ofert po odrzuceniu oferty Przystępującego,

4. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej złożonej oferty na podstawie

przyjętych w postępowaniu kryteriów oceny ofert, ewentualnie poprzedzony wezwaniem do

wyjaśnień treści oferty Odwołującego,

5. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania lub wnioskowanych w odwołaniu, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu.

6. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3600 zł.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że wybrana oferta nie spełnia wymogów

opisu przedmiotu zamówienia, gdyż odległość od siedziby miasta Ruda Śląska do miejsca zagospodarowania odpadów przekracza przyjęty limit 50 km, dodatkowo Zamawiający nie

ustalił, czy Przystępujący posiada prawo do dysponowania gruntami niezbędnymi do

prowadzenia odzysku osadów jako podmiot władający powierzchnią ziemi, o którym stanowi art. 3 pkt 44 ustawy Prawo ochrony środowiska. Dodatkowo Zamawiający nie ustalił, czy Przystępujący posiada wymagane doświadczenie odpowiadające treści rozdziału XIX ust.

3.4. ppkt. 3.4.1. specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z punktem 5. opisu przedmiotu zamówienia „Wykonawca będzie odbierał osady

z oczyszczalni „Halemba Centrum”, „Barbara” i „Orzegów”, przewożone transportem zamawiającego, partiami w ilości 40 - 60 ton dziennie (od poniedziałku do piątku), zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego. Odległość miejsca zagospodarowania

osadów od siedziby Miasta Ruda Śląska nie może być większa niż 50 km.” Zamawiający ograniczył zatem odległość dzielącą siedzibę miasta Ruda Śląska i miejsce zagospodarowania odpadów do konkretnej długości, tj. 50 km.

W znajdującej się w aktach sprawy decyzji Starosty Wodzisławskiego z 24 stycznia 2020 r., na mocy której J. U. uzyskał prawo do przetwarzania odpadów w mobilnym urządzeniu, wskazano, że zagospodarowanie odpadów ma mieć miejsce na placu technologicznym położonym w Wodzisławiu Śląskim, przy ul. Górniczej 17H. W aktach postępowania nie

znajduje się żadna inna decyzja zezwalająca na zagospodarowanie odpadów któremuś z

uczestników konsorcjum Przystępującego. Założyć zatem trzeba, iż miejscem

zagospodarowania odpadów jest ww. plac technologiczny w Wodzisławiu Śląskim. Siedziba miasta Ruda Śląska znajduje się przy placu Jana Pawła II 6, gdzie zlokalizowany jest urząd miasta. Trasa pomiędzy siedzibą miasta Ruda Śląska a miejscem zagospodarowania

odpadów, wyliczona przy wykorzystaniu aplikacji Google Maps, wynosi od 56 km do 63,8 km, tym samym odległość ta przekracza przewidzianą przez Zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia odległość, a oferta Przystępującego nie odpowiada treści specyfikacji warunków zamówienia.

Zgodnie z treścią art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeśli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Treść oferty jest

niezgodna z warunkami zamówienia, jeżeli jest niezgodna z warunkami, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikającymi w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów

oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy o

zamówienie publiczne. Niezgodność ta musi mieć charakter zasadniczy oraz nieusuwalny w

trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinna dotyczyć sfery merytorycznej zobowiązania określonego w dokumentach zamówienia oraz zobowiązania zaoferowanego w ofercie przez wykonawcę bądź może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami dokumentów zamówienia,

dotyczącymi zwłaszcza sposobu wyrażenia, opisanie i potwierdzenia zobowiązania

ofertowego, a więc wymaganiami co do treści oferty, a nie wymaganiami co do jej formy. Niezgodność pomiędzy ofertą Przystępującego a opisem przedmiotu zamówienia spełnia

ww. wymogi. Odległość od siedziby miasta Ruda Śląska do miejsca zagospodarowania

odpadów została określona w sposób jednoznaczny i niepozostawiający wątpliwości co do wymogu stawianego wykonawcom. Wybrana przez Zamawiającego oferta jednak tego

wymogu nie spełnia, bowiem wszystkie najkrótsze możliwe trasy pomiędzy siedzibą miasta

Ruda Śląska a miejscem zagospodarowania odpadów przekraczają maksymalną odległość określoną przez Zamawiającego.

W XIX rozdziale ust. 3.4. pkt 3.4.1. specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający wprowadził wymóg, aby wykonawca wykazał, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres

prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonuje należycie minimum dwie usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05), o łącznej masie odebranych osadów w jednym roku (w 12 następujących po sobie miesiącach) w ilości co najmniej 10.000 ton. Zamawiający wskazał, iż „mając na uwadze art.

117 ust. 1 ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art.

118 ustawy, warunek o którym wyżej mowa, musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca - brak możliwości tzw. sumowania doświadczeń”.

Przystępujący, aby wykazać spełnienie powyższego warunku, przedłożył dwie referencje. Jedna została wystawiona przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach, przy czym została wystawiona na konsorcjum trzech podmiotów: Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku, HILKIM Sp. z o.o. i ZODIAK Sp. z o.o. Przedłożył także dwie referencje wystawione przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów

i Kanalizacji Sp. z o.o. w Zabrze. Pismo o sygn. TO/61/196/5387/21 z 2 sierpnia 2021 r. (uzupełnione pismem o sygn. TO/61/288/7459/21 z 26 października 2021 r.) zawiera referencje dotyczące realizacji umowy w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 stycznia 2021 r. Druga z referencji z 2 sierpnia 2021 r., sygn. TO/61/193/5390/21 (uzupełniona pismem z 26 października 2021 r., o sygn. TO/61/288a/7459/21) dotyczy realizacji umowy w 2019 r. Referencje zawarte w piśmie o sygn. TO/61/193/5390/21 z 2 sierpnia 2021 r. (uzupełnione pismem z 26 października 2021 r.) wskazują na samodzielną realizację usług przez Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku, co stoi w sprzeczności z dokumentacją przetargu, na skutek którego doszło do zawarcia umowy, której dotyczą referencje. Zgodnie

z zawiadomieniem ZPWik Sp. z o.o. o wyborze oferty z 14 stycznia 2020 r. (oznaczenie sprawy 32S/2019) w postępowaniu „Odbiór i zagospodarowanie skratek, zawartości piaskowników, ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych, wytwarzanych przez ZPWik Sp. z o.o. w Zabrze”, jako najkorzystniejsza ofertę dla części III - osady ściekowe (kod odpadu 19 08 05) została wybrana oferta konsorcjum firm: Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. - lider oraz Geotrans S.A. - partner konsorcjum. Tym samym referencje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy, bowiem wynika z nich, że Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku samodzielnie wykonywał przedmiotową umowę.

Z powyższego wynika zatem, że w przypadku dwóch spośród wskazanych wyżej umów firma Mustang nie realizowała ich przedmiotu samodzielnie, a w konsorcjum przedsiębiorców.

W ocenie Odwołującego uzyskanie doświadczenia przy współdziałaniu w konsorcjum następuje tylko wtedy, kiedy członek konsorcjum w toku wykonania umowy realizował zamówienie. Jednocześnie uzyskane doświadczenie obejmuje wyłącznie ten zakres prac, który był realizowany przez konkretny podmiot. W wyroku TSUE z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 wskazano, że wykonawca nabywa realne doświadczenie nie przez sam fakt bycia członkiem grupy wykonawców i bez względu na to, jaki miał w tę grupę wkład, lecz wyłącznie przez bezpośredni udział w realizacji przynajmniej jednej z części zamówienia, do którego całościowego wykonania zobowiązana jest ta grupa wykonawców. Wynika z tego, że wykonawca nie może polegać, do celów wymaganego przez instytucję zamawiającą doświadczenia, na realizacji świadczeń przez innych członków grupy wykonawców, w których realizacji faktycznie i konkretnie nie brał udziału. Podobne stanowisko TSUE przedstawił w wyroku w sprawie C-927/19.

W ocenie Odwołującego weryfikacja doświadczenia musi następować w sposób zindywidualizowany. Zamawiający w sposób nieuprawniony uznał, iż Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku spełnia wymóg posiadania odpowiedniego doświadczenia w realizacji usług podobnych do objętej przedmiotowym postępowaniem. Zamawiający w szczególności nie ustalił, jaki zakres umów objętych referencjami został wykonany przez Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku, co jest niezbędne do tego, aby stwierdzić, czy ten wykonawca ma odpowiednie doświadczenie. Konsorcjum startujące w przedmiotowym postępowaniu ma inny skład podmiotowy niż konsorcja, które realizowały umowy, których dotyczą przedłożone referencje. Zamawiający nie zweryfikował w sposób należyty, czy Przystępujący posiada odpowiednie doświadczenie

w realizacji podobnego rodzaju usług, co pozwala stwierdzić, że wybór oferty został dokonany w sposób sprzeczny z Prawem zamówień publicznych. W ocenie Odwołującego przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełnienia zastrzeżonego warunku udziału w postępowaniu. Brak wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu po skierowaniu do Przystępującego przedmiotowego wezwania (zaniechanie Zamawiającego) lub brak odpowiedzi Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego prowadziłyby do obowiązku odrzucenia przez Zamawiającego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b lub c ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z punktem 6. opisu przedmiotu zamówienia „w przypadku stosowania procesu R10, Zamawiający szacuje, iż łączna powierzchnia gruntów niezbędnych do przeprowadzenia odzysku osadów objętych zamówieniem wynosi ok. 100 ha. W celu realizacji umowy Wykonawca powinien dysponować gruntem, jako podmiot władającym powierzchnią ziemi, o którym mowa w przepisie art. 3 pkt 44 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2-2-r. poz. 1219 z późn. zm.) albo zapewnić możliwość prowadzenia odzysku, we wskazanym wyżej procesie, na nieruchomości należącej do innej osoby. W razie prowadzenia odzysku na gruntach, co do których Wykonawca nie jest władającym powierzchnią ziemi, Wykonawca zawrze wraz z Zamawiającym oraz władającym powierzchnią ziemi trójstronne porozumienie, zapewniające prowadzenie odzysku zgodnie z przepisami ustawy i rozporządzenia”.

Zamawiający wskazał zatem ilość gruntu, jaką powinien dysponować wykonawca celem prawidłowego zagospodarowania odpadów. W dokumentacji postępowania przetargowego brak jest jednak żądania ze strony Zamawiającego do wykazania przez Przystępującego, iż posiada prawo do dysponowania odpowiednią ilością gruntu celem należytego

zagospodarowania odpadów. Zamawiający nie ustalił zatem, czy wybrany wykonawca spełnia wskazany wyżej warunek wynikający z opisu przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych należy do kategorii uprawnień zamawiającego, a więc prawa zamawiającego do żądania wyjaśnień, połączonego z obowiązkiem zażądania tych wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności co do treści złożonej oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Zaniechanie żądania wyjaśnień oferty w toku badania i oceny ofert stanowi naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający, wybierając ofertę Przystępującego, bez wyjaśnienia, czy wykonawca posiada odpowiednią ilość gruntu do zagospodarowania odpadów, co stanowiło warunek udzielenia

przedmiotowego zamówienia określony w opisie przedmiotu zamówienia, naruszył

powszechnie obowiązujące przepisy prawa. W szczególności wybór takiej oferty obarczony jest dużym ryzykiem, iż zobowiązanie wykonawcy nie będzie w sposób należyty wykonane,

bowiem Zamawiający nie ustalił, czy wykonawca spełnia warunki realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący nie powołał się na korzystanie z zasobów podmiotu trzeciego,

przy pomocy którego miałby wykonywać przedmiotowe zamówienie, jeżeli chodzi o grunty

niezbędne do zagospodarowania odpadów.

Brak wykazania ww. warunku udzielenia zamówienia, po skierowaniu do Przystępującego wezwania (zaniechanie Zamawiającego) lub brak odpowiedzi Przystępującego na przedmiotowe wezwanie Zamawiającego prowadziłyby do obowiązku odrzucenia przez

Zamawiającego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień

publicznych.

II Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

W ocenie Zamawiającego zarzut przekroczenia wymaganej 50-kilometrowej odległości jest bezzasadny. Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie osadów ściekowych, które

powstają w trzech oczyszczalniach ścieków na terenie miasta Ruda Śląska. Zamawiający przewidział możliwość stosowania dwóch metod przetwarzania osadów, określanych

symbolami R3 oraz R10. Proces R10 został opisany w przepisie art. 98 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach i polega między innymi na stosowaniu komunalnych osadów ściekowych w rolnictwie do uprawy roślin i rekultywacji. Odpowiednio przygotowane osady są rozprowadzane na gruntach stanowiących pola uprawne. Proces R10 podlega

ograniczeniom wskazanym w przepisie art. 96 ust. 12 ustawy o odpadach. Z przepisu tego (pkt 5) wynika, iż zakazane jest stosowanie komunalnych osadów ściekowych na terenach czasowo zamrzniętych i pokrytych śniegiem. W polskich realiach klimatycznych nie jest możliwe całoroczne przetwarzanie osadów wyłącznie w procesie R10, wobec czego Zamawiający założył również stosowanie metody R3, której powyższe ograniczenie nie dotyczy.

Kwestię transportu osadów Zamawiający uregulował w punkcie 4. i 5. opisu przedmiotu zamówienia w następujący sposób: „4. Wykonawca będzie odbierał osady z oczyszczalni ścieków „Halemba Centrum” własnym transportem. Załadunek powinien nastąpić przy użyciu ładowarki z legalizowaną wagą. Odbiór będzie się odbywał partiami w ilościach ok. 400-600 ton (wywóz akcyjny), w terminach wskazanych przez Zamawiającego.

5. Wykonawca będzie odbierał osady z oczyszczalni ścieków „Halemba Centrum”, „Barbara” i „Orzegów” przewożone transportem Zamawiającego, partiami w ilości 40-60 ton dziennie (od poniedziałku do piątku), zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego. Odległość miejsca zagospodarowania osadów od siedziby Miasta Ruda Śląska nie może być większa niż 50 km.”

Zamawiający założył zatem, że transport osadów będzie odbywał się: z terenu oczyszczalni „Halemba-Centrum” transportem wykonawcy do miejsca przetwarzania (punkt 4) oraz ze wszystkich oczyszczalni transportem Zamawiającego, do miejsca przetwarzania na odległość nie większą niż 50 km od siedziby miasta Ruda Śląska (punkt 5). Zdanie o

ograniczeniu odległości miejsca przetwarzania osadów od siedziby miasta zostało

zamieszczone jedynie w punkcie 5., dotyczącym przewożenia osadów transportem

Zamawiającego. W treści specyfikacji warunków zamówienia brak jakiegokolwiek podstawy,

aby ograniczenie to odnosić do miejsc zagospodarowania osadów w przypadku transportu

własnego wykonawcy,

Zgodnie z treścią formularza ofertowego szacunkowa masa osadów, które wykonawca zobowiązuje się odebrać własnym transportem z oczyszczalni „Halemba-Centrum” wynosi 14.000 ton. Z punktu 3. opisu przedmiotu zamówienia wyraźnie wynika jednak, że w oczyszczalni tej powstaje 8.000 ton osadów. Ewidentne jest zatem założenie, że część osadów powstających w innych oczyszczalniach zostanie przewieziona na teren oczyszczalni „Halemba-Centrum”, skąd na zasadzie wywozów akcyjnych ma je odbierać wykonawca własnym transportem. Zamawiający przyjął, że spośród 22.000 ton osadów

14.000 ton zostanie przewieziona do miejsca zagospodarowania transportem wykonawcy. W pozostałym zakresie Zamawiający, własnym transportem, będzie przewoził osady do miejsc przetwarzania, jednoznacznie zastrzegł przy tym, iż miejsce to nie może znajdować się w większej odległości od siedziby miasta Ruda Śląska niż 50 km. Ograniczenie to nie dotyczy jednak lokalizacji miejsc zagospodarowania osadów w przypadkach, gdy transport zapewnia wykonawca. Założenia takie, zdaniem Zamawiającego, są optymalne. Z rozeznania Zamawiającego wynika, że ilość gruntów dostępnych do wykorzystania w procesie R10 w najbliższej okolicy miasta Ruda Śląska jest ograniczona, ulega stałemu zmniejszaniu, zatem całkowite wyeliminowanie możliwości przetwarzania osadów w miejscach posadowionych w odległości większej niż 50 km od siedziby miasta byłoby wręcz nieracjonalne.

Z treści punktu 5. opisu przedmiotu zamówienia Odwołujący błędnie wywodzi, iż jedynym miejscem przetwarzania osadów miałyby być miejsce wskazane w decyzji Starosty Wodzisławskiego. Z uwagi na warunki klimatyczne przez znaczną część roku dopuszczalne będzie zagospodarowywanie komunalnych osadów ściekowych metodą R10 i poddawanie ich procesowi odzysku „na polach”, a zatem poza instalacją.

O niezgodności oferty z warunkami zamówienia można mówić, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postępowaniu oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia albo sposobu wykonania przedmiotu zamówienia ukształtowanym przez

zamawiającego i zawartym w specyfikacji warunków zamówienia wymaganiom. Zważywszy na dopuszczenie stosowania metod R3 i R10 fakt, że Zamawiający nie wymagał uprzedniego wskazania wszystkich miejsc (pól), na których osady będą przetwarzane i jednoznacznie w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia sprecyzował, czego (jakich sytuacji) dotyczy wymóg zachowania odległości miejsc przetwarzania osadów od siedziby miasta, zarzut Odwołującego należy ocenić jako nietrafny.

Odwołujący zarzucił, iż przedłożone przez Przystępującego referencje TO/61/193/5390/21, wydane przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. z 2 sierpnia 2021 r., uzupełnione referencjami z 26 października 2021 r., TO/61/288a/7459/21, nie wykazują spełniania przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia opisanego w rozdziale XIX ust. 3.4. pkt 3.4.1. specyfikacji warunków zamówienia. Odwołujący wskazał, iż z referencji tych wynika samodzielne wykonanie umowy

przez uczestnika, podczas gdy z zawiadomienia ZPWIK o wyborze oferty z 14 stycznia 2020

r. w postępowaniu: „Odbiór i zagospodarowanie skratek, zawartości piaskowników, ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych, wytwarzanych przez ZPWIK Sp. z o.o. w Zabrzu”, jako najkorzystniejsza została wybrana oferta konsorcjum, którego liderem był uczestnik Przystępującego.

Zamawiający podniósł, iż referencje na które wskazuje Odwołujący, nie mogły dotyczyć postępowania zakończonego w styczniu 2020 r., bowiem zaświadczały o prawidłowym wykonaniu usług na rzecz ZPWIK w 2019 r. Przyjmując nawet, iż zarzut Odwołującego

dotyczy drugich referencji, wydanych przez ZPWIK (TO/61/196/5387/21 z 2 sierpnia 2021 r., uzupełnionych referencjami TO/61/338/8613/21 z 15 grudnia 2021 r.) w ocenie Zamawiającego nie znajduje on uzasadnionych podstaw. Zarówno w obecnie, jak i uprzednio obowiązującej ustawie Prawo zamówień publicznych nie przewidziano obowiązku zamawiających weryfikowania „u źródła” przedkładanych przez wykonawców referencji. Zamawiający nie jest zobowiązany do prowadzenia dochodzenia co do tego, czy referencje złożone przez wykonawcę są prawdziwe, zostały prawidłowo wystawione albo czy osoba, która je sporządziła, była do tego upoważniona. Dokumenty te objęte są domniemaniem prawdziwości, którego obalenie wymaga przedłożenia dowodów.

Zamawiający nie miał obowiązku dodatkowego sprawdzania przedłożonych referencji, ich treść umożliwiała bowiem jednoznaczne powiązanie z pozycjami zawartymi w wykazie wykonanych usług, a jednocześnie dostarczała dodatkowych informacji o metodach przetwarzania i dokładnej masie osadów zagospodarowanych w okresie 12 miesięcy. Decyzje odnośnie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia, zakwalifikowania do udziału w postępowaniu, zamawiający podejmuje na podstawie oświadczeń i dokumentów przedstawionych przez wykonawcę. W tym sensie na potrzeby prowadzonego postępowania przedstawienie ma, czy wykonawca formalnie wykazał w ten sposób spełnianie warunków udziału, kryteriów kwalifikacji, czy brak podstaw do wykluczenia. Natomiast zamawiający nie ma obowiązku ustalania tzw. prawdy materialnej, tzn. czy biorąc pod uwagę najlepszy możliwy sposób wykazania tych okoliczności przez wykonawcę, obiektywnie spełnia on warunki, kryteria kwalifikacji lub nie podlega wykluczeniu. Przedstawione referencje Zamawiający uznał za prawidłowe i brak podstaw do formułowania zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia ich treści. Zamawiający, z uwagi na nie budzącą wątpliwości treść referencji, która jednoznacznie identyfikuje podmiot, który wykonał usługi, nie miał podstaw do wyjaśniania treści referencji. Z przedłożonych referencji w sposób jednoznaczny wynika, iż to sam uczestnik wskazany wprost z imienia, nazwiska i firmy, należycie wykonał usługi, o których mowa w treści specyfikacji. W ocenie Zamawiającego fakt wykonania umowy w ramach konsorcjum nie powoduje, że „automatycznie” Zamawiający jest zobligowany wyjaśniać, jaki zakres usług wykonał wykonawca - w szczególności, jak w tej sprawie, jeżeli wynika to z przedłożonego materiału dowodowego.

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający nie wezwał Przystępującego do wykazania, że posiada prawo do dysponowania odpowiednią do wykonania zamówienia ilością gruntu.

Zgodnie z punktem 6. opisu przedmiotu zamówienia „w przypadku stosowania procesu R10, Zamawiający szacuje, iż łączna powierzchnia gruntów niezbędnych do przeprowadzenia odzysku osadów objętych zamówieniem wynosi ok. 100 ha. W celu realizacji umowy Wykonawca powinien dysponować gruntem, jako podmiot władającym powierzchnią ziemi, o którym mowa w przepisie art. 3 pkt 44 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Oz. U, z 2-2-r. poz. 1219 z późn. zm.) albo zapewnić możliwość prowadzenia odzysku, we wskazanym wyżej procesie, na nieruchomości należącej do innej osoby. W razie prowadzenia odzysku na gruntach, co do których Wykonawca nie jest władającym powierzchnią ziemi, Wykonawca zawrze wraz z Zamawiającym oraz władającym

powierzchnią ziemi trójstronne porozumienie, zapewniające prowadzenie odzysku zgodnie z przepisami ustawy i rozporządzenia.”

Zamawiający wyjaśnił, iż pkt 6. opisu przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim wskazuje na areal gruntów potrzebnych do zagospodarowania komunalnych osadów ściekowych, których zamówienie dotyczy, ma charakter informacyjny, opisujący zamówienie. Na podstawie rozeznania Zamawiający oszacował, jaka powierzchnia gruntów będzie niezbędna do przeprowadzenia odzysku osadów przy zastosowaniu metody R10 i tę informację wskazał wykonawcom. Z żadnego postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie wynika, że Zamawiający wymagał, aby przed zawarciem umowy wykonawca dysponował nieruchomościami o wskazanej wyżej powierzchni, co więcej, by tę okoliczność musiał wykazać przed wyborem oferty. Zważywszy na dwuletni okres wykonywania umowy byłby to wymóg o charakterze nieproporcjonalnym i ograniczającym konkurencję. Nie ma żadnych przeszkód, by wykonawca pozyskiwał grunty w trakcie wykonywania umowy w zależności od ilości osadów do zagospodarowania, a także warunków atmosferycznych. Ponadto, zobowiązanie do wskazania gruntów mogłoby w rzeczywistości okazać się co najmniej trudne do zrealizowania. Zgodnie z art. 96 ust. 6 ustawy o odpadach komunalne osady ściekowe oraz grunty, na których osady te mają być stosowane, poddaje się badaniom przez wytwórcę komunalnych osadów ściekowych. Zgodnie z § 6 pkt 2 rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych badania gruntów wykonuje się każdorazowo przed skierowaniem danej partii komunalnych osadów ściekowych do zastosowania na gruncie. Z przepisów tych wynika zatem, iż prowadzenie procesu odzysku wymaga każdorazowego zbadania gruntu bezpośrednio przed zastosowaniem na nim osadów. Tym samym mogłoby się okazać, iż grunty wskazane przez wykonawcę na etapie przed wyborem oferty, po ich przebadaniu w późniejszym okresie nie będą zdadne, aby zagospodarowano na nich osady ściekowe, zatem wykonawca musiałby pozyskać inne nieruchomości. Z powołanych przyczyn nie było podstaw do zastosowania przepisu art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych i wzywania Przystępującego do wykazywania, że posiada prawo do dysponowania gruntem jako podmiot władający

powierzchnią ziemi.

III Stanowisko Przystępującego

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy

wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku oraz J. U. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą J. U. - Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe.

Przystępujący poparł stanowisko Zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

W zakresie zarzutu, że oferta Przystępującego nie spełnia wymogów punktu 5. opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ odległość od siedziby miasta Ruda Śląska do miejsca zagospodarowania odpadów przekracza przyjęty limit 50 km, Przystępujący wskazał, że Odwołujący stoi na stanowisku, że z punktu 5. opisu przedmiotu zamówienia wynika, że miejsce zagospodarowania osadów nie może znajdować się w odległości większej niż 50 km od siedziby miasta Ruda Śląska, przy czym przyjął metodę obliczenia odległości jako trasę przejazdu według Google Maps. Stanowisko to nie jest zasadne, gdyż opiera się wyłącznie na przyjętej przez Odwołującego wykładni punktu 5. i metody obliczenia odległości jako trasy przejazdu wyliczonej przy wykorzystaniu Google Maps. Odwołujący pomija, że taka metoda obliczenia odległości pomiędzy siedzibą miasta Ruda Śląska a miejscem zagospodarowania odpadów nie została wskazana w opisie przedmiotu zamówienia i nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty, skoro nie została podana w warunkach zamówienia.

W punkcie 5. opisu przedmiotu Zamawiający przewidział, że „odległość miejsca zagospodarowania osadów od siedziby Miasta Ruda Śląska nie może być większa niż 50 km”, jednak nie wskazał, jak należy odległość 50 km wyliczyć, w szczególności nie podał, że należy ją wyliczyć na podstawie tras przejazdu według Google Maps. Tym samym dozwolony był każdy sposób określenia tej odległości, w tym liczenie jej jako odległość po linii prostej pomiędzy siedzibą miasta Ruda Śląska a miejscem zagospodarowania odpadów. W przypadku oferty Przystępującego tak obliczona odległość wynosi 43,3 km i mieści się we wskazanym limicie.

W ocenie Przystępującego jest to najbardziej obiektywna metoda obliczenia odległości, ponieważ można ją zastosować do każdego wykonawcy na tych samych zasadach. Jak wynika z wyliczeń samego Odwołującego, zastosowana przez niego metoda może dać różne wyniki, odbiegające o kilka kilometrów zależnie od wybranej trasy. Nie sposób zatem przyjąć, że wiążąca dla oceny zgodności treści oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, skutkująca możliwością odrzucenia oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia, jest

metoda wyliczenia odległości, która nie została w warunkach zamówienia określona, podczas gdy równocześnie inna metoda potwierdza spełnienie wymagania odległości.

Dla zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych powinno być możliwe wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega. W związku z tym opis tych warunków powinien być precyzyjny i jednoznaczny. Niejasne, pozwalające na różną interpretację postanowienia dotyczące warunków zamówienia, nie mogą skutkować negatywnie dla wykonawcy, bowiem to zamawiający jest ich autorem i to on powinien zadbać o ich właściwy opis, jak również zasada, że specyfikacja warunków zamówienia, zawierająca m.in. opis przedmiotu zamówienia, nie może być zmieniana po terminie składania ofert. Brak wskazania w opisie przedmiotu zamówienia metody wyliczenia odległości uniemożliwia ocenę oferty Przystępującego według wzorca stosowanego przez Odwołującego, który z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika. W konsekwencji niezasadny jest wniosek Odwołującego o niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i zarzut zaniechania odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący także błędnie wywodzi, że miejscem zagospodarowania osadów, o którym mowa w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia jest wyłącznie instalacja w Wodzisławiu Śląskim. W punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia nie wskazano, że dotyczy on procesu R3 i instalacji partnera konsorcjum Przystępującego. Biorąc pod uwagę, że proces R10 jest procesem dominującym, odzysk R3 ma znaczenie wyłącznie uzupełniające w przypadku niemożliwości skorzystania z procesu R10 w warunkach zimowych. W warunkach zimowych bardziej dogodnie dla Zamawiającego będzie przekierowanie osadów do Oczyszczalni „Halemba”, a następnie odebranie ich transportem własnym wykonawcy w ramach przewidzianej przez siebie nadwyżki 6.000 ton, gdzie ograniczenia odległości z punktu 5. nie ma (pkt 4. opisu przedmiotu zamówienia). Zagospodarowanie osadów w procesie R3 w przypadku, o którym mowa w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia może nigdy nie nastąpić. Skoro zatem Zamawiający nie sprecyzował jednoznacznego wymagania, których przypadków postanowienie to dotyczy (w tym że dotyczy procesu R3 i instalacji przeznaczonej do jego realizacji), nie można uznać, że Zamawiający nałożył na wykonawców wiążące wymaganie, aby instalacja do procesu R3 znajdowała się w odległości, o której mowa w punkcie 5. opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił, że referencje zawarte w piśmie o sygn. TO/61/193/5390/21 z 2 sierpnia 2021 r. (wraz z dodatkowym piśmie o sygn. TO/61/288a/7459/21 z 26 października 2021 r.) wskazują na samodzielną realizację usług dla ZPWIK Sp. z o.o. w Zabrze przez Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. w spadku, co stoi w sprzeczności z dokumentacją przetargu, wskutek którego doszło do zawarcia umowy, której dotyczą referencje.

Z zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej z 14 stycznia 2020 r. (sprawa 32S/2019) w postępowaniu „Odbiór i zagospodarowanie skratek, zawartości piaskowników, ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych, wytwarzanych przez ZPWIK Sp. z o.o.

w Zabrzu” wynika bowiem, że jako najkorzystniejszą ofertę dla części III - osady ściekowe (kod odpadu 19 08 05) została wybrana oferta konsorcjum firm Mustang Usługi Wielobranżowe M. P. oraz Geotrans S.A. Tym samym, zdaniem Odwołującego, referencje zostały wystawione w sposób nieprawidłowy.

Odwołujący wadliwie powołał podstawę faktyczną zarzutu, ponieważ zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 14 stycznia 2020 r., na które wskazuje, nie może dotyczyć referencji o sygn. TO/61/193/5390/21 z 2 sierpnia 2021 r. (wraz z dodatkowym piśmie o sygn. TO/61/288a/7459/21 z 26 października 2021 r.). Referencje te dotyczą realizacji usług w 2019 r., zatem wbrew stanowisku Odwołującego nie mogą odnosić się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym wybór oferty najkorzystniejszej nastąpił w styczniu 2020 r. Podnoszone w odwołaniu okoliczności nie są więc zgodne ze stanem faktycznym, a ich uzupełnienie w dalszym toku postępowania odwoławczego jest niedopuszczalne, ponieważ wiązałyby się z podnoszeniem dodatkowego zarzutu nieprzewidzianego w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego, zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem dokument referencji służy jedynie potwierdzeniu należytego wykonania zamówienia. Dokument ten pochodzi od podmiotu trzeciego, który decyduje o sposobie jego wystawienia. Dokonując oceny treści referencji za wystarczające należy zatem uznać zawarcie w jej treści stwierdzenia, że zamówienie wykazane na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu zostało wykonane należycie. Odwołujący nie formułuje w odwołaniu żadnego merytorycznego zarzutu względem zamówienia objętego referencjami, które budzą jego wątpliwości.

Odwołujący zarzucił także naruszenie art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem przez Zamawiającego wezwania Przystępującego do wykazania, iż posiada prawo do dysponowania gruntem jako władający powierzchnią ziemi, o którym stanowi art. 3 pkt 44 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, co wedle twierdzeń Odwołującego stanowi warunek udzielenia zamówienia określony w punkcie 6. opisu przedmiotu zamówienia. Zarzut jest bezzasadny, a interpretacja punktu 6. opisu przedmiotu zamówienia nie znajduje oparcia w faktycznej treści tego postanowienia. Wbrew stanowisku Odwołującego pkt 6. nie przewiduje warunków udzielenia zamówienia, tym bardziej podlegających weryfikacji przed wyborem oferty najkorzystniejszej, lecz ma charakter wyłącznie informacyjny. Zamawiający wskazuje jedynie na szacowaną przez siebie ilość gruntów, która może okazać się potrzebna do realizacji zamówienia w przypadku zastosowania procesu R10. Informacja ta ma być pomocna wykonawcom, którzy przewidują realizowanie umowy w zakresie odzysku w procesie R10 w celu oceny, jaki potencjał gruntów może być im potrzebny do wykonywania zamówienia w okresie jego realizacji. Kolejne zdania punktu 6. opisują uwarunkowania prawne dla prowadzenia odzysku w procesie R10. Z punktu 6. nie wynika natomiast, że Zamawiający wskazał ilość gruntu, jaką obligatorycznie powinien dysponować wykonawca celem prawidłowego zagospodarowania odpadów ani że przed wyborem oferty najkorzystniejszej czy zawarciem umowy musi dysponować gruntami we wskazanej orientacyjnej ilości oraz wykazać prawo do dysponowania nimi. W konsekwencji Zamawiający nie był zobligowany do weryfikacji żadnej z tych okoliczności na etapie przed wyborem oferty i podpisaniem umowy. Wymaganie w tym zakresie, aby było wiążące i podlegało weryfikacji, powinno jednoznacznie wynikać z opisu przedmiotu zamówienia lub innych postanowień specyfikacji warunków zamówienia. Niewątpliwie opis wymagań powinien być precyzyjny i jednoznaczny, formułować je w sposób niewątpliwy i stanowczy, wskazywać na procedurę ich weryfikacji, ponieważ tylko takie postanowienia specyfikacji warunków zamówienia mogą uzasadniać żądanie ich wykazania przez wykonawcę w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i stać się podstawą oceny jego oferty. Informacje zawarte w punkcie 6. nie spełniają żadnej z tych dyrektyw. Przeczy temu samo brzmienie zdania pierwszego, gdzie wskazano informacyjnie szacowaną, orientacyjną ilość gruntów (ok. 100 ha), co nie poddaje się weryfikacji na wspólnych dla wykonawców zasadach. Ponadto podana przez Zamawiającego szacowana orientacyjna ilość gruntów dotyczy całego dwuletniego okresu obowiązywania umowy, zatem wymaganie, aby wykonawca wykazał dysponowanie taką ilością gruntu przed wyborem oferty najkorzystniejszej, byłoby wymaganie nadmiernym, obiektywnie nieuzasadnionym i naruszającym zasadę uczciwej konkurencji. Przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie jest możliwe przewidzenie przebiegu realizacji umowy, w tym faktycznej ilości osadów zagospodarowanych w procesie R10, ponieważ jest to uzależnione od niemożliwych do przewidzenia czynników, np. warunków atmosferycznych czy badań gruntów. Każdy z wykonawców może także według innych zasad planować i realizować zagospodarowanie osadów, np. decydując pomiędzy procesem R10 i R3. Opis przedmiotu zamówienia nie zakazuje, aby wykonawca w toku realizacji umowy dostosowywał ilość gruntów potrzebnych mu do realizacji zamówienia, jak również, aby pozyskiwał nowe grunty. Odwołujący pomija także, że zgodnie z art. 96 ust. 6 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach przed stosowaniem komunalne osady ściekowe oraz grunty, na których osady te mają być stosowane, poddaje się badaniom przez wytwórcę komunalnych osadów ściekowych. Wyniki tych badań mogą skutkować niemożliwością stosowania osadów na danym gruncie. Tym samym weryfikacja ilości i prawa do dysponowania w odniesieniu do gruntów na etapie przed wyborem oferty, co do których nie jest możliwe przewidzenie, że zostaną w tej orientacyjnej, szacowanej ilości wykorzystane na potrzeby realizacji zamówienia, jest bezprzedmiotowa. Taka weryfikacja nie mogłaby odbywać się na różnych zasadach w stosunku do różnych wykonawców, ponieważ niedopuszczalne jest uznanie, że dla każdego z nich inna ilość gruntów jest „odpowiednia”. Specyfikacja warunków zamówienia nie przewiduje także żadnej procedury, według której taka weryfikacja miałaby nastąpić.

Procedura z art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych służy do wyjaśniania wątpliwości dotyczących treści oferty. Na jej podstawie nie można jednak wymagać przedkładania dokumentów niewymaganych w specyfikacji warunków zamówienia, a do tego sprowadza się zarzut i żądanie Odwołującego.

Zamawiający nie naruszył zatem art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych nie żądając od Przystępującego wykazywania, że posiada prawo dysponowania gruntem jako władający powierzchnią ziemi, o którym mowa w art. 3 pkt 44 ustawy Prawo ochrony środowiska.

IV Stanowisko Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że środki

ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy (ustawy Prawo zamówień publicznych).

Izba ustaliła również, iż stan faktyczny postępowania, tj. treść specyfikacji warunków zamówienia, treść złożonej przez Przystępującego oferty i innych złożonych przez niego dokumentów, jak też treść pozostałych dokumentów w prowadzonym postępowaniu przetargowym nie są sporne między Stronami i Przystępującym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania przedstawionej przez Zamawiającego, złożonych pism oraz stanowisk Stron i Przystępującego przedstawionych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu braku odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku posiadania prawa do dysponowania gruntem oraz zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego do wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór oferty, która nie jest najkorzystniejsza uwzględniając przyjęte kryteria oceny ofert,
2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego pomimo niezgodności oferty z warunkami zamówienia;
3. art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania Przystępującego do wykazania posiadania doświadczenia, pomimo tego że przedłożone przez Przystępującego referencje wskazują na wykonywanie usługi w ramach konsorcjum podmiotów,
4. art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wezwania Przystępującego do wykazania, iż wykonawca posiadania prawo do dysponowania gruntem jako podmiot władający powierzchnią ziemi.

W treści odwołania Odwołujący wskazał również art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią:

Art. 239 ust. 1: Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Art. 128 ust. 1: Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Art. 223: 1. W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

2. Zamawiający poprawia w ofercie: 1) oczywiste omyłki pisarskie, 2) oczywiste omyłki rachunkowe, z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych dokonanych poprawek, 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty - niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.

3. W przypadku, o którym mowa w ust. 2 pkt 3, zamawiający wyznacza wykonawcy odpowiedni termin na wyrażenie zgody na poprawienie w ofercie omyłki lub zakwestionowanie jej poprawienia. Brak odpowiedzi w wyznaczonym terminie uznaje się za wyrażenie zgody na poprawienie omyłki.

Art. 226 ust. 1 pkt 2 i 5: Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę: a) podlegającego wykluczeniu z postępowania lub b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Jak wynika z powyżej przywołanej treści przepisów, regulacje art. 239 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w ogóle nie przystają do wskazanego w odwołaniu stanu faktycznego i zarzutów, których dotyczy odwołanie. Czynności Zamawiającego kwestionowane w odwołaniu bowiem w ogóle nie odnoszą się do oceny ofert lub oferty Przystępującego w ramach kryteriów oceny ofert. W związku z powyższym przepisy te w przywołanym w odwołaniu zakresie w ogóle nie mogły zostać naruszone.

W odniesieniu do zarzutu, zgodnie z którym oferta Przystępującego nie spełnia wymogów specyfikacji warunków zamówienia (opisu przedmiotu zamówienia), gdyż odległość od siedziby miasta Ruda Śląska do miejsca zagospodarowania odpadów przekracza przyjęty limit 50 km i w związku z tym powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Jak wynika z postanowienia punktu 5. opisu przedmiotu zamówienia, na które zgodnie powoływały się Strony i Przystępujący: „Wykonawca będzie odbierał osady z oczyszczalni ścieków <<Halemba Centrum>>, <<Barbara>> i <<Orzegów>>, przewożone transportem Zamawiającego, partiami w ilości 40-60 ton dziennie (od poniedziałku do piątku), zgodnie z informacją przekazaną przez Zamawiającego. Odległość miejsca zagospodarowania osadów od siedziby Miasta Ruda Śląska nie może być większa niż 50 km.” Jak wskazał Zamawiający, powyższe postanowienie jest kontynuacją postanowienia z punktu 4. opisu przedmiotu zamówienia: „Wykonawca będzie odbierał osady z oczyszczalni ścieków <<Halemba Centrum>>, własnym transportem. Załadunek powinien nastąpić przy użyciu ładowarki z legalizowaną wagą. Odbiór będzie się odbywał partiami w ilościach ok. 400 - 600 ton (wywóz akcyjny), w terminach wskazanych przez Zamawiającego.”

Strony i Przystępujący byli także zgodni co do tego, że pojęcie „siedziba Miasta Ruda Śląska” należy rozumieć jako siedzibę Urzędu Miasta Ruda Śląska przy placu Jana Pawła II

6.

Zgodnie więc z powyższym odległość miejsca zagospodarowania osadów nie może być większa niż 50 km od siedziby Urzędu Miasta Ruda Śląska.

Przystępujący w trakcie postępowania przedłożył Zamawiającemu decyzję Starosty Wodzisławskiego z 24 stycznia 2020 r., z której wynika, że zagospodarowanie odpadów ma mieć miejsce na placu technologicznym położonym w Wodzisławiu Śląskim, przy ul. Górnicy 17H. Według Odwołującego trasa przejazdu pomiędzy siedzibą miasta Ruda Śląska (siedzibą Urzędu Miasta Ruda Śląska) a ww. miejscem zagospodarowania odpadów, wyliczona przy wykorzystaniu aplikacji Google Maps, przekracza wymagane 50 km i wynosi od 56 km do 63,8 km.

Zamawiający ani Przystępujący nie kwestionowali powyższej odległości przejazdu jako takiej ani nie wskazywali innych możliwych, krótszych tras przejazdu. Zakwestionowana natomiast została sama zastosowana przez Odwołującego metoda obliczenia odległości.

Jak słusznie wskazał Przystępujący, Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia ani w żadnym innym miejscu specyfikacji warunków zamówienia nie podał takiej jak Odwołujący - ani żadnej innej - metody obliczania odległości; nie pytali o to również wykonawcy w ramach wyjaśnień treści specyfikacji warunków zamówienia.

Tym samym dopuszczalna jest każda racjonalna i powszechnie stosowana metoda obliczania odległości z punktu do punktu, w tym, tak jak, według swojego twierdzenia, przyjął Przystępujący - w linii prostej. Jak wskazał Przystępujący, a co nie zostało zakwestionowane przez Odwołującego, odległość w linii prostej pomiędzy siedzibą Urzędu Miasta Ruda Śląska a ul. Górniczą 17H w Wodzisławiu Śląskim wynosi 43,3 km, a zatem spełnia wymóg odległości miejsca zagospodarowania osadów od siedziby miasta Ruda Śląska nie większej niż 50 km.

W związku z powyższym nie zaistniała niezgodność oferty Przystępującego z warunkami zamówienia, a tym samym i przesłanka odrzucenia tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W odniesieniu do zarzutu, zgodnie z którym Zamawiający nie ustalił, czy Przystępujący posiada prawo do dysponowania gruntami niezbędnymi do prowadzenia odzysku osadów jako podmiot władający powierzchnią ziemi, o którym stanowi art. 3 pkt 44 ustawy Prawo ochrony środowiska, Izba stwierdziła, że zarzut nie potwierdził się.

Powyższy zarzut Odwołujący wywiódł z punktu 6. opisu przedmiotu zamówienia o treści: „W przypadku stosowania procesu R10, Zamawiający szacuje, iż łączna powierzchnia gruntów niezbędnych do przeprowadzenia odzysku osadów objętych zamówieniem wynosi ok. 100 ha. W celu realizacji umowy Wykonawca powinien dysponować gruntem, jako podmiot władający powierzchnią ziemi, o którym mowa w przepisie art. 3 pkt 44 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2-2-r. poz. 1219 z późn. zm.) albo zapewnić możliwość prowadzenia odzysku, we wskazanym wyżej procesie, na nieruchomości należącej do innej osoby. W razie prowadzenia odzysku na gruntach, co do których Wykonawca nie jest władającym powierzchnią ziemi, Wykonawca zawrze wraz z Zamawiającym oraz władającym powierzchnią ziemi trójstronne porozumienie, zapewniające prowadzenie odzysku zgodnie z przepisami ustawy i rozporządzenia.”, a obowiązek Zamawiającego z art. 223 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednak, jak słusznie podnieśli Zamawiający i Przystępujący, powyższy wymóg nie jest jeszcze samodzielną podstawą do żądania od wykonawców czy to samego posiadania gruntu, czy też potwierdzenia jego posiadania, wobec braku innych postanowień specyfikacji warunków zamówienia w tym zakresie - dotyczących obowiązku posiadania takiego gruntu na dzień składania ofert (lub innego etapu postępowania przetargowego) oraz przedstawienia dokumentów lub oświadczeń w tym zakresie.

Jak wynika z przedmiotowego postanowienia - oraz braku innych postanowień w tym zakresie - dotyczy ono etapu realizacji zamówienia i wymóg posiadania gruntu musi się zrealizować na etapie wykonania umowy w miarę konieczności wykorzystania takiego gruntu podczas wykonywania usługi, chyba że Zamawiający wymagałby jego wcześniejszego potwierdzenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: na etapie składania ofert, na etapie wezwania do przedstawienia dokumentów przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona lub z momentem zawarcia umowy (przed zawarciem umowy albo w ciągu wyznaczonego terminu po jej zawarciu). Zamawiający jednak nie wymagał potwierdzenia posiadania gruntu wcześniej niż wynikałoby to z konieczności jego wykorzystania w ramach realizacji usługi. Jak wyjaśnił Zamawiający, wcześniejsze dysponowanie takim gruntem jest dla niego zbędne, poza tym musi to być grunt odpowiedni do rodzaju osadów, co w stosownym czasie musi zostać potwierdzone wymaganymi prawem badaniami.

Jak wynika z przepisu art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Jednak wyjaśnienia takie ze swojej istoty muszą dotyczyć elementów, które budzą wątpliwości zamawiającego i są dla oferty istotne.

W niniejszym przypadku Zamawiający takich wątpliwości nie miał, a wskazana okoliczność nie dotyczy w ogóle elementu zawartego w ofercie, czy to w konkretnym oświadczeniu, czy dokumencie - poza samym jego objęciem ogólnym zapewnieniem, że zamówienie zostanie wykonane zgodnie z wymaganiami specyfikacji warunków zamówienia. Tym samym, w ocenie Izby, nie było podstaw, by Zamawiający do wyjaśnień wzywał. W związku z powyższym nie zaistniała okoliczność wskazana w art. 223 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a tym samym zarzut zaniechania przedmiotowego wezwania nie potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu, zgodnie z którym Zamawiający nie ustalił, czy Przystępujący posiada wymagane doświadczenie odpowiadające treści rozdziału XIX ust. 3.4. ppkt 3.4.1.

specyfikacji warunków zamówienia, Izba stwierdziła, że zarzut potwierdził się.

W rozdziale XIX specyfikacji warunków zamówienia „Podstawy (przesłanki) wykluczenia z postępowania, warunki udziału w postępowaniu wykaz podmiotowych środków dowodowych” Zamawiający zawarł m.in. następujące wymagania:

„3.4. Zdolność techniczna lub zawodowa:

3.4.1. Wykonawca musi wykazać, iż w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał/wykonuje należycie minimum 2 usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych (kod odpadu 19 08 05), o łącznej masie odebranych osadów w jednym roku (w 12 następujących po sobie miesiącach) w ilości co najmniej 10 000 ton. Zamawiający uzna warunek za spełniony, o ile wykazane usługi były lub są wykonywane tą samą metodą lub metodami, jak wskazane w ofercie.

W przypadku usług nadal wykonywanych Wykonawca zobowiązany jest wskazać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu w zakresie części usługi już wykonanej. Wartość ta będzie brana pod uwagę przy analizie spełniania warunku.

Uwaga: Mając na uwadze art. 117 ust. 1 ustawy Zamawiający zastrzega, że w sytuacji składania oferty przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz analogicznie w sytuacji, gdy Wykonawca będzie polegał na zasobach innego podmiotu, na zasadach określonych w art. 118 ustawy, warunek o którym wyżej mowa, musi zostać spełniony w całości przez Wykonawcę (jednego z Wykonawców wspólnie składającego ofertę) lub podmiot, na którego zdolności w tym zakresie powołuje się Wykonawca - brak możliwości tzw. sumowania doświadczeń.”

W punkcie 4. tego rozdziału „Wykaz podmiotowych środków dowodowych” pkt 4.2 lit. c Zamawiający wskazał, że: „4.2. Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (określonych przez Zamawiającego w ust. 3 niniejszego rozdziału SWZ), na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy zostanie wezwany do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień ich złożenia): (...)

c) w celu wykazania spełniania warunku z ust. 3.4.1.

- wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy
- w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie,

Uwaga: Dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie Wykonawcy, w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy. Okres, o którym wyżej mowa liczy się wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert.”

Na wezwanie, o którym mowa w punkcie 4.2, z 18 listopada 2021 r., Przystępujący, pismem z 3 grudnia 2021 r., przedstawił wykaz usług obejmujący trzy usługi o nazwie „Odbiór, transport i przetwarzanie osadów ściekowych”, realizowane:

- 1) w okresie 01.12.2017 r. - 30.09.2019 r. dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach,
- 2) w okresie 01.01.2019 r. - 31.12.2019 r. dla Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.,
- 3) w okresie 01.01.2020 r. - 31.12.2020 r. dla Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o.

oraz:

1) „Poświadczenie” z 11 października 2019 r. wystawione przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach dotyczące wykonania przez „Konsorcjum

firm” MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P., HILKIM Sp. z o.o. i ZODIAK Sp. z o.o. usługi polegającej na odbiorze, transporcie i przetwarzaniu osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 w okresie od 1 grudnia 2017 r. do 30 września 2019 r.,

2) „Referencje” z 2 sierpnia 2021 r., sygn. pisma TO/61/196/5387/21, wystawione przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. stwierdzające, że firma MUSTANG Usługi Wielobranżowe realizowała transport, odbiór i zagospodarowanie odpadów z oczyszczalni ścieków ZPWIK Sp. z o.o. w Zabrzeu i w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 stycznia 2021 r. odebrała i zagospodarowała 11.735,30 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych, wraz z uzupełnieniem ww. referencji pismem z 26 października 2021 r., sygn. pisma TO/61/288a/7459/21,

3) „Referencje” z 2 sierpnia 2021 r., sygn. pisma TO/61/193/5390/21, wystawione przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. stwierdzające, że firma MUSTANG Usługi Wielobranżowe realizowała transport, odbiór i zagospodarowanie odpadów z oczyszczalni ścieków ZPWIK, w 2019 roku Firma MUSTANG odebrała i

zagospodarowała 10.423,19 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych, wraz z uzupełnieniem ww. referencji pismem z 26 października 2021 r., sygn. pisma

TO/61/288/7459/21.

Następnie, pismem z 10 grudnia 2021 r., Zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wezwał Przystępującego do uzupełnienia dostarczonych 3 grudnia 2021 r. podmiotowych środków dowodowych w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż na podstawie przedstawionych referencji Zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy wykonawca spełnia warunek. Zamawiający wskazał, że z poświadczenia z 11 października 2019 r. wystawionego przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach nie wynika, by wykonawca w okresie ostatnich 3 lat świadczył usługi na rzecz tej spółki przez okres jednego roku. Referencje zaświadczenia o wykonywaniu usług w okresie od grudnia 2017 r. do końca września 2019 r., wobec czego na okres od 22 października 2018 r. do 22 października 2021 r. (okres ostatnich 3 lat) nie przypada rok świadczenia usług. Ponadto z treści dokumentu nie sposób wywieść, czy wykonawca, będący członkiem konsorcjum, wykonywał usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu osadów. Natomiast z referencji z 2 sierpnia 2021 r. (znak: TO/61/196/5387/21) wystawionych przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. wynika, iż wykonawca świadczył usługi na rzecz spółki od 1.01.2020 r. do dnia 31.01.2021 r. (13 miesięcy). Zamawiający na ich podstawie nie jest w stanie ustalić, jaka ilość osadów została odebrana i zagospodarowana w 12 następujących po sobie miesiącach, tym samym nie może zweryfikować spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej. Wobec powyższego Zamawiający wezwał do przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie wskazanego na wstępie warunku udziału w postępowaniu.

W odpowiedzi, pismem z 17 grudnia 2021 r., Przystępujący wskazał, że przekazuje referencje wystawione przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. (znak pisma TO/61/196/5387/21) wraz z informacją uzupełniającą, potwierdzającą odebranie w okresie 12 miesięcy co najmniej 10.000 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych oraz załączył referencje z 15 grudnia 2021 r. wystawione przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., potwierdzające, że firma MUSTANG Usługi Wielobranżowe w okresie od 01.01.2020 r. do 31.12.2020 r. odebrała i zagospodarowała 11.106,16 Mg ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych.

Jak wynika z powyższego, wykonawcy mieli wykazać, że w okresie ostatnich 3 lat wykonali lub wykonują należycie minimum 2 usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych o kodzie 19 08 05, o łącznej masie odebranych osadów w jednym roku (w 12 następujących po sobie miesiącach) w ilości co najmniej 10.000 ton, Przystępujący natomiast wykazał trzy usługi.

W stosunku jednak do pierwszej, gdzie powstały wątpliwości co do zakresu udziału firmy MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P. w realizacji usługi, którą firma ta realizowała wspólnie z wykonawcami HILKIM Sp. z o.o. i ZODIAK Sp. z o.o., Przystępujący nie wyjaśnił tej kwestii, pomimo wezwania Zamawiającego z 10 grudnia 2021 r. Należy więc przyjąć, że usługa ta nie spełniła wymagań Zamawiającego.

Do wykazania spełnienia warunku Przystępującemu pozostały więc dwie usługi zrealizowane dla Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., zaś w stosunku do jednej z nich - realizowanej w okresie od 1 stycznia 2020 r. do 31 stycznia 2021 r. Odwołujący podniósł, że również była realizowana w konsorcjum z firmą Geotrans S.A. (Odwołujący wyjaśnił, że w odwołaniu został pomyłony numer obu pism z referencjami, jednak sama data usług wskazuje, której realizacji zarzut dotyczy), którą to informację Przystępujący pominał wskazując Zamawiającemu wykaz zrealizowanych usług. Zamawiający oraz Przystępujący w swoich stanowiskach jedynie wskazali na błędną datę kwestionowanych przez Odwołującego usług w stosunku do powiadomienia o wyniku postępowania dokonanego przez Zabrzeńskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. 14 stycznia 2021 r., lecz - pomijając już pomyłkę Odwołującego co do numeru referencji - nie wyjaśnili kwestii realizacji usługi wspólnie z innym wykonawcą oraz zakresu udziału firmy MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P. w realizacji tego zamówienia. Nie zaprzeczyli także, by usługa ta nie była realizowana wspólnie.

Zamawiający skupił się także na argumentacji, że nie ma obowiązku badania treści referencji, lecz może się oprzeć wyłącznie na ich treści i zasadzie domniemania ich prawdziwości.

Jest to jednak jedynie częściowo prawda, bowiem rzeczywiście, zamawiający dokonują oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu w oparciu o wykaz wykonanych usług i załączone dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie - ale nie w przypadku, gdy wiarygodność zawartych tam informacji zostanie zakwestionowana. Przy czym nie chodzi tu o to, że nie należy mieć zaufania do samego oświadczenia Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., które niewątpliwie jest w stanie ocenić, jaka usługa była dla tej spółki wykonywana. Jednak jest powszechną praktyką, że jeśli usługa była wykonywana w ramach grupy wykonawców (konsorcjum), referencje są często wystawiane nie dla całego konsorcjum, ale dla podmiotu, który się o te referencje do zamawiającego zwrócił (jednego z konsorcjantów, najczęściej lidera). Zatem w referencjach może być zaznaczone, że wykonawcy działali w ramach konsorcjum (jak w dokumencie wystawionym przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach), albo może nie być o tym wspomniane.

Jednocześnie kwestia, czy wykonawca MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P. usługę dla Zabrzeńskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. wykonywał sam lub w jakim zakresie (jeśli w konsorcjum) - chociaż jedną z dwóch wymienionych w wykazie usług (lub tym bardziej obie), nie została wyjaśniona. Natomiast z punktu widzenia zaliczenia Przystępującemu wskazywanego doświadczenia na poczet warunku wiedzy i doświadczenia jest istotne, jaki był udział tego podmiotu w realizacji zamówienia, jeśli realizował je w ramach konsorcjum - z czego niewątpliwie Zamawiający zdawał sobie sprawę wzywając Przystępującego do wyjaśnień w zakresie udziału MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P. w realizacji usługi dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach.

Jak wynika bowiem z odpowiedzi 3. zawartej w orzeczeniu Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 4 maja 2017 r. w sprawie C-387/14 Esaprojekt „artykuł 44 dyrektywy 2004/18 w związku z art. 48 ust. 2 lit. a) tej dyrektywy [przepisy dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu] oraz zasadą równego traktowania wykonawców, zapisaną w art. 2 tej dyrektywy, należy interpretować w ten sposób, że nie dopuszcza on, by wykonawca biorący indywidualnie udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego polegał na doświadczeniu grupy wykonawców, której był członkiem przy innym zamówieniu publicznym, jeżeli faktycznie i konkretnie nie uczestniczył w jego realizacji.” Uzyskana wiedza i doświadczenie nie jest bowiem jedynie kwestią formalną wynikającą z samego uczestnictwa w konsorcjum, lecz kwestią realną i można je nabyć jedynie przez osobisty udział (osobiste wykonanie) w danej realizacji albo danego zakresu tej realizacji (zależy tu od stosunku zakresów wykonywanego wcześniej zamówienia do warunku udziału w innym postępowaniu). Tym samym firma MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P., chcąc się powoływać na swoją wiedzę i doświadczenie w tym zakresie, powinna wykazać swoje wykonanie usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu osadów ściekowych o kodzie 19 08 05 o wymaganej masie.

Ponieważ nie zostało to wyjaśnione na wcześniejszym etapie postępowania ani w postępowaniu odwoławczym, Izba postanowiła nakazać Zamawiającemu przeprowadzenie takich wyjaśnień.

Izba jednak zwraca uwagę, że choć w sentencji zostało użyte sformułowanie „wyjaśnienia lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku należytego wykonywania w ostatnich 2 latach usługi.”, gdyż takiego sformułowania Odwołujący użył formułując zarzut, to samo ewentualne uzupełnienie musi zostać dokonane z zachowaniem zasad wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych oraz jej powszechnie przyjętych interpretacji. Zatem jego zakres musi być zgodny z wynikiem wyjaśnień. Jeśli bowiem okaże

się, że wykonawca MUSTANG Usługi Wielobranżowe M. P. nie wykonywał usługi dla Zabrzańskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w ramach konsorcjum (czemu jednak nie zaprzeczał w trakcie postępowania odwoławczego) lub jego udział w realizacji tej usługi pozwala na stwierdzenie spełnienia warunku (czego również podczas postępowania odwoławczego nie twierdził), nie ma potrzeby dalszego wzywania go do uzupełnienia dokumentów.

Jeśli jednak okaże się, że wykonawca ten wprowadził Zamawiającego w błąd (przez przemilczenie tej potencjalnie istotnej dla spełnienia warunku okoliczności), Zamawiający - pomimo że nie przewidział w postępowaniu podstaw wykluczenia wykonawców z przyczyn wskazanych w art. 109 ustawy Prawo zamówień publicznych - musi wziąć pod uwagę zasady uzupełniania dokumentów: po pierwsze, że już raz wzywał do wyjaśnienia i uzupełnienia dokumentów dotyczących usługi dla Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Gliwicach w tym zakresie, po drugie zaś, że, zgodnie z dyspozycją art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający wzywa wykonawcę do złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, jeżeli wykonawca nie przedstawił tych oświadczeń lub dokumentów, są one niekompletne lub zawierają błędy. Nie dotyczy to natomiast dokumentów i oświadczeń, które zawierają informacje nieprawdziwe lub wprowadzające w błąd. W takim wypadku Zamawiającemu pozostają do rozważenia konsekwencje wskazane w art. 226 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych ze względu na brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych oraz § 2 ust. 1 pkt 2, § 5, § 7 ust. 2-6 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).

Zgodnie z dyspozycją art. 557 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Zgodnie z art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Z § 2 ust. 1 pkt 2 ww. rozporządzenia wynika, że wysokość wpisu wnoszonego w postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę i usługi o wartości równej progom unijnym lub przekraczającej progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wynosi 15.000 złotych.

Zgodnie z § 5 rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego, zalicza się wpis oraz uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego w wysokości określonej na podstawie rachunków lub spisu kosztów, złożonych do akt sprawy, obejmujące m.in. koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę i wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, nieprzekraczające łącznie kwoty 3.600 złotych.

Z kolei § 7 ust. 2-6 rozporządzenia stanowi, że w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę w części, koszty ponosi odwołujący i zamawiający, a Izba może podzielić wpis stosunkowo, w tym uwzględniając proporcje i wagę zarzutów. W związku z powyższym Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego w 2/3 i Zamawiającego w 1/3, zasądając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 6.254 zł stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 1/3 wpisu, dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika zaokrąglone do pełnej złotówki.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący: