

WYROK

Warszawa, dnia 25 czerwca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Emilia Garbala

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 maja 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **GM STEEL sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 23-200 Kraśnik** oraz **W.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W., Wyrobki 11, 88-300 Mogilno**,

w postępowaniu prowadzonym przez: **Port Czystej Energii sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-175 Gdańsk**, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy **EL-KAJO sp. z o.o., ul. Jana Karola Chodkiewicza 61, 85-667 Bydgoszcz**,

orzeka:

1. **oddala odwołanie**,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, kwotę 620 zł 10 gr (słownie: sześćset dwadzieścia złotych dziesięć groszy) tytułem kosztów związanych z dojazdem zamawiającego na rozprawę oraz kwotę 34 zł 00 gr (słownie: trzydzieści cztery złote zero groszy) tytułem opłat od pełnomocnictw zamawiającego,

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 4 254 zł 10 gr (słownie: cztery tysiące dwieście pięćdziesiąt cztery złote dziesięć groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez zamawiającego.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - sądu zamówień publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1780/24

UZASADNIENIE

Zamawiający – Port Czystej Energii sp. z o.o., ul. Jabłoniowa 55, 80-175 Gdańsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Sukcesywny odbiór, transport oraz zagospodarowanie żużli powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych w Gdańsku”, numer referencyjny: PN/1/2024. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 08.01.2024 r., nr 5/2024 00010514-2024.

W dniu 20.05.2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: GM STEEL sp. z o.o., ul. Kolejowa 4, 23-200 Kraśnik oraz W.P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P.W., Wyrobki 11, 88-300 Mogilno (dalej: „Odwołujący”), w którym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) w zw. z art. 239 ust. 1 w zw. z 16 pkt 1-3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez dokonanie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, w sytuacji w której Odwołujący spełnia warunek udziału ustalony przez Zamawiającego w dokumentacji postępowania – rozdział X pkt 1 lit. b tiret drugi SWZ. Zamawiający bezpodstawnie uznał, że Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, pomimo tego, iż Odwołujący przedstawił Zamawiającemu Decyzję Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 7 lipca 2022 r., na podstawie której jeden z członków Konsorcjum Odwołującego - Wykonawca GM Steel otrzymał zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakładzie zlokalizowanym w Kraśniku, przy ul. Kolejowej 4 w procesie Odzysku R12 – w odniesieniu do kodu 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok. Z decyzji tych wynika, że Konsorcjum spełnia warunek udziału postawiony przez Zamawiającego w postępowaniu. Powyższe doprowadziło do naruszenia zasad udzielania zamówienia w sposób zapewniający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz nie jest zgodne z zasadami proporcjonalności i przejrzystości z oczywistym pokrzywdzeniem Odwołującego.

W szczególności Odwołujący podniósł, co następuje.

„(...) 5. Mając na uwadze treść uzasadnienia jaką przedstawił Zamawiający dla czynności odrzucenia ofert Odwołującego Stwierdzić należy, że w tym przypadku odrzucenie oferty Odwołującego dokonane zostało przez

Zamawiającego z naruszeniem przepisów ustawy pzp wskazanych w zarzutach, co szczegółowo zostanie opisane poniżej. (...)

8. Treść warunku udziału w postępowaniu: „O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który: będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia instalacją bądź instalacjami posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok) – w sposób wskazany przez Wykonawcę w ofercie (jeśli dotyczy). Zatem zgodnie z treścią warunku wykonawca NIE MUSIAŁ posiadać zezwolenia na przetwarzanie odpadów na co najmniej 35 000 Mg/rok tylko:

1) do 35 000 Mg/rok,

2) w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia.

9. Powyższe wynika wprost z postanowień SWZ oraz z treści odpowiedzi na pytania jakie Zamawiający udzielił w dniu 13.02.2024 r. w ramach odpowiedzi na pyt. nr 25 w brzmieniu:

„Odpowiedź na Pytanie 25

Zamawiający nie zmienia warunków udziału w postępowaniu, które są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował instalacją lub instalacjami posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia - tj. do 35 000 Mg/rok łącznie. Zgodnie z powyższym ilości odpadów, o których mowa powyżej nie mogą być niższe niż na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia tj. do 35 000 Mg/rok, a warunek zostanie spełniony także w przypadku, gdy instalacja/instalacje będą posiadały pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie ilości większej niż 35 000 Mg/rok. Jednocześnie Zamawiający wskazuje na treść § 1 ust. 4 PPU”.

10. Skoro na spełnienie warunku udziału Zamawiający nie oczekiwał od Wykonawcy na poziomie 35 000 Mg /rok, tylko takiej, która „w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok), to Odwołujący przedstawił decyzję, zgodnie z którą lider Konsorcjum - GM Steel otrzymał zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakładzie zlokalizowanym w Kraśniku, przy ul. Kolejowej 4 w procesie Odzysku R12 – w odniesieniu do kodu 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok. Dodatkowo Wykonawca GM STEEL w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2024 r. wskazał, że jego aktualne, wolne moce przerobowe w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia (zagospodarowanie odpadu 19 01 12 w zadeklarowany w Ofercie sposób) wynoszą 18 257 Mg , zatem spełnił warunek udziału. Spełnienie warunku udziału wymaga zrealizowania łącznie dwóch parametrów wprost, literalnie wskazanych w treści warunku udziału:

1) Wykonawca musi mieć zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 w ilości do 35 000 Mg/ rok. Odwołujący przedstawił decyzję z której wynika, że posiada zezwolenie na przetwarzanie 24 528 Mg/rok odpadów o kodzie 19 01 12 w wymaganym przez Zamawiającego procesie R5, zatem jedga decyzja mieści się w przedziale określonym w SWZ do 35 000 Mg/ rok. Ilość 24 528 Mg/rok w ujęciu matematycznym mieści się w przedziale do 35 000 Mg/rok.

2) Maksymalna ilość odpadów do odbioru w czasie trwania umowy zgodnie z OPZ to 17 666,67 Mg, dlatego Odwołujący, który przedstawił Zamawiającemu zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakładzie zlokalizowanym w Kraśniku, przy ul. Kolejowej 4 w procesie Odzysku R12 – w odniesieniu do kodu 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok i posiadający wolne moce przerobowe na poziomie 18 257 Mg spełnił warunek udziału, który literalnie brzmi, że wykonawca spełni warunek udziału, jeżeli posiada zezwolenie na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia.

3) Zamawiający w dokumentacji Postępowania nie wskazał wprost jaki jest poziom ilości odpadów wykaszany w zezwoleniu wykonawcy, który zapewniłby spełnienie warunku opisanego: na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia do 35 000 MG/ rok. Jednak analiza dokumentacji postępowania pozwala na ustalenie tej wartości z następujących danych podanych w dokumentacji postępowania:

A) Zgodnie z postanowieniami wskazanymi w pkt 3.1 OPZ:

Ilość żużli paleniskowych przewidziana do odbioru

1. Przewidywana ilość żużla do odbioru w okresie trwania zamówienia - 15 000 – 35 000 Mg/rok.

2. Przewidywana dzienna ilość żużla do odbioru 138 – 172 Mg/dzień (w okresie pracy instalacji w pełnej zainstalowanej mocy).

3. Przewidywana, szacunkowa ilość żużla w pierwszym kwartale po przystąpieniu do realizacji umowy będzie uzależniona od wydajności instalacji. Zakłada się następującą ilość żużla w przedmiotowym okresie:

- I miesiąc odbioru żużla:

- ilość żużla ok. 1 400 Mg/mc.

- II i III miesiąc odbioru żużla:

- ilość zużła ok. 2 300 Mg/mc.

oraz zgodnie z § 2 ust. 1 PPU „Przedmiot umowy będzie realizowany przez Wykonawcę w okresie obejmującym 2024 rok, od dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia (pierwszy odbiór odpadów)”.

Dlatego mając na uwadze treść dokumentacji postępowania można ustalić fakt, że zgodnie z tokiem procedowania usługa może być świadczona przez Wykonawcę najwcześniej od czerwca 2024 r. W konsekwencji powyższego, przy zastosowaniu najmniej korzystnego dla Odwołującego harmonogramu trwania umowy, umowa realizowana będzie przez Wykonawcę przez 7 miesięcy.

Zgodnie z OPZ w poszczególnych miesiącu realizacji usługi odbiór zużła będzie na poziomie:

Miesiąc	Maksymalna ilość odpadów do zagospodarowania w miesiącu
1 miesiąc - czerwiec	1400 Mg/mc
2 miesiąc- lipiec	2300 Mg/mc
3 miesiąc- lipiec	2300 Mg/mc
4 miesiąc- lipiec	2916,67 Mg/mc*
5 miesiąc- lipiec	2916,67 Mg/mc
6 miesiąc- lipiec	2916,67 Mg/mc
7 miesiąc- lipiec	2916,67 Mg/mc
SUMA:	17 666,67 Mg
	przez cały czas trwania umowy od czerwca 2024 włącznie do końca grudnia 2024 r.

*ilość 2916,67 Mg/mc wyliczona została poprzez przyjęcie, że w roku maksymalne zapotrzebowanie Zamawiającego wynosi 35 000 Mg/rok. Dlatego średnie maksymalne miesięczne ilości do odbioru wynosić muszą 35 000 Mg / 12 miesięcy = 2916,67 Mg/m.

11. Zgodnie z postanowieniami § 3 ust. 4 PPU: „Rzeczywista ilość odpadów do odbioru wynikać będzie z bieżących potrzeb Zamawiającego oraz profilu powstawania odpadów. Nie można wykluczyć przestojów ITPOK, w czasie których nie będzie następował odbiór odpadów. Zamawiający nie będzie pokrywał dodatkowych kosztów poza tymi, które zostaną określone jako wynagrodzenie Wykonawcy”. Dlatego Odwołujący wskazuje, że ustalona przez niego ilość maksymalna odpadów do odbioru w tym zamówieniu na poziomie 17 666,67 Mg nie zakłada przestojów, które zakłada sam Zamawiający w treści wzoru umowy.

12. Mając na uwadze ustanowiony przez Zamawiającego warunek udziału – jego literalną treść, dla Odwołującego, który w sposób rzetelny i szczegółowy przeanalizował dokumentację postępowania przed złożeniem oferty, oczywistym jest, że aby spełnić warunek udziału należy posiadać zezwolenie na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia, który jak wyżej wykazał Odwołujący 17 666,67 Mg , co jednocześnie mieści się w granicy postawionej przez Zamawiającego poprzez słowo „do” do 35 000 Mg/rok. Oczywistym bowiem dla Odwołującego jest, że skoro umowa nie ma być realizowana przez rok tylko przez maksymalnie 7 miesięcy, a na skutek wniesienia przedmiotowego odwołania zapewne maksymalnie 6 miesięcy, to żaden wykonawca nie musi mieć wolnych mocy wynikających z zezwolenia na poziomie innym niż teki, który ma zapewnić wykonanie przedmiotu zamówienia.

13. (...) Wg Odwołującego, Zamawiający bezpodstawnie stwierdził, że ilość wskazana w decyzji Decyzji Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 7 lipca 2022 r. Wykonawca GM Steel otrzymał zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakładzie zlokalizowanym w Kraśniku, przy ul. Kolejowej 4 w procesie Odzysku R12 – w odniesieniu do kodu 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok jest niewystarczająca, skoro odwołujący wykazał powyżej, że maksymalna wielość przedmiotu zamówienia to 17 666,67 Mg. Zatem nawet wolne moce przerobowe jakie jeszcze zgodnie z oświadczeniem Odwołującego z dnia 13.03.2024 r. wynoszą 18 257 Mg, pozwalają na spełnienie warunku udziału w postępowaniu, w jego brzmieniu ustanowionym w SWZ i jeszcze zachowanie zapasu.

14. Zgodnie z SWZ – XI.2.b. w zakresie warunków określonych w punkcie X 1 d) SWZ Zamawiający dopuszcza w przypadku Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, aby przedmiotowy warunek został wykazany wspólnie (dopuszcza się połączenie potencjału). Zatem jeżeli GM Steel sp. z o.o. spełnił wskazany warunek, to oferta Konsorcjum -Odwołującego nie podlega odrzuceniu z uwagi na brak spełnienia warunku udziału w Postępowaniu.

15. Dokonanie weryfikacji realności udostępnienia zasobów na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie może być dokonywane w oderwaniu od postawionego warunku udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający na etapie po otwarciu ofert, w sposób sprzeczny z literalną treścią warunku udziału, dokonuje oceny Odwołującego wg niewyartykułowanego wcześniej w SWZ warunku udziału w postępowaniu, co jest niedopuszczalne. (...)”

W związku z tym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2)unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu,
- 3)kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Pismem z dnia 24.05.2024 r. wykonawca EL-KAJO sp. z o.o., ul. Jana Karola Chodkiewicza 61, 85-667 Bydgoszcz (dalej: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i przedstawił swoje stanowisko w sprawie. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 20.06.2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy Strony podtrzymały swoje stanowiska w sprawie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest sukcesywny odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12 – żużle i popioły paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11, powstających w procesie termicznego przekształcania odpadów komunalnych w Instalacji termicznego przekształcania odpadów w Gdańsku (ITPOK) przez okres od zawarcia Umowy do 31.12.2024 r.

Zgodnie z pkt 3.1. opisu przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ”) stanowiącego zał. nr 2 do specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”):

3.1. Ilość żużli paleniskowych przewidziana do odbioru

1. Przewidywana ilość żużla do odbioru w okresie trwania zamówienia - 15 000 – 35 000 Mg/rok.

2. Przewidywana dzienna ilość żużla do odbioru 138 – 172 Mg/dzień (w okresie pracy instalacji w pełnej zainstalowanej mocy).

3. Przewidywana, szacunkowa ilość żużla w pierwszym kwartale po przystąpieniu do realizacji umowy będzie uzależniona od wydajności instalacji. Zakłada się następującą ilość żużla w przedmiotowym okresie:

• I miesiąc odbioru żużla:

- ilość żużla ok. 1 400 Mg/mc.

• II i III miesiąc odbioru żużla:

- ilość żużla ok. 2 300 Mg/mc.

Zgodnie z pkt 4 OPZ zamówienie będzie realizowane do końca 2024r., zgodnie z niżej wskazanym rozkładem:

1. początkowy okres pracy instalacji, w którym wytwarzana będzie mniejsza, zmienna ilość odpadów – ok. 3 miesiące,

2. okres, w którym Instalacja będzie funkcjonowała w pełnej zainstalowanej mocy.

Zgodnie z pkt X.1 lit. b) tiret drugi i lit. d) tiret drugi SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

b) spełnia warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj.:

- posiada uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 w sposób zgodny z przedmiotem zamówienia i zadeklarowany przez Wykonawcę w Ofercie,

d) spełnia warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej, tj.:

- będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia instalacją bądź instalacjami posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok) – w sposób wskazany przez Wykonawcę w ofercie (jeśli dotyczy).

Zgodnie z pkt XI.2 lit. a) i lit. b) SWZ, szczególny sposób spełniania warunków zamówienia udziału w postępowaniu:

a) w zakresie warunków określonych w punkcie X.1.b) SWZ, odpowiednie uprawnienia muszą posiadać ci spośród Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, którzy będą wykonywać odpowiednią część zamówienia, do której wymagane jest posiadanie określonych uprawnień. Złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku jedynie przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, będzie równoznaczne z deklaracją, iż ten Wykonawca będzie wykonywał część zamówienia, której wymaga uprawnienie.

b) w zakresie warunków określonych w punkcie X.1.d) SWZ Zamawiający dopuszczając przypadek Wykonawców ubiegających się wspólnie o udzielenie zamówienia, aby przedmiotowy warunek został wykazany wspólnie (dopuszczając się połączenie potencjału).

Pismem z dnia 31.01.2024 r. Zamawiający odpowiedział m.in. na następujące pytanie dotyczące SWZ:

„Pytanie 25

Zamawiający w zakresie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do zdolności technicznej lub zawodowej wymaga od Wykonawców dysponowania instalacją bądź instalacjami posiadającymi stosowne pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetworzenia ilościami na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia. Z zapisu pkt 3.1. ust. 1 OPZ wynika, że maksymalna przewidywana ilość żużla do odbioru w okresie trwania zamówienia może wynieść nawet 35 000 Mg/rok. Mając na uwadze, że w interesie Zamawiającego jest

takie ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu, aby wybrać Wykonawców, którzy na podstawie posiadanej wiedzy i doświadczenia oraz uprawnień, w sposób optymalny spełnią jego oczekiwania i należycie wykonają zamówienie, zwracam się z wnioskiem o zmianę warunków postępowania w tym zakresie i wprowadzenie wymogu posiadania pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów ilościami wynikającymi z decyzji na poziomie co najmniej do 35 000 Mg/rok, ponieważ minimalna zdolność Wykonawcy w zakresie przetwarzania odpadów powinna być maksymalną wartością zamówienia Zamawiającego na dany kod odpadów. Pozwoli to na wyselekcjonowanie podmiotów, które zajmują się zagospodarowaniem odpadów w sposób celowy i przemyślany, stawiając zdecydowane warunki brzegowe tym, którzy z gospodarką odpadami mają do czynienia w sposób incydentalny.

Odpowiedź na Pytanie 25

Zamawiający nie zmienia warunków udziału w postępowaniu, które są adekwatne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający wymaga, aby Wykonawca dysponował instalacją lub instalacjami posiadającymi pozwolenie/pozwoleń na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia - tj. do 35 000 Mg/rok łącznie. Zgodnie z powyższym ilości odpadów, o których mowa powyżej nie mogą być niższe niż na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia tj. do 35 000 Mg/rok, a warunek zostanie spełniony także w przypadku, gdy instalacja/instalacje będą posiadały pozwolenie/pozwoleń na przetwarzanie ilości większej niż 35 000 Mg/rok. Jednocześnie Zamawiający wskazuje na treść § 1 ust. 4 PPU."

Odwołujący złożył ofertę, w której zaoferował:

- 90 zł brutto za odbiór, transport i zagospodarowanie 1 Mg żużli i popiołów paleniskowych innych niż wymienione w 19 01 11 (odpad inny niż niebezpieczny – kod odpadu 19 01 12),
- 3 150 000 zł brutto za odbiór, transport i zagospodarowanie 35 000 Mg żużli i popiołów paleniskowych innych niż wymienione w 19 01 11 (odpad inny niż niebezpieczny – kod odpadu 19 01 12).

Do oferty Odwołujący dołączył oświadczenie (zał. nr 8 do SWZ) o treści:

„1. Oświadczam, że następujące usługi: Sukcesywny odbiór, transport oraz zagospodarowanie żużli powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych oraz koordynację przebiegu realizacji, awizacji oraz ewidencji ilości odbieranych odpadów na bieżąco w porozumieniu z Partnerem, wykona Wykonawca: GM STEEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 4, 23 – 200 Kraśnik.

2. Oświadczam, że następujące usługi: zagospodarowanie żużli powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, wykona Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSROL, Wyrębki 11, 88 – 300 Mogilno w instalacji J.W., Józefowo, 88 – 300 Mogilno”.

Pismem z dnia 29.02.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, do wyjaśnienia ceny oferty oraz do złożenia na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp m.in. „uzupełnionego oświadczenia, o którym mowa w art. 117 ust. 4 (Załącznik nr 8 do SWZ) poprzez wskazanie, które usługi (w jakim zakresie) będą wykonywane przez wykonawcę GM STEEL Sp. z o.o., a które (w jakim zakresie) przez wykonawcę P.W.. Z przedłożonego oświadczenia wynika, że zagospodarowanie odpadu w postaci żużli będzie dokonywane zarówno przez wykonawcę GM STEEL Sp. z o.o. , jak i P.W., jednak nie określono jaki zakres ilościowy zagospodarowania odpadu przypada na każdego z wykonawców”.

W odpowiedzi z dnia 11.03.2024 r. Odwołujący złożył m.in. wykaz dostępnych instalacji do przetwarzania odpadów o kodzie 19 01 12 (zał. nr 9 do SWZ), w którym na potwierdzenie spełniania warunku z pkt X.1. lit. d) wskazał dwie instalacje: jedną w Kraśniku należącą do GM Steel i drugą w Józefowie/Mielenku należącą do W.P..

Do ww. wykazu Odwołujący dołączył m.in. następujące decyzje:

- 1)decyzję Starosty Mogileńskiego z dnia 18.11.2019 r. wydaną dla Przedsiębiorstwa Wielobranżowego TRANSROL W.P., w której zmieniono „zezwolenie na przetwarzanie odpadów poza instalacjami nr AS.6223.6.2017 z dnia 1 lutego 2017 r. wraz z późniejszą zmianą nr AS.6233.8.2017 z dnia 02.03.2017 r. w następujący sposób:
(...) 4) w procesie R5 - budowa, przebudowa lub remonty dróg i autostrad fundamentów wałów, nasypów:
(...) ex 19 01 12 — żużle paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11 - 40 000* Mg/rok”.
- 2)decyzję Marszałka Województwa Lubelskiego z 07.07.2022 r. wydaną dla GM Steel Sp. o.o., w której udzielono pozwolenia na wytwarzanie odpadów m.in. o kodzie 19 01 12 – żużle i popioły paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11 – o masie 24 528 Mg/rok.

Jednocześnie Odwołujący złożył nowe oświadczenie (zał. nr 8 do SWZ) o treści:

„1. Oświadczam, że następujące usługi: Sukcesywny odbiór, transport oraz przekazanie do zagospodarowania żużli powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych oraz koordynację przebiegu realizacji, awizacji oraz ewidencji ilości odbieranych odpadów na bieżąco w porozumieniu z Partnerem, wykona Wykonawca: GM

STEEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Kolejowa 4, 23 – 200 Kraśnik.

2. Oświadczam, że następujące usługi: zagospodarowanie żużli w ilości 35000 Mg, powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, wykona Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSROL, Wyrobk 11, 88 – 300 Mogilno w instalacji J.W., Józefowo, 88 – 300 Mogilno”.

Dodatkowo w § 3 pkt 1 umowy konsorcjum z dnia 25.01.2024 r. przedłożonej w ramach wyjaśnień rażąco niskiej ceny wskazano:

„Konsorcjum zobowiązuje się do:

1) prawnej odpowiedzialności za wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie:

- a) Partner — odbioru i zagospodarowania odpadów we własnej instalacji posiadającej decyzję nr: RL.6233.2.2021, FE.6233.18.2019, AS-6233.6 2017, na warunkach określonych umową,
- b) Lider konsorcjum — koordynacji przebiegu realizacji, awizacji oraz prowadzenia ewidencji ilości odbieranych odpadów na bieżąco w porozumieniu z Partnerem oraz transportu odpadów do Partnera”.

Pismem z dnia 08.03.2024 r. Zamawiający wskazał następujące wątpliwości:

- „1. Roczna masa odpadów o kodzie 19 01 12 podlegających przetworzeniu przez GM STEEL, wskazana w posiadanych przez Spółkę decyzjach administracyjnych oraz wynikająca z aktualnych zobowiązań umownych, nie jest wystarczająca aby pokryć zapotrzebowanie Zamawiającego na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12 w br. opisane w SWZ.
- 2. Proces przetwarzania odpadów o kodzie 19 01 12, który stosuje GM STEEL nie jest wystarczający do zapewnienia stabilizacji i unieszkodliwienia odpadów tzn. prowadzi wyłącznie do odseparowania metali żelaznych oraz nieżelaznych z odpadów. Tym samym proces nie eliminuje substancji niebezpiecznych zawartych w odpadach, a powstałe odpady nie powinny zostać wykorzystane jako kruszywo bez uprzedniego przetworzenia prowadzącego do utraty statusu odpadu.
- 3. GM STEEL magazynuje odpady w sposób niezgodny z wymaganiami wydanego pozwolenia, powodując zanieczyszczenie środowiska”.

W związku z tym Zamawiający wezwał „do złożenia wyczerpujących wyjaśnień, materiałów dowodowych, w szczególności wydanych pozwoleń w zakresie przetwarzania odpadów, którymi dysponują wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia. Proszę o przedstawienie szczegółowej informacji dotyczącej planowanej organizacji realizacji zamówienia na podstawie złożonej w postępowaniu oferty tj. uwzględniając deklarowany w ofercie podział zadań między Liderem i Partnerem. Wyjaśnienia winny odpowiadać co najmniej na następujące pytania:

- 1. Jakie są całkowite moce przerobowe wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - osobno dla Lidera i Partnera?
- 2. Jakie są wolne moce przerobowe wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia osobno dla Lidera i Partnera?
- 3. Jaki jest planowany, szczegółowy podział zadań pomiędzy wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - z uwzględnieniem ilości odpadów do zagospodarowania osobno dla Lidera i Partnera?
- 4. Jak będzie realizowany proces zagospodarowania odpadów przez Lidera i przez Partnera (dokładny opis planowanego postępowania z odpadami przez każdego z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia)?
- 5. Jakie odpady (o jakich kodach) powstają w wyniku przetwarzania odpadów o kodzie 19 01 12 przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia?
- 6. Czy wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia posiadają wyniki badań odpadów powstających w wyniku przetwarzania odpadów o kodzie 19 01 12? Jeżeli tak wyniki należy przedstawić Zamawiającemu.”

W odpowiedzi z dnia 13.03.2024 r. Odwołujący powołał się na decyzje administracyjne będące już w posiadaniu Zamawiającego oraz wskazał m.in., że:

Ad. 2. „W chwili udzielania odpowiedzi GM STEEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością posiada 18 257 Mg wolnych mocy przerobowych dla odpadów o kodzie takim jak przedmiot zamówienia oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe W.P. posiada 40 000 MG mocy przerobowych dla odpadów o kodzie takim jak przedmiot zamówienia”.

Ad. 3. „Członkowie Konsorcjum podzielili się pracą nad realizacją przedmiotu zamówienia w taki sposób, że każdy z członków konsorcjum ma takie same obowiązki przy realizacji umowy, tzn. że w instalacji każdego z członków konsorcjum odpady będące przedmiotem zamówienia mogą być zagospodarowane, przy czym GM STEEL Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęła na siebie obowiązki lidera Konsorcjum zatem, odpowiada za reprezentację Konsorcjum przed Zamawiającym itp.”

Pismem z dnia 26.03.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp m.in.:

- 1) do złożenia wyjaśnień w związku z tym, że ze złożonych dokumentów wynika, że współkonsorcjant W.P. nie posiada uprawnień do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 (ma do ex 19 01 12), zaś lider GM Steel ma takie uprawnienia, ale tylko w ilości 24 528 Mg/rok, a z oświadczenia stanowiącego zał. nr 8 wynika, że zadania z zakresu zagospodarowania odpadów będzie wykonywał W.P., przy czym Zamawiający dodał, że: „Jeżeli wskazane przez

Wykonawcę uprawnień (wpis do BDO) nie potwierdzają posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej zgodnie z X.I.b. tiret drugi SWZ Zamawiający wzywa na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp do złożenia dokumentów, o których mowa w XIII. 4.1.b) SWZ, które te okoliczność potwierdza i które będą potwierdzać spełnianie przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w X.I.b. tiret drugi swz”.

- 2), do wyjaśnień w zakresie wymienionych w Załączniku nr 8 do Oferty „Wykaz narzędzi” (pkt 1) instalacji do przetwarzania odpadów poprzez odpowiedź na pytanie, czy Wykonawca będzie dysponował na potrzeby wykonania zamówienia instalacją bądź instalacjami posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok) — w sposób wskazany przez Wykonawcę w ofercie”, przy czym powołując się m.in. na złożone uprzednio przez Odwołującego decyzje administracyjne, Zamawiający dodał, że: „Jeżeli dla instalacji wymienionych w pkt 1 „Wykazu Narzędzi” Wykonawca nie posiada pozwoleń/pozwoleń na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok) — w sposób wskazany przez Wykonawcę w ofercie Zamawiający, na podstawie przepisu art. 128 ust. 1 Pzp wzywa do uzupełnienia pkt 1 „Wykazu Narzędzi” poprzez wskazanie instalacji posiadających pozwolenie/pozwoleń na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 z dopuszczonymi do przetwarzania odpadów w decyzjach ilościami odpadów objętych przedmiotem zamówienia na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia, którymi Wykonawca będzie dysponował na potrzeby realizacji przedmiotu zamówienia i wykazania spełniania przez Wykonawcę warunku udziału w postępowaniu określonego w X.I.d tiret drugi SWZ”.

W odpowiedzi z dnia 04.04.2024 r. Odwołujący:

- powołał się na decyzje wydane dla W.P., z których wynika, że ma on moce przerobowe w ilości „40 000 Mg/ rok zatem większej niż w warunku, który mówi o ilości 35 000 Mg/rok”,
- wyjaśnił, że przedrostek „ex” nie powoduje, że współkonsorcjant W.P. posiada uprawnienia do innych odpadów niż o kodzie 19 01 12,
- nie zmienił załącznika nr 9 w zakresie instalacji (pozostawił te same dwie instalacje należące po jednej do każdego z członków konsorcjum).

Pismem z dnia 09.05.2024 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Przystępującego oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

W uzasadnieniu odrzucenia oferty Zamawiający powołał się na treść warunków z pkt X.1 lit. b) tiret drugi i lit. d) tiret drugi oraz pkt XI.2 lit. a) i lit. b) SWZ i wskazał:

„Zgodnie z Ofertą Wykonawcy zagospodarowanie odpadu o kodzie 19 01 12 w całości miało być realizowane przez Partnera Konsorcjum PW TRANSROL W.P., podczas gdy z przedłożonych dokumentów wynika, iż Partner Konsorcjum nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 - żużle i popioły paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11 (zadeklarowany w Ofercie proces R5), a wyłącznie w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie ex 19 01 12 - żużle paleniskowe inne niż wymienione w 19 01 11 (nazwa pomija „popioły paleniskowe”). W ITPOK będzie powstawał odpad o kodzie 19 01 12, tj. żużle i popioły paleniskowe innej niż wymienione w 19 01 11 i jego zagospodarowanie jest przedmiotem niniejszego postępowania.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami z dnia 17 maja 2015 r. w procesie R5 - budowa, przebudowa lub remonty dróg i autostrad oraz budowy i ich fundamentów, wałów, nasypów odpady o kodzie ex 19 01 12 mogą być zagospodarowane wyłącznie do podbudowy dróg i autostrad jeżeli spełniają wymagania tamże określone. Odpady, które zostaną wytworzone w ITPOK będą odpadami o kodzie 19 01 12, tj. nie będą spełniać określonych w Rozporządzeniu wymogów. Równocześnie, nawet gdyby w ślad za Wyjaśnieniami Lidera Konsorcjum GM STEEL Sp. z o.o. z dnia 13 marca 2024 r. oraz uwzględniając SWZ - XI.2.a za drugie: złożenie dokumentów potwierdzających spełnianie tego warunku jedynie przez jednego z Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, będzie równoznaczne z deklaracją, iż ten Wykonawca będzie wykonywał część zamówienia, której wymaga uprawnienie przyjąć, że to Lider Konsorcjum będzie dokonywał zagospodarowania odpadów, należy stwierdzić, że Lider Konsorcjum nie spełnia samodzielnie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania uprawnień do zagospodarowania odpadu o kodzie 19 01 12 w ramach niniejszego postępowania, albowiem jego wolne moce przerobowe (zgodnie z Wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 13 marca 2024 r.) wynoszą jedynie 18 257 Mg, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów o łącznej, maksymalnej masie 35 000 Mg.

(...) Wykonawca w ofercie wskazał, że usługę objętą zamówieniem, w zakresie zagospodarowania odpadów w procesie R5 wykona w całości - 35 000 Mg - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Transrol W.P. (vide: Załącznik nr 8 pkt. 2). Z przedłożonych dokumentów, tj. Załącznika nr 9 pn. „Wykaz narzędzi” wraz z załącznikami - Decyzją Starosty Mogileńskiego z dnia 1 lutego 2017 r., Decyzją Starosty Mogileńskiego z dnia 18 listopada 2019 r. oraz Decyzją Starosty

Mogileńskiego z dnia 23 marca 2021 r. wynika, iż Wykonawca przewiduje przetwarzanie odpadów będące przedmiotem zamówienia, w procesie RS, w oparciu o pozwolenie na przetwarzanie odpadów poza instalacjami, wydane dla zakładu mieszczącego się w Józefowie WP, Mielenka. Z treści pozwolenia, o którym mowa powyżej wynika, iż pozwolenie na prowadzenie wskazanej działalności nie obejmuje kodu odpadu, którego dotyczy przedmiot zamówienia tj. 19 01 12.

W odniesieniu do wskazanej w pkt 1 Wykazu narzędzi instalacji przy ul. Kolejowej 4, 23-200 Kraśnik należącej do Wykonawcy GM STEEL, jak wynika z treści przedłożonej przez Wykonawcę Decyzji Marszałka Województwa Lubelskiego z dnia 7 lipca 2022 r. Wykonawca GM Steel otrzymał zezwolenie na przetwarzanie odpadów w zakładzie zlokalizowanym w Kraśniku, przy ul. Kolejowej 4 w procesie Odzysku R12 - w odniesieniu do kodu 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok, co stanowi ilość niewystarczającą dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu zacytowanego powyżej, Dodatkowo Wykonawca GM STEEL w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2024 r. wskazał, że jego aktualne, wolne moce przerobowe w zakresie wykonania przedmiotu zamówienia (zagospodarowanie odpadu 19 01 12 w zadeklarowany w Ofercie sposób) wynoszą jedynie 18 257 Mg, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów o łącznej, maksymalnej masie 35 000 Mg."

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

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności Zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności w niniejszej sprawie należy odnieść się do argumentacji Zamawiającego, zgodnie z którą oferta Odwołującego została odrzucona z uwagi na niespełnienie dwóch warunków udziału w postępowaniu tj. warunku z pkt X.1.lit. b) tiret drugi oraz warunku z pkt X.1.lit. d) tiret drugi SWZ, a jednocześnie zarzut Odwołującego dotyczy wyłącznie warunku z pkt X.1.lit. b) tiret drugi, co oznacza, że Odwołujący nie kwestionuje odrzucenia swojej oferty z uwagi na niespełnienie warunku z pkt X.1.lit. d) tiret drugi. O ile Zamawiający ma rację wskazując, że ww. oferta została odrzucona z powodu niespełnienia obu ww. warunków, o tyle Izba nie zgadza się z Zamawiającym, że Odwołujący kwestionuje w odwołaniu wyłącznie niespełnienie warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi. Art. 516 ust. 1 pkt 7 - 10 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie zamawiającego, którym zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Z powyższego wynika, że nie tylko wskazanie (najczęściej w petitum odwołania) czynności zamawiającego oraz naruszonych przez niego przepisów ustawy tworzy zarzut. Zarzut jest substratem okoliczności faktycznych i prawnych, które powinny być wskazane w odwołaniu w dowolnych jego częściach i to właśnie te czynności zakreślają granice rozpoznania odwołania. W niniejszej sprawie Odwołujący nie wskazał w petitum odwołania kwestii niespełnienia warunku opisanego w pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ, ale niewątpliwie kwestia ta została przedstawiona w uzasadnieniu odwołania, choćby w pkt 8 i 14, jak też w całej argumentacji Odwołującego. Skoro zatem zarzut dotyczący warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi został wskazany w petitum odwołania, a zarzut dotyczący warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi został wskazany w uzasadnieniu odwołania, Izba stwierdziła, że Odwołujący kwestionuje odrzucenie swojej oferty w zakresie obu tych warunków i w takim zakresie rozpoznała odwołanie.

Kolejną kwestią wymagającą wyjaśnienia jest podnoszona przez Odwołującego podstawa faktyczna odrzucenia jego oferty. Należy w tym miejscu ponownie wskazać, że w świetle pisma Zamawiającego z dnia 09.05.2024 r. oferta ta została odrzucona z powodu niespełnienia przez Odwołującego dwóch warunków: z pkt X.1. lit. b) tiret drugi i z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ, przy czym:

I.Ad. pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ – warunek opisany w tym punkcie dotyczył posiadania uprawnień w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 w sposób zgodny z przedmiotem zamówienia i zadeklarowany w ofercie i zgodnie z pkt XI.2. lit. a) SWZ musiał być spełniony przez tego wykonawcę (w przypadku konsorcjum), który w

trakcie realizacji zamówienia będzie wykonywał zadania polegające na zagospodarowaniu odpadów. W uzasadnieniu odrzucenia oferty na str. 3 w zdaniu zaczynającym się od słów: „Zgodnie z Ofertą Wykonawcy ...” Zamawiający wskazał, że współkonsorcjant TRANSROL W.P. nie posiada uprawnień do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12, gdyż posiada inne uprawnienia, tj. uprawnienia do zagospodarowania odpadów o kodzie ex 19 01 12, które to odpady nie są przedmiotem zamówienia. Zatem oferta Odwołującego została odrzucona jako niespełniająca warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi z powodu nieposiadania przez ww. współkonsorcjanta uprawnień do zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia.

Nie można się przy tym zgodzić z Odwołującym, że jedyną podstawą odrzucenia jego oferty była zbyt mała ilość odpadów o kodzie 19 01 12, dla zagospodarowania której uprawnienia posiada instalacja w Kraśniku należąca do GM Steel. Przede wszystkim nie potwierdza tego zdanie, na które powołuje się Odwołujący: „Równocześnie, nawet gdyby w ślad za Wyjaśnieniami Lidera Konsorcjum GM STEEL Sp. z o.o. z dnia 13 marca 2024 r. oraz uwzględniając SWZ - XI.2.a zd. drugie: (...) przyjąć, że to Lider Konsorcjum będzie dokonywał zagospodarowania odpadów, należy stwierdzić, że Lider Konsorcjum nie spełnia samodzielnie warunku udziału w postępowaniu dot. posiadania uprawnień do zagospodarowania odpadu o kodzie 19 01 12 w ramach niniejszego postępowania, albowiem jego wolne moce przerobowe (zgodnie z Wyjaśnieniami Wykonawcy z dnia 13 marca 2024 r.) wynoszą jedynie 18 257 Mg, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów o łącznej, maksymalnej masie 35 000 Mg”. Należy zauważyć, że używając w ww. zdaniu słów: „Równocześnie nawet gdyby przyjąć” Zamawiający wyraził jedynie pewną hipotezę co do tego, że nawet gdyby przy ocenie ww. warunku brać pod uwagę uprawnienia drugiego współkonsorcjanta, tj. GM Steel, to i tak warunek ten nie mógłby zostać spełniony z uwagi na brak uprawnień do wystarczającej masy odpadów. Nie zmienia to jednak faktu, że podstawą faktyczną odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ nie była wskazana wyżej hipotetyczna sytuacja dotycząca ilości odpadów objętych uprawnieniami GM Steel, ale brak uprawnień TRANSROL W.P. do zagospodarowania odpadów będących przedmiotem zamówienia, tj. odpadów o kodzie 19 01 12.

Przy czym oceną prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego z ww. przyczyny Izba zajmie się w dalszej części uzasadnienia wyroku, a w tym miejscu jedynie wskazuje, dlaczego argumenty Odwołującego o rzekomo wyłącznej podstawie faktycznej odrzucenia jego oferty odnoszącej się do ilości odpadów w jego instalacji są niezasadne.

II.Ad. pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ – warunek opisany w tym punkcie dotyczył dysponowania instalacją/instalacjami posiadającą/posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 w ilościach dopuszczonych decyzjami „na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok)”. W odróżnieniu od poprzednio omawianego warunku, ten warunek - zgodnie z pkt XI.2. lit. b) SWZ - mógł być wykazany przez konsorcjantów wspólnie. Stąd też Zamawiający wskazując w uzasadnieniu powody jego niespełnienia odniósł się najpierw do powodów dotyczących współkonsorcjanta TRANSROL W.P., a następnie do powodów dotyczących współkonsorcjanta GM Steel.

W przypadku TRANSROL W.P. Zamawiający przypomniał, że w oświadczeniu zawartym w załączniku nr 8 Odwołujący wskazał, że w zakresie zagospodarowania odpadów zamówienie w całości wykona właśnie TRANSROL W.P.. Jednocześnie Zamawiający powołał się na wykaz narzędzi (zał. nr 9) i dołączone do niego decyzje administracyjne wydane dla ww. współkonsorcjanta i ponownie stwierdził, że z decyzji tych wynika, że TRANSROL W.P. nie posiada uprawnień do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12, czyli odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

W przypadku GM Steel dopiero w tym miejscu uzasadnienia, tj. w odniesieniu do warunków z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ, Zamawiający wskazał, że GM Steel posiada zezwolenie na przetwarzanie w zakładzie w Kraśniku odpadów o kodzie 19 01 12 „w ilości 24 528 Mg/rok, co stanowi ilość niewystarczającą dla spełnienia warunku udziału w postępowaniu”, a dodatkowo jego aktualne moce przerobowe „wynoszą jedynie 18 257 Mg, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów o łącznej, maksymalnej masie 35 000 Mg.”

Podsumowując zatem wątek tego, co zostało wskazane jako podstawy faktyczne odrzucenia oferty Odwołującego w piśmie z dnia 09.05.2024 r. należy stwierdzić, że:

- w zakresie warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi – był to brak uprawnień TRANSROL W.P. do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 będących przedmiotem zamówienia,
- w zakresie warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi – były to: brak uprawnień TRANSROL W.P. do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 będących przedmiotem zamówienia oraz brak uprawnień GM Steel do zagospodarowania odpadów w ilości wymaganej w opisie tego warunku.

W zakresie tak wskazanych przez Zamawiającego podstaw faktycznych Izba dokona zatem oceny, czy odrzucenie oferty Odwołującego było zasadne.

Odnosząc się do warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ dotyczącego posiadania uprawnień w zakresie zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 w sposób zgodny z przedmiotem zamówienia, przede wszystkim należy zauważyć, że Odwołujący nie zawarł uzasadnienia do zarzutu sformułowanego w tym zakresie w petitum odwołania. W

szczegółności Odwołujący nie przedstawił argumentów, dlaczego jego zdaniem Zamawiający niezasadnie uznał, że TRANSROL W.P. nie posiada uprawnień do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12 będących przedmiotem zamówienia. Być może brak argumentacji w tym zakresie wynika z błędnej oceny Odwołującego, jakie były podstawy faktyczne odrzucenia jego oferty, ale nie zmienia to faktu, że brak uzasadnienia zarzutu sam w sobie stanowi powód uznania, że zarzut nie jest zasadny. Innymi słowy: już tylko brak uzasadnienia dla zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty z uwagi na niespełnienie warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ stanowi samodzielną podstawę uznania, że zasadność tego zarzutu nie została przez Odwołującego wykazana, co skutkuje oddaleniem odwołania w tym zakresie.

Niezależnie od powyższego, skoro wątek ten został poruszony na rozprawie, Izba pragnie zauważyć, że zgodnie z art. 117 ust. 2 ustawy Pzp warunek dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o którym mowa w art. 112 ust. 2 pkt 2, jest spełniony, jeżeli co najmniej jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia posiada uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej i zrealizuje roboty budowlane, dostawy lub usługi, do których realizacji te uprawnienia są wymagane. Stosownie do ww. przepisu i art. 117 ust. 4 ustawy Pzp oraz pkt XI.2. lit. a) SWZ Zamawiający żądał złożenia załącznika nr 8 zawierającego oświadczenie o tym, które usługi wykonają poszczególni konsorcjanci. Z uwagi na niejasną treść pierwotnie złożonego oświadczenia, w dniu 29.02.2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do uzupełnienia go. W nowym oświadczeniu Odwołujący jednoznacznie wskazał, że *„zagospodarowanie żużli w ilości 35000 Mg, powstających w Instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, wykona Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSROL, Wyróbki 11, 88 – 300 Mogilno w instalacji J.W., Józefowo 88 – 300 Mogilno”*. Skoro zatem Odwołujący wyznaczył do zagospodarowania odpadów współkonsorcjanta TRANSROL W.P. (co potwierdza też treść § 3 pkt 1 umowy konsorcjum), to tenże współkonsorcjant, a nie nikt inny, musi posiadać uprawnienia do zagospodarowania odpadów o kodzie 19 01 12. Tymczasem z przedłożonych decyzji administracyjnych, zwłaszcza zaś z decyzji Starosty Mogileńskiego z dnia 18.11.2019 r. wynika, że P.W. posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie ex 19 01 12, przy czym poza sporem (przynajmniej w postępowaniu odwoławczym) pozostaje, że odpady o kodach 19 01 12 i ex 19 01 12 nie są tożsame i że te drugie (z przedrostkiem „ex”) nie są objęte przedmiotem zamówienia. Jednocześnie mimo wezwania z dnia 26.03.2024 r. do złożenia wyjaśnień (art. 128 ust. 4 ustawy Pzp) lub złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie ww. warunku (art. 128 ust. 1 ustawy Pzp) Odwołujący ograniczył się do wskazania mocy przerobowych instalacji należącej do ww. współkonsorcjanta i do zapewnienia, że odpady o ww. różnych kodach są tymi samymi.

Podsumowując, w świetle uzupełnionego załącznika nr 8, Zamawiający prawidłowo badał spełnienie warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ tylko w stosunku do współkonsorcjanta TRANSROL W.P. i prawidłowo ustalił na podstawie złożonych decyzji, że TRANSROL W.P. nie posiada zezwolenia na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie spełnia warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ.

Przy czym raz jeszcze należy podnieść, że już sam brak w odwołaniu uzasadnienia dla zarzutu dotyczącego warunku z pkt X.1. lit. b) tiret drugi SWZ skutkuje koniecznością uznania tego zarzutu za niezasadny.

Odnosząc się do warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ dotyczącego dysponowania instalacją/instalacjami posiadającą/posiadającymi pozwolenie/pozwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 01 12 w ilościach dopuszczonych decyzjami *„na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia (do 35 000 Mg/rok)”*, należy zauważyć, że spór pomiędzy Stronami dotyczy tego, jak rozumieć zwrot *„do 35 000 Mg/rok”* i czy Odwołujący posiadający zezwolenie wydane dla GM Steel na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12 w ilości 24 528 Mg/rok spełnia ten warunek.

Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, teoretycznie ww. warunek konsorcjanci mogli spełnić łącznie, jednakże w praktyce instalacja należąca do TRANSROL W.P. nie mogła być przy ocenie spełniania tego warunku uwzględniona, ponieważ podmiot ten nie posiada zezwolenia na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12. W efekcie Zamawiający mógł ocenić spełnienie tegoż warunku tylko w oparciu o instalacje należące do GM Steel.

Po drugie zatem, przechodząc do potencjału GM Steel, Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego osadzającej się na wyliczeniach, zgodnie z którymi przez 7 miesięcy do końca 2024 r. zagospodarowaniu będzie podlegać 17 666,67 Mg/rok, co stanowi wg Odwołującego *„poziom wystarczający dla realizacji zamówienia”* i ilość mieszczącą się zarówno w masie 24 528 Mg/rok przewidzianej w decyzji Marszałka Województwa Lubelskiego z 07.07.2022 r. wydanej dla GM Steel, jak i w masie 18 257 Mg/rok stanowiącej jego wolne moce przerobowe. Jak słusznie wskazał Przystępujący, biorąc pod uwagę przewidywaną w pkt 3.1. OPZ dzienną ilość odpadów do odbioru, tj. 138 – 172 Mg/dzień i przewidywane ilości w pierwszych trzech miesiącach realizacji zamówienia (1400, 2300, 2300 Mg/miesiąc), w ciągu 7 miesięcy wykonawca będzie musiał zagospodarować od 22 560 do 26 640 Mg/rok, co przekracza wolne moce przerobowe GM Steel, a w ilości maksymalnej przekracza także poziom wskazany w pozwoleniu na zagospodarowanie. Niezależnie jednak od ww. wyliczeń należy zauważyć, że skoro w treści warunku po słowach *„na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia”* w nawiasie wskazano *„(do 35 000 Mg/rok)”*, to znaczy, że treść w nawiasie

stanowi doprecyzowanie treści przed nawiasem, czyli „poziom wystarczający dla realizacji zamówienia” to ilość „do 35 000 Mg/rok”, a nie żadna inna, np. 17 666,67 Mg/rok. Ponadto przyjęcie argumentacji Odwołującego prowadziłoby do sytuacji, w której w zależności od długości trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i związanej z tym prawdopodobnej długości okresu realizacji zamówienia do końca 2024 r., wymagana ilość odpadów, na których zagospodarowanie trzeba mieć zezwolenie, w różnym czasie byłaby różna. Taka sytuacja jest z oczywistych powodów niedopuszczalna i również z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp wynika, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Zatem niezależnie od tego, ile czasu będzie trwała realizacja zamówienia, wykonawcy muszą w dniu składania ofert spełniać warunek, w tym wypadku polegający na posiadaniu instalacji posiadającej pozwolenie na przetwarzanie odpadów w ilości „do 35 000 Mg/rok”.

Po trzecie zatem należy ustalić, co oznacza zwrot „do 35 000 Mg/rok”. W ocenie Izby nie jest to najszcześliwsze sformułowanie, gdyż czytając je dosłownie należałoby uznać, że warunek będzie spełniony nawet w absurdalnej sytuacji, gdy wykonawca wykaże instalację posiadającą zezwolenie np. na 1 Mg/rok. Zamawiający i Przystępujący uzasadniali użycie tego sformułowania tym, że w treści decyzji administracyjnych właściwe organy formułują dopuszczalną ilość odpadów posługując się właśnie słowem „do”. Rzeczywiście taki zwrot pojawia się np. w decyzji Marszałka Województwa Lubelskiego z 07.07.2022 r. wydanej dla GM Steel (str. 5), ale w innych decyzjach złożonych w tym postępowaniu dopuszczalna masa wskazywana jest też bez użycia słowa „do”.

Dlatego zdaniem Izby, należy sięgnąć do pytania i odpowiedzi nr 25, w której Zamawiający dokonał wykładni ww. warunku. Przede wszystkim w odpowiedzi tej Zamawiający napisał, że wymaga dysponowania instalacją posiadającą pozwolenie na przetwarzanie odpadów na poziomie wystarczającym dla realizacji zamówienia - „*tj. do 35 000 Mg/rok włącznie*”. Istotne jest w tym wypadku słowo „włącznie”, które oznacza, że wymagana ilość odpadów nie może być mniejsza niż 35 000 Mg/rok. W kolejnym zdaniu wprowadzając Zamawiający znowu posługuje się słowem „do”, ale z całokształtu tego zdania wynika, że chodzi o wartości nie mniejsze niż 35 000 Mg/rok, zwłaszcza, że w dalszej części zdania Zamawiający zaznacza, że dopuszcza ilości większe niż 35 000 Mg/rok. Mimo zatem niepotrzebnego, w ocenie Izby, posługiwania się w opisie warunku słowem „do”, w świetle pkt 3.1. OPZ przewidującego ilości odpadów objętych zamówieniem, całej treści ww. warunku i odpowiedzi na pytanie nr 25, zwłaszcza słowa „włącznie”, należy przyjąć, że dla wykazania spełnienia warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ konieczne jest wykazanie posiadania instalacji z pozwoleniem na co najmniej 35 000 Mg odpadów na rok, która to ilość jest też maksymalną przewidywaną do zagospodarowania w ramach tego zamówienia. Tak zresztą sposób rozumienia tego warunku przez Odwołującego wynika także ze złożonego przez niego załącznika nr 8, w którym oświadczył, że „*następujące usługi: zagospodarowanie zużłi w ilości 35000 Mg (...) wykona Wykonawca: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe TRANSROL*”. Podobnie w odpowiedzi z dnia 04.04.2024 r. Odwołujący wskazał: „*decyzja przedstawione Zamawiającemu potwierdzają także, że wykonawca ma moce przerobowe na podstawie przedstawionej decyzji ilości 40 000 Mg/ rok zatem większej niż w warunku, który mówi o ilości 35 000 Mg/rok*”. Takie stwierdzenia w oświadczeniach Odwołującego również potwierdzają, że pierwotnie rozumiał on warunek jako wymagający posiadania pozwolenia na co najmniej 35 000 Mg/rok.

Podsumowując, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ustalił, że żaden ze współkonsorcjantów Odwołującego nie wykazał spełnienia warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ: TRANSROL W.P. nie posiada bowiem zezwolenia na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 01 12, zaś GM Steel posiada instalację z pozwoleniem na zagospodarowanie odpadów w ilości niewystarczającej w świetle tegoż warunku. W konsekwencji Zamawiający prawidłowo ustalił, że Odwołujący nie spełnia warunku z pkt X.1. lit. d) tiret drugi SWZ.

W konsekwencji Zamawiający zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie obu ww. warunków na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp.

Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska Stron i Przystępującego przedstawione w pismach procesowych i na rozprawie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437). Na koszty zasądzone od odwołującego na rzecz zamawiającego składają się: wynagrodzenie pełnomocnika zamawiającego (3.600,00 zł), koszt opłat skarbowych od pełnomocnictw (34 zł) oraz koszty związane z dojazdem, czyli: koszt podróży PKP (149 zł + 169 zł = 318 zł) i koszt noclegu (302,10 zł), co razem daje kwotę 4.254,10 zł.

Przewodnicząca