Sygn. akt: KIO 1508/25

WYROK

Warszawa, dnia 12 maja 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Andrzej Niwicki

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2025 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2025 r. przez Ecopell sp. z o.o. z siedzibą w Januszowicach, poczta Słomnikiw postępowaniu prowadzonym przez Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. z/s w Siedlcach

orzeka:

1.odwołanie oddala.

2. kosztami postępowania obciąża Ecopell sp. z o.o. z siedzibą w Januszowicachi zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnaście tysięcy) uiszczoną przez Ecopell sp. z o.o. z siedzibą w Januszowicach, poczta Słomniki 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.

Przewodniczący:…….....

Sygn. akt: KIO 1508/25

Uzasadnienie

Zamawiający - Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o. z/s w Siedlcach prowadzi postępowanie pod nazwą: „Usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych o kodzie 20 03 07 pochodzących z Zakładu Utylizacji Odpadów sp. z o.o. z siedzibą w Siedlcach, Zakład w Woli Suchożebrskiej". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dz.Urz.UE nr 70042-2025 z 31 stycznia 2025 r., nr Dz.U. S: 22/2025

Odwołujący wniósł odwołanie na naruszenie przez zamawiającego przepisów p.z.p. oraz ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2023.1587).

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy pzp:

1.Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b - przez jego zastosowanie i uznanie, że złożona przez Odwołującego się oferta nie spełnia warunków udziału w postępowaniu.

2.Art. 118 ust. 1 w zw. z art. 117 ust. 2 - przez ich zastosowanie i błędne uznanie, że korzystanie przez Ecopell sp. z o.o. z zasobu podmiotu trzeciego przy wykonaniu części zamówienia nie jest korzystaniem ze zdolności technicznej lub zawodowej.

3.Art. 99 ust. 1 i 4 – przez błędne sformułowanie OPZ i SWZ, co zawęziło krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienia w sposób niezgodny z prawem powszechnie obowiązującym i nieznajdujący uzasadnienia faktycznego i prawnego.

4.Art. 16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 117 ust. 2 - przez zaniechanie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania wbrew zasadzie przejrzystości, polegające na podejmowaniu przez Zamawiającego sprzecznych w stosunku do siebie czynności, tj. oparciu odrzucenia oferty na czynności unieważnionej, a także uznaniu, że w przypadku współdziałania wykonawcy z innym podmiotem konieczne było współdziałanie wyłącznie w ramach konsorcjum wykonawców.

5.Art. 83 ust. 3 pkt 4 – Zamawiający zawęził krąg wykonawców w sposób uniemożliwiający realizację zamówienia zgodnie z celami p.z.p. oraz ustawy o odpadach, a w szczególności wbrew zasadzie zrównoważonego rozwoju i dbania o ochronę środowiska, co stanowi również naruszenie unormowań Konstytucyjnych w tym zakresie.

W pierwszej kolejności zauważył, że zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach „ 1. Ilekroć w ustawie jest mowa o:

2) gospodarowaniu odpadami - rozumie się przez to zbieranie, transport lub przetwarzanie odpadów, w tym sortowanie, wraz z nadzorem nad wymienionymi działaniami, a także późniejsze postępowanie z miejscami unieszkodliwiania odpadów oraz działania wykonywane w charakterze sprzedawcy odpadów lub pośrednika w obrocie odpadami". Ta definicja legalna prowadzi do dalszych rozważań w zderzeniu ze stanem faktycznym niniejszego zamówienia publicznego. Wskazać w tym miejscu należy szczególnie na dwa pytania skierowane do Zamawiającego w toku

postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz na odpowiedzi Zamawiającego:

•Pytanie nr 4:

Czy Zamawiający zgodnie z Art. 121 Ustawy PZP Zastrzega obowiązek osobistej realizacji kluczowego zadania w postaci zagospodarowania odpadów?

Odpowiedź Zamawiającego: Tak.

•Pytanie nr 16:

Uprzejmie prosimy o zmianę zapisów SWZ dotyczących podwykonawstwa tj. swobodną(a nie jedynie w sytuacjach awaryjnych) możliwość powierzenia części zamówienia związanej z przetwarzaniem odpadów podwykonawcom. Brak możliwości powierzenia części przedmiotu zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów podwykonawcom jeszcze bardziej ograniczy konkurencyjność postepowania tj. rynek ograniczy się do kilku bardzo dużych wykonawców z własnymi instalacjami, którzy w oferowaną cenę będą musieli również wkalkulować potencjalne kary umowne i ryzyka, co przełoży się na wyższą stawkę jaką otrzyma Zamawiający. Takie działanie nie jest zgodne z interesem publicznym i stwarza potencjalne ryzyko naruszenia dyscypliny finansów publicznych. Zgodnie z powyższym uprzejmie prosimy o zmianę zapisów SWZ w tym zakresie.

Odpowiedź Zamawiającego: Zamawiający podtrzymuje zapisy SWZ w tym zakresie.

Zamawiający odrzucił możliwość zmiany zapisów SWZw kwestii podwykonawstwa w zakresie zagospodarowania odpadów, a tym samym bardzo zawęził krąg potencjalnych wykonawców, jedynie do podmiotów które posiadają własne instalacje do przetwarzania odpadów z mocami przerobowymi w ilości odpowiadającej minimum szacowanej ilości przedmiotu zamówienia. Takie ograniczenie stanowi naruszenie art. 462 ust. 1 PZP, który stanowi, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Przepis ten w pełni umożliwia na mocy przepisów prawa powszechnie obowiązującego taki model realizacji przedmiotowego zamówienia, który zaproponował Odwołujący się.

Przywołać w tym miejscu należy wyrok KIO 507/23, zgodnie z którym: „Możliwość zatrudniania podwykonawców jest jednym z podstawowych uprawnień wykonawcy w toku realizacji zamówienia publicznego. Na mocy art. 462 p.z.p., wykonawca pozostaje w pełni uprawniony do realizowania zamówień publicznych przy ich pomocy. Wykonawca zatrudnia podwykonawcę na własny koszt i ryzyko, zobowiązany jest więc do kontroli wykonywanych przez niego prac, w tym do odbioru, łączenia poszczególnych elementów, a finalnie do zaoferowania tej pracy zamawiającemu jako świadczenia własnego. (…) Doświadczenie uzyskiwane przez podwykonawcę w związku z realizowanym zamówieniem należy traktować dwojako - zarówno jako doświadczenie własne podwykonawcy, jak i doświadczenie generalnego wykonawcy. Przyjęcie odmiennego poglądu doprowadziłoby do wniosku, iż niemożliwe byłoby wykazywanie się doświadczeniem realizacji określonej usługi lub roboty budowlanej przez podmiot, za wykonanie takich prac odpowiedzialny i który uprzednio je zaoferował”. Stanowisko to wzmacnia również teza wyroku KIO 215/22.

Nie ma wątpliwości, że zakres wykonywania usługi powierzony podwykonawca będzie miał charakter jedynie częściowy względem całości zamówienia, ponadto to właśnie podwykonawca posiada odpowiednie zezwolenie wymagane przepisami prawa powszechnie obowiązującego do wykonania tej części zamówienia, co pozostaje w pełni koherentne z ideą konieczności posiadania odpowiednich uprawnień do wykonania zamówienia publicznego.

Należy podkreślić, że podwykonawca nie przekazuje Odwołującemu uprawnień wynikających z posiadanego przez podwykonawcę zezwolenia, a jedynie przekazuje mu swoje zdolności techniczne i zawodowe (związane z posiadanym zezwoleniem), co jest w pełni zgodne z dyspozycją art. 118 ust. 1 p.z.p.

Powyższe powoduje, że Odwołujący spełnia wszelkie wymogi przedmiotowego zamówienia. W szczególności należy zwrócić uwagę na fakt, że w odpowiedzi na pytanie Odwołującego Zamawiający stwierdził jedynie konieczność osobistej realizacji kluczowego zadania, a w niniejszym stanie faktycznym Odwołujący posiada wszelkie uprawnienia do zrealizowania kluczowego zadania.

Ponadto, należy stwierdzić, że Odwołujący się realizował już szereg zamówień publicznych w tożsamym modelu biznesowym, co nie budziło nigdy niczyich wątpliwości, ani zastrzeżeń.

Dowody: listy referencyjne.

Nie może również pozostać obojętnym okoliczność, iż Odwołujący się posiada wyjątkową skuteczność w najefektywniejszym recyklingu odpadów będących przedmiotem zamówienia.

Dowody: oświadczenia oraz listy referencyjne.

Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z art. 99 ust. 1 p.z.p. „Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty". W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest: „Usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów…", pojęcie gospodarki odpadami zawiera między innymi w swoim znaczeniu zbieranie, co stwarza możliwość do stwierdzenia, iż stworzony przez Zamawiającego OPZ nie jest opisany jednoznacznie.

Ponadto, według art. 99 ust. 4 p.z.p. „Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów". W odpowiedzi na pytania dotyczące SWZ oraz w OPZ i tytule zamówienia, Zamawiający jasno określa na czym ma polegać przedmiot zamówienia („Usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów …"). Podczas zadanych pytań w odpowiedzi na pytanie nr 4 Zamawiający również potwierdził, że Wykonawca musi wykonać kluczowe zadanie w postaci zagospodarowania odpadów osobiście. W każdym przypadku Zamawiający posługuje się terminem „zagospodarowanie" jednak w wymaganiach podkreśla, iż o wykonanie tego zamówienia mogą ubiegać się jedynie potencjalni Wykonawcy, którzy posiadają własne instalacje z możliwością przetwarzania odpadów. Zamawiający w głównych kryteriach zamówienia (OPZ) stosuje szeroko pojęte zagospodarowanie odpadów, a jednak końcowo mocno ogranicza wykonanie tego zamówienia dla podmiotów posiadających zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Dodatkowo nawet na prośbę zawartą w pytaniu nr 16 zadanym do tego postępowania Zamawiający pozostaje nieugięty i trzyma się swoich wcześniejszych założeń w SWZ, co pozostaje w sprzeczności z odpowiedzią Zamawiającego do pytania nr 4.

Zgodnie z art. 16 p.z.p. „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny".

W tym przypadku można potwierdzić wcześniej przyjęte stwierdzenia, Zamawiający nie przygotował jasno SWZ postępowania oraz zacieśnił krąg wykonawców do minimum. Zamawiający nie wziął pod uwagę równego traktowania wykonawców. Podmioty, które posiadają stosowne decyzję umożliwiające przetwarzanie odpadów nie jako jedyne mogą wykonać rzetelnie to zamówienie. W wielu przypadkach podmioty posiadające decyzję uprawniające na zbieranie odpadów posiadają zawarte umowy współpracy z instalacjami, które posiadają decyzję na przetwarzanie odpadów tym samym końcowy efekt wykonanego zamówienia jest taki sam bądź nawet lepszy, np. dzięki osiągnięciu wyższych poziomów recyklingu oraz aspekcie finansowym wykonania tego zamówienia.

Zgodnie z art. 83 p.z.p. „1. Zamawiający publiczny, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, dokonuje analizy potrzeb i wymagań, uwzględniając rodzaj i wartość zamówienia.

2. Analiza, o której mowa w ust. 1, obejmuje w szczególności /…/.:

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia czynności wyboru oferty Green Petrol sp. z o.o.,

- unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego,

- dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż jego oferta została odrzucona.

Załączniki: oświadczenia; listy referencyjne; Decyzja -zbieranie odpadów Ecopell Sp.z o.o.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości bądź też odrzucenie odwołania w całości.

UZASADNIENIE

Odnosząc się do zarzutu naruszenia określonego w pkt 1 odwołania zamawiający wyjaśnia, że zarzut naruszenia art. 226 pkt 2 lit. b pzp jest bezzasadny ponieważ w postępowaniu Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) jasno określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie żądał przedłożenia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 03 07 w ilości nie mniejszej niż określona w przedmiocie zamówienia, natomiast w zakresie transportu odpadów aktualnego wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez właściwego marszałka województwa na podstawie art. 50 ust.1. pkt 5 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.

2023 r. poz.1587 ze zm.) lub innego dokumentu uprawniającego do transportu odpadów.

Z dokumentu JEDZ złożonego wraz z ofertą w trybie art. 125 ust. 1. Część IV Kryteria kwalifikacji wynikało, że Odwołujący uznał, że do wykonania przedmiotu zamówienia nie są wymagane żadne zezwolenia. W związku z tym, że Odwołujący jednak złożył ofertę w postępowaniu, w którym wymagane są określone uprawnienia, Zamawiający podjął wątpliwość czy takie wypełnienie dokumentu JEDZ wynika z pomyłki Odwołującego czy też jest jego świadomym działaniem i wezwał go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Pismem z 19.03.2025 r. Odwołujący wyjaśnił, że zaznaczenie w dokumencie JEDZ Część IV Kryteria kwalifikacji- odpowiedzi było spowodowane pomyłką i przesłał nową wersję dokumentu JEDZ, w którym w Części IV Kryteria kwalifikacji zaznaczył odpowiedź „tak" i określił posiadane uprawnienia jako decyzja na zagospodarowanie i transport odpadów o kodzie 20 03 07 wpisane do rejestru BDO pod nr 000031216, oraz dodatkowo wymienił zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 03 07 wydane spółce Bio MED sp. z o. o. wpisane do rejestru BDO pod nr 000001928 . Obie decyzje Odwołujący dołączył do wyjaśnienia.

Dowód: dokument JEDZ Część IV Kryteria kwalifikacji dołączony do oferty wezwanie do złożenia wyjaśnień z dnia 17.03.2025 r.

wyjaśnienia Odwołującego wraz z nową wersją dokumentu JEDZ. (w dokumentacji postępowania).

Zamawiającysprawdził, że wymieniona decyzja znak SR-III-7244.1.60. Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 15 maja 2024 r. zmieniająca wcześniejszą decyzję Starosty Krakowskiego jest decyzją zezwalającą na **zbieranie** m.in. odpadów o kodzie 20 03 07, **a nie na zagospodarowanie odpadów** o takim kodzie, jak to podaje Odwołujący. Dowód: decyzja znak SR-III-7244.1.60. Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 15 maja 2024 r. zmieniająca wcześniejszą decyzję Starosty Krakowskiego zezwalająca na zbieranie (w dokumentacji postępowania)

Dodatkowo Zamawiający wyjaśnia, że w SWZ w części III „Opis przedmiotu zamówienia" uściślił przedmiot zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów wymagając aby zagospodarowanie to odbywało się w procesach wyszczególnionych w Załączniku Nr 1 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2023 poz. 1587). Załącznik ten nosi tytuł : NIEWYCZERPUJĄCY WYKAZ PROCESÓW ODZYSKU. Zgodnie z art. 3 ust.1. pkt 2 tej ust gospodarowanie odpadami to m.in. przetwarzanie , które zgodnie z art.3 ust.1 pkt 21 tej ustawy obejmuje m.in. procesy odzysku , w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie. Procesy te określa wymieniony wyżej Załącznik Nr 1.

Zatem Zamawiający określając w SWZ, że zagospodarowanie ma polegać na poddaniu odpadów jednemu z tam wymienionych procesów odzysku, który zawiera się w pojęciu przetwarzania odpadów precyzyjnie określił, że przedmiotem zamówienia jest przetworzenie w procesie odzysku. Zgodnie z art. 41a ustawy o odpadach na przetwarzanie odpadów jest wymagane zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a nie zezwolenie na zbieranie odpadów, które posiada Odwołujący.

W takiej sytuacji zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp jako oferty wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt 2. tj. do naruszenia art. 118 ust.1 w zw. z art. 117 ust.2 - przez ich zastosowanie i błędne uznanie, że korzystanie Ecopell sp. z o.o. z zasobu podmiotu trzeciego przy wykonaniu części zamówienia nie jest korzystaniem ze zdolności technicznej lub zawodowej, Zamawiający wyjaśnia, że wobec wymogu posiadania przez wykonawcę uprawnienia do przetwarzania odpadów określonego w SWZ, a wynikającego z art. 41a ust. 1 ustawy o odpadach Odwołujący nie może w tym zakresie korzystać z uprawnień podwykonawcy ponieważ jest to sprzeczne z art.118 ustawy Pzp. Nie jest bowiem możliwe poleganie na potencjale podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, innymi słowy: jeżeli do wykonania przedmiotu zamówienia przepisy wymagają określonego zezwolenia, którego wykonawca nie posiada (w przedmiotowym przypadku zezwolenia na

przetwarzanie), to takiego zezwolenia nie można zastąpić zezwoleniem podmiotu trzeciego lub podwykonawcy, który takie zezwolenie posiada. Odwołujący nie posiada wymaganego ustawą o odpadach i SWZ zezwolenia na przetwarzanie odpadów, posiada inne zezwolenie, zezwolenie na zbieranie odpadów, a w związku z tym nie może korzystać w zakresie uprawnień do przetwarzania z potencjału podwykonawcy tj. spółki Bio-Med Sp. z o.o., która takie uprawnienie posiada. Korzystanie z potencjału technicznego i zawodowego tej Spółki byłoby możliwe dopiero wtedy gdyby sam Odwołujący miał wymagane zezwolenie na przetwarzanie odpadów i jednocześnie wspomagał się potencjałem pomiotu trzeciego w zakresie zasobów technicznych lub zawodowych.

W takim przypadku zgodnie z art. 118 ust. 2 ustawy Pzp Odwołujący składając ofertę winien określić ten fakt w ofercie, oraz złożyć zobowiązanie podmiotu trzeciego udostępniającego zasoby do oddania mu dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

Natomiast Odwołujący w ofercie nie wskazał żadnego podmiotu udostępniającego zasoby w jakimkolwiek zakresie i zgodnie z art. 123 ustawy Pzp po upływie terminu składania ofert nie może powoływać się na zdolności podmiotu udostępniającego zasoby techniczne i zawodowe spółki Bio-Med Sp. z o.o. Nie został więc naruszony przepis art. 118 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie nastąpiło też naruszenie art. 117 ust.2 ustawy Pzp ponieważ przepis ten dotyczy spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do określonej działalności gospodarczej w przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. Spółka Bio-Med Sp. z o. o. została oznaczona jako podwykonawca i nie jest podmiotem ubiegającym się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wspólnie z Odwołującym. Oferta została złożona tylko przez Odwołującego tj. spółkę Ecopell sp. z o.o.

Dowód: Oferta odwołującego z dnia 11.03.2025 r. w aktach postępowania W takiej sytuacji zarzut naruszenia art. 118 ust. 1 w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy Pzp jest niezasadny.

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt 3. tj. naruszenia art. 99 ust.1 i 4 –przez błędne sformułowanie OPZ i SWZ, co zawęziło krąg podmiotów mogących zrealizować zamówienie w sposób niezgodny z prawem powszechnie obowiązującym i nie znajdującym uzasadnienia faktycznego i prawnego.

Zamawiający podnosi, że zarzut ten jest nieuzasadniony i spóźniony. Przedmiotem odwołania w tym zakresie jest treść specyfikacji warunków zamówienia stanowiącej zgodnie z art. 7 pkt 29 w zw. z art. 134 pzp, część dokumentów zamówienia i określa w szczególności:

określenie przedmiotu zamówienia, warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający określił przedmiot zamówienia jako usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów wielkogabarytowych i jak już wyjaśnił przy uzasadnieniu bezpodstawności zarzutu określonego w pkt 1 zarzutów odwołania w SWZ w części III „Opis przedmiotu zamówienia" uściśliprzedmiot zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów wymagając aby zagospodarowanie to odbywało się w procesach wyszczególnionych w Załączniku Nr 1 do ustawyo odpadach. Załącznik ten nosi tytuł : NIEWYCZERPUJĄCY WYKAZ PROCESÓ ODZYSKU. Zgodnie z art. 3 ust. 1. pkt 2 tej ustawy gospodarowanie odpadami to m.in. przetwarzanie , które zgodnie z art.3 ust.1 pkt 21 tej ustawy obejmuje m.in. procesy odzysku, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie. Procesy te określa wymieniony wyżej Załącznik Nr 1. Zamawiający określając w SWZ, że zagospodarowanie ma polegać na poddaniu odpadów jednemu z tam wymienionych procesów odzysku, który zawiera się w pojęciu przetwarzania odpadów precyzyjnie określił, że przedmiotem zamówienia jest przetworzenie w jednym z procesów odzysku.

Termin zaskarżenia treści swz stanowiącej część dokumentów zgodnie z art. 515 ust.2 pkt. 1. pzp wynosi 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów na stronie internetowej. Publikacja ogłoszenia (czego Odwołujący nie kwestionuje) nastąpiła 31 stycznia 2025 r. Zatem termin na wniesienie odwołania w tym zakresie minął 10 lutego 2025 r. i zarzuty w tym zakresie winny ulec odrzuceniu. Stanowisko to jest oparte na orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. Np. KIO 3755/21, KIO 3209/21, KIO 307/247).

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt 4. odwołania tj. naruszenia art.16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 117 ust. 2 pzp przez zaniechanie zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz prowadzenie postępowania wbrew zasadzie przejrzystości polegające na podejmowaniu przez Zamawiającego sprzecznych w stosunku do siebie czynności tj. oparciu odrzucenia oferty na czynności unieważnionej, a także uznaniu, że w przypadku współdziałania wykonawcy z innym podmiotem konieczne było współdziałanie wyłącznie w formie konsorcjum Zamawiający podnosi, że jest to zarzut w części niezrozumiały.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego w związku z niespełnieniem przez niego warunków udziału w postępowaniu tj. w związku z brakiem uprawnień wymaganych ustawą o odpadach i SWZ do wykonania przedmiotu zamówienia. Wbrew zarzutowi podejmując decyzję o odrzuceniu oferty nie mógł się opierać i nie opierał się na jakiejkolwiek czynności unieważnionej, której Odwołujący nawet nie określił ponieważ Zamawiający żadnej czynności w przedmiotowym postępowaniu nie unieważnił.

Natomiast zarzut jakoby zamawiający narzucał Odwołującemu współdziałanie wyłącznie w formie konsorcjum jest nieuzasadniony i nieprawdziwy. Zamawiający zawarł w SWZ postanowienia dotyczące wspólnego składania ofert, w tym

informację, że w przypadku złożenia oferty wspólnej spełnienie warunku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zostanie spełnione jeżeli co najmniej z wykonawców ubiegających o udzielenie zamówienia posiada wymagane uprawnienia. Informacja ta w żadnym przypadku nie oznaczała konieczności działania w formie konsorcjum, o ile wykonawca samodzielnie spełniał warunki postępowania tj. w przedmiotowym postępowaniu posiadał wymagane uprawnienia. Zamawiający nie wyłączył także możliwości współdziałania wykonawców z podwykonawcami na zasadach określonych w SWZ.

Odnosząc się do zarzutu określonego w pkt 5 odwołania tj.: ”zarzutu naruszenia art.83 ust. 3 pkt 4 polegającego na zawężeniu kręgu wykonawców w sposób uniemożliwiający realizację zamówienia zgodnie z p.z.p. oraz ustawy o odpadach, a szczególności wbrew zasadzie zrównoważonego rozwoju i dbania o ochronę środowiska, co stanowi również naruszenie unormowań Konstytucyjnych” Zamawiający podnosi, że jest to zarzut niezrozumiały. Analiza potrzeb i wymagań sporządzona na potrzeby stanowiąca jeden z dokumentów dokumentacji postępowania spełnia wymogi powołanego przepisu” art. 83 pzp. Ponadto Zamawiający nie może się odnieść do zarzutu naruszenia „unormowań konstytucyjnych” bo Odwołujący nie wskazał, których naruszenia rzekomo dopuścił się Zamawiający.

Powyższe argumenty przemawiają za stanowiskiem Zamawiającego, że:

-odwołanie w zakresie żądania określonego pkt. 4 odwołania winno ulec oddaleniu ponieważ jest to czynność, której nakazania przez KIO nie może domagać się Odwołujący, ponieważ czynność wyboru oferty najkorzystniejszej musi być poprzedzona badaniem i oceną ofert. KIO może natomiast nakazać powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, zgodnie z art. 554 ust. 3 pkt 1a ustawy pzp,

-odwołanie w zakresie pozostałych żądań winno ulec oddaleniu jako merytorycznie nieuzasadnionych.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron przedstawione na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności izba ustaliła brak przesłanek do odrzucenia odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 pzp, o co wnosił zamawiający. Istotnie, co do zarzutu wskazującego na błędy w specyfikacji i opisie przedmiotu zamówienia termin na ich podnoszenie oczywiście upłynął i zarzut nie podlega rozpatrzeniu, jednakże ta okoliczność nie dotyczy wszystkich zarzutów, a jedynie w takim wypadku odwołanie podlegałoby odrzuceniu.

Następnie 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, a podjęte przez Zamawiającego czynności.

Rozstrzygając w sprawie skład orzekający uznał, że odwołanie nie może zostać uwzględnione.

Zarzut naruszenia art. 226 pkt 2 lit. b pzp jest bezzasadny ponieważ Zamawiający jasno określił, że w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu będzie żądał przedłożenia aktualnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów o kodzie 20 03 07 w ilości nie mniejszej niż określona w przedmiocie zamówienia, natomiast w zakresie transportu odpadów aktualnego wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami prowadzonego przez właściwego marszałka województwa na podstawie art. 50 ust.1. pkt 5 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2023 r. poz.1587 ze zm.) lub innego dokumentu uprawniającego do transportu odpadów.

Odwołujący wyjaśnił w toku badania ofert i przesłał nową wersję dokumentu JEDZ, w którym w Części IV Kryteria kwalifikacji zaznaczył odpowiedź „tak” i określił posiadane uprawnienia jako decyzja na zagospodarowanie i transport odpadów o kodzie 20 03 07 wpisane do rejestru BDO pod nr 000031216, oraz dodatkowo wymienił zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 20 03 07 wydane spółce Bio MED sp. z o. o. wpisane do rejestru BDO pod nr 000001928 . Obie decyzje dołączył do wyjaśnienia.

Zamawiającysprawdził, że przedstawiono decyzje zezwalającą na **zbieranie** m.in. odpadów o kodzie 20 03 07, **a nie na zagospodarowanie odpadów** o takim kodzie.

W SWZ Zamawiający określił, że zagospodarowanie ma polegać na poddaniu odpadów jednemu z tam wymienionych procesów odzysku, który zawiera się w pojęciu przetwarzania odpadów precyzyjnie określił, że przedmiotem zamówienia jest przetworzenie w procesie odzysku. Zgodnie z art. 41a ustawy o odpadach na przetwarzanie odpadów jest wymagane zezwolenie na przetwarzanie odpadów, a nie zezwolenie na zbieranie odpadów, które posiada Odwołujący.

W takiej sytuacji zasadne było odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b pzp jako oferty

wykonawcy nie spełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Powyższy wymóg swz był jednoznaczny jakkolwiek w odczuciu odwołującego formalny i w toku czynności jednak uznany za wiążący, skoro wykonawca przedłożył dokument zezwolenia dotyczącego przetwarzania odpadów, jakkolwiek dotyczącego podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 118 ust.1 w zw. z art. 117 ust.2 - przez uznanie, że korzystanie Ecopell sp. z o.o. z zasobu podmiotu trzeciego przy wykonaniu części zamówienia nie jest korzystaniem ze zdolności technicznej lub zawodowej, skład orzekający wyjaśnia, że możliwość polegania na zdolnościach innych podmiotów została w art. 118 ograniczona tylko do sytuacji ekonomiczno-finansowej oraz zdolności techniczno-zawodowych w rozumieniu art. 115 i art. 116 pzp. Wykonawca nie może zatem wykorzystać zasobów podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunków dotyczących zdolności do występowania w obrocie gospodarczym (art. 113) oraz uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej (art. 114) „Wymagany od wykonawcy wpis do rejestru zawodowego lub handlowego, zezwolenie, licencja, koncesja, wpis do rejestru działalności regulowanej lub członkostwo w samorządzie zawodowym stanowią osobiste zdolności wykonawcy i dlatego nie mogą być zastąpione zdolnościami podmiotu trzeciego." (Prawo zamówień publicznych. Komentarz. UZP Warszawa, teza 3 do art. 118 ustawy pzp.)

Odnośnie do zarzutu naruszenia art. 99 ust.1 i 4 –przez błędne sformułowanie OPZ i SWZ stwierdzić należy wprost, że jest on wniesiony po terminie.

Odnosząc się do zarzutu określonego naruszenia art.16 pkt 1 i 2 w zw. z art. 117 ust. 2 pzp należy stwierdzić, iż dotyczy on czynności przygotowania postępowania, zatem również w tym wypadku upłynął termin na ich kwestionowanie w drodze środka ochrony prawnej.

W tak ustalonym stanie rzeczy, wobec stwierdzenia, że zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia, nie naruszył przepisów ustawy pzp wskazanych przez odwołującego orzeczono, jak w sentencji, zgodnie i na podstawie przepisów prawa, niezależnie od przedstawienia przez odwołującego argumentów wskazujących na proekologiczny profil jego działalności gospodarczej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 574 oraz art. 575 i 576 ustawy Pzp, a także w oparciu o rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zmianami).

Przewodniczący ...……..