

## WYROK

Warszawa, dnia 9 lutego 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Beata Konik

Protokolantka: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zodiak spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, P.P.H.U. Martech Plus M.M. spółkę jawną z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Hydrogeotechnika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, MGR Recykling spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. z siedzibą w Wiśle Wielkiej,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Katowickie Wodociągi spółkę akcyjną z siedzibą w Katowicach, przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego:

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia IGOMA spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu oraz Kozera spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Domaszowicach,

### orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zodiak spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, P.P.H.U. Martech Plus M.M. spółkę jawną z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Hydrogeotechnika spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, MGR Recykling spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. z siedzibą w Wiśle Wielkiej 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 oraz kwotę po 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego oraz przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione 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:.....

### Uzasadnienie

Katowickie Wodociągi spółka akcyjna z siedzibą w Katowicach, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn.: „Wywóz i zagospodarowanie odpadów z oczyszczalni ścieków należących do Katowickich Wodociągów S.A. w 2024 roku,” nr postępowania: ZDP/PN/2/2023/U/S.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa/nizsza od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 25 października 2023 r., nr 2023/S 206-649650.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zodiak spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Świętochłowicach, P.P.H.U. Martech Plus M.M. spółka jawna z siedzibą w Rudzie Śląskiej, Hydrogeotechnika spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, MGR Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Katowicach, M.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmę M.J. z siedzibą w Wiśle Wielkiej, (dalej: „Odwołujący”) 20 stycznia 2024 r. złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec:

1. Wyboru oferty konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) do realizacji Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 4 O. Gigablok w sytuacji, w której wybrany Wykonawca nie posiada wymaganej zdolności technicznej i zawodowej określonej przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 2.4 a)1 SWZ

2. Wyboru oferty konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) do realizacji Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka oraz Podzadanie nr 4 O. Gigablok sytuacji, w której wybrany Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. V pkt 2.2 a)1 SWZ.

3. Zaniechania odrzucenia oferty konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) PZP, z uwagi na niespełnienie przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz niezłożenia przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

4. Zaniechania uzyskania przez Zamawiającego rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień od konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) w trybie art. 223 ust. 1 PZP w sprawie obowiązywania decyzji Starosty Gliwickiego z 7.11.2013 r. w przedmiocie zezwolenia dla Lidera konsorcjum Igoma sp. z o.o. na przetwarzanie odpadu o kodzie 19 08 05.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Wykonawcy niezgodnie z przepisami ustawy, w szczególności poprzez pominięcie, iż Wykonawca nie wykazał zdolności technicznej i zawodowej określonej przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 2.4 a)1 SWZ, nie wykazał posiadania aktualnej decyzji na zagospodarowanie odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości wystarczającej do realizacji określonych w rozdz. V pkt 2.2 a)1 SWZ oraz przez zaniechanie uzyskania wyjaśnień w zakresie aktualności decyzji z 7.11.2013 r. na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05,

2) art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie uzyskania od Wykonawcy wyjaśnień w zakresie aktualności decyzji z 7.11.2013 r. na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05,

3) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i c) ustawy Pzp w zw. z art. 139 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy, która nie spełnia warunków udziału w postępowaniu oraz wobec niezłożenia przez Wykonawcę podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci referencji oraz decyzji na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 odpowiadających wymaganiom SWZ.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienie decyzji o wyborze najkorzystniejszej oferty w części Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka oraz Podzadanie nr 4 O. Gigablok, powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wyboru najkorzystniejszej oferty w części Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka oraz Podzadanie nr 4 O. Gigablok, odrzucenie oferty złożonej przez konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) w części Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka oraz Podzadanie nr 4 O. Gigablok.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wyjaśnił, że złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę m. in. w zakresie Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka i Podzadanie nr 4 O. Gigablok. Wskazane w odwołaniu czynności i zaniechania Zamawiającego dotyczące niezgodnego z prawem wyboru oferty Wykonawcy narażają Odwołującego na szkodę poprzez utratę spodziewanego zysku, jaki mógłby osiągnąć z tytułu realizacji Zamówienia.

Odnosnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) w

zakresie Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 4 O. Gigablok Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dostrzegł, iż Wykonawca ten nie spełnia warunku posiadania wymaganej zdolności technicznej i zawodowej określonej w rozdz. V pkt 2.4 a)1 SWZ. Odwołujący wyjaśnił, że jednym z wymogów tam określonych jest doświadczenie w realizacji wykonanych usług wykazane za pomocą referencji lub innych dokumentów pochodzących od podmiotu, na rzecz którego usługi były wykonywane, ewentualnie oświadczenie Wykonawcy jeśli ten nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów. Wymagane doświadczenie obejmuje wywóz i odzysk lub wywóz i unieszkodliwianie min 3000 ton osadów ściekowych z odbioru osadu z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 h na dobę.

Odwołujący wyjaśnił, że Wykonawca wybrany w niniejszym postępowaniu wykazuje posiadaną wiedzę i doświadczenie za pomocą referencji dla kontraktu realizowanego w 2022 r. na rzecz MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich.

Odwołujący wskazał, że z referencji wystawionych dla konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) nie wynika, aby usługa na rzecz MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich była realizowana przez 24h/dobę. Zdaniem Odwołującego jest to niemożliwe ponieważ oczyszczalnia ścieków w Piekarach Śląskich nie wytwarza osadu 24h / dobę, gdyż nie posiada takiej ilości ścieków. Odwołujący argumentował, że posiada tę wiedzę, albowiem od 2023 r. to Odwołujący świadczy usługi na rzecz MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich w zakresie wywozu i zagospodarowania odpadów z oczyszczalni ścieków, które to w 2022 r, świadczyła Igoma sp. z o.o. Odwołujący zakwestionował również stwierdzenie zawarte w referencjach wystawionych przez MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich na rzecz Igoma sp. z o.o., że „osady były odbierane przez wszystkie dni kalendarzowe w 2022 roku”, gdyż zdaniem Odwołującego z pewnością nie było takiej potrzeby.

Uzasadniając powyższe Odwołujący dokonał porównania oczyszczalni w Piekarach Śląskich oraz oczyszczalni O. Gigablok w Katowicach pod względem technicznym i formalnym. Odwołujący wskazał, że pod względem technicznym, oczyszczalnia w Piekarach Śląskich wytwarza miesięcznie ok. 250 Mg osadu, co odpowiada (przy kontenerach wożonych samochodem 3 osiowym po 12 Mg w kontenerze, a samochodem 4 osiowym po 15 Mg w kontenerze), niecałemu 1 kontenerowi dziennie. Nie ma zatem konieczności stałej obsługi (codziennie). Odwołujący wskazał, że oczyszczalnia Gigablok w Katowicach jest jednostką bardzo dużą, generującą dobowo duże ilości osadu: ok 40 Mg, stąd konieczność stałej obsługi (kontener możliwy do wstawienia na tym obiekcie, ze względu na niski poziom wylotu podajnika osadu, może zmieścić około 10 Mg osadu). W tej oczyszczalni kontener trzeba wymieniać 4-5 razy dziennie i tutaj dzienna obsługa jest jak najbardziej wymagana.

Pod względem formalnym, z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich, która cały czas jest dostępna na stronie internetowej, w tym Załącznik nr 8 do IWZS pkt 5 lit. e), a na doświadczenie w ramach której powołuje się Igoma sp. z o.o. w niniejszym postępowaniu wynika, że Wykonawca:

1) zapewni odbieranie odpadów wg harmonogramu ustalonego z Zamawiającym.

Przewidywany harmonogram winien obejmować odbiór:

osadu ustabilizowanego z oczyszczalni ścieków „Północ” – w każdy dzień roboczy w ilości ok. 20 Mg,

osadu ustabilizowanego z oczyszczalni ścieków „Południe” – w każdy dzień roboczy w ilości ok. 5 Mg,

Z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że MPWiK sp. z o.o. w Piekarach Śląskich sam wskazał, że nie jest wymagana obsługa oczyszczalni codziennie przez 24h / dobę.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, Wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w zakresie Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” nr 4 O. Gigablok, nie wykazał, aby spełnił warunki określone w SWZ w zakresie posiadania zdolności technicznej i zawodowej.

Odnośnie wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) w zakresie Zadania nr 1 „Wywóz i zagospodarowanie ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych” Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka oraz Podzadanie nr 4 O. Gigablok Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dostrzegł, iż Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w rozdz. V pkt 2.2 a)1 SWZ, tj. posiadania aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie przetwarzania odpadów w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05).

Odwołujący podniósł, że Lider konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. w ogóle nie posiada aktualnej decyzji zezwalającej na gospodarowanie odpadami o kodzie 19 08 05. Z kolei Partner konsorcjum Kozera sp. z o.o. posiada decyzję zezwalającą na gospodarowanie odpadami o kodzie 19 08 05, ale w ilości niewystarczającej wobec wymagań Zamawiającego.

Odwołujący wyjaśnił, że decyzja przedłożona przez Igoma sp. z o.o. w zakresie odpadu o kodzie 19 08 05 została wydana 7.11.2013 r. (zmieniona decyzją z 31.08.2016 r.) i obowiązywała przez 10 lat od chwili, gdy stała się ostateczna.

Można zatem, zdaniem Odwoływającego, przyjąć, że decyzja ta przestała obowiązywać z końcem listopada 2023 r. W ocenie Odwoływającego, Wykonawca nie wykazał, aby przedłożona decyzja dalej obowiązywała w świetle art. 14 ustawy z dnia 20.07.2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2018 r., poz. 1592). Wykonawca, zdaniem Odwoływającego, nie wykazał, aby wystąpił o przedłużenie ważności decyzji z 2013 r.

Wobec powyższego, Odwoływający poddał analizie decyzję posiadaną przez Partnera konsorcjum, tj. Kozera sp. z o.o. W decyzji z 3.09.2018 r. Starosta Namysłowski z jednej strony zezwolił Kozera sp. z o.o. na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 w ilości 20.000 Mg / rok. Z drugiej zaś w pkt IV decyzji wskazano, że roczna moc przerobowa instalacji wynosi 20.000 Mg. Z kolei w opisie procesu technologicznego podano, że osad mieszany jest ze słomą w proporcji 10% oraz wapnem w proporcji 10%. Z powyższego wynika, że osad stanowi max. 80% mieszanki, a rzeczywista roczna moc przerobowa instalacji wynosi 16.000 Mg (20.000 Mg x 80%). Nadto Partner konsorcjum Kozera sp. z o.o. uzyskała zamówienie na 2024 r. z Oczyszczalni Ścieków Praszka sp. z o.o. Zakres przedmiotu tego zamówienia obejmuje odbiór komunalnych osadów ściekowych w przewidywalnej ilości 1920 Mg, w tym miesięcznie szacunkowo ok. 160 Mg.

Z powyższego zdaniem Odwoływającego wynika, że w 2024 r. do instalacji trafi ok. 1920 Mg osadu z Oczyszczalni Ścieków Praszka, co spowoduje zmniejszenie dostępnych limitów wynikających z decyzji z 3.09.2018 r. dla Kozera sp. z o.o. na przyjęcie osadów od Zamawiającego Katowickie Wodociągi S.A. Tym samym Partner konsorcjum Kozera sp. z o.o. (bez uwzględnienia decyzji Lidera konsorcjum Igoma sp. z o.o.) dysponuje możliwością zagospodarowania 16.000 Mg osadów (kod odpadu 19 08 05), pomniejszone o zakontraktowaną ilość tego odpadu w Oczyszczalni Ścieków Praszka w ilości 1920 Mg.

Odwoływający podkreślił, że niniejsze postępowanie obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie 7.000 Mg osadu z O. Dąbrówka (Podzadanie nr 3) i 13.000 Mg osadu z O. Gigablok (Podzadanie nr 4), łącznie 20.000 Mg odpadów. Tymczasem do rozdysponowania przez Kozera sp. z o.o. pozostaje 14.080 Mg osadu. Posiłkując się danymi historycznymi uzyskanymi w ramach udostępniania informacji o środowisku przez Ministerstwo Klimatu i Środowiska Odwoływający wskazuje, jak kształtował się odbiór odpadu 19 08 05 w latach 2021 i 2022

Zdaniem Odwoływającego, konsorcjum Igoma sp. z o.o. oraz Kozera Sp. z o.o. nie dysponuje odpowiednimi mocami przerobowymi do obsłużenia przedmiotowego zamówienia.

Z ostrożności Odwoływający poddał w wątpliwość decyzję wydaną przez Starostę Gliwickiego z 7.11.2003 r. na rzecz Lidera konsorcjum Igoma sp. z o.o. poprzez wydanie jej z naruszeniem prawa. Zgodnie z pkt 1 ww. decyzji proces przetwarzania prowadzony przez Igoma sp. z o.o. ma się odbywać w instalacji o mocy przerobowej na poziomie 50.000 Mg / rok. Zgodnie z pkt 2 ww. decyzji proces przetwarzania ma być prowadzony w gminie Toszek w obrębie Paczynka na działkach 793/22 i 794/17.

Odwoływający wskazał, że zgodnie z definicją wynikającą z art. 3 pkt 6 ustawy – Prawo ochrony środowiska z 27.04.2001 r. (Dz. U. 2020, poz. 2019), przez instalację rozumie się

- (1) stacjonarne urządzenie techniczne
- (2) zespół stacjonarnych urządzeń technicznych powiązanych technologicznie, do których tytułem prawnym dysponuje ten sam podmiot i położonych na terenie jednego zakładu,
- (3) budowle niebędące urządzeniami technicznymi ani ich zespołami, których eksploatacja może spowodować emisję (za emisję uznaje się także wytwarzanie odpadów).

Wedle wiedzy Odwoływającego, popartej zdjęciami satelitarnymi dostępnymi na portalu branżowym geoportal.gov.pl oraz maps.google.com, na działkach nr 793/22 i 794/17 położonych w gminie Toszek obręb Paczynka nie funkcjonuje żadna instalacja do przetwarzania odpadów. Ze zdjęć satelitarnych wynika, że działki te stanowią grunty rolne niezabudowane żadną instalacją.

Kolejnym argumentem mogącym, zdaniem Odwoływającego, świadczyć o wydaniu ww. decyzji z rażącym naruszeniem prawa jest okoliczność, że instalacja do przetwarzania odpadów kwalifikuje się jako przedsięwzięcie mogące znacząco oddziaływać na środowisko, dla których obligatoryjne jest uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla realizacji przedsięwzięcia.

Zarówno Lider konsorcjum Igoma sp. z o.o. jak i Partner konsorcjum Kozera sp. z o.o. nie wykazali, aby właściwy organ wydał decyzje o środowiskowych uwarunkowaniach.

Odwoływający wskazał, że powyższe zarzuty mają znaczenie w kontekście art. 32 ust. 1 pkt 6 ustawy o odpadach z 14.12.2012 r. (tj. z 7.07.2023 r., Dz. U. z 2023 r., poz. 1587). Istnieje bowiem uzasadnione ryzyko, że WIOŚ, kierując się stopniem zagrożenia dla środowiska, życia lub zdrowia ludzi może wstrzymać działalność Wykonawcy jeśli uzna, że doszło do naruszenia wymagań dotyczących zakazu przetwarzania odpadów poza instalacjami, co będzie miało bezpośredni wpływ na możliwość realizacji Zamówienia.

Odwoływający wskazał, że zarzuty wskazane w pkt 1 i 2 wskazują na niespełnienie przez konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) warunków udziału w postępowaniu oraz niezłożenie przez Wykonawcę podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, tj.:

1) Wykonawca nie wykazał, aby posiadał wymaganą zdolność techniczną i zawodową określoną przez Zamawiającego w rozdz. V pkt 2.4 a)1 SWZ w postaci unieszkodliwienia min 3000 ton osadów ściekowych z odbioru osadu z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 h na dobę.

2) Brak posiadania aktualnego zezwolenia właściwego organu na prowadzenie przetwarzania odpadów w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) oraz w ilości odpowiadającej potrzebom Zamawiającego.

Odnosnie zarzutu zaniechania uzyskania przez Zamawiającego rzetelnych i szczegółowych wyjaśnień od konsorcjum firm Igoma sp. z o.o. (Lider) i Kozera sp. z o.o. (Partner) w trybie art. 223 ust. 1 PZP w sprawie obowiązywania decyzji Starosty Gliwickiego z 7.11.2013 r. w przedmiocie zezwolenia dla Lidera konsorcjum Igoma sp. z o.o. na przetwarzanie odpadu o kodzie 19 08 05 Odwołujący wskazał, że decyzja ta obowiązywała najpóźniej do ok. końca listopada 2023 r., zaś Wykonawca nie wykazał, aby wystąpił z wnioskiem o przedłużenie tej decyzji. Można zatem uznać, że na dzień składania ofert (24.11.2023 r.) Lider konsorcjum nie dysponował aktualną decyzją na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05, czego Zamawiający nie wyjaśnił.

W złożonej pismem z 30 stycznia 2024 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Krajowa Izba Odwoławczą rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy ustaliła, co następuje.**

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne.

Do przedmiotowego postępowania odwoławczego przystąpienie w charakterze uczestnika postępowania, po stronie Zamawiającego, w ustawowym terminie, skutecznie zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia IGOMA spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Gorzelsławiu oraz Kozera spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Domaszowicach, (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydykcyjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępującego zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołania jak i podczas rozprawy oraz złożone dowody.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie treści ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji warunków zamówienia dalej: „SWZ”), Izba ustaliła, że przedmiotowe postępowanie zostało podzielone na część, przedmiotowe odwołanie dotyczy Zadania 1, Podzadanie nr 3 O. Dąbrówka i Podzadanie nr 4 O. Gigablok.

Warunki udziału w postępowaniu były następujące:

*„Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego*

*Wykaz i krótki opis warunków:*

*Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada:*

*1 Aktualne zezwolenie właściwego organu na prowadzenie przetwarzania odpadów w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05), wydane na podstawie art. 41 Ustawy o odpadach – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 1.*

*2 Aktualne zezwolenie właściwego organu na zbieranie lub przetwarzanie odpadów (z wyszczególnieniem zawartości skratek o kodzie 19 08 01) wydane na podstawie Ustawy o odpadach – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 2.*

*3 Aktualne zezwolenie właściwego organu na zbieranie lub przetwarzanie odpadów minerały (np. piasek kamienie) o kodzie 19 12 09 wydane na podstawie Ustawy o odpadach – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 3.*

*4 Aktualne zezwolenie właściwego organu na zbieranie lub przetwarzanie odpadów - zawartości piaskowników o kodzie 19 08 02 wydane na podstawie Ustawy o odpadach – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 4.*

*5 Aktualne zezwolenie właściwego organu na zbieranie lub przetwarzanie odpadów ze studzienek kanalizacyjnych o kodzie 20 03 06 wydane na podstawie Ustawy o odpadach – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 5.*

*6 Przedstawi Oświadczenie Wykonawcy o dokonaniu wpisu na podstawie art. 49 ust. 1 Ustawy o odpadach – do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w zakresie prowadzenia transportu odpadów o kodzie 19 08 05 oraz podanie indywidualnego numeru rejestrowego – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 1.*

*W przypadku powierzenia części zamówienia (tj. transportu osadów) Podwykonawcy dokument musi potwierdzać*

spełnienie warunku przez Podwykonawcę.

7 Przedstawi Oświadczenie Wykonawcy o dokonaniu wpisu na podstawie art. 49 ust. 1 Ustawy o odpadach – do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w zakresie prowadzenia transportu odpadów o kodzie 19 08 01 oraz podanie indywidualnego numeru rejestrowego – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 2.

W przypadku powierzenia części zamówienia (tj. transportu odpadów) Podwykonawcy dokument musi potwierdzać spełnienie warunku przez Podwykonawcę.

8 Przedstawi Oświadczenie Wykonawcy o dokonaniu wpisu na podstawie art. 49 ust. 1 Ustawy o odpadach – do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w zakresie prowadzenia transportu odpadów o kodzie 19 12 09 oraz podanie indywidualnego numeru rejestrowego – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 3.

W przypadku powierzenia części zamówienia (tj. transportu odpadów) Podwykonawcy dokument musi potwierdzać spełnienie warunku przez Podwykonawcę.

9 Przedstawi Oświadczenie Wykonawcy o dokonaniu wpisu na podstawie art. 49 ust. 1 Ustawy o odpadach – do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w zakresie prowadzenia transportu odpadów o kodzie 19 08 02 oraz podanie indywidualnego numeru rejestrowego – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 4.

W przypadku powierzenia części zamówienia (tj. transportu odpadów) Podwykonawcy dokument musi potwierdzać spełnienie warunku przez Podwykonawcę.

10 Przedstawi Oświadczenie Wykonawcy o dokonaniu wpisu na podstawie art. 49 ust. 1 Ustawy o odpadach – do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami, w zakresie prowadzenia transportu odpadów o kodzie 20 03 06 oraz podanie indywidualnego numeru rejestrowego – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 5.

W przypadku powierzenia części zamówienia (tj. transportu odpadów) Podwykonawcy dokument musi potwierdzać spełnienie warunku przez Podwykonawcę.”

W zakresie zdolności technicznej i zawodowej: „W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy:

spełniają warunki udziału w postępowaniu zawarte w art. 112 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej.

Wykaz i krótki opis kryteriów kwalifikacji:

Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada doświadczenie w realizacji usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli

okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości oraz wielkości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane i przedstawi w ofercie dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy oraz przedstawi wypełniony i podpisany wykaz obejmujący:

a) wywóz i odzysk lub wywóz i unieszkodliwianie min. 3.000 ton osadów ściekowych (dla Podzadania nr 4 – oczyszczalnia Gigablok (TOC) - odbiór osadu z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 godziny na dobę) – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 1.

b) wywóz i zbieranie lub wywóz i przetwarzanie min. 100 ton odpadów o kodzie 19 08 01 (skratki) – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 2.

c) wywóz i zbieranie lub wywóz i przetwarzanie min. 100 ton odpadów o kodzie 19 12 09 (Minerały np. piasek, kamienie) – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 3.

d) wywóz i zbieranie lub wywóz i przetwarzanie min. 500 ton odpadów o kodzie 19 08 02 (zawartość piaskowników) – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 4.

e) wywóz i zbieranie lub wywóz i przetwarzanie min. 500 ton odpadów z czyszczenia studzienek kanalizacyjnych – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 5.

\*w przypadku świadczeń nadal wykonywanych dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

(W przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej Wykonawców o udzielenie niniejszego zamówienia, dokument złoży ten lub ci z Wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnianie tego warunku).”

Przystępujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w Zadaniu 1 Podzadanie nr 3 i Podzadanie nr 4, przedłożył Zamawiającemu wypełniony Załącznik nr 4 a, w treści którego wskazał usługę pn. „Wywóz i zagospodarowanie odpadów z oczyszczalni ścieków Północ i Południe i Piekarach Śląskich w okresie 12 miesięcy 2022 roku,” wskazując wielkość zamówienia na poziomie 3141,85 Mg, o wartości 939 412,55 zł, termin realizacji od 29.12.2021 r., do 31.12.2022 r., wskazując odbiorcę – MPWiK Piekary Śląskie sp. z o.o. Do wykazu zostały załączone referencje z 22 listopada 2023

r. potwierdzające należyte, terminowe i staranne wykonawcę ww. zamówienia. Ponadto zostały załączone decyzje – zezwolenia, w tym decyzja z 7 listopada 2013 r. i decyzja z 31 sierpnia 2016 r. odnoszące się do Igoma sp. z o.o., a także decyzja z 3 września 2018 r., odnosząca się do Kozera sp. z o.o.

Z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego wynika, że Zamawiający kierował wobec Przystępującego następujące wezwania:

- 1) pismo z 14 grudnia 2023 r. – wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia oświadczenia w zakresie przynależności do grupy kapitałowej zgodnie z załącznikiem nr 3 do SWZ,
- 2) pismo z 15 grudnia 2023 r. – wezwanie w trybie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp do wyjaśnienia formularza oferty w zakresie oświadczenia zawartego w pkt 4 oraz w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia JEDZ dla obu wykonawców wchodzących w skład konsorcjum oraz zaświadczenia z urzędu skarbowego dla lidera konsorcjum.

Z powyższego wynika, że w zakresie wykazu usług oraz referencji Zamawiający nie kierował wobec Przystępującego wezwań w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp.

#### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą zarzutów odwołania w przedmiotowej sprawie.

art. 17 ust. 2 ustawy Pzp

Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

art. 139 ust. 1 i 3 ustawy Pzp

1. Zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. (...)

3. Jeżeli wobec wykonawcy, o którym mowa w ust. 1, zachodzą podstawy wykluczenia, wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, nie składa podmiotowych środków dowodowych lub oświadczenia, o którym mowa w , potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający dokonuje ponownego badania i oceny ofert pozostałych wykonawców, a następnie dokonuje kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

art. 223 ust. 1 ustawy Pzp

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

art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) i c) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

2) została złożona przez wykonawcę:

b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, lub

c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń;

Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, z następujących powodów.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że nie wykazał on spełnienia warunku udziału w postępowaniu gdyż nie złożył podmiotowego środka dowodowego w postaci referencji, który by to potwierdzał, Izba wskazuje, co następuje. Jak wynika z §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) dalej: „rozporządzenie”, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej, zamawiający może, w zależności od charakteru, znaczenia, przeznaczenia lub zakresu robót budowlanych, dostaw lub usług, żądać następujących podmiotowych środków dowodowych: wykazu dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane, oraz załączeniem dowodów określających, czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są

wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

W treści SWZ, Zamawiający w rozdziale V, pkt 2.4 ppkt. A) 1 opisał warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z którym wykonawca miał wykazać, że posiada doświadczenie w realizacji usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości oraz wielkości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane i przedstawi w ofercie dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie Wykonawcy oraz przedstawi wypełniony i podpisany wykaz obejmujący wywóz i odzysk lub wywóz i unieszkodliwianie min. 3.000 ton osadów ściekowych (dla Podzadania nr 4 – oczyszczalnia Gigablok (TOC) - odbiór osadu z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 godziny na dobę) – jeżeli Wykonawca składa ofertę dla Zadania nr 1.

W rozdziale VI SSWZ, pkt 9 Zamawiający wskazał, że w celu wykazania spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu, wykonawca ma przedstawić właściwy dla danego zadania – według wzoru – stanowiącego i Załącznik nr 4a), 4b), 4c), 4d), 4e) wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie/wykonywanie usług.

Z powyższego wynika, że Zamawiający wypełnił dyspozycję §9 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia. Dostrzec trzeba, że z tej regulacji wynika, że dokumentem służącym wykazaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej jest – w przypadku tego zamówienia, którego przedmiotem jest świadczenie usług – wykaz usług, natomiast referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane lub są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy – służą tylko potwierdzeniu, że usługi wskazane w wykazie usług zostały należycie wykonane (lub są należycie wykonywane). Tym samym referencje służą potwierdzeniu należytego wykonania dostaw/usług/ robót budowlanych wskazanych w odpowiednim wykazie. Natomiast w treści zarzutu i jego uzasadnienia Odwołujący wskazuje, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim warunek ten odnosi się w przypadku zadania nr 1 podzadanie nr 4 do konieczności wykazania, że usługa była świadczona „przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 godziny na dobę”, ponieważ powyższe nie wynika z referencji przedstawionych przez Przystępującego, które potwierdzają jedynie że „*odpady były odbierane przez wszystkie dni kalendarzowe w 2022 r.*”. Odnotowania w tym miejscu wymaga, że Odwołujący jednocześnie w treści i uzasadnieniu rozpoznawanego zarzutu nie kwestionuje treści przedstawionego przez Przystępującego wykazu usług, w tym nie kwestionuje, że Zamawiający wymagał „*dla Podzadania nr 4 – O.Gigablok informacja, że osad był odbierany z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe i 24 godziny na dobę*”, a Przystępujący w treści wykazu usług zaniechał przedstawienia tej informacji. Powyższe nie mogło więc stanowić o uwzględnieniu odwołania w omawianym zakresie, ponieważ niewątpliwie z treści referencji wynika, że zamawiający – odbiorca kwestionowanej usługi, potwierdził należyte wykonanie spornego zamówienia.

Następnie Odwołujący dążył do wykazania, że nie jest prawdziwe twierdzenie zawarte w treści referencji, zgodnie z którym „*odpady były odbierane przez wszystkie dni kalendarzowe w 2022 r.*”. W celu wykazania powyższego Odwołujący złożył dowody w postaci opisu przedmiotu zamówienia – załącznik nr 8 do IWZS do postępowania nr 10/TO/EZ/2021, które wskazał Przystępujący w wykazie usług w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący wskazał na fragment ww. opisu, z którego wynika, że przewidywany harmonogram powinien obejmować obiór osadu w każdy dzień roboczy z czego Odwołujący wywodzi, że nie była w tamtym postępowaniu wymagana obsługa oczyszczalni codziennie przez 24 godziny na dobę. Ponadto podczas rozprawy Odwołujący złożył dowód – Karty Ewidencji Odpadu 19 08 05 za rok 2022, który uzyskał w trybie dostępu do informacji publicznej. Odwołujący wskazał, że z dowodu tego Odwołujący wywodzi, że odpady nie były codziennie odbierane. Oceniając powyższe dowody Izba doszła do przekonania, że na ich podstawie nie sposób jednoznacznie przesądzić, że usługa zrealizowana na rzecz MPWiK w Piekarach Śląskich nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie w jakim odnosi się on do wykazania, że „*osad był odbierany z wyrzutnika przez wszystkie dni kalendarzowe*”.

W zakresie opisu przedmiotu zamówienia wynikającego z załącznika nr 8 Izba miała na uwadze, że Odwołujący powołał się na „*przewidywany harmonogram*”, a zatem nie harmonogram, który na etapie umowy o zamówienie został przez strony ustalony. Ponadto nie sposób nie dostrzec, że Odwołujący wskazał na wybrany dokument składający się na dokumentację postępowania i nie jest dla Izby jasne, czy np. na jakimś etapie postępowania o omawiane zamówienie postanowienie odnoszące się do odbioru odpadu w dni robocze nie zostało zmienione. Nie został bowiem przedstawiony

żaden dokument dotyczący realizacji zamówienia np. umowa wraz z harmonogramem, który mógłby potwierdzić, że przywołane postanowienia OPZ zostały następnie wprost przeniesione na etap realizacji zamówienia, a tym samym potwierdzić stanowisko Odwołującego.

Przechodząc do oceny dowodu złożonego podczas rozprawy, Izba doszła do przekonania, że dokument ten potwierdza jedynie kiedy zostały w Kartach Ewidencji Odpadu dokonane stosowne wpisy. Zdaniem Izby dokument ten nie potwierdza w sposób niebudzący wątpliwości, że warunek udziału w postępowaniu nie został spełniony. W tym miejscu podkreślić należy, że ciężar dowodu spoczywał na Odwołującym. Odwołujący w ocenie Izby nie sprostął ciężarowi dowodu. Odwołujący miał potencjalną możliwość zwrócić się do zamawiającego MPWiK W Piekarach Śląskich z prośbą o wyjaśnienie oświadczenia zawartego w kwestionowanych referencjach co do odbierania odpadów w każdym dniu kalendarzowym 2022 r., w szczególności w świetle załączonego do odwołania OPZ oraz wpisów w Kartach Ewidencji Odpadów, jednak taki dowód nie został przedstawiony. Tymczasem podniesione przez Odwołującego argumenty i przedstawione dowody mogą ewentualnie co najwyżej poddawać w wątpliwość spełnienie przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu w zadaniu 1, podzadanie 4, co z kolei mogłoby potencjalnie prowadzić do zastosowania przez Zamawiającego narzędzi wskazanych w treści art. 128 ustawy Pzp, lecz w ocenie Izby Odwołujący nie zdołał w sposób niewątpliwy wykazać, że warunek nie został spełniony.

W tym miejscu Izba przypomina, że zarzut odwołania dotyczący odrzucenia oferty jest zarzutem, który niesie za sobą najdalej idące konsekwencje dla wykonawcy. Pamiętać należy, iż przepisy ustawy Pzp, przed czynnością odrzucenia oferty wykonawcy, który nie potwierdził spełnienia warunków udziału w postępowaniu, dają możliwość wezwania wykonawcy celem konwalidacji błędów przez niego popełnionych podczas wykazywania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jak wynika z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie (...). Nie można również zapominać o możliwości wezwania do wyjaśnienia treści złożonych zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych, wynikającej z art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Tymczasem Odwołujący w treści odwołania nie sformułował zarzutu zaniechania wykonania takich czynności przez Zamawiającego, dlatego też Izba, pozostając w granicach zarzutów odwołania (art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu), nawet w przypadku stwierdzenia, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, zmuszona byłaby do oddalenia odwołania, gdyż Odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do poprawienia lub uzupełnienia złożonego wykazu (Odwołujący wykazu usług jaki został złożony przez Przystępującego nie kwestionował, o czym była mowa wyżej), a zarzut jaki postawił Odwołujący jest zarzutem najdalej idącym, co nie oznacza, że nie powinien uwzględnić zaniechania wezwania z art. 128 ust. 1 czy ust. 4 ustawy Pzp (podobny pogląd został wyrażony przez skład orzekający Izby w wyroku z dnia 21 grudnia 2022 r., sygn. akt KIO 3263/22).

Z poczynionych przez Izbę na podstawie dokumentacji przekazanej przez Zamawiającego ustaleń wynika, że w zakresie objętym tym zarzutem odwołania Zamawiający nie korzystał z dyspozycji art. 128 ustawy Pzp. Wynika to również z treści odpowiedzi na odwołanie, gdzie Zamawiający zaprezentował stanowisko, że przedstawione wykazy usług i referencje nie budziły jego wątpliwości i dawały podstawę aby uznać, że Przystępujący wykazał, że spełnił warunek udziału w postępowaniu.

Izba nie rozpoznała również sformułowanego przez Odwołującego podczas rozprawy zarzutu zaniechania wykluczenia Przystępującego na podstawie art. 109 ust. 8 ustawy Pzp, ponieważ zarzut ten nie był objęty granicami odwołania i jako taki musiał zostać przez Izbę uznany za zgłoszony po terminie na jego wniesienie.

Odnosząc się natomiast do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego z uwagi na to, że Przystępujący nie posiada decyzji na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 08 05 odpowiadających wymaganiom SWZ, odwołanie w tym zakresie również podlegało oddaleniu.

Kluczowe dla rozstrzygnięcia tego aspektu odwołania było ustalenie brzmienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zawartego w SWZ i ogłoszeniu o zamówieniu, a także konstrukcja zarzutu. W rozdziale V pkt 2.2, ppkt a)1 SWZ, Zamawiający wskazał bowiem wprost, że wykonawca ma posiadać aktualne zezwolenie właściwego organu na prowadzenie przetwarzania odpadów w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) (...). Z powyższym wymaganiem skorelowane zostało postanowienie rozdziału VI SWZ, pkt 7.1, z którego wynika że w celu wykazania powyższego, wykonawca miał złożyć aktualne zezwolenie właściwego organu na prowadzenie przetwarzania odpadów w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów (z wyszczególnieniem ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05) (...). Wskazano także, że w przypadku wspólnego ubiegania się dwóch lub więcej wykonawców o udzielenie zamówienia, dokument ma obowiązek złożyć ten lub ci z wykonawców, którzy w imieniu wszystkich wykazywać będą spełnienie tego warunku.

Z powyższego wynika po pierwsze, że w treści wymogu Zamawiający nie wskazał jaka ilość ma wynikać z zezwolenia, a po drugie, w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia wystarczy, że jeden z nich wykaże, że posiada taką decyzję.

Z odpowiedzi na odwołanie wynika, że Zamawiający negatywnie ocenił decyzje przedstawione przez Igoma sp. z o.o. W ocenie Izby ostateczna ocena przedstawionych dokumentów powinna jednak zostać co najmniej poprzedzona wezwaniem do wyjaśnienia ich treści, skoro odpowiednie przepisy stanowią o możliwości przedłużenia decyzji z uwagi na zainicjowanie postępowania o przedłużenie ważności decyzji, co podnosił Odwołujący na str. 7 i 8 uzasadnienia odwołania. W tym miejscu wskazać należy na stanowisko Przystępującego zawarte w zgłoszeniu przystąpienia, gdzie argumentował on, że podjął odpowiednie kroki w tym zakresie oraz przedstawił dowody. Nie są to jednak dokumenty, w oparciu o które Zamawiający podejmował decyzję co do oceny zezwoleń przedstawionych przez Przystępującego, a zdaniem Izby taka ocena powinna być dokonana przez Zamawiającego i mieć miejsce w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Po pierwsze, Zamawiający otrzymał te dokumenty więc powinien je ocenić, po drugie może mieć to znaczenie w świetle oświadczeń złożonych przez Przystępującego na podstawie art. 117 ust. 4 ustawy Pzp. Niemniej jednak powyższe nie ma znaczenia dla rozpoznania zarzutu, z uwagi na jego konstrukcję. Odwołujący bowiem argumentował, że Przystępujący nie wykazał, że posiada odpowiednią moc przerobową, pomijając jednocześnie treść złożonych oświadczeń na podstawie art. 117 ust. 4 i treść tej regulacji prawnej. Zatem zarzut został sformułowany w sposób niepełny, a przytoczone przez Przystępującego okoliczności faktyczne nie mogły przesądzić o uwzględnieniu zarzutu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu jako niemające znaczenia w okolicznościach tej sprawy. Tym samym, w odniesieniu do oceny spełnienia warunku, Odwołujący nie oparł zarzutu na pełnej analizie stanu faktycznego, w tym nie podniósł żadnej argumentacji co do podziału między członkami konsorcjum w zakresie sposobu realizacji zamówienia, stąd też rozpoznawany zarzut nie mógł przesądzić o uwzględnieniu odwołania.

Izba nie podziela stanowiska Odwołującego zaprezentowanego co do treści decyzji przedstawionych przez członka konsorcjum, tj. Kozera sp. z o.o. Odwołujący kwestionował spełnienie warunku przez członka konsorcjum twierdząc, że z decyzji tej nie wynika aby posiadał on odpowiednie moce przerobowe w zakresie odpadu o kodzie 19 08 05, w świetle postanowień decyzji oraz z uwagi na to że uzyskał on inne zamówienie, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie tego odpadu. Jednak z treści opisu warunku udziału w postępowaniu nie wynika, aby Zamawiający wymagał by z zezwolenia wynikała określona ilość odpadów. Odwołujący ilość tą wywodzi z treści OPZ, jednak czym innym jest OPZ i inna jest jego rola, a czym innym są warunki udziału w postępowaniu. Gdyby intencją Zamawiającego było dążenie do weryfikacji, czy zezwolenie opiewa na wystarczającą ilość odpadów, to zawarł by odpowiednie wymaganie w treści opisu odnoszącego się posiadania zezwolenia. Jednak jak wynika z treści warunku udziału w postępowaniu wskazanego w rozdział V pkt 2.2 ppkt a) 1, Zamawiający takiego wymagania nie wskazał. Stąd też rozpoznawany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wyjaśnienia przez Zamawiającego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp decyzji przedstawionych mu przez lidera konsorcjum – Igoma sp. z o.o., zarzut ten wynika z twierdzeń Odwołującego odnoszących się do próby podważenia decyzji przedstawionej przez Kozera sp. z o.o. w zakresie posiadanych mocy przerobowych. W tym miejscu przypomnieć należy, że przepis ten odnosi się do wyjaśnienia treści oferty. Natomiast sporne decyzje zostały przez Zamawiającego zakwalifikowane jako podmiotowy środek dowodowy. W treści oferty wykonawcy nie podawali miejsca utylizacji odpadów, czy jego mocy przerobowych.

Odwołujący z postanowień opisu przedmiotu zamówienia wywodzi, że w zakresie spornego kodu odpadów decyzja powinna opiewać na ilość 20 000 Mg. Z decyzji przedstawionej przez Kozera sp. z o.o. taka ilość wynika. Natomiast okoliczność, że podmiot ten uzyskał inne zamówienie, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie tego odpadu nie była przez Zamawiającego badana w tym postępowaniu. Odwołujący nie wskazał w tym zakresie na żadne postanowienia SWZ, w tym nie wskazał aby Zamawiający wymagał od wykonawców wykazania posiadanych odpowiednich mocy przerobowych mimo wykonywania innych zamówień.

W odniesieniu do podjętej przez Odwołującego próby poddania w wątpliwość decyzji Starosty Gliwickiego z 7.11.2013 r. Izba oddaliła ten zakres odwołania jako bezzasadny. Izba wskazuje, że nie jest organem władnym oceniać decyzje wydane w określonym trybie przez uprawnione do tego organy, a jeśli Odwołujący widzi potrzebę podważenia kwestionowanej decyzji, to powinien to zrobić w odpowiednim trybie, przed powołanym do tego organem. Natomiast rola Izby została wyraźnie określona w ustawie Pzp i do kompetencji Izby z pewnością nie należy ocena prawidłowości decyzji wydanych na podstawie ustawy o odpadach. Stąd też Izba oddaliła złożone w związku z tym zakresem odwołania wnioski dowodowe.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 związku z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z §5 pkt 1 i 2 lit b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie

szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: .....