

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 5 stycznia 2022 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 13 grudnia 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez **Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach**, dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z 1 grudnia 2021 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie „usługi odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwienia odpadów medycznych i weterynaryjnych świadczonej dla SPZOZ w Gryficach”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Członkowie: Marzena Ordysińska
Anna Osiecka

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na częściowe uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 1 grudnia 2021 r. zakończył kontrolę uprzednią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „usługę odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwienia odpadów medycznych i weterynaryjnych świadczoną dla SPZOZ w Gryficach”, prowadzonego przez zamawiającego – Samodzielny Publiczny Zespół Zakładów Opieki Zdrowotnej w Gryficach w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszonego 28 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 252-636724.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zastosowanie miały przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z późn. zm.)

W informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezes UZP wskazał na naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, że wykonawca może polegać na uprawnieniach podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oraz przejrzystości w wyniku zaniechania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci zmiany warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Jak wynika z ustaleń kontroli, przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu oraz termicznego unieszkodliwiania odpadów medycznych i weterynaryjnych w przypadku: planowanych przestojów instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów, nieprzewidzianych awarii instalacji termicznego unieszkodliwiania odpadów lub braku wolnych mocy przerobowych. Przedmiot zamówienia został podzielony na dwa pakiety.

Zgodnie z punktem 1.2 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca musi posiadać aktualne zezwolenie na transport oraz unieszkodliwianie następujących odpadów: odpady z diagnozowania, leczenia i profilaktyki medycznej – 18 01 04.

W punkcie III.1.1 ww. ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający wskazał: „Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. Wykaz i krótki opis warunków: Wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzję) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.”

W rozdziale V pkt 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający poinformował, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że: OŚWIADCZENIE-JEDZ;

b) sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: OŚWIADCZENIE-JEDZ; c) zdolności technicznej lub zawodowej. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: OŚWIADCZENIE-JEDZ.

Zgodnie z rozdziałem V pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków, o których mowa w rozdz. V.1.2) lit. b-c w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

W treści rozdziału VI pkt 6.8) oraz 11) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia m.in. następujących oświadczeń i dokumentów:

8) aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów,

11) oświadczenie potwierdzające wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu.

W wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 stycznia 2021 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi m.in. na następujące pytania:

„3. Zamawiający wymaga aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2?

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.

4. Zamawiający wymaga oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu. Czy zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu w zakresie pakietu nr 2 i pozwoli na przedstawienie zawartej umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04?

ODP.: Zamawiający wyraża zgodę.”

W zakresie pakietu nr 2 złożone zostały następujące oferty: EMKA S.A., Cor-Mix P. T. i wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia REMONDIS Medison Sp. z o.o. i Remondis Medison Rzeszów Sp. z o.o.

W oświadczeniu JEDZ wykonawca Cor-Mix P. T. wskazał:

1. w części II: Informacje dotyczące wykonawcy:

- a) w punkcie A – Rodzaj uczestnictwa – samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia,
- b) w punkcie C – Zależność od innych podmiotów – nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych w części V,
- c) w punkcie D – Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega, ale zamierza zlecić podwykonawstwo części zamówienia – NewCo Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie;

2. w części IV:

- a) w punkcie Ogólne oświadczenia dotyczące wszystkich kryteriów kwalifikacji – spełnia wszystkie wymagania kryteriów kwalifikacji,
- b) w punkcie A Kryteria kwalifikacji, kompetencje – posiada wymagane zezwolenie w postaci zezwolenia na transport odpadów, nr wpisu do Bazy Danych Odpadowych: 000368894.

Pismem z 4 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Cor-Mix P. T., na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do przedstawienia dokumentów w zakresie pakietu nr 2.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Cor-Mix P. T. przedstawił m.in. decyzję z 3 listopada 2016 r. o udzieleniu pozwolenia na wytwarzanie odpadów, obejmującą zbieranie, transport oraz przetwarzanie odpadów, wydaną dla firmy NewCo Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie o kodzie 18 01 04 oraz umowę podwykonawstwa z 26 stycznia 2021 r. zawartą pomiędzy wykonawcą Cor-Mix P. T. a podwykonawcą NewCo Sp. z o.o.

Pismem z 12 lutego 2021 r. Zamawiający poinformował o wybraniu w zakresie pakietu nr 2 oferty wykonawcy Cor-Mix P. T.; umowa w sprawie zamówienia została zawarta 24 lutego 2021 r.

Zarzucane naruszenie nr 1 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Przepisy art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają

wykluczeniu, a warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zezwolenia wydawane są w drodze decyzji administracyjnej dla konkretnego wykonawcy i w świetle przepisów krajowych nie podlegają udostępnieniu. Wobec powyższego na gruncie ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest dopuszczalne wykazanie spełnienia warunku dotyczącego posiadania wymaganego uprawnienia poprzez powoływanie się na zasób podwykonawcy lub poleganie na uprawnieniach wydanych dla podmiotu trzeciego w sytuacji, gdy wykonanie zamówienia publicznego w całości wymaga posiadania stosownych zezwoleń. Zezwolenie jest decyzją administracyjną, aktem publicznoprawnym, jego przedmiotem jest udzielenie uprawnień publicznoprawnych regulowanych przepisami prawa publicznego ukierunkowanymi na ochronę interesu publicznego. To ochrona interesu publicznego tkwi u podstaw zasady nieprzenoszalności uprawnień wynikających z koncesji, zezwoleń i licencji. Tym bardziej nie jest możliwe powoływanie się przez wykonawcę na uprawnienia samego podwykonawcy.

Przepis art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje bezpośrednio, iż uprawnienia wykonawcy do opierania się na potencjale podmiotów trzecich przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu dotyczą jedynie niektórych spośród warunków wymienionych w art. 22 ust. 1b ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustawodawca bowiem dopuścił poleganie na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, nie dopuścił natomiast możliwości posiłkowania się cudzymi uprawnieniami.

W świetle art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Jak stanowi art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia 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.

Przywołany przez Zamawiającego wyrok KIO 98/18 dotyczy innego stanu faktycznego, w którym z dokumentacji postępowania wynikało, że pozwolenia były składane w stosunku do przedmiotu zamówienia, natomiast w niniejszej sprawie mamy do czynienia z sytuacją,

w której zezwolenia dotyczyły warunków udziału w postępowaniu. Potwierdza to ogłoszenie o zamówieniu, zgodnie z którym wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzję) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów oraz wyjaśnienia Zamawiającego udzielone w trakcie kontroli: „Wykonawca Cor-Mix P. T. przedstawił dokumenty (pozwolenia), których oczekiwał Zamawiający, potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wybrany Wykonawca posiada zezwolenie na gospodarowanie (transport) odpadami. Choć zatem nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów, to spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem na podstawie zgody Zamawiającego udzielonej w wyjaśnieniach z dnia 15.01.2021 r. przedstawił umowę zawartą z podwykonawcą posiadającym decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04.” Jednak zgoda Zamawiającego na przedstawienie umowy z podwykonawcą posiadającym decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 została jednoznacznie wyrażona w odpowiedzi na pytanie do specyfikacji dotyczące oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych (rozdział VI pkt 6 ppkt 11). Zatem wyrażenie przez Zamawiającego w powyższym zakresie zgody nie oznaczało modyfikacji specyfikacji istotnych warunków zamówienia i zdjęcia z wykonawców obowiązku przedstawienia decyzji na przetwarzanie odpadów składanej w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień. Wykonawca Cor-Mix P. T. potwierdził spełnienie warunku wyłącznie w zakresie posiadania pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, co potwierdza wpis do Bazy Danych Odpadowych. Natomiast twierdzenie Zamawiającego, iż wykonawca ten w zakresie zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 nie powołał się na udostępnienie zasobu przez podwykonawcę, bowiem samodzielnie posiada wskazane zezwolenie, nie znajduje potwierdzenia w przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania.

Faktem jest, że wykonawca Cor-Mix P. T. w treści JEDZ nie powoływał się na zasób firmy NewCo Sp. z o.o. Niemniej wypis z BDO dla Cor-Mix P. T. wymienia odpady o kodzie 18 01 04, ale wyłącznie w kontekście transportu, a nie ich przetwarzania (unieszkodliwiania). Jednocześnie istnieje rozbieżność pomiędzy wyjaśnieniami Zamawiającego z 8 kwietnia 2021 r. i 31 sierpnia 2021 r., gdyż w pierwszych Zamawiający wskazał jednoznacznie, że wykonawca Cor-Mix P. T. nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów, natomiast w kolejnych wskazał, że wykonawca ten w zakresie zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 nie powołał się na udostępnienie zasobu przez podwykonawcę, bowiem samodzielnie posiada wskazane zezwolenie.

Pomimo jednak powyższej rozbieżności w wyjaśnieniach Zamawiającego stan faktyczny niniejszej sprawy ustalony podczas kontroli na podstawie dokumentów postępowania nie

pozostawia wątpliwości co do braku złożenia przez wykonawcę Cor-Mix P. T. własnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 oraz przedstawienia w tym zakresie zezwolenia wydanego w stosunku do podwykonawcy NewCo Sp. z o.o.

Zamawiający więc, dokonując weryfikacji wykonawcy Cor-Mix P. T. pod kątem spełniania przez niego warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności do prowadzenia działalności zawodowej, bezpodstawnie przyjął, że wykonawca ten może polegać na uprawnieniach podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania ww. warunku, w związku z czym zaniechał wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów, a w konsekwencji zaniechał wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, co w przedmiotowej sprawie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzucane naruszenie nr 2 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Zamawiający, w wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 stycznia 2021 r., wyraził zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2 jednocześnie podtrzymując wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwienie odpadów.

Str. 2 wyjaśnień: „Pytanie nr 3: Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI pkt 6.8) wskazał: 8) aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Zgodnie z treścią SIWZ wykonawca zobowiązany jest do złożenia między innymi decyzji w zakresie zbierania odpadów. Pragniemy zauważyć, iż zgodnie z art. 3.134) ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. przez zbieranie odpadów rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. B, a tym zajmuje się wytwarzający lub pośrednik, który transportuje odpady do firmy utylizującej. Ponadto zgodnie z zapisem w art. 23 pkt 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. zakazuje się zbierania zakaźnych odpadów medycznych poza miejscem wytwarzania. Decyzja na zbieranie odpadów zakaźnych może być wydana jedynie w szczególnych przypadkach, w celu zapewnienia ciągłości odbioru odpadów. W przypadku niektórych firm, które zajmują się transportem i unieszkodliwianiem odpadów w swojej instalacji, nie ma obowiązku posiadania decyzji na zbieranie, ponieważ odbierane odpady transportowane są bezpośrednio do unieszkodliwiania. W związku z tym wnosimy o usunięcie tego wymogu.

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytworzenie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.”

oraz str. 7 wyjaśnień: „3. Zamawiający wymaga aktualne pozwolenie (decyzja) na wytworzenie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2?

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytworzenie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.”

Zgodnie z wyjaśnieniami Zamawiającego z 31 sierpnia 2021 r. odpowiedzi te mogły być potraktowane przez wykonawców jako odstąpienie od warunku udziału w postępowaniu, jednak Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, co potwierdza, że nie odstąpił od warunku posiadania wskazanych dokumentów, a jedynie dokonał zmiany sposobu potwierdzenia warunku dopuszczając inny sposób niż przedstawienie decyzji/zezwolenia administracyjnego.

Jednak w ocenie kontrolującego w wyniku odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający odstąpił od warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenie (decyzji) na zbieranie odpadów. Pytania dotyczyły bowiem wprost usunięcia wymogu posiadania ww. decyzji, a nie tylko odstąpienia od wymogu jej przedstawienia i zastąpienia jej np. oświadczeniem.

Odpowiedź na pytanie związane ze specyfikacją staje się częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i może zmieniać jej pierwotną treść. W takim przypadku zamawiający nie musi dokonywać żadnych dodatkowych czynności, ponieważ zarówno on, jak i wykonawcy są związani treścią odpowiedzi.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień Zamawiającego z 31 sierpnia 2021 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, iż Zamawiający w związku z powyższą modyfikacją treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej oraz nie przedłużył terminu składania ofert wyznaczonego na 28 stycznia 2021 r.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Zgodnie z brzmieniem art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do

zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający 15 stycznia 2021 r. dokonał zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia usuwając wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2. Powyższa zmiana prowadziła do zmiany ogłoszenia w punkcie III.1.1), zgodnie z treścią którego wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzję) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.

Niedopełnienie obowiązku zmiany treści ogłoszenia ze względu na powyższą okoliczność skutkowało naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówień określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości. Zamawiający, nie spełniając założeń art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, ograniczył możliwość pozyskania wiedzy przez potencjalnych wykonawców zainteresowanych wzięciem udziału w postępowaniu z uwagi na zmianę warunków udziału w postępowaniu. Zatem, poprzez zaniechanie przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci usunięcia wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2, Zamawiający naruszył art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co mogło skutkować ograniczeniem grona wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, a tym samym mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zarzucone naruszenie nr 3 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco.

Zgodnie z art. 12a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne. Jeżeli powyższa zmiana jest istotna, o czym mowa w ust. 2 przywołanego przepisu, a więc w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub

przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu nieograniczonego.

Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nakazują, w przypadku wprowadzania zmian w ogłoszeniu, powodujących konieczność wprowadzenia zmian w ofertach, aby zamawiający wydłużył termin składania ofert lub wniosków. Nie wszystkie zmiany ogłoszenia spowodują wprowadzenie konieczności przedłużania terminu składania ofert, ale z pewnością dotyczy to wszystkich zmian istotnych. Ustawodawca wyszczególnił, które zmiany w treści ogłoszenia o zamówieniu należy traktować jako istotne i zaliczył do nich m.in. zmiany w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Pomimo zaistnienia takiego obowiązku Zamawiający nie dokonał zmiany ogłoszenia o zamówieniu, co jednak nie powoduje w okolicznościach przedmiotowej sprawy wyłączenia obowiązywania przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten dotyczy bowiem zmian, które wiążą się z obligatoryjną zmianą ogłoszenia, a do takich zmian należy zaliczyć zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczącą odstąpienia od wymogu posiadania zezwolenia (decyzji) na zbieranie odpadów.

Dokonana przez Zamawiającego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci zmiany warunków udziału w postępowaniu miała charakter istotny, a więc należy uznać, iż w toku niniejszego postępowania Zamawiający naruszył przepis art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z zaniechaniem wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, co w przedmiotowej sprawie mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniami kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszeń i zarzucając Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez błędną wykładnię i przyjęcie, że Zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów, podczas gdy Zamawiający zastosował w sprawie art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy

z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590)”,

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Zamawiający nie dochował obowiązku wykluczenia wykonawcy Cor-Mix P. T. w związku z niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu uznając, że wykonawca może polegać na uprawnieniach podwykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień, podczas gdy nie wystąpiły przesłanki do wykluczenia wykonawcy wobec spełnienia przez Cor-Mix P. T. warunków udziału w postępowaniu,

3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Zamawiający nie dochował obowiązku przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci zmiany warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a jedynie dokonał zmiany sposobu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dopuszczając inny sposób niż przedstawienie decyzji/zezwoleń administracyjnych,

4. art. 12 a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że Zamawiający zaniechał wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie warunków udziału w postępowaniu, podczas gdy Zamawiający nie dokonał zmiany warunków udziału w postępowaniu, a jedynie dokonał zmiany sposobu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dopuszczając inny sposób niż przedstawienie decyzji/zezwoleń administracyjnych,

5. art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez jego niezastosowanie w sprawie, mimo że przepis stanowi, że „wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700,730, 848 i 1590)”.

Zdaniem Zamawiającego Prezes Urzędu Zamówień Publicznych dokonał błędnej wykładni art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmując, że Zamawiający miał obowiązek wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów i nie stosując w sprawie dyspozycji art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień

publicznych. Kontrolujący pominął, że Zamawiający zastosował wobec wykonawcy regulację zawartą w art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, co potwierdza wydruk dokonany przez Zamawiającego. Wykonawca w treści oświadczenia zawartego w Jednolitym Dokumencie Zamówienia wskazał, że żądane przez Zamawiającego dokumenty można uzyskać za pomocą nieodpłatnych baz danych: „Zezwolenie na transport odpadów. Wpis do bazy BDO pod nr 000368894”. Wskazany rejestr spełnia wymagania uznania go za rejestr publiczny w rozumieniu ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne.

Zamawiający w odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dopuścił sytuację, w której wykonawca nie będzie dysponował decyzją administracyjną w tym zakresie. Zezwolenia na transport odpadów zostały zastąpione wpisem w rejestrze Bazy Danych Odpadowych. Wykonawcy usług transportu odpadów wpisani do Bazy Danych Odpadowych zwolnieni są z obowiązku uzyskania zezwoleń na transport odpadów, zatem złożone przez wykonawcę Cor-Mix P. T. oświadczenia w treści JEDZ dotyczące wpisu do rejestru spełniają powyższy warunek.

Kontrolujący pominął również, że Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokonał uszczegółowienia wymagań w zakresie potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i tak usunął wymóg przedłożenia certyfikatu ISO i polisy ubezpieczeniowej, a także wskazał:

„3. Zamawiający wymaga aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2?

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.

4. Zamawiający wymaga oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu. Czy zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu w zakresie pakietu nr 2 i pozwoli na przedstawienie zawartej umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04?

ODP.: Zamawiający wyraża zgodę.”

Jak stanowi art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Z ww. przepisu wynika jednoznacznie, że zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie takich oświadczeń i dokumentów, które są niezbędne do przeprowadzenia postępowania, a ponadto w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia zobowiązany jest wskazać, jakich konkretnie dokumentów żąda i w jakim celu.

Wbrew ocenie kontrolującego Zamawiający nie dokonał zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani ogłoszenia o zamówieniu, co potwierdza, że nie odstąpił od warunku posiadania wskazanych dokumentów, a jedynie dokonał zmiany sposobu potwierdzenia warunku dopuszczając inny sposób niż przedstawienie decyzji/zezwoleń administracyjnego.

Zgodnie z warunkiem postawionym w ogłoszeniu o zamówieniu sekcja III: Informacje o charakterze prawnym, ekonomicznym, finansowym i technicznym, III.1) Warunki udziału III.1.1) Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. Wykaz i krótki opis warunków: Wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzję) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.

Stanowisko Zamawiającego znajduje potwierdzenie w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którymi „jeżeli warunki udziału sformułowano w taki sposób, że możliwe są różne metody ich odczytania, czy też jednoznacznie nie wskazano, w jaki sposób odbywać się będzie ocena poziomu ich spełniania, to należy zastosować ten sposób interpretacji, który jest korzystniejszy dla wykonawcy” (KIO 1001/20). Jeżeli zamawiający pozostawił pewną lukę interpretacyjną wykonawcy mogą z niej skorzystać i nie powinni ponosić za to negatywnych konsekwencji. Komisja przetargowa po otwarciu ofert podczas badania i oceny ofert wykonawców stwierdziła, że każdy z nich potwierdził spełnianie warunków w odmienny sposób, a dokumenty zamówienia pozwalają na takie działanie, wobec czego dopuściła rozwiązanie, że przy braku zdefiniowania, dookreślenia przez Zamawiającego spornych zapisów specyfikacji istotnych warunków zamówienia należy im nadać znaczenie ogólne przyjęte, z uwzględnieniem specyfiki branży, do której pojęcie to odnosi się.

Jednocześnie Zamawiający w ramach odpowiedzi na pytania naprawił swój błąd w zakresie żądania dokumentów i odstąpił od wymagania dokumentów takich jak polisa, certyfikat ISO oraz oświadczenie potwierdzające wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu.

Uwzględniając pytania wykonawców komisja przetargowa podjęła decyzję, że wskazane dokumenty/środki dowodowe są nadmiarowe na tym etapie postępowania i odstąpiła od ich żądania we wskazanym zakresie, w szczególności, że nie były one powiązane w warunkiem udziału w postępowaniu. Nie jest obojętne, w jakim postanowieniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający stawia jaki wymóg. W odniesieniu do środków dowodowych przedkładanych na wezwanie Zamawiający wskazał zarówno dokumenty powiązane z warunkiem zamówienia, jak i realizacją zamówienia.

Zgodnie z wyrokiem KIO 1635/20 „czym innym są warunki udziału w postępowaniu mające na celu zbadanie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a czym innym są wymogi przedmiotowe dotyczące terminu, zakresu czy sposobu realizacji zamówienia będącego przedmiotem postępowania. Od tego, jaki jest charakter danego wymogu, zależy m.in. rodzaj dokumentów, których może żądać zamawiający na potwierdzenie jego spełnienia, a także możliwość i zakres ewentualnych wyjaśnień lub uzupełnień tych dokumentów. Powyższe powoduje, że nie można mieszać ze sobą wymogów o różnym charakterze i w tym zakresie rozszerzać lub zawężać jedne wymagania powołując się na inne. Ponadto zamawiający nie ma obowiązku w warunkach udziału w postępowaniu stawiać wymogów identycznych z przedmiotem udzielanego zamówienia. Zgodnie z art. 22 ust. 1a p.z.p. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Warunki udziału w postępowaniu mają być więc proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, a nie muszą być identyczne z przedmiotem zamówienia”.

Kompleksowa ocena dokumentacji wskazuje, że wykonawca Cor-Mix P. T. w zakresie zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 nie powołał się na udostępnienie zasobu przez podwykonawcę, bowiem samodzielnie posiada wskazane zezwolenie. Jednak wskazane zezwolenie jest powiązane z ilością odbieranych odpadów, wobec czego, aby zapewnić możliwość swobodnej działalności wobec innych podmiotów jak i Zamawiającego, wskazał, że będzie korzystał w ramach części zamówienia z usług podwykonawcy, aby nie można było zakwestionować jego zdolności do realizacji przedmiotowego zamówienia. Specyfika realizacji zamówienia w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 18 01 04 wymaga, aby każdy podmiot realizujący świadczenie posiadał odpowiednie uprawnienia, a zakres uprawnień powiązany jest z ilościami odpadów. Wykonawca wskazał już na etapie oferty, że zarówno on jak i podwykonawca będą w stanie zrealizować cały przedmiot zamówienia, załączając stosowane dokumenty wobec podwykonawcy.

Nie sposób więc przyjąć, aby Zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 oraz art. 12 a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, że nie dochował obowiązku przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci zmiany warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechał wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni, skoro Zamawiający dokonał zmiany sposobu potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu dopuszczając inny sposób niż przedstawienie decyzji lub zezwolenia administracyjnego.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Odnosnie naruszenia nr 1 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że naruszenie to dotyczy zaniechania wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów i nie kwestionowano prawidłowości potwierdzenia przez tego wykonawcę spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport. Wykonawca potwierdził bowiem spełnienie warunku w zakresie zezwolenia na transport, co potwierdza wpis do Bazy Danych Odpadowych. Wykonawca w treści oświadczenia zawartego w Jednolitym Dokumencie Zamówienia złożył oświadczenie, że żądane przez Zamawiającego dokumenty można uzyskać za pomocą nieodpłatnych baz danych – zezwolenie na transport odpadów, wpis do Bazy Danych Odpadowych pod numerem 000368894. W części IV JEDZ wykonawca Cor-Mix P. T. wskazał, że posiada wymagane zezwolenie w postaci zezwolenia wyłącznie na transport odpadów. Również przekazany przez Zamawiającego odpis z BDO wymienia odpady o kodzie 18 01 04 jedynie w kontekście transportu odpadów. Zatem należy uznać, że twierdzenia Zamawiającego, że wykonawca Cor-Mix P. T. posiada pozwolenie (decyzję) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów, nie znajdują potwierdzenia w przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jednocześnie sam Zamawiający w wyjaśnieniach z 8 kwietnia 2021 r. wskazał, że wybrany wykonawca posiada zezwolenie na gospodarowanie (transport) odpadami, a nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów, jednak spełnia warunki udziału w postępowaniu, bowiem na podstawie zgody Zamawiającego udzielonej w wyjaśnieniach z 15 stycznia 2021 r. przedstawił umowę zawartą z podwykonawcą posiadającym decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04. Jednak zgoda Zamawiającego na przedstawienie umowy

z podwykonawcą została wyrażona jednoznacznie w odpowiedzi na pytanie dotyczące oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych – rozdział VI pkt 6 ppkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Tym samym wyrażenie przez Zamawiającego w powyższym zakresie zgody nie oznaczało rezygnacji z obowiązku przedstawienia przez wykonawców decyzji na przetwarzanie odpadów składanej w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie przedmiotowych uprawnień. Zamawiający w wyjaśnieniach z 15 stycznia 2021 r. napisał wprost, iż podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.

Zatem stan faktyczny sprawy nie pozostawia wątpliwości, że wykonawca Cor-Mix P. T. nie wykazał się posiadaniem własnego zezwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów, a podany w JEDZ numer rejestru w BDO obejmował jedynie zezwolenie na transport odpadów, natomiast złożone zezwolenie obejmujące swoim zakresem przetwarzanie odpadów zostało wydane w stosunku do podwykonawcy – NewCo Sp. z o.o., co nie powoduje spełniania przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień.

Odnosnie naruszenia nr 2 i 3 Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, w wyniku odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający odstąpił od warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia (decyzji) na zbieranie odpadów. Pytania dotyczyły bowiem wprost usunięcia wymogu posiadania tej decyzji, a nie tylko odstąpienia od wymogu jej przedstawienia lub zastąpienia jej oświadczeniem o posiadaniu takiej decyzji.

Kontrolujący nie zgodził się z możliwością różnorodnych sposobów spełnienia tego warunku, gdyż wymóg posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów został przez Zamawiającego usunięty, zatem przywołany w zastrzeżeniach wyrok Krajowej Izby Odwoławczej nie odpowiada okolicznościom przedmiotowej sprawy.

Niedokonanie przez Zamawiającego zmiany ogłoszenia pomimo zaistnienia takiego obowiązku nie powoduje w okolicznościach przedmiotowej sprawy wyłączenia obowiązywania przepisu art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczy on bowiem zmian, które wiążą się z obowiązkową zmianą ogłoszenia, a do takich zmian należy zaliczyć zmianę warunków udziału w postępowaniu dotyczącą odstąpienia od wymogu posiadania zezwolenia (decyzji) na zbieranie odpadów. Zmiana ta miała charakter istotny.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych

i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na częściowe uwzględnienie.

Z „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” wynika, że Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów z uwagi na bezpodstawne przyjęcie, że wykonawca może polegać na uprawnieniach podwykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień, a w konsekwencji naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji, a także równego traktowania oraz przejrzystości w wyniku zaniechania przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej informacji o modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postaci zmiany warunków udziału w postępowaniu,
3. art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na zaniechanie wydłużenia terminu składania ofert o czas nie krótszy niż 15 dni od dnia wystąpienia obowiązku przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

W odniesieniu do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia nr 1 Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Cor-Mix P. T. do uzupełnienia dokumentów w postaci decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów potwierdził się, natomiast zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Cor-Mix P. T. z udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Zgodnie z punktem III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej „Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego. Wykaz i krótki opis warunków: Wykonawca spełni warunek, jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.”

Również w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, rozdział V „Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków” pkt 1

ppkt 1 lit. a Zamawiający poinformował, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: OŚWIADCZENIE-JEDZ.

W rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia” pkt 6 ppkt 8 Zamawiający wskazał, że wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona do złożenia w wyznaczonym terminie aktualnych na dzień złożenia dokumentów: „aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów”. Jednocześnie w podpunkcie 11. wymienił także „oświadczenie potwierdzające wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu”.

W wyjaśnieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia z 15 stycznia 2021 r. Zamawiający udzielił następujących odpowiedzi na następujące pytania:

- pytanie nr 3 na str. 2: „Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI pkt 6.8) wskazał: 8) aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Zgodnie z treścią SIWZ wykonawca zobowiązany jest do złożenia między innymi decyzji w zakresie zbierania odpadów. Pragniemy zauważyć, iż zgodnie z art. 3.134) ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. przez zbieranie odpadów rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. B, a tym zajmuje się wytwarzający lub pośrednik, który transportuje odpady do firmy utylizującej. Ponadto zgodnie z zapisem w art. 23 pkt 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. zakazuje się zbierania zakaźnych odpadów medycznych poza miejscem wytwarzania. Decyzja na zbieranie odpadów zakaźnych może być wydana jedynie w szczególnych przypadkach, w celu zapewnienia ciągłości odbioru odpadów. W przypadku niektórych firm, które zajmują się transportem i unieszkodliwianiem odpadów w swojej instalacji, nie ma obowiązku posiadania decyzji na zbieranie, ponieważ odbierane odpady transportowane są bezpośrednio do unieszkodliwiania. W związku z tym wnosimy o usunięcie tego wymogu.

ODP: Zamawiający wraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.”

- pytanie nr 3 i 4 na str. 7:

„3. Zamawiający wymaga aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2?

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.

4. Zamawiający wymaga oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu. Czy zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu w zakresie pakietu nr 2 i pozwoli na przedstawienie zawartej umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04?

ODP.: Zamawiający wyraża zgodę.”

W oświadczeniu zawartym w Jednolitym Dokumencie Zamówienia złożonym wraz z ofertą wykonawca Cor-Mix P. T. wskazał, że nie polega na zdolnościach innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych w części V oraz że zamierza zlecić podwykonawstwo części zamówienia spółce NewCo Sp. z o.o. Oświadczył także, że spełnia wszystkie wymagania kryteriów kwalifikacji i posiada wymagane zezwolenie w postaci zezwolenia na transport odpadów, nr wpisu do Bazy Danych Odpadowych: 000368894.

Pismem z 4 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Cor-Mix P. T., na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do przedstawienia dokumentów w zakresie pakietu nr 2, m.in.:

„8) aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport i unieszkodliwianie odpadów,

9) umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 wraz z aktualnym pozwoleniem (decyzją) podwykonawcy na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport i unieszkodliwianie odpadów (zgodnie z odpowiedziami w wyjaśnieniach nr 1)”.

W odpowiedzi na wezwanie wykonawca Cor-Mix P. T. przedstawił m.in. decyzję z 3 listopada 2016 r. o udzieleniu pozwolenia na wytwarzanie odpadów obejmującą zbieranie, transport oraz przetwarzanie odpadów, wydaną dla firmy NewCo Sp. z o.o. oraz umowę podwykonawstwa z 26 stycznia 2021 r. zawartą pomiędzy wykonawcą Cor-Mix P. T. a podwykonawcą NewCo Sp. z o.o.

Na wstępie Izba zauważa, że w zakresie spornego wymogu przedstawienia „aktualnego pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów” należy odróżnić dwie powiązane ze sobą, ale odmienne kwestie: spełnienie warunku udziału w postępowaniu ustalonego przez Zamawiającego w postępowaniu oraz posiadanie pozwoleń wynikających z przepisów prawa dotyczących samych odpadów.

O ile bowiem warunki udziału w postępowaniu ustala zamawiający (oczywiście uwzględniając obowiązujące przepisy) i dotyczą one wyłącznie wykonawcy, o tyle sam obowiązek uzyskania pozwoleń w zakresie wytwarzania, transportu, przetwarzania i zbierania odpadów, jak też i podmiotów, które muszą je posiadać, wynika z regulacji prawnych i nie może być przez zamawiającego modyfikowany postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy ogłoszenia o zamówieniu. Obowiązek ten dotyczy też nie podmiotu będącego wykonawcą w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, ale podmiotu, który wykonuje czynności związane z odpadami, a których dotyczy wymóg pozwolenia.

Zamawiający może więc zdecydować jedynie, po pierwsze, czy w ramach danego postępowania przedmiotowe pozwolenia musi posiadać sam wykonawca biorący udział w postępowaniu – ustalając taki warunek udziału, czy też może ich nie posiadać, a wystarczające jest, że będzie je posiadał dany podmiot-podwykonawca w zakresie realizowanego przez siebie elementu zamówienia; wtedy zamawiający warunku nie formułuje. Jeśli zamawiający nałoży na wykonawcę warunek posiadania pozwoleń, nie ma znaczenia, czy jednocześnie zastrzegł wykonanie zamówienia do osobistego wykonania, są to bowiem dwa osobne wymogi.

Po drugie zaś zamawiający może zdecydować, czy i na jakim etapie postępowania dane dokumenty mają mu zostać przedłożone – wraz z ofertą, na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, przed podpisaniem umowy itd.

Powyższe ma odzwierciedlenie w zawartym w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia sformułowaniu: „z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów”, co, zdaniem Izby należy interpretować w ten sposób, że wykonawcy mają stosowne pozwolenia przedstawić, jeżeli ich posiadane jest wymagane przepisami prawa. Zatem, w ocenie Izby, wykonawca wskazujący, że „w przypadku niektórych firm, które zajmują się transportem i unieszkodliwianiem odpadów w swojej instalacji, nie ma obowiązku posiadania decyzji na zbieranie, ponieważ odbierane odpady transportowane są bezpośrednio do unieszkodliwiania”, gdy taka sytuacja go dotyczy i nie ma w ogóle obowiązku posiadania decyzji, nie ma też obowiązku przedstawienia takiej decyzji zamawiającemu i nie potrzebuje tu szczególnego „zwolnienia” przez zamawiającego z wymogu. Zatem prośba o „usunięcie

tego wymogu” nie była w ogóle konieczna. Podobnie zamawiający nie może zwolnić danego podmiotu z obowiązku prawnego posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, bo nie leży to w jego kompetencjach – może jedynie uznać, że nie trzeba tej decyzji mu okazywać, ewentualnie, że nie musi ona dotyczyć samego wykonawcy, a może podwykonawcy. Tym samym określenie „usunięcie wymogu” użytego przez wykonawcę zadającego pytania nie należy interpretować jako prośby o zwolnienie z obowiązku posiadania takiego pozwolenia, a jedynie – właśnie jak tłumaczył Zamawiający, jako sposobu udokumentowania posiadanych uprawnień: „nie trzeba przedstawiać”. Tym samym wyjaśnienia Zamawiającego do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jej ewentualna zmiana, jak też ewentualna zmiana ogłoszenia o zamówieniu nie zmieniały sytuacji wykonawców jako takiej, gdyż jest ona kształtowana przez przepisy prawa – zatem to przede wszystkim po zapoznaniu się z rodzajem i kodem odpadu wykonawcy podejmowali decyzję, czy w postępowaniu mogą wziąć udział, czy też nie.

Zatem owa zmiana mogłaby mieć znaczenie jedynie w zakresie stwierdzenia, że po „usunięciu wymogu” posiadania przez wykonawcę pozwolenia na zbieranie odpadów wykazanie uprawnień do realizacji danej części zamówienia (zbieranie odpadów) może przejść podwykonawca – i to pod warunkiem takiej „organizacji” posiadania uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia, w której zbieranie odpadów można oddzielić od ich transportu i przetwarzania, bez naruszenia przepisów prawa.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający – jak wynika z jego późniejszego stanowiska być może nie do końca celowo – obowiązek posiadania „pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów” ustanowił jako warunek wymagany od wykonawców, co wynika przede wszystkim wprost z treści punktu III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu „Wykaz i krótki opis warunków: Wykonawca spełni warunek jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.”

Podobnie w rozdziale VI pkt 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający wskazał, że „w celu stwierdzenia braku podstaw wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu” wezwie wykonawcę do złożenia wskazanych dokumentów podmiotowych, w tym aktualnego pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.

Izba nie ocenia pod względem poprawności prawnej samego sformułowania wymogu „przedstawi aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów”,

gdyż nie został on zakwestionowany na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jak też podczas kontroli.

W ocenie Izby nie ma również znaczenia, czy powyższe postanowienia uznamy raczej za warunek udziału w postępowaniu, czy też informację o dokumentach składanych na potwierdzenie spełniania warunku – istotne jest, że wynika z niego jednoznacznie, że dotyczą one samego wykonawcy, a nie podwykonawcy. Tym samym wykonawca musiał wykazać samodzielnie, że wymagane pozwolenia posiada.

Tymczasem wykonawca Cor-Mix P. T. wykazał jedynie posiadanie „pozwolenia” (w postaci wpisu do Bazy Danych Odpadowych) w zakresie transportu odpadów, zatem słusznie Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał, że wykonawca powinien zostać wezwany również do przedstawienia brakującego pozwolenia, które przedstawił jedynie dla spółki NewCo Sp. z o.o.

Należy się także zgodzić się z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych, że ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia ani jej wyjaśnień z 15 stycznia 2021 r. nie wynika, że wykonawca mógł umowę z podwykonawcą oraz decyzje go dotyczące przedstawić zamiast żądanego „pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów”. Treść pytania bowiem wyraźnie odnosi się nie do „pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów” wymienionego w podpunkcie 8., ale do dokumentu wskazanego w rozdziale VI pkt 6 ppkt 11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „oświadczenie potwierdzające wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu”. W pytaniu tym wskazano wprost: „Zamawiający wymaga oświadczenia potwierdzającego wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, wykorzystywanej do realizacji zamówienia, umożliwiające unieszkodliwienie ilości odpadów określonej w niniejszym zamówieniu. Czy zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu w zakresie pakietu nr 2 i pozwoleń na przedstawienie zawartej umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04?”, a Zamawiający zgodę taką wyraził, nie zmieniając przy tym żadnego z innych postanowień specyfikacji. Być może również w tym przypadku zamiar Zamawiającego był inny, ale nie został on w żaden sposób wyrażony.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 i 1b ustawy Prawo zamówień publicznych o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Przy czym warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć trzech kategorii: 1) kompetencji lub uprawnień do

prowadzenia określonej działalności zawodowej, 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej. Zgodnie z dyspozycją art. 22a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów – zatem powołanie się na zasoby podwykonawcy (podmiotu trzeciego) dla spełnienia warunków możliwe jest jedynie w przypadku sytuacji ekonomicznej/finansowej oraz zdolności technicznej/zawodowej, a nie kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności.

W związku z powyższym wykonawcy w tym zakresie nie mogli również z własnej inicjatywy, na podstawie samych przepisów, powołać się na pozwolenia (decyzje) podwykonawców.

Tym samym Zamawiający, wobec wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zobowiązany był żądać od wykonawcy Cor-Mix P. T. kompletu wymaganych przez siebie pozwoleń w zakresie „wytwarzania odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport i przetwarzanie odpadów”, a więc także kwestionowanej przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na przetwarzanie odpadów”.

W wezwaniu z 4 lutego 2021 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Cor-Mix P. T. do przedstawienia zarówno „aktualnego pozwolenia (decyzji) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport i unieszkodliwianie odpadów”, jak i „umowy z podwykonawcą posiadającym decyzje na przetwarzanie odpadów o kodzie 18 01 04 wraz z aktualnym pozwoleniem (decyzją) podwykonawcy na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport i unieszkodliwianie odpadów (zgodnie z odpowiedziami w wyjaśnieniach nr 1)”, a zatem wykonawca ten został prawidłowo wezwany do przedstawienia dokumentów (pomijając drobny błąd, że w wezwaniu oprócz umowy podwykonawstwa formalnie powinno znaleźć się także oświadczenie potwierdzające wolne moce przerobowe spalarni odpadów medycznych, gdyż wykonawca mógłby chcieć powyższe potwierdzić w stosunku do własnej spalarni, a nie spalarni podwykonawcy – nie ma to jednak znaczenia dla sprawy), lecz ich poprawnie nie przedstawił.

Tym samym zastosowanie ma art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „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”. Zamawiający nie wykazał, że zachodzą jakiegokolwiek z przesłanek odstąpienia od zastosowania dyspozycji powyższego przepisu – powołał się jedynie na zastosowanie art. 26 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym „wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz. U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590)”. Jednak powyższe działanie, jak słusznie zauważył Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczyło jedynie transportu odpadów, zostało w trakcie kontroli uznane za poprawne i nie było kwestionowane w naruszeniu.

Co zaś do kwestii naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. zaniechania wykluczenia wykonawcy Cor-Mix P. T. z udziału w postępowaniu, Izba stwierdziła, że zgodnie z tym przepisem 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 procedurą określoną w ustawie Prawo zamówień publicznych dyspozycja tego przepisu realizuje się dopiero po nieefektywnym wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wykonawca Cor-Mix P. T. nie został do uzupełnienia dokumentów w zakresie brakującego pozwolenia wezwany, jak też podczas kontroli nie zostało jednoznacznie ustalone, że takiego pozwolenia nie posiada, więc nie będzie w stanie uzupełnić. Wykonawca ten ani w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia ani późniejszej kontroli nie udzielał w tym przedmiocie informacji. Zamawiający co prawda w wyjaśnieniach udzielanych podczas kontroli wskazał, że wykonawca nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów, jednak nie wiadomo, czy stwierdzenie to oznacza, że Zamawiający posiada wiedzę, że w ogóle on takiego zezwolenia nie posiada, czy też, że jedynie go nie przedstawił w trakcie postępowania.

Zatem na obecnym etapie Izba nie może stwierdzić, czy wykonawca ten obiektywnie podlegałby wykluczeniu, a tym samym, że Zamawiający wskazany przepis naruszył, ponieważ jeszcze się on proceduralnie nie zrealizował, bowiem Zamawiający nie doszedł do etapu postępowania, w którym przepis ten mógłby mieć zastosowanie. Natomiast w przedstawionym stanie faktycznym samo zaniechanie wezwania z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych mogło mieć potencjalny wpływ na wynik postępowania.

W odniesieniu do wskazanego w „Informacji o wyniku kontroli doraźnej” naruszenia nr 1 i 3 Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 38 ust. 4a pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych potwierdził się, natomiast zarzut naruszenia art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie potwierdził się.

W ramach instytucji wyjaśniania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, 15 stycznia 2021 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień specyfikacji, które Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznał za jej istotną zmianę:

- pytanie nr 3 na str. 2: „Zamawiający w SIWZ w rozdziale VI pkt 6.8) wskazał: 8) aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Zgodnie z treścią SIWZ wykonawca zobowiązany jest do złożenia między innymi decyzji w zakresie zbierania odpadów. (...) W przypadku niektórych firm, które zajmują się transportem i unieszkodliwianiem odpadów w swojej instalacji, nie ma obowiązku posiadania decyzji na zbieranie, ponieważ odbierane odpady transportowane są bezpośrednio do unieszkodliwiania. W związku z tym wnosimy o usunięcie tego wymogu.

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.”

- pytanie nr 3 na str. 7: „3. Zamawiający wymaga aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów. Czy Zamawiający wyrazi zgodę na usunięcie wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w pakiecie nr 2?

ODP: Zamawiający wyraża zgodę. Jednocześnie podtrzymuje wymóg przedstawienia aktualnej decyzji na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport oraz unieszkodliwianie odpadów.”

Kwestia wskazywanych w pytaniach pozwoleń została opisana nie tylko w rozdziale VI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale także w punkcie III.1.1) ogłoszenia o zamówieniu „Wykaz i krótki opis warunków: Wykonawca spełni warunek jeżeli przedstawi aktualne pozwolenie (decyzja) na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem wymagań przewidzianych dla zezwolenia na transport, przetwarzanie i zbieranie odpadów.”

Zgodnie z art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych „jeżeli w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający: 1) zamieszcza ogłoszenie o zmianie ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie

art. 11 ust. 8; 2) przekazuje Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenie dodatkowych informacji, informacji o niekompletnej procedurze lub sprostowania, drogą elektroniczną, zgodnie z formą i procedurami wskazanymi na stronie internetowej określonej w dyrektywie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.”

Niezależnie więc od tego, czy przedmiotowe postanowienie uznać za warunek udziału w postępowaniu, czy też wymaganie dotyczące przedstawienia dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału, jak też, czy Zamawiający zrezygnował z wymogu, czy też jedynie go zmienił i na ile było to istotne – o co w trakcie kontroli toczono spór – nie zmienia to faktu, że dyspozycja przywołanego przepisu brzmi „jeżeli zmiana treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia prowadzi do zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu, zamawiający przekazuje ogłoszenie dodatkowych informacji”. Przedmiotowe postanowienie znalazło się w pierwotnej treści ogłoszenia, zatem – niezależnie jak je zakwalifikować w ramach powyższego sporu i na ile wprowadzona modyfikacja jest realnie istotna – zostało objęte dyspozycją art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przy tym nawet jeśli owe wyjaśnienia nie zmieniły sytuacji prawnej wykonawców pragnących ubiegać się o udzielenie zamówienia w sferze regulowanej przepisami o odpadach, o czym była mowa powyżej, o tyle mogły zmienić ich sytuację w postępowaniu, tzn. pozwolenia te mogły dotyczyć nie tylko samych wykonawców, ale i podwykonawców. Z punktu widzenia procedury udzielania zamówienia publicznego zmiana ta – pod względem formalnym – nie była więc zupełnie nieistotna, jednak, w ocenie Izby, trudno wskazać, że powyższe miało jakkolwiek potencjalny wpływ na wynik postępowania inny niż jedynie czysto hipotetyczny, ze względu na regulacje dotyczące samych pozwoleń, o czym była mowa powyżej.

Jeśli jednak chodzi o wskazane naruszenie art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, to – o ile brzmienie art. 38 ust. 4a ustawy Prawo zamówień publicznych okazało się niekorzystne dla Zamawiającego, o tyle w przypadku art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych działa na jego korzyść. Art. 12a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bowiem kontynuacją i dopełnieniem art. 12a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Brzmia one:

„1. W przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych lub opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający przedłuża termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian we wnioskach lub ofertach, jeżeli jest to konieczne.

2. Jeżeli zmiana, o której mowa w ust. 1, jest istotna, w szczególności dotyczy określenia przedmiotu, wielkości lub zakresu zamówienia, kryteriów oceny ofert, warunków udziału

w postępowaniu lub sposobu oceny ich spełniania, zamawiający przedłużył termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub termin składania ofert o czas niezbędny na wprowadzenie zmian we wnioskach lub ofertach, z tym że w postępowaniach, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, termin składania: 1) ofert nie może być krótszy niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu nieograniczonego; 2) wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie może być krótszy niż 30 dni, a jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia niż 15 dni od dnia przekazania zmiany ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej – w trybie przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.”

Ustawodawca zastrzegł więc, że zamawiający ma przedłużyć termin składania ofert, ale w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu. W ustępie drugim natomiast nie zmienia swojej dyspozycji w tym zakresie, a jedynie reguluje sytuację, gdy zmiana treści ogłoszenia jest istotna. W dalszej kolejności ust. 3 art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że zamawiający niezwłocznie po zamieszczeniu zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu zamieszcza informację o zmianach na stronie internetowej.

Ustawodawca powiązał więc zmianę terminu składania ofert ze zmianą ogłoszenia o zamówieniu, a nie zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zatem stworzył w przepisach pewien ciąg czynności, pomiędzy którymi istnieje związek przyczynowo-skutkowy i których wystąpienie jest wzajemną konsekwencją: zmiana specyfikacji – zmiana ogłoszenia – zmiana terminu – informacja o zmianach. Jednak w momencie, gdy ów ciąg czynności nie nastąpi, nie dojdzie też do realizacji hipotezy („w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu”), w zatem i dyspozycji („zamawiający przedłużył termin”) kolejnego przepisu. Jeśli to błąd, a nie celowe działanie ustawodawcy, to obciąża ustawodawcę, a nie zamawiającego, który stosuje istniejące przepisy.

Tym samym, skoro Zamawiający nie zmienił ogłoszenia o zamówieniu, nie zaistniało też warunkujące realizację obowiązku zawartego w art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych zdarzenie „w przypadku dokonywania zmiany treści ogłoszenia”, I choć można rozważać, czy Zamawiający postąpił prawidłowo czy też nieprawidłowo nie zmieniając ogłoszenia lub nie zmieniając terminu składania ofert, formalnie nie można mu zarzucić naruszenia art. 12a ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym Izba orzekła jak na wstępie.

Przewodniczący:

.....

.....