

WYROK

Warszawa, 12 czerwca 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 12 maja 2025 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Control Process spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i Control Process EPC Environmental Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: SBB Energy spółka akcyjna z siedzibą w Opolu i AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chmielniku

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża odwołującego i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego, 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszt wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego.

3.Zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

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

Uzasadnienie

Miejski Zakład Komunalny spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Stalowej Woli (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Budowa Instalacji Odzysku Energii z frakcji energetycznej odpadów (RDF, PRE-RDF) w Stalowej Woli, znak sprawy: ZP.271.Pzp.9.2024, zwane dalej postępowaniem.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 15 października 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 623408-2024.

12 maja 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Control Process spółka akcyjna z siedzibą w Warszawie i Control Process EPC Environmental Solutions spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie w części nr 1 postępowania zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a, b Pzp;

2.art. 239 ust. 1 Pzp;

3.art. 16 pkt 1 i 3 Pzp..

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu części nr 1 postępowania:

1.unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawców wspólnie ubiegających

się o udzielenie zamówienia: SBB Energy spółka akcyjna z siedzibą w Opolu

i AJ Profibud spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Chmielniku (dalej: Przystępujący).

2.odrzucenia oferty Przystępującego, alternatywnie wezwanie Przystępującego

do złożenia wyjaśnień.

3.ponownego przeprowadzenia oceny ofert zgodnie z warunkami określonymi w SWZ.

W uzasadnieniu zarzutów w zakresie stanu faktycznego Odwołujący wskazał:

W Rozdziale V ust. 1 pkt 4 SWZ Zamawiający określił warunek zdolności technicznej

lub zawodowej w zakresie doświadczenia jakim muszą legitymować się wykonawcy chcący wziąć udział w postępowaniu. Dla potrzeb odwołania kluczowe znaczenie ma warunek udziału w zakresie doświadczenia – lit.b) tiret trzecie:

- wykonawca musi wykazać jedno zadanie obejmujące budowę wraz z uruchomieniem instalacji oczyszczania spalin na instalacji spalania o wydajności minimum 20 000 Mg/rok odpadów: komunalnych lub RDF lub pre-RDF.

Spełnienie warunku dotyczącego posiadania doświadczenia w budowie i uruchomieniu instalacji oczyszczania spalin miało zostać potwierdzone Wykazem robót (Załącznik nr 9 do IDW) oraz stosownymi referencjami.

Przystępujący w odpowiedzi z 18 kwietnia 2025 na wezwanie Zamawiającego w trybie

art. 139 ust. 2 oraz art. 126 ust. 1, przedstawiło m.in. uzupełniony załącznik nr 9 do IDW, wskazując projekt Boehringer, jako spełniający warunek dotyczący doświadczenia w budowie

i uruchomieniu instalacji oczyszczania spalin, zrealizowany przez podmiot trzeci Oschatz Power GmbH.

Odwołanie dotyczy braku spełnienia powyższego warunku przez Przystępującego.

Po dokonaniu wstępnej oceny oferty Przystępującego Zamawiający wystosował wezwanie

do wyjaśnienia podmiotowych środków dowodowych (pismo ISK z 24 kwietnia 2025 r.).

W dokumencie tym Zamawiający m.in.: zażądał wyjaśnień co do projektu Boehringer (załącznik nr 6 do Odwołania).

Już samo wezwanie dowodzi, że Zamawiający powziął uzasadnione wątpliwości co zakresu projektu Boehringer w świetle spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu i prawidłowości oświadczeń Przystępującego.

W piśmie z 29 kwietnia 2025r. Przystępujący złożył wyjaśnienia oraz dodatkowe dokumenty (Załącznik nr 7 do Odwołania) potwierdzając, że:

- a.referencja dla projektu Boehringer została sporządzona przez inwestora Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG i dotyczy instalacji spalania o łącznej wydajności 105 000 Mg/rok,
- b.projekt Boehringer został wykonany jako instalacja z przeznaczeniem do spalania biomasy:
 - a.„Zezwolenie na elektrociepłownię biomasową firmy Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co.KG z 11.10.2021, strona 141”,
 - b.„Lista pozytywna dopuszczonych odpadów do kotła na biomasę Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co.KG”,
 - c.w ramach projektu Boehringer dopuszczono możliwość dodawania do spalanej biomasy (odpadów drzewnych), innych odpadów, w tym odpadów o charakterze RDF, jednak w ograniczonych ilościach i wyłącznie jako paliwo towarzyszące (max. 25% całkowitego wkładu (skumulowanego))

Przystępujący powołał się przy tym na „Załącznik 1 do decyzji z 11.10.2021 r.” (Załącznik nr 7

do Odwołania) – pozytywną listę odpadów dopuszczonych do spalania, która potwierdza,

że odpady o kodach 19 12 10 (RDF) są limitowane do 25 % całkowitego wsadu.

Z treści referencji z 19 lutego 2025r., wyjaśnień z 29 kwietnia 2025 r. a także ogólnodostępnych informacji (Załącznik nr 8 – Wyciąg ze strony inwestora projektu Boehringer) wynika jednoznacznie, że instalacja Boehringer została zaprojektowana jako kocioł rusztowy na biomasę/drewno odpadowe, z opcją współspalania RDF. Paliwem podstawowym instalacji są odpady drzewne (biomasa), a RDF może być jedynie współspalany. Nie można zatem uznać, że instalacja która służy do spalania biomasy, a ma jedynie możliwość teoretycznego udziału RDF w strumieniu paliwa, spełnia warunek posiadania doświadczenia w budowie

i uruchomieniu instalacji oczyszczania spalin na instalacji spalania o wydajności minimum 20000Mg/rok odpadów: komunalnych lub RDF lub pre-RDF, gdyż:

- a)Zamawiający jednoznacznie i bardzo precyzyjnie określił jaki typ odpadów (konkretne trzy rodzaje) winien być spalany na instalacji, na której miała zostać zabudowana i uruchomiona instalacja oczyszczania spalin: odpady komunalne lub RDF

lub pre-RDF. Mając na uwadze przedmiot Zamówienia jest to zrozumiałe, gdyż to instalacje oczyszczania spalin dla instalacji spalania odpadów komunalnych i pochodnych odpadów komunalnych (RDF i pre-RDF) są najbardziej wymagającymi technologicznie, a nadto muszą spełniać restrykcyjne regulacje środowiskowe,

z uwagi na m.in. metale ciężkie, dioksyny i inne szkodliwe substancje zawarte w spalinach, jak również dużą zmienność składu tego rodzaju odpadów. Instalacje jedynie współspalające odpady komunalne, RDF, pre-RDF nie mogą być porównywane do instalacji spalających te odpady.

b) Abstrahując od faktu, że instalacja Boehringer nie spełnia warunków udziału, co zostało wskazane powyżej, to trzeba zwrócić uwagę, że ze względu na swój charakter (instalacja biomasowa z opcjonalnym udziałem RDF) instalacja Boehringer mogła nigdy dotąd, jak również może nigdy w całym cyklu swojego życia nie spalać RDF, a jedynie biomasę/odpady drzewne.

Warunek SWZ (Rozdz. Vust. 1pkt4lit.b tiret3) wymagał budowy i uruchomienia instalacji oczyszczania spalin na instalacji spalania odpadów komunalnych lub RDF lub pre-RDF o wydajności $\geq 20000 \text{ Mg/rok}$. Wymóg ten należy rozumieć jako instalację dedykowaną do takiego strumienia odpadów, a nie instalację, w której RDF może być paliwem pomocniczym. W instalacji Boehringer paliwem dominującym (100% - 75%) jest biomasa drzewna, a RDF stanowi jedynie opcjonalny dodatek (jako jeden z wielu innych). Tym samym w ramach zadania Boehringer nie została wykazana instalacja oczyszczania spalin na instalacji spalania RDF/pre-RDF o wymaganej wydajności $20\,000 \text{ Mg/rok}$, a oferta Przystępujący nie spełnia warunku udziału.

9 czerwca 2025 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m. in. że odwołanie oparte jest przede wszystkim na nieprawidłowej interpretacji warunku udziału w postępowaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść SWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego zawarte w odwołaniu i pismach procesowych, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

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

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Izba przeprowadziła dowód z dokumentacji postępowania oraz wszystkich wnioskowanych przez Strony dowodów pisemnych.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała zarzuty odwołania, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, co następuje:

W zakresie objętym zarzutami odwołania podstawowe znaczenie miało brzmienie i znaczenie warunku udziału w postępowaniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału

w Postępowaniu dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie doświadczenia wykonawcy: warunek w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że nie wcześniej niż w okresie ostatnich 15 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie) wykaże się doświadczeniem w wykonaniu w ramach jednej lub kilku umów niżej wymienionych zadań:

- jedno zadanie obejmowało budowę wraz z uruchomieniem węzła spalania, obejmującego co najmniej palenisko zintegrowane z kotłem odzyskowym, na instalacji spalania o wydajności min. $20\,000 \text{ Mg/rok}$ odpadów

oraz

- jedno zadanie obejmowało budowę wraz z uruchomieniem węzła wytwarzania ciepła i energii elektrycznej z zastosowaniem turbiny upustowo-kondensacyjnej lub przeciwpięprężnej z generatorem mocy elektrycznej o mocy min. 6 MWt i min. 3 MWe

oraz

–jedno zadanie obejmowało budowę wraz uruchomieniem instalacji oczyszczania spalin na instalacji spalania o wydajności min. 20.000 Mg/rok odpadów: komunalnych lub RDF lub preRDF,

oraz

–jedno zadanie polegało na budowie wraz z uruchomieniem zakładu z zakresu energetyki zawodowej tj. obiektu energetycznego typu elektrociepłownia produkującego energię elektryczną o mocy elektrycznej nie niższej niż 4 MWe oraz ciepło o zainstalowanej mocy cieplnej nie niższej niż 10 MWt” (Rozdz. V ust. 1 pkt 4 lit. b SWZ).

Osią sporu był powyższy warunek w zakresie tiret trzeciego.

Między stronami nie było sporu, co do parametrów i cech zadania, na które powołał się Przystępujący. Kluczowa była więc ocena, czy zadanie określone przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania jako „projekt Boehringer” wpisywało się w powyższy warunek.

Przystępujący w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu powołał się na następujące zadanie:

„Budowa wraz z uruchomieniem wężła spalania, obejmującego palenisko zintegrowane z kotłem odzyskowym, na instalacji spalania o wydajności min. 20.000 Mg/rok odpadów
Dane projektu Boehringer

- Wydajność powyżej 105 000 Mg /rok odpadów

- Parametry pary z kotła

- Produkcja 60t/h

- T = 403C

- P = 41.5 bar (a)

- Paliwo

- Odpady wielkogabarytowe, RDF (kod odpadu 191210 / 191212) i odpady drzewne (klasa I-IV)”.

Zadanie zostało zrealizowane przez Oschatz Power GmbH z siedzibą w Essen.

28 kwietnia 2025 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie obejmujące m. in. następujący zakres:

„Działając na podstawie art. 128 ust. 4 Ustawy, Zamawiający wzywa Wykonawcę – Konsorcjum firm do wyjaśnienia poz. 1 Wykazu robót. Wykonawca – Konsorcjum firm

na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu wskazanym w Rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. b) tiret 1 i 3 IDW wskazał na robotę wykonaną przez Oschatz Power GmbH na rzecz Boehringer Ingelheim Pharma GmbH & Co. KG (...) W treści Wykazu robót Wykonawca wskazał, iż projekt Boehringer osiągnął wydajność powyżej 105 000 Mg /rok odpadów

dla paliwa: odpady wielkogabarytowe, RDF (kod odpadu 19 1210 / 19 1212) i odpady drzewne (klasa I-IV). Powyższe koresponduje z treścią referencji wystawionych dla Oschatz Power GmbH z dnia 19.02.2025 r.

W ocenie Zamawiającego nie jest jednoznaczne, czy wskazane zadanie osiąga minimalną wymaganą wydajność dla rodzajów odpadów wskazanych w warunku, gdyż podana przez Wykonawcę ilość odpadów (105 000 Mg /rok) obejmuje również odpady niewymienione

w Rozdziale V ust. 1 pkt 4 lit. b) tiret 3 IDW.

Mając na powyższe, Zamawiający prosi o potwierdzenie czy wskazane zadanie osiąga wydajność min. 20.000 Mg/rok odpadów: komunalnych lub RDF lub preRDF”.

W odpowiedzi z 29 kwietnia 2025 r. Przystępujący wyjaśnił:

„Wykonawca pragnie wyjaśnić, że przedstawiona przez niego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w Postępowaniu (Rozdział V ust. 1 pkt 4 lit. b tiret 1 i 3 IDW) robota, zrealizowana przez Oschatz Power GmbH, obejmowała kompleksową budowę oraz uruchomienie instalacji oczyszczania spalin dla instalacji termicznego przekształcania odpadów.

Instalacja ta została zaprojektowana i wykonana z myślą o przetwarzaniu różnych frakcji odpadów, w tym m.in. frakcji RDF (kody 19 12 10 oraz 19 12 12), a także odpadów wielkogabarytowych i drzewnych (klasy I-IV). Jej całkowita wydajność operacyjna przekracza 105.000 Mg/rok.

Zgodnie z Załącznikiem nr 1 do decyzji środowiskowej z 11 października 2021 r. (nr ref. 89 30 MZB 071:314), instalacja ta dopuszcza przetwarzanie frakcji RDF w ilości do 25% całkowitego strumienia odpadów.

Oznacza to, że w ramach uzyskanego pozwolenia możliwe jest termiczne przekształcanie do 26.250 Mg/rok odpadów RDF – a więc istotnie więcej niż wymagane minimum 20.000 Mg/rok wskazane w dokumentacji Postępowania.

W konsekwencji, przedstawiona przez Wykonawcę realizacja spełnia wszystkie wymagania dotyczące doświadczenia w zakresie budowy i uruchomienia instalacji oczyszczania spalin

dla instalacji termicznego przekształcania odpadów RDF o wymaganej minimalnej wydajności”.

Interpretacja warunku udziału w postępowaniu zaprezentowana przez Odwołującego zakładała, że zadanie którym należy się wykazać miało dotyczyć instalacji spalania wyłącznie odpadów komunalnych lub RDF lub pre-RDF. Odwołujący kwestionował więc instalację zrealizowaną przez OschatzPowerGmbH twierdząc, że jej przeznaczeniem jest spalanie przede wszystkim biomasy drzewnej. Odwołujący nie kwestionował faktu, że ilość RDF spalane w instalacji sięgać może do 25% strumienia odpadów (biomasa drzewna została tu dla uproszczenia potraktowana jako jeden z rodzajów odpadów). Odwołujący nie zaprzeczył zatem w odwołaniu, że ilość RDF spalane w instalacji Boehringer może przekraczać 20 000 Mg/rok. Odwołujący wskazał natomiast na pytanie nr 28, gdzie Zamawiający zabronił powoływanie się w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu na inwestycje, w których występuje współspalanie RDF z innym rodzajem paliwa (Odpowiedzi na pytania wraz z modyfikacją SWZ z 29 listopada 2024 r.):

„Pytanie nr 28

Rozdział V pkt 1 ppkt 4) b) „- jedno zadanie obejmowało budowę wraz uruchomieniem instalacji oczyszczania spalin na instalacji spalania o wydajności min. 20.000 Mg/rok odpadów: komunalnych lub RDF lub preRDF”. Zwracam się z uprzejmą prośbą o doprecyzowanie warunku poprzez potwierdzenie czy w ramach spełnienia w/w wymagań Wykonawca może przedstawić inwestycję w której występowało współspalanie RDF (z innym paliwem, np. węglem) w wysokości min. 20.000 Mg/rok.

Odpowiedź na pytanie:

Zamawiający nie wyraża zgody na przedstawienie inwestycji, w której występowało współspalanie RDF z innym rodzajem paliwa”.

Z powyższej odpowiedzi Odwołujący wywiódł, że Przystępujący nie mógł powołać się na inwestycję dotyczącą instalacji, gdzie współspalane są odpady RDF wraz z – jak w przypadku inwestycji Boehringer – biomasą.

Izba uznała jednak za zasadną interpretację tej odpowiedzi przedstawioną w toku rozprawy przez Zamawiającego. Odpowiedź dotyczyła kwestii dopuszczalności współspalania odpadów z paliwami, czyli wspomagania procesu spalania odpadów przez dodatkowy wsad paliwa (np. węgla). Zamawiający nie zabronił jednak spalania odpadów innych niż wskazane w treści warunku odpady komunalne, RDF czy pre-RDF. Stanowisko to w ocenie Izby jest zgodne z literalnym brzmieniem udzielonej odpowiedzi.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie potwierdziło się założenie Odwołującego, na którym zbudowana została cała argumentacja odwołania. Odwołujący błędnie zinterpretował sporny warunek udziału w postępowaniu, co z kolei w konsekwencji doprowadziło do oddalenia odwołania.

Warunek udziału w postępowaniu w ocenie Izby należy interpretować następująco – dotyczy on:

- 1.Instalacji spalania,
- 2.O wydajności minimalnej 20 000 Mg/rok,
- 3.Spalającej przynajmniej jeden rodzaj odpadów:
 - komunalne,
 - RDF,
 - Pre-RDF.

Nie budzi wątpliwości, że „projekt Boehringer” spełnia wszystkie powyższe wymogi.

Po przeprowadzeniu dowodów z dokumentów składanych przez Przystępującego w toku wyjaśnień oferty na etapie jej badania przez Zamawiającego Izba uznała za udowodnione, że instalacja, na którą powołał się Przystępujący służy do spalania odpadów, w tym biomasy. Nie jest natomiast instalacją, gdzie odpady RDF są współspalane z paliwem.

Odwołujący niezasadnie założył, że trzy wskazane rodzaje odpadów to jedyne bądź przynajmniej główne odpady podlegające utylizacji w referencyjnej instalacji. Literalne brzmienie warunku udziału w postępowaniu nie daje żadnej podstawy do takiego wniosku – Zamawiający nie zastrzegł, by zabronione było powołanie się na zadanie dotyczące szerszego asortymentu spalanych odpadów. Katalog odpadów nie jest zamknięty. Wobec braku jednoznacznie wyrażonego zakazu, Przystępujący mógł się zatem powołać na zadanie, które spełniało wypunktowane wyżej wymogi wynikające z literalnej interpretacji warunku. Mógł przy tym jednocześnie powołać się na zadanie, które miało inne, niezabronione cechy.

Zamawiający nie wskazał też, że określona w SWZ wydajność instalacji ma być wydajnością faktycznie wykorzystywaną i potwierdzoną w toku eksploatacji. Dlatego nie miała znaczenia dla sprawy kwestia czy odpady spalane w instalacji

Boehringer faktycznie obejmują odpady RDF w określonych przez Zamawiającego minimum. Dla spełnienia warunku udziału

w postępowaniu istotna jest zakładana wydajność instalacji, a nie poziom jest rzeczywistego wykorzystania.

W konsekwencji Izba uznała stanowisko Odwołującego za niezasadne i pośrednio stanowiące spóźnioną polemikę z treścią SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy

na podstawie art. 575 Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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).

Przewodniczący