

Sygn. akt: KIO 1309/24

POSTANOWENIE

Warszawa, dnia 7 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Oskar Oksiński

na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 7 maja 2024 r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 kwietnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ZPHU MASTA DUO s.c., Z.M. z siedzibą lidera w Świerkocinie w postępowaniu prowadzonym przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. z siedzibą w Warszawie

postanawia:

1. odrzuca 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.

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 1309/24

Uzasadnienie

Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w m.st. Warszawie S.A. (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. - dalej: „ustawa Pzp” lub „Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Gospodarowanie odpadami o kodzie 19 12 09

z podziałem na zadania, numer referencyjny: 01338/WS/PW/PZP-DRZWRS/U/2023. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 listopada 2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 00680158-2023.

W dniu 19 marca 2024 r. Zamawiający przekazał w zakresie zadania nr 1 informację o odrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ZPHU MASTA Duo s.c., Z.M. z siedzibą w Grudziądzu (dalej: „Odwołujący” lub „Konsorcjum”) oraz o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez J.K. D.J. s.c.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec ww. czynności, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) Pzp w zw. z art. 226a. ust. 1 ustawy o odpadach poprzez jego niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w konsekwencji bezpodstawne odrzucenie oferty Konsorcjum przez błędne i niczym nieuzasadnione przyjęcie, że Odwołujący nie wykazał się spełnieniem warunku posiadania ostatecznej w części dotyczącej odpadów będących przedmiotem postępowania decyzji (wraz ze zmianami) zezwalającej na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważnej przez cały okres obowiązywania umowy, jak również uznanie, że przedłożona decyzja nr OS.6233.48.2016 z dnia 26 października 2016 r. oraz decyzja Marszałka woj. Kujawsko - Pomorskiego z dnia 18 listopada 2014 r. zn. ŚG.I.G7244.33.2013.MC zezwalające na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09 nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SiWZ pomimo faktu, że w wyjaśnieniu z dnia 6 grudnia 2023 r. Zamawiający oświadczył, że: „odpad o kodzie 19 12 09, którego zagospodarowanie stanowi przedmiot zamówienia nie pochodzi z przetwarzania odpadów komunalnych” podczas gdy obie przedłożone decyzje zezwalają na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09 (nie pochodzącego z odpadów komunalnych), tj. na odzysk dokładnie takich samych odpadów jakie posiada Zamawiający, przy czym decyzja nr OS.6233.48.2016 z dnia 26 października 2016 r. jest ważna do dnia 26.10.2026 r. zaś decyzja Marszałka woj. Kujawsko - Pomorskiego z dnia 18 listopada 2014 r. zn. ŚG.I.G

7244.33.2013. MC jest ważna do dnia 18 listopada 2024 r., ale po tym terminie nie wygaśnie - przy spełnieniu warunku, że w okresie do dnia 31 grudnia 2025 r. posiadacz odpadów - czyli Wykonawca w terminie nie później niż trzy miesiące przed upływem tego czasu złoży wniosek o wydanie nowego zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Odwołujący jako wykonawca wykazał, że będzie mógł na podstawie obu decyzji realizować zamówienie w całym okresie jego trwania tj. przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy co oznacza, że nie można uznać braku ważności decyzji w okresie obowiązywania umowy.

2)art. 253 ust. 1 w zw. z art. 239 Pzp poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy J.K. D.J. s.c. podczas gdy oferta ta w świetle postawionych kryteriów oceny ofert nie jest ofertą najkorzystniejszą (oferta najdroższa) zaś najkorzystniejsza jest oferta Odwołującego.

3)art. 16 pkt. 1 Pzp poprzez naruszenie zasady równego traktowania wykonawców i zasady uczciwej konkurencji polegające na wyborze oferty wykonawcy, którego oferta nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle postawionych kryteriów oceny ofert oraz na bezpodstawnym odrzuceniu oferty Odwołującego i wybraniu oferty najdroższej.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1)unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2)unieważnienie czynności odrzucenie oferty Konsorcjum,
- 3)dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Konsorcjum.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał w szczególności, że złożył ofertę w Zadaniu nr 1 - Gospodarowanie odpadami o kodzie 19 12 09 pochodzącymi z Zakładu „Czajka”, która została bezpodstawnie odrzucona przez Zamawiającego. Zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się m.in. Wykonawcy, którzy posiadają ostateczną w części dotyczącej odpadów będących przedmiotem postępowania decyzję (wraz ze zmianami) zezwalającą na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważną przez cały okres obowiązywania umowy, którego dotyczy spór.

Odwołujący podał, że w punkcie 5.1.1.1. lit. b) Części I SWZ, Zamawiający wymagał w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym lub posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile obowiązek ten wynika z odrębnych przepisów, posiadania przez Wykonawców ostatecznej w części dotyczącej odpadów będących przedmiotem postępowania decyzji (wraz ze zmianami) zezwalającej na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważną przez cały okres obowiązywania umowy. Na potwierdzenie w/w warunku udziału w postępowaniu, Zamawiający wymagał w punkcie 6.6.1. lit. b) SWZ przedłożenia ostatecznej w części dotyczącej odpadów będących przedmiotem postępowania decyzji (wraz ze zmianami) zezwalającej na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważnej przez cały okres obowiązywania umowy.

Następnie Odwołujący podał, że w dniu 15.01.2024 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał Konsorcjum do złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie w celu wykazania spełniania warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ, złożył decyzję wydaną przez Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 18 listopada 2014 r. nr SG.I.7244.33.2013.MC zmienioną decyzją Ministra Środowiska z dnia 23 września 2016 r. nr DZŚ-III.281.20.2016.MT zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie 19 12 09, której ważność wskazano do dnia 18.11.2024 r. Zgodnie z brzmieniem warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ, Wykonawca zobowiązany był przedłożyć decyzję (wraz ze zmianami) zezwalającą na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważną przez cały okres obowiązywania umowy czyli przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 09.02.2024 r. wezwał Wykonawcę do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ, tj.: do złożenia:

-innej ostatecznej w części dotyczącej odpadów będących przedmiotem postępowania decyzji (wraz ze zmianami) zezwalającej na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważnej przez cały okres obowiązywania umowy.

albo

-kopii potwierdzenia przyjęcia przez Urząd Państwa wniosku o wydanie nowego zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów na podstawie art. 226a ustawy o odpadach mówiącym, że „w okresie do dnia

31 grudnia 2025 r. zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów nie wygasa ze względu na upływ czasu, na jaki zostało wydane, jeżeli posiadacz odpadów w terminie nie później niż trzy miesiące przed upływem tego czasu złoży wniosek o wydanie nowego zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów.”

W wyznaczonym terminie Odwołujący przedłożył decyzję wydaną przez Starostę Grudziądzkiego 26 października 2016 r. nr OS.6233.48.2016, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 30 listopada 2017 r. nr OS.6233.66.2017, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 24 października 2019 r. nr OS.6233.73.2019, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 23 marca 2021 r. nr OS.6233.26.2020 zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09, ważnej do dnia 26.10.2026 r. W ocenie Zamawiającego przedłożona przez Wykonawcę decyzja nr OS.6233.48.2016 z dnia 26 października 2016 r. zezwalająca na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09 nie potwierdza spełnienia przez Wykonawcę warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ. Zamawiający stawiając warunek wskazany w 5.1.1.1. lit. b) SWZ ustanowił jednoznaczny wymóg legitymowania się przez Wykonawców decyzją zezwalającą na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09 bez zawężania znaczenia całego kodu odpadu (czyli bez prefiksa ex). Zamawiający nie precyzuje w warunku udziału w postępowaniu jak należy rozumieć ważność decyzji przez cały okres obowiązywania umowy. W ujęciu doktrynalnym „decyzja administracyjna” stanowi „władcze działanie prawne organu administracji skierowane na wywołanie konkretnych, indywidualnie oznaczonych skutków prawnych (...) w indywidualnie oznaczonych sprawach”. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 czerwca 1993 r. w sprawie o sygn. akt III ARN 27/93 (OSNCP 1994 r. Nr 2, poz. 43) stwierdzając, że w postępowaniu administracyjnym gwarancje trwałości decyzji należy rozumieć w ten sposób, że strony są nią związane do czasu, dopóki nie zmieniły się jej istotne elementy, wynikające z art. 107 § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego, tj. nadal występują te same strony lub ich następcy prawni oraz nie zmieniła się podstawa prawna decyzji. Zamawiający w chwili obecnej nie posiada podstaw do uznania, że decyzja Odwołującego straci walor ważności w trakcie obowiązywania umowy. Zamawiający z góry zakłada, że wykonawca w terminie zawitym nie później niż do 18 sierpnia 2024 r. nie złoży wniosku o wydanie nowego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, który skutkuje przedłużeniem ważności zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego przez Marszałka woj. Kujawsko - Pomorskiego zn. SG.I.G 7244.33.2013. MC do dnia 31 grudnia 2025 r. W aktualnie obowiązującej decyzji z dnia 18 listopada 2014 r. zn. SG.I.G 7244.33.2013. MC (załączonej przez konsorcjum) termin obowiązywania pozwolenia określono na 18 listopada 2024 r. Wykonawca w wyjaśnieniach, że mając na uwadze zapis art. 226a. ust. 1, który stanowi: „W okresie do dnia 31 grudnia 2025 r. zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów nie wygasa ze względu na upływ czasu, na jaki zostało wydane, jeżeli posiadacz odpadów w terminie nie później niż trzy miesiące przed upływem tego czasu złoży wniosek o wydanie nowego zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów” złoży stosowny wniosek o wydanie nowego zezwolenia, z zachowaniem terminu ustawowego. Aktualnie wniosek jest w trakcie przygotowywania. Zgodnie z art. 226a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach „w okresie do dnia 31 grudnia 2025 roku zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów nie wygasa ze względu na upływ czasu, na jaki zostało wydane, jeżeli posiadacz odpadów w terminie nie później niż trzy miesiące przed upływem tego czasu złoży wniosek o wydanie nowego zezwolenia. To nie Zamawiający decyduje o ważności decyzji tylko treść danej decyzji i powszechnie obowiązujące przepisy prawa. W ocenie Odwołującego o ważności decyzji nie przesądza w tym momencie termin wskazany w samej decyzji, ale właśnie przepisy powszechnie obowiązującego prawa, w tym wyżej wskazany art. 226a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach. Wykonawca realizujący przedmiotowe zamówienie musi podejmować wszelkie niezbędne działania oraz wykonywać obowiązki zgodne z tą ustawą - jak właśnie m. in. składać terminowe wnioski celem podtrzymania jej ważności w myśl art. 226a ust. 1 ustawy o odpadach. Takie jest również ratio legis tego przepisu. Nie może być tak, że poszczególni wykonawcy są różnie oceniani z punktu widzenia ryzyka kontraktowego jakim jest hipotetyczna utrata decyzji w trakcie realizacji umowy, albowiem skutki w każdym przypadku wiążą się z brakiem możliwości dalszej realizacji zamówienia. Zamawiający w projekcie Umowy dla zadania 4 w § 3 ust. 8, zobowiązuje wykonawcę do zachowania ciągłości posiadanych uprawnień koniecznych do realizacji przedmiotu umowy, a w § 3 ust. 9, zobowiązuje wykonawcę do dostarczenia w terminie do 7 dni od uzyskania, każdą ostateczną decyzję zmieniającą decyzję, o której mowa w ust. 7 lub nową decyzję. Wykonawca zobowiązany jest poinformować Zamawiającego o każdej aktualizacji wpisu w BDO w zakresie transportu odpadów o kodzie 19 12 09, a także o wykreśleniu z rejestru. Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 9 lutego przedłożyło inną decyzję wydaną przez Starostę Grudziądzkiego z dnia 26 października 2016r. nr OS.6233.48.2016, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 30 listopada 2017 r. nr OS.6233.66.2017, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 24 października 2019 r. nr OS.6233.73.2019, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 23 marca 2021 r. nr OS.6233.26.2020 zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09, ważnej do dnia 26.10.2026 r. Legenda Ex 19 12 09 - minerały (np. piasek, kamienie) inne niż pochodzące z przetwarzania odpadów komunalnych. Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie

uznaje, że skoro decyzja nadaje uprawnienie do przetwarzania odpadu ex 19 12 09 to Wykonawca nie przedłożył wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ, czyli decyzji zezwalającej na zagospodarowanie odpadu 19 12 09. W wyjaśnieniach SWZ z dnia 6 grudnia 2023 r. Zamawiającego zostało wskazane: „Do przedmiotowego postępowania wpłynęło poniższe pytanie dotyczące treści SWZ. Zamawiający działając na podstawie art. 135 ust. 2 ustawy Pzp udziela wyjaśnień treść SWZ j.n.: Pytanie nr 3 W związku z brakiem możliwości dopisania przedrostka ex przed kodem odpadu czy Zamawiający dopisze na karcie przekazania odpadu w polu uwagi informacji o tym że opad nie pochodzi z przetwarzania odpadów komunalnych? Taką informację Zamawiający udzielił w poprzednim postępowaniu: „Gospodarowanie odpadami o kodzie 19 12 09 pochodzącymi z Zakładu „Czajka” (postępowanie nr 01668/WS/PW/PZP-DRZ-WRS/U/2023). Odpowiedź nr Zamawiający informuje, iż podtrzymuje stanowisko udzielone w odpowiedzi z dnia 04.12.2023 r., że zgodnie z zapisami obowiązującej decyzji MPWiK w m.st. Warszawie S.A. jest wytwórcą odpadów o kodzie 19 12 09 i zagospodarowanie odpadów o takim kodzie będzie stanowić przedmiot usługi umowy zawartej w ramach niniejszego postępowania. Ponadto Zamawiający informuje, że zgodnie z odpowiedzią udzieloną na pytanie zadane do postępowania 01668/WS/PW/PZP-DRZ-WRS/U/2023 odpad o kodzie 19 12 09, którego zagospodarowanie stanowi przedmiot zamówienia nie pochodzi z przetwarzania odpadów komunalnych”. Odwołujący stwierdził, że skoro odpad 19 12 09 nie pochodzi z przetwarzania odpadów komunalnych powinien być oznaczony prefiksem ex, powyższe wynika chociażby z załącznika nr 1 poz. 1 do rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 maja 2015 r. w sprawie odzysku odpadów poza instalacjami i urządzeniami: ex 19 12 09 Minerality (np. piasek, kamienie) inne niż pochodzące z przetwarzania odpadów komunalnych. A zatem odpad, ex 19 12 09 wskazany w decyzji wydanej przez Starostę Grudziądzkiego z dnia 26 października 2016r. nr OS.6233.48.2016, z późn. zm. to odpad tożsamy z odpadem stanowiącym przedmiot zamówienia dla zadania nr 1. Definicja legalna odpadu komunalnego, znajduje się w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach: 7) odpadach komunalnych - rozumie się przez to odpady powstające w gospodarstwach domowych oraz odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter i skład są podobne do odpadów z gospodarstw domowych, w szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i odpady selektywnie zebrane:

a) z gospodarstw domowych, w tym papier i tektura, szkło, metale, tworzywa sztuczne, bioodpady, drewno, tekstylia, opakowania, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory oraz odpady wielkogabarytowe, w tym materace i meble, oraz

b) ze źródeł innych niż gospodarstwa domowe, jeżeli odpady te są podobne pod względem charakteru i składu do odpadów z gospodarstw domowych

- przy czym odpady komunalne nie obejmują odpadów z produkcji. rolnictwa. leśnictwa. rybołówstwa, zbiorników bezodpływowych. sieci kanalizacyjnej oraz z oczyszczalni ścieków. w tym osadów ściekowych, pojazdów wycofanych z eksploatacji oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych: niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pozostają niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane przetwarzaniu odpadów, ale przetwarzanie to nie zmieniło w sposób znaczący ich właściwości. Nie jest możliwe, aby Zamawiający prowadząc oczyszczalnię ścieków był wytwórcą odpadu 19 12 09 pochodzącego z odpadów komunalnych. Jest on wytwórcą odpadów nie pochodzących z odpadów komunalnych dla których oznaczenia stosuje się prefiks ex. Niedopuszczalne jest zatem dokonywanie wykładni tych przepisów na niekorzyść Wykonawcy. Odwołujący spełnia zatem warunek udziału w postępowaniu i daje rękojmię należytego wykonania umowy w całym okresie jej obowiązywania.

Dalej Odwołujący stwierdził, że spełnienie warunków udziału w postępowaniu daje Wykonawcy decyzja Starosty Grudziądzkiego z dnia 26 października 2016r. nr OS.6233.48.2016, zmieniona decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 30 listopada 2017 r. nr OS.6233.66.2017, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 24 października 2019 r. nr OS.6233.73.2019, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 23 marca 2021 r. nr OS.6233.26.2020 zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09, ważnej do dnia 26.10.2026 r. jak i też decyzja wydana przez Marszałka woj. Kujawsko- Pomorskiego zn. ŚG.I.G 7244.33.2013.MC z 18 listopada 2014 r. ważna w podstawowym założeniu do 18 listopada 2024 r. z możliwą opcją jej wydłużenia po złożeniu wniosku do 31 grudnia 2025 r.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie wniósł o odrzucenie odwołania z uwagi na jego wniesienie przez podmiot nieuprawniony, uznając, że dokumenty dołączone do odwołania, tj. odpisy z CEiDG nie potwierdzają, iż S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą ZPHU MASTA PLUS STANISŁAW KORTAS J oraz Z.M., którzy udzieliłi pełnomocnictwa r.pr Damianowi Janaszkiowi są współnikami spółki cywilnej pod nazwą ZPHU MASTA DUO s.c., Świerkocin 20, 86-300 Grudziądz. Informacji o ww. spółce cywilnej brak w CEiDG. Zamawiający powziął wątpliwość czy na dzień wniesienia odwołania podmiot ten istniał.

W uzasadnieniu stanowiska w odniesieniu do zarzutów odwołania Zamawiający podał m.in., że podtrzymuje w całości stanowisko zawarte w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 8 kwietnia 2024 r. w zakresie zadania 1. Zgodnie z postanowieniami SWZ w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ, Odwołujący zobowiązany był przedłożyć decyzję (wraz ze zmianami) zezwalającą na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09, ważną przez cały okres obowiązywania umowy czyli przez okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Złożony przez Odwołującego dokument nie potwierdzał spełnienia warunku zdolności do występowania w obrocie gospodarczym lub posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej opisanego w SWZ; biorąc pod uwagę okres obowiązywania umowy wskazany w warunkach zamówienia, tj. 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy oraz termin ważności decyzji umowa musiałaby zostać zawarta w dniu 15 stycznia 2024 r. co nie było możliwe. W związku z powyższym Zamawiający w dniu 09.02.2024 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, w celu potwierdzenia spełnienia warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ. W wyznaczonym na uzupełnienie terminie Odwołujący przedłożył decyzję wydaną przez Starostę Grudziądzkiego z dnia 26 października 2016 r. nr OS.6233.48.2016, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 30 listopada 2017 r. nr OS.6233.66.2017, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 24 października 2019 r. nr OS.6233.73.2019, zmienioną decyzją Starosty Grudziądzkiego z dnia 23 marca 2021 r. nr OS.6233.26.2020 zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09, ważnej do dnia 26.10.2026 r.

W ocenie Zamawiającego przedłożona przez Odwołującego decyzja nr OS.6233.48.2016 z dnia 26 października 2016 r. zezwalająca na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09 nie potwierdza spełnienia przez Odwołującego warunku, o którym mowa w punkcie 5.1.1.1. lit. b) SWZ. Wbrew twierdzeniom Odwołującego przywołanymi odpowiedziami na pytania Wykonawców Zamawiający nie zmodyfikował treści warunku oraz nie dopuścił możliwości legitymowania się przez Wykonawców decyzją zezwalającą na odzysk odpadu o kodzie ex 19 12 09. Zamawiający jako wytwórca odpadów dysponuje decyzją o kodzie 19 12 09 stąd wymóg posiadania przez Wykonawców decyzji zezwalającej na przetwarzanie poprzez odzysk lub zbieranie lub unieszkodliwianie z wyłączeniem składowania odpadów o kodzie 19 12 09. Twierdzenia Odwołującego i zawarta w odwołaniu argumentacja w tym zakresie nie zasługują na uwzględnienie gdyż zaprzeczają oczywistym faktom a przede wszystkim treści decyzji wydanej dla Zamawiającego jako wytwórcy odpadów. Decyzja ta obejmuje odpady o kodzie 19 12 09 nie zaś jak bezpodstawnie twierdzi Odwołujący odpady o kodzie ex 19 12 09. Odwołujący znając treść ww. warunku oraz datę ważności posiadanej decyzji miał ponad miesiąc by przedłożyć Zamawiającemu właściwy dokument (pierwsze wezwanie Zamawiający skierował do Odwołującego w dniu 15 stycznia 2024 t.) Drugi ze wskazanych w wezwaniu dokumentów był możliwy do pozyskania przez Odwołującego w tym terminie. Odwołujący jako Wykonawca składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu winien był znać warunki udziału w nim jak również skutki braku potwierdzenia ich spełnienia. Skoro Odwołujący nie wykazał się należyłą starannością w tym zakresie i nie przedłożył właściwego dokumentu nie jest uprawniony oczekiwać, iż Zamawiający z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców następczo zinterpretuje opisany przez siebie w SWZ warunek udziału w postępowaniu w sposób odmienny niż jego literalne brzmienie oraz cel jego postawienia by umożliwić Odwołującemu wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp jako wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Stosownie do art. 528 pkt 2 ustawy Pzp *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.*

Badanie podstaw odrzucenia odwołania jest obligatoryjną czynnością dokonywaną przez Izbę na posiedzeniu. Jeśli stwierdzone zostaną przesłanki wskazane w art. 528 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie.

Art. 505 ustawy Pzp wskazuje podmioty uprawnione do skorzystania ze środków ochrony prawnej, w tym wniesienia odwołania. Zgodnie z tym przepisem: *1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. 2. Środki ochrony prawnej wobec ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub ogłoszenia o konkursie oraz dokumentów zamówienia przysługują również organizacjom wpisanym na listę, o której mowa w, oraz Rzecznikowi Małych i Średnich Przedsiębiorców.*

Zgodnie z art. 7 pkt 30 ustawy Pzp przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która oferuje na rynku wykonanie robót budowlanych lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług lub ubiega się o udzielenie zamówienia, złożyła ofertę lub

zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego.

W okolicznościach analizowanej sprawy zauważenia wymaga, że z oznaczenia w petitum pisma wynika, że odwołanie zostało wniesione przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ZPHU MASTA DUO s.c. (Lider), Z.M. (Partner). Do odwołania zostało załączone pełnomocnictwo z dnia 15 kwietnia 2024 r. dla radcy prawnego udzielone z oznaczeniem mocodawców:

S.K. junior prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZPHU MASTA PLUS - z adresem działalności Świerkocin 20, 86-302 Grudziądz NIP: 8762337050 oraz S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy „MASTA” Cegielnia Świerkocin S.K. z adresem działalności Świerkocin 20, 86-302 Grudziądz NIP: 8761345225 działający jako wspólnicy spółki cywilnej: ZPHU MASTA DUO s.c., Świerkocin 20, 86-302 Grudziądz NIP: 8762490053 Będącej liderem konsorcjum a także S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy „MASTA” Cegielnia Świerkocin S.K. z adresem działalności Świerkocin 20, 86-302 Grudziądz NIP: 8761345225 będący partnerem konsorcjum.

W sprawie nie ma sporu, że ofertę w postępowaniu złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: ZPHU MASTA s.c. w Świerkocinie (lider) i Z.M. oraz że w ramach ww. spółki cywilnej, działali Panowie S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą ZPHU MASTA PLUS i S.K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy „MASTA” Cegielnia Świerkocin S.K..

Jak stwierdził na posiedzeniu Zamawiający, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, na dzień składania ofert w zaświadczeniach z CEiDG partnerów Konsorcjum było wskazanie na to, iż każdy z ww. panów Kortas działał w ramach spółki ZPHU MASTA DUO s.c.

W związku z tym wykonawcą uprawnionym do złożenia oferty byli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia, wskazani w ww. pełnomocnictwie, przy czym liderem Konsorcjum byli przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia działający w formie spółki cywilnej. Zgodnie z art. 860 Kodeksu cywilnego § 1. *Przez umowę spółki wspólnicy zobowiązują się dążyć do osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego przez działanie w sposób oznaczony, w szczególności przez wniesienie wkładów. § 2. Umowa spółki powinna być stwierdzona pismem.*

Tymczasem do odwołania zostały załączone dwa zaświadczenia z CEiDG dla panów Kortas, tj. Zakład Produkcyjno Handlowo Usługowy „MASTA” Cegielnia Świerkocin S.K. oraz ZPHU MASTA Plus S.K., w których w miejsc właściwym do wskazania prowadzenia działalności gospodarczej w ramach spółki cywilnej jest zaznaczone: *Brak wpisów.*

Na posiedzeniu z udziałem stron pełnomocnik Odwołującego, przedłożył natomiast odpis aktualny z KRS ZPHU MASTA DUO KORTAS spółka jawna i stwierdził, że z dniem 15 marca 2024 r. ZPHU MASTA DUO s.c. został przekształcony w spółkę jawną. Z KRS spółki jawnej wynika, że jej wspólnikami ww. spółki jawnej są K.S. i K.S. o wskazanych numerach PESEL. Zgodnie z art. 22 Kodeksu spółek handlowych § 1. *Spółką jawną jest, która prowadzi przedsiębiorstwo pod własną firmą, a nie jest inną spółką handlową. § 2. Każdy wspólnik odpowiada za zobowiązania spółki bez ograniczenia całym swoim majątkiem z pozostałymi wspólnikami oraz ze spółką, z uwzględnieniem .*

Odwołujący na posiedzeniu stwierdził również, że przedsiębiorcy prowadzący wcześniej działalność gospodarczą w ramach spółki cywilnej, prowadzą nadal działalność gospodarczą pod tymi samymi nazwami, co wówczas, gdy działali w ramach spółki cywilnej. Oznacza to, że po 15 marca 2024 r. działają niezależni przedsiębiorcy pod dotychczasowymi firmami oraz spółka jawna, której wspólnikami są te osoby fizyczne.

Odwołanie musi być wniesione przez podmiot uprawniony. Skoro ZPHU MASTA DUO s.c. została przekształcona w spółkę prawa handlowego ZPHU MASTA DUO Kortas sp. j., zarejestrowaną w Krajowym Rejestrze Sądowym w dniu 15 marca 2024 r., to odwołanie powinno być wniesione ze wskazaniem tej spółki i wykazaniem, że jest zachowana tożsamość wykonawcy, który złożył ofertę w postępowaniu i wykonawcy, który wnosi odwołanie. Z odwołania winno jasno wynikać, kto jest stroną postępowania. Tymczasem odwołanie wniesione w dniu 17 kwietnia 2024 r., a więc przeszło miesiąc po przekształceniu spółki cywilnej w spółkę jawną i po wykreśleniu stosownych wpisów z CEiDG, wskazujących na fakt działania przedsiębiorców w ramach spółki cywilnej, tego wymogu nie spełnia.

Za wadliwe i sprzeczne z wymogiem prawidłowego oznaczenia Odwołującego, którym powinien być w tym przypadku wykonawca w rozumieniu art. 505 ustawy Pzp, należy uznać wniesienie odwołania ze wskazaniem w petitum na to, iż jest wnoszone przez Konsorcjum, w skład którego wchodzi m.in. ZPHU MASTA DUO s.c., w której to formie na datę wniesienia odwołania nie była prowadzona działalność gospodarcza przez dotychczasowych wspólników, prowadzących nadal działalność gospodarczą pod tymi samymi nazwami, tyle, że nie w ramach spółki cywilnej. Budzi to wątpliwości co do rzeczywistej intencji wnoszącego odwołanie, który nie ujawnił w nim przekształcenia spółki cywilnej w spółkę jawną

oraz stania się tej drugiej liderem Konsorcjum, a zamiast odpisu z KRS dla spółki jawnej załączył do odwołania odpisy z CEiDG przedsiębiorców prowadzących samodzielnie działalność gospodarczą.

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jako profesjonalista zobowiązany jest do rzetelności oraz do należytej staranności w działaniu. Wnosząc odwołanie jest zobowiązany do właściwego oznaczenia strony postępowania. To jednak nie nastąpiło. Odwołanie w tym zakresie zawiera nierzetelne oświadczenie, przez które należy rozumieć m.in. oświadczenie zawierające informacje nieprawdziwe lub niepełne, oraz takie, które ze względu na sposób wyrażenia zawartej w nich treści mogą sugerować adresatowi istnienie stanu rzeczy niezgodnego z prawdą (por. wyrok SN z 5 stycznia 2006 r., sygn. akt III KK 198/05).

Okoliczność, iż na posiedzeniu, tj. po postawieniu przez Zamawiającego wniosku o odrzucenie odwołania, Odwołujący wskazał na spółkę jawną powstałą z przekształcenia spółki cywilnej, nie zmienia oceny, iż odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony. Wynika to z faktu, iż przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną nie nastąpiło po wniesieniu odwołania, lecz na przeszło miesiąc przed jego wniesieniem.

Nie umyka uwadze Izby, że z art. 553 Kodeksu spółek handlowych, który stanowi: § 1. *Spółce przekształconej przysługują wszystkie prawa i obowiązki spółki przekształcanej.* § 2. *Spółka przekształcona pozostaje podmiotem w szczególności zezwoleń, koncesji oraz ulg, które zostały przyznane spółce przed jej przekształceniem, chyba że ustawa lub decyzja o udzieleniu zezwolenia, koncesji albo ulgi stanowi inaczej,* wynika kontynuacja, jednak powinna ona zostać wskazana i wykazana w odwołaniu. Odwołujący natomiast w odwołaniu nie podniósł i nie wykazał, że liderem Konsorcjum składającego ofertę w postępowaniu, w miejsce spółki cywilnej, jest spółka jawna.

Izba ocenia skuteczność odwołania na dzień jego złożenia. W okolicznościach analizowanej sprawy w dacie odwołania ww. przedsiębiorcy nie działali w ramach spółki cywilnej, lecz samodzielnie prowadzili działalność gospodarczą na podstawie wpisów w CEiDG. To, że spółka jawna powstała z przekształcenia spółki cywilnej kontynuuje swój byt prawny, posiada ten sam NIP nie oznacza, że wnoszący odwołanie był zwolniony z wykazania jej powstania. Przeciwnie. Odwołujący był zobowiązany do prawidłowego oznaczenia strony postępowania celem wykazania, że jest wykonawcą uprawnionym do skorzystania ze środków ochrony prawnej. W sytuacji, gdy przekształcenie spółki cywilnej w spółkę jawną nastąpiło przed wniesieniem odwołania, to Odwołujący już w odwołaniu powinien był to podnieść i wykazać, celem umożliwienia jednoznacznego ustalenia czy odwołanie wnosi wykonawca w rozumieniu ww. wskazanych przepisów Pzp. Izba nie może zastępować strony postępowania, tym bardziej w sytuacji, gdy nie ma jasności co do rzeczywistych intencji wykonawców wnoszących odwołanie, prowadzących samodzielnie działalność gospodarczą na podstawie wpisów do CEiDG.

W ocenie Izby nie sposób dać wiarę twierdzeniom Odwołującego, że doszło w tym zakresie do omyłki co do jego oznaczenia w odwołaniu, za czym jego zdaniem miałyby przemawiać treści złożonych na posiedzeniu pełnomocnictw udzielonych radcy prawnemu i osobie – jak wynika z oświadczenia - pozostającej w stosunku zlecenia, tj. pełnomocnictw z 15 kwietnia 2024 r.

Zwraca uwagę, że w jednym z pełnomocnictw panowie Kortas wskazują, że występują jako współwłaściciele spółki jawnej, natomiast w drugim jako współwłaściciele spółki cywilnej. Tymczasem w sytuacji, gdy w dacie podpisana pełnomocnictw, widniejącej na tych dokumentach, tj. 15 kwietnia 2024 r. ww. Panowie od przeszło miesiąca nie prowadzili już działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej, ponieważ jak obecnie twierdzi Odwołujący i co wynika z KRS, została ona przekształcona w spółkę jawną, to nie znajduje uzasadnienia to, że w tej samej dacie uznają się za współwłaściciele zarówno spółki cywilnej, w ramach której wcześniej działali jako przedsiębiorcy (nadal prowadzący działalność gospodarczą pod tymi samymi firmami), jak też spółki jawnej, w której występują jako wspólnicy tej spółki.

W podsumowaniu należy stwierdzić, że skoro odwołanie nie zawiera wzmianki o przekształceniu spółki cywilnej w spółkę jawną, to nie sposób uznać, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot uprawniony. W sytuacji, gdy jak twierdzi Odwołujący, doszło do przekształcenia spółki cywilnej, w ramach której wcześniej działali przedsiębiorcy, w spółkę jawną, to w odwołaniu powinno być wykazane, że wykonawcą uprawnionym do korzystania ze środków ochrony prawnej jest wykonawca, za którego należy uznać wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum, w skład którego wchodzi spółka jawna powstała z przekształcenia spółki cywilnej, będąca liderem oraz jeden z przedsiębiorców wcześniej działających w formie spółki cywilnej będący partnerem konsorcjum. Tymczasem z odwołania nie wynika, aby zostało złożone przez konsorcjum, w skład którego wchodzi spółka jawna wpisana do KRS, lecz wynika z niego, że zostało złożone przez przedsiębiorców działających na podstawie wpisów do CEiDG.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust 1 i § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu

pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie kosztów zastępstwa w uwagi na fakt jego złożenia po zamknięciu posiedzenia kończącego postępowanie odwoławcze.

Przewodnicząca: