

**WYROK**

Warszawa, dnia 15 lipca 2025 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

Przewodniczący: Elżbieta Dobrenko

Członkowie: Anna Chudzik

Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

1. w dniu 16 maja 2025 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke (sygn. akt KIO 1927/25),
2. w dniu 16 maja 2025 r. przez wykonawcę Trasco Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie (sygn. akt KIO 1931/25)
3. w dniu 16 maja 2025 r. przez wykonawcę A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich (sygn. akt KIO 1932/25)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu

przy udziale uczestników po stronie zamawiającego:

1. wykonawcy A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich w postępowaniu o sygn. akt KIO 1927/25,
2. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke w postępowaniu o sygn. akt KIO 1931/25 oraz KIO 1932/25

**orzeka:**

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 1927/25.
2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 1927/25.
3. Oddala odwołania w sprawach KIO 1931/25 oraz KIO 1932/25.
4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1927/25 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego wykonawcy A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
  - 4.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke na rzecz wykonawcy A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez uczestnika postępowania odwoławczego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1931/25 obciąża wykonawcę Trasco Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie i:
  - 5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych), poniesioną przez zamawiającego – Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 5.2. zasądza od wykonawcy Trasco Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie na rzecz zamawiającego – Zakładu Komunalnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.
6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 1932/25 obciąża wykonawcę A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 20 000 zł 00 gr (dwadzieścia tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 złotych (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), poniesioną przez zamawiającego – Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

6.2. zasądza od wykonawcy A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich na rzecz zamawiającego – Zakładu Komunalnego Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu kwotę 3.600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodnicząca:.....

.....  
.....

**Sygn. akt: KIO 1927/25**  
**KIO 1931/25**  
**KIO 1932/25**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, dalej: „*zamawiający*” prowadzi, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, dalej: „*ustawa Pzp*” postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Budowa Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów wraz z odzyskiem energii jako elementu Centrum Zielonej Transformacji w Opolu”, dalej: „*postępowanie*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 18 lipca 2024 r. pod numerem 433370-2024.

#### I. KIO 1927/25

16 maja 2025 r. wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke, dalej: „*odwołujący(1)*” wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego podjętych

z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, zarzucając naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 Pzp, poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie odrzucenia oferty ADAMIETZ Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje w zakresie:

a) spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1 lit. c) SWZ tj. wskazania, iż „Budowa zakładu produkcji nośników energetycznych i odzysku energii” jest instalacją termicznego przekształcania odpadów komunalnych, zaś wsad do instalacji opisanej w ww. poz. tabeli zawartej w Wykazie usług i robót, odnosi się do odpadów rozumianych zgodnie z ustawą o odpadach wraz przypisem numer 2 do warunku tj. jako: „Pod pojęciem odpadów należy rozumieć także odpady określone w art.

3 pkt 31 lit. b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2020 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (Dz.U.UE L z dnia 17 grudnia 2010 r.), w tym odpady drewniane mogące zawierać chlorowcopochodne związki organiczne lub metale ciężkie wprowadzone w wyniku zastosowania środków do konserwacji lub powlekania drewna i które obejmują w szczególności takie odpady drewniane pochodzące z prac budowlanych lub rozbiorczych”, podczas gdy nie można uznać kotła na czystą biomasę za instalację termicznego przekształcania odpadów.

b) spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do doświadczenia, określonego w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1 lit. a) SWZ tj. wskazania projektu budowlanego zamiennego związanego z zadaniem inwestycyjnym pn. Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii PGE GIEK SA o/Elektrociepłownia Rzeszów podczas gdy projekt ten obejmował jedynie znikomą część zakresu prac projektowych typowych dla budowy obiektu energetycznego.

2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez jego niezastosowanie

i zaniechanie odrzucenia oferty ADAMIETZ Sp. z o.o., który nie tylko podlega wykluczeniu

z postępowania z powodów opisanych w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp, gdyż wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (zataił te informacje), w wyniku co najmniej (rażącego)

niedbalstwa, ale dodatkowo

w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień

z tytułu rękojmi za wady, a tym samym również z tego powodu powinien podlegać wykluczeniu.

3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 111 pkt. 6 Pzp, poprzez jego niezastosowanie

i zaniechanie odrzucenia oferty ADAMIETZ Sp. z o.o., podczas gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z Postępowania gdyż wprowadził Wojewódzki Szpital Dziecięcy im.

J. Brudzińskiego w Bydgoszczy w błąd w rozumieniu art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp przy przedstawianiu informacji dotyczących oferowanego przezeń sprzętu, a tym samym względem Niego zmaterializowały się przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp.

Odwołujący(1) wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty A. Sp. z o.o. (poza podstawami prawnymi i faktycznymi wskazanymi w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty A. Sp. z o.o. z dnia 6 maja 2025r.) także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący(1) wniósł także o:

- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów załączonych do odwołania lub przedłożonych w toku postępowania przed Izbą, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania lub w dacie ich powołania w postępowaniu przed Izbą,

- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa i zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W odpowiedzi na odwołanie - piśmie z 10 czerwca 2025 r. zamawiający oświadczył,

że uwzględni część zarzutów przedstawionych w odwołaniu, tj. zarzuty oznaczone w petitum odwołania nr 1 i nr 2 oraz wniósł o:

1. umorzenie postępowania w części (w zakresie zarzutów nr 1 i 2) na podstawie art. 568 pkt 3 Pzp w zw. z art. 522 ust. 4 Pzp,

2. oddalenie odwołania w pozostałym zakresie (w zakresie zarzutu nr 3),

3. obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

12 czerwca 2025 r. odwołujący(1) oświadczył, że cofa zarzut nr 3 odwołania – pismo z 12 czerwca 2025 r.

## 2.KIO 1931/25

16 maja 2025 r. wykonawca Trasko Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Ostrzeszowie, dalej: „*odwołujący(2)*” wniósł odwołanie wobec następujących czynności podjętych przez zamawiającego:

1) zaniechania przez zamawiającego unieważnienia postępowania przetargowego, w sytuacji kiedy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

2) odrzucenia oferty Trasko Invest sp. z o.o. wobec przyjęcia przez zamawiającego braku możliwości rozpoznania złożonego przez odwołującego wniosku z dnia 7 stycznia 2025 roku, o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów oraz z uwagi na brak pisemnej zgody odwołującego na przedłużenie terminu związania ofertą, którą to czynność poprzedziło przyjęcie przez zamawiającego zaistnienia podstawy do wystąpienia o wypłatę kwoty wadium;

3) wyboru oferty złożonej przez konsorcjum Elemente S.A. (lider konsorcjum) oraz Vyncke NV (partner konsorcjum), w sytuacji kiedy istotne naruszenia, których dopuścił się Zamawiający winny doprowadzić do unieważnienia postępowania, a tym samym brak podstaw do dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący(2) zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów, tj.:

1) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. pozostawienie przez zamawiającego bez rozpoznania wniosku odwołującego z dnia 7 stycznia 2025 roku o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, z uwagi na – zdaniem zamawiającego – niemożność jego rozpoznania, podczas gdy

wpływ wniosku nastąpił ostatniego dnia pierwotnie wyznaczonego terminu, w godzinach wieczornych (a więc wciąż w terminie), stąd Zamawiający był uprawniony (wręcz zobowiązany) do jego rozpoznania, nadto Zamawiający rozpoznał tożsame wnioski innego wykonawcy z dnia 11 lutego 2025 r. oraz z dnia 11 marca 2025 r., co doprowadziło do naruszenia zasady równości, przejrzystości

i konkurencyjności w postępowaniu i skutkowało bezprawnym wystąpieniem o wypłatę wadium oraz finalnie odrzuceniem oferty odwołującego;

- 2) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania przetargowego jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, wobec różnicowania sytuacji wykonawców biorących udział w postępowaniu, a polegającego na uwzględnieniu odwołania A. sp. z o.o.

z dnia 27 stycznia 2025 r. i w konsekwencji unieważnieniu czynności wezwania A. sp. z o.o. z dnia 15 stycznia 2025 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, podczas gdy Zamawiający utrzymał w mocy wezwanie dotyczące tego samego zakresu skierowane do Trasko Invest sp. z o.o. z dnia 7 stycznia 2025 r., co doprowadziło do naruszenia zasady równości, przejrzystości i konkurencyjności w postępowaniu

i skutkowało bezprawnym wystąpieniem o wypłatę wadium oraz odrzuceniem oferty odwołującego;

- 3) art. 255 pkt 6 Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania przetargowego jako obciążonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy

w sprawie zamówienia publicznego, wobec bezprawnych działań zamawiającego polegających na nieformalnym, niejawnym przekazywaniu innemu wykonawcy informacji dotyczących postępowania, w szczególności wyników badania i oceny dokumentów oraz wyjaśnień przekazanych przez Trasko sp. z o.o. na żądanie zamawiającego, czym doprowadził do nieuprawnionego uprzywilejowania pozycji jednego z wykonawców, sprzeniewierzając się zasadzie przejrzystości i równego traktowania uczestników postępowania;

- 4) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) i pkt 12 Pzp w zw. z art. 98 ust. 6 pkt 1 Pzp w zw. z art. 16 ust.

1 i ust. 2 Pzp, poprzez zwrócenie się o wypłatę wadium oraz odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy:

a) w toku pierwotnie wyznaczonego przez zamawiającego terminu – w dniu 7 stycznia 2025 r., odwołujący zwrócił się do zamawiającego o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i dokumentów (na wezwania z dnia 20 grudnia 2024 r.), co stanowiło

o powinności rozpoznania przedmiotowego wniosku (pozytywnie lub negatywnie); pozostawienie wniosku odwołującego bez rozpoznania pomimo jego wpływu w terminie, godzi w zasadę przejrzystości i równego traktowania wykonawców;

b) mimo braku rozpoznania wniosku odwołującego z dnia 7 stycznia 2025 r. o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i dokumentów, zamawiający pismem z dnia 7 stycznia 2025 roku wezwał odwołującego do złożenia dalszych wyjaśnień i dokumentów, czym utwierdzał odwołującego w przekonaniu, że jego oferta nadal podlega ocenie;

c) zamawiający uwzględnił odwołanie A. sp. z o.o. z dnia 27 stycznia 2025 r.

i w konsekwencji unieważnieniu czynności wezwania A. sp. z o.o. z dnia

15 stycznia 2025 r. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów, podczas gdy Zamawiający utrzymał w mocy wezwanie dotyczące tego samego zakresu skierowane do Trasko Invest sp. z o.o. z dnia 7 stycznia 2025 r.;

- d) w kolejnych pismach z dnia 17 stycznia 2025 roku oraz z dnia 31 stycznia 2025 roku, odwołujący złożył wszystkie wyjaśnienia i dokumenty, o które wzywał zamawiający

w pismach z dnia 20 grudnia 2024 r. oraz z dnia 7 stycznia 2025 roku;

- 5) art. 16 ust. 1 i ust. 2 Pzp, poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości, tj. różnicowania pozycji wykonawców biorących udział w postępowaniu.

Odwołujący(2) wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienie postępowania o zamówienie publiczne, ewentualnie

2) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,

3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w postępowaniu.

Odwołujący(2) wniósł, na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp, o dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na fakty wskazane w pisemnym uzasadnieniu odwołania lub ustnie na rozprawie o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm

przewidzianych przepisami prawa.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 10 czerwca 2025 r. zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

### 3.KIO 1932/25

16 maja 2025 r. wykonawca A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich, dalej: „*odwołujący(3)*” wniósł odwołanie wobec następujących czynności i zaniechań Zamawiającego:

- (1)nieuzasadnionego odrzucenia oferty w Postępowaniu złożonej przez A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp z uwagi na rzekome niespełnienie przez odwołującego warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. a) SWZ, mimo że wskazane przez A. doświadczenie potwierdza spełnienie ww. warunku; ewentualnie:  
zaniechania wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia podmiotowych środków dowodowych, w tym Wykazu usług i robót w zakresie zadania wykazywanego na spełnienie warunku, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. a) SWZ,
- (2)nieuzasadnionego odrzucenia oferty w Postępowaniu złożonej przez A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp z uwagi na rzekome niespełnienie przez Zamawiającego warunku udziału w Postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. c) SWZ,
- (3)nieuzasadnionego odrzucenia oferty w postępowaniu złożonej przez A. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp - z uwagi na rzekome spełnienie się względem odwołującego przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp;
- (4)nieuzasadnionego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, tj. oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego w składzie: ELEMONT SPÓŁKA AKCYJNA z siedzibą w Opolu przy ul. Dobrzeńskiej 72B, 45-920 Opole („Lider Konsorcjum”; „ELEMONT”) oraz VYNCKE NV z siedzibą w Harelbeke (Belgia), Gentssesteenweg 224, 8530 Harelbeke („Partner Konsorcjum”; „VYNCKE NV”), przy jednoczesnym odrzuceniu oferty Konsorcjum A.;

Odwołując(3) zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- (1)art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) Pzp poprzez odrzucenie oferty A. jako niespełniającej warunków udziału w postępowaniu, i:
  - a) uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. c) SWZ, podczas gdy prawidłowa ocena dokonana w oparciu o literalną wykładnię brzmienia warunku ustaloną na moment składania ofert (zdefiniowane tam pojęcie „odpadów”), prowadzi do uznania, że rzeczony warunek udziału został przez odwołującego spełniony, a nieprawidłowy wynik badania stanowi skutek dokonania przez Zamawiającego nieuprawnionej modyfikacji treści SWZ na etapie po upływie terminu składania ofert (interpretacja wynikająca z Zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert);
  - b)uznanie, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. a) SWZ, z uwagi na fakt, iż w ramach referencyjnego zadania („Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii PGE GiEK SA o/Elektrociepłowni Rzeszów”), na które to zasoby A. powołał się w wyniku ich udostępnienia przez podmiot trzeci Foroom Sp. z o.o., obejmuje wykonanie w ramach dokumentacji projektowej projekt budowlany zamienny – co zdaniem zamawiającego rzekomo nie odpowiada brzmieniu warunku (i wynikającego z tego brzmienia zakresu prac, mających być realizowanymi w ramach referencyjnego zadania), podczas gdy „projekt budowlany zamienny” jest „projektem budowlanym” w rozumieniu art. 34 ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. – Prawo budowlane („Pb”) a w przypadku, gdy treść warunku referuje, do „projektu budowlanego”, w zbiorze desygnatów tego pojęcia znajduje się także „projekt budowlany zamienny” (wykazanie się doświadczeniem w realizacji projektu budowlanego zamiennego powinno zostać uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu);

ewentualnie, w sytuacji nieuwzględnienia zarzutu, o którym mowa powyżej w lit. b) (dot. warunku z Rozdziału 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. a) SWZ):

- (2) art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 4 Pzp w zw. z art. 122 Pzp poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do poprawienia przedłożonego przez odwołującego(3) dokumentu „Wykazu usług i robót” oraz wskazania nowego zadania referencyjnego spełniającego wymagania określone w treści tego warunku;
- (3) art. 109 ust. 1 pkt 10 Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp poprzez błędne przyjęcie, że odwołujący(3) podlega wykluczeniu z postępowania

z uwagi na przedstawienie w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa informacji wprowadzających w błąd zamawiającego poprzez przedłożenie zamawiającemu niewystarczających – w opinii zamawiającego – informacji w zakresie sytuacji, o których mowa w treści art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, podczas gdy:

- odwołujący w dokumencie JEDZ udzielił Zamawiającemu – w części odnoszącej się m. in. do historii kontraktowej A. (przesłanki, o której mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp) odpowiadającą prawdzie odpowiedź „TAK”;
  - wskazał, iż udzielenie odpowiedzi na rzezone pytanie w opisany wyżej sposób ma miejsce jedynie z daleko idącej ostrożności, a w ocenie odwołującego(3) nie podlega wykluczeniu, oraz
  - brak jest konieczności przedstawiania w JEDZ informacji na temat pełnej historii kontraktowej wykonawcy, z uwagi na okoliczność, iż JEDZ stanowi jedynie wstępne oświadczenie dot. przesłanek wykluczenia,
- co oznacza, iż odwołujący nie podlega wykluczeniu z Postępowania, gdyż nie wprowadził zamawiającego w błąd (zamawiający nawet nie wskazuje nawet, która z informacji ma być nieprawdziwa), a jego oferta nie powinna zostać odrzucona z tej przyczyny;

a w konsekwencji powyższego;

- (4)art. 16 pkt 1 - 3 Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości.

Odwołujący(3) wniósł o rozpatrzenie i uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu:

- (1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu;
- (2) unieważnienia czynności wykluczenia A.;
- (3) unieważnienia czynności odrzucenia oferty A.;

ewentualnie, w odniesienie do warunku Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1. lit. a) SWZ, nakazanie Zamawiającemu wezwania odwołującego do poprawienia dokumentów podmiotowych w trybie art. 128 ust. 1 Pzp,

- (4) powtórzenie czynności oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty A..

Na podstawie art. 534 ust. 1 w zw. z art. 535 Pzp, odwołujący wniósł o dopuszczenie

i przeprowadzenie dowodów załączonych do odwołania, wnioskowanych w odwołaniu lub przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu pisemnym bądź ustnym.

Na podstawie art. 573 Pzp, odwołujący(3) wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przewidzianych przepisami prawa zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

W odpowiedzi na odwołanie – piśmie z 10 czerwca 2025 r. wniósł o oddalenie odwołania

w całości oraz o obciążenie kosztami postępowania odwoławczego odwołującego, w tym

o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

**Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz stanowisk stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, wyrażonych w pisemnych oraz ustnych stanowiskach, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, nie zawierały one braków formalnych.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili następujący wykonawcy:

1.A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich

w postępowaniu o sygn. akt KIO 1927/25,

2.Element Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke w postępowaniu o sygn. akt KIO 1931/25 oraz KIO 1932/25.

Zgłoszenia spełniały warunki określone w art. 525 ust. 1 i ust 2 ustawy Pzp.

Izba zaliczyła do materiału dowodowego sprawy dokumenty pochodzące z akt sprawy odwoławczej, dokumenty dołączone do pism stron i uczestników postępowania oraz dokumenty, złożone w postępowaniu odwoławczym.

#### I. KIO 1927/25

*Izba ustaliła:*

Przystępujący na posiedzeniu 13 czerwca 2025 r. wniósł sprzeciw wobec uwzględniania przez zamawiającego zarzutów nr 1 oraz 2 odwołania.

*Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 3 odwołania z uwagi na oświadczenie odwołującego(1) o jego cofnięciu, zawartym w piśmie z 12 czerwca 2025 r.*

Stosowanie do art. 520 ust. 1 ustawy Pzp, odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy.

Na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp, Izba umarza postępowanie odwoławcze, w formie postanowienia, w przypadku cofnięcia odwołania.

W przywołanym powyżej przepisie art. 520 ust. 1 ustawy Pzp ustawodawca przyznał odwołującemu prawo do cofnięcia w całości środka ochrony prawnej. Skoro zatem

wykonawca może cofnąć odwołanie w całości, to należy uznać, że na zasadzie wniosku a maiori ad minus, odwołujący może zrezygnować z popierania jedynie części

odwołania. W orzecznictwie Izby nie jest kwestionowana możliwość skutecznego cofnięcia

odwołania w części. Odwołujący oświadczył, że nie popiera zarzutu nr 3 odwołania, a zatem postępowanie odwoławcze w tej części podlegało umorzeniu.

Izba uznała, że odwołujący(1) nie wykazał przesłanek do wniesienia odwołania wynikających z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, *środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.*

6 maja 2025 r. zamawiający dokonał wyboru oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Element S.A. (Lider Konsorcjum) i Vyncke NV (Partner Konsorcjum) oraz poinformował o odrzuceniu następujących ofert, złożonych przez wykonawców:

1. A. Sp. z o.o. – oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp,

2. Energika Z.S. Sp. k. (lider Konsorcjum) oraz MTM Ekotechnika Spółka z o.o. (Partner Konsorcjum) - oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 i 12 ustawy Pzp,

3. AB Industry S.A. – oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 i 12 ustawy Pzp,

4. Trasko Invest Sp. z o.o. – oferta została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c i pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący(1) domagał się w odwołaniu odrzucenia oferty A. Sp. z o.o., poza podstawami prawnymi i faktycznymi wskazanymi w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty A. Sp. z o.o. z dnia 6 maja 2025 r.) także na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 oraz 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoją legitymację do wniesienia odwołania odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania.

Odwołujący(1) podniósł, że wprawdzie w ocenie zamawiającego oferta A. Sp. z o.o. podlega odrzuceniu, czemu dał wyraz w zaskarżanej czynności

z dnia 6 maja 2025 r., zaś sam wykonawca wykluczeniu z postępowania, lecz ujawnione

w przywołanym rozstrzygnięciu podstawy faktyczne i prawne są niepełne, a tym samym istnieje podstawa faktyczna i prawna, a także potrzeba związana ze szkodą jaka może powstać w przypadku uchylenia podstaw rozstrzygnięcia wskazanych przez zamawiającego, co tym samym czyniłoby ofertę A. najkorzystniejszą w postępowaniu.

Powyższe warunkuje potrzebę podnoszenia dalszych zarzutów wobec oferty wykonawcy

(wskazania zaniechań zamawiającego w zakresie wad oferty A. stanowiących dodatkowe, ale też samoistne podstawy obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty), gdyż późniejsze ich podnoszenie mogłoby zostać przyjęte za spóźnione, mimo nowej czynności zamawiającego wykonywanej po uchyleniu czynności zaskarżanej.

Odwołujący(1) wskazał dalej, że stąd wyniknęła potrzeba obrony interesu odwołującego (gravamen), w eliminacji oferty A. już na tym etapie, gdyż okoliczności faktyczne

i prawne przedstawione w uzasadnieniu czynności o odrzuceniu oferty A. choć zasadne, to jednak nie wyczerpują całości wad, błędów przy tym zamierzonych i celowych w ofercie A., determinujących każdy z osobna samodzielne podstawy odrzucenia jego oferty.

Jednocześnie rozpoznanie tych zarzutów wpływa na ekonomikę procesową i ekonomikę postępowania o zamówienie publiczne, w którym powinna następować komasacja przyczyn

i podstaw rozstrzygnięcia.

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia środków ochrony prawnej powstaje w momencie, gdy pozycja w jakiej znajduje się wykonawca jest zagrożona, a nie w przypadku, gdy jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza i zagrożenie nie występuje. W takiej sytuacji wykonawca nie może wykazać zaistnienia przesłanki poniesienia lub potencjalnej możliwości poniesienia szkody. Przesłankę potencjalnej możliwości poniesienia szkody lub szkody już zaistniałej wykonawca powinien wykazać w dacie wniesienia odwołania, a nie powoływać się na hipotetyczną możliwość wystąpienia szkody na skutek przyszłych czynności zamawiającego. Tak jak w przypadku odwołującego, który wskazał na konieczność rozstrzygnięcia o innych podstawach wykluczenia wykonawcy A. z postępowania

z uwagi na szkodę, jaka może powstać w przypadku uchylenia podstaw rozstrzygnięcia wskazanych przez zamawiającego, co tym samym czyniłoby ofertę A. najkorzystniejszą w postępowaniu.

Nie ma żadnej pewności, czy takie czynności zamawiającego nastąpią.

W ocenie Izby nie można wykazywać możliwości poniesienia szkody, która może powstać dopiero na skutek nowych, przyszłych czynności zamawiającego, które nastąpią z jego własnej inicjatywy lub na skutek orzeczenia Izby.

Przyjęcie stanowiska, że wykonawca w powyższym przypadku posiada interes we wniesieniu odwołania, a rozpoznanie zarzutów odwołania służy ekonomice postępowania odwoławczego i ekonomice postępowania o zamówienia publiczne, oznaczałoby przyznanie legitymacji do wniesienia odwołania także w każdym przypadku, gdy istnieje choćby potencjalna możliwość wystąpienia szkody.

Wnoszenie odwołań przez wykonawców, których oferta została wybrana jako najkorzystniejsza wobec ofert wykonawców zajmujących niższe pozycje, czy też ofert odrzuconych, „na wszelki wypadek”, czy „z ostrożności”, z powołaniem się na niewynikającą

z przepisów Pzp zasadę koncentracji środków ochrony prawnej z ostrożności, wobec ryzyka uznania odwołania wniesionego od nowych czynności zamawiającego za spóźnione, stałoby w sprzeczności z zasadami ekonomki postępowania odwoławczego, a przepis art. 505 ust. 1 ustawy Pzp utraciłby swój cel.

W ocenie Izby, w sytuacji opisanej powyższej wykonawca posiada legitymację do wniesienia odwołania dopiero wówczas gdyby na skutek ewentualnej, powtórnej czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oferta odwołującego utraciłaby status oferty najkorzystniejszej. Dopiero wówczas takiemu wykonawcy grozić może szkoda w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp. Stanowisko takie wynika z wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach

w uzasadnieniu wyroku z 9 stycznia 2015 r. (sygn. akt X Ga 343/14; niepubl.) *dopóki w ramach dokonanej oceny ofert oferta wykonawcy jest uznana za najkorzystniejsza, dopóty żadna*

*z niżej sklasyfikowanych ofert nie może wyrządzić szkody. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uzupełniająco wskazać należy, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku powtórnej oceny ofert, nie ma podstaw, aby jego odwołanie zostało odrzucone na podstawie art. 189 ust 2 pkt 3 pzp jako wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 3 pkt*

*1 pzp, gdyż o zaniechaniu odrzucenia oferty C. wiedział już uprzednio. Przesłanki odrzucenia odwołania nie mogą być rozpatrywane w oderwaniu od tego czy wykonawca, który nawet powziął informację o okolicznościach mogących stanowić o odstawę wniesienia odwołania, mógł skutecznie wnieść takie odwołanie z uwagi na art. 179 ust. 1 pzp. Odwołanie nie może zostać uznane za spóźnione, jeżeli uprzednio wykonawca nie był legitymowany do jego wniesienia, choćby z uwagi na brak po jego stronie szkody, gdyż jego oferta była wtedy uznana za najkorzystniejszą. W przypadku A., którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, szkoda ta realnie wystąpi dopiero jeżeli w wyniku powtórzonych czynności wybrana zostanie oferta C".*

Izba podziela w powyższym zakresie stanowisko Izby wyrażone w wyroku z 25 czerwca 2024 r., sygn. akt KIO 1719/24 oraz z 2 lutego 2024 r., sygn. KIO 65/24, KIO 109/24 oraz stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w wyroku z 8 listopada 2024, sygn. akt KIO 3875/24: „Szkoda, której ryzyko poniesienia wystąpi wyłącznie w razie ziszczenia pewnych warunków (przyszłych i niepewnych), które to nie występują na moment wniesienia odwołania, zdaniem Izby nie jest objęta hipotezą art. 505 ust. 1 zd. 2 PZP. W przepisie tym mowa bowiem

*o szkodzie, która powstała lub może powstać „w wyniku”, czyli „w związku przyczynowo-skutkowym” z naruszeniem przepisów przez zamawiającego. Związek ten powinien być adekwatny, czyli normalny.”.*

Izba wskazuje na stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wobec posiadania interesu we wniesieniu odwołania przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wyrażone: „W przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, do czasu wzruszenia tego wyboru, wykonawca którego oferta została wybrana za najkorzystniejszą nie ma legitymacji do wnoszenia środka ochrony prawnej i nie zmienia tego fakt wniesienia odwołania przez innego wykonawcę. Przesłanki z art. 505 ust. 1 ustawy nie mogą być również interpretowane w zależności od działań innych podmiotów. Przyjęcie takiej koncepcji, którą

*w ocenie Izby należy odrzucić, prowadziłyby do tego, że w zależności od tego czy inny podmiot (wykonawca) złoży swoje odwołanie, taki byłby los odwołania wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu - tym samym: gdy żaden inny podmiot nie złoży odwołania to stwierdzone byłoby, że odwołujący nie spełnia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy, a odwołanie nie jest rozpatrywane merytorycznie (i ponosi koszty odwołania), a w przypadku gdy również inny podmiot złożył odwołanie to odwołanie wykonawcy, którego oferta została wybrana w postępowaniu, uznane zostałoby jako spełniające przesłanki z art. 505 ust.*

*1 ustawy oraz podlegałoby rozpoznaniu merytorycznemu (i w konsekwencji rozliczeniu kosztów zgodnie z wynikiem rozpoznania merytorycznego). Taka koncepcję należy odrzucić prze jednoczesnym wskazaniu, że dopiero wzruszenie skutecznego wyboru oferty najkorzystniejszej otwiera temu wykonawcy, który tą ofertę złożył drogę do skutecznego*

*złożenia środka ochrony prawnej.”*

Izba podkreśla, że wykazanie interesu i możliwości poniesienia szkody jest koniecznym warunkiem rozpoznania przez Izbę wniesionego odwołania. Brak wykazania łącznego spełnienia przesłanek interesu we wniesieniu odwołania wymienionych w przepisie art. 505 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zawsze będzie prowadzić do oddalenia odwołania i to bez potrzeby rozpoznania jego zarzutów.

Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz art. § 8 ust.

2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) mając na uwadze wynik postępowania.

Wobec oddalenia odwołania w całości koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący.

## II.KIO 1931/25

*Izba ustaliła:*

W postępowaniu oferty złożyło 5 wykonawców:

- 1.Konsorcjum: Elemont Spółka Akcyjna z siedzibą w Opolu (Lider Konsorcjum) oraz Vyncke NV z siedzibą w Harelbeke (Partner Konsorcjum);
- 2.Konsorcjum: Energika Z.S. Sp. k. (Lider Konsorcjum) oraz MTM Ekotechnika Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tarnowie (Partner Konsorcjum);
- 3.AB Industry Spółka Akcyjna z siedzibą w Macierzyszu;
- 4.A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Strzelcach Opolskich;
- 5.Trasko Invest Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrzeszowie.

Zgodnie z informacją z otwarcia ofert, oferta odwołującego(II) była ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, wezwał odwołującego – pismo

z 20 grudnia 2024 r. do uzupełnienia: dokumentu, z którego będzie wynikało, że prezes spółki podmiotu udostępniającego zasoby BIANNA RECYCLING S.L., tj. p. J.S., został poinformowany o treści dokumentów dotyczących tego podmiotu złożonych w niniejszym postępowaniu, a podpisanych przez pełnomocnika p. Simone Pantaloni oraz dokonał ich uprzedniego zatwierdzenia.

Odwołujący(2) odczytał wezwanie 7 stycznia 2025 r. i zwrócił się do zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu złożenia odpowiedzi do dnia 17.01.2025 r. z względu na przerwę w działalności podczas świąt Bożego Narodzenia oraz Nowy Rok.

7 stycznia 2025 r. zamawiający wezwał odwołującego(2) do:

- 1.wyjaśnienia, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, treści zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby tj. BIANNA RECYCLING S.L.;
- 2.uzupełnienia, na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby tj. BIANNA RECYCLING S.L.;
3. wyjaśnienia, na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, treści oferty w zakresie informacji podanych w pkt 8 formularza oferty dot. zakresu podwykonawstwa.

17 stycznia 2025 r. odwołujący(2) złożył odpowiedź na wezwania z 20 grudnia 2024 r. oraz

7 stycznia 2025 r.

10 lutego 2025 r. zamawiający zwrócił się do odwołującego(2) o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni, tj. do 26 kwietnia 2025 r., wskazując, że brak wyrażenia zgody na przedłużenie terminu związania ofertą stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący(2) nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

25 lutego 2025 r. zamawiający wezwał STU Ergo Hestię S.A., na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy Pzp, do zapłaty kwoty 1 mln złotych wadium, wynikającej z Gwarancji - wadium zabezpieczającego ofertę złożoną w postępowaniu przez odwołującego w związku

z wystąpieniem jednego z warunków zatrzymania wadium – odwołujący(II) z przyczyn leżących po jego stronie nie złożył innych dokumentów, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez odwołującego(2) jako najkorzystniejszej.

6 maja 2025 r. zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawców: Elemont Spółka Akcyjna

i Vyncke NV oraz odrzucił ofertę Trasko Invest Sp. z o.o. wskazując następujące uzasadnienie:

*„Odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12 PZP*

*„W związku z tym, że wybór najkorzystniejszej oferty nie nastąpił przed upływem terminu związania ofertą określonym w dokumentach zamówienia, Zamawiający w dniu 10 lutego 2025 r. zwrócił się z wnioskiem do wszystkich Wykonawców,*

k którzy złożyli oferty w ww. postępowaniu, o wyrażenie zgody na przedłużenie terminu związania ofertą o okres 60 dni, czyli do dnia 26 kwietnia 2025 r. Zamawiający poinformował Wykonawców, że przedłużenie terminu związania ofertą wymaga złożenia przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia

o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenia okresu ważności wadium albo jeżeli nie jest to możliwe, z wniesieniem nowego wadium na przedłużony okres związania ofertą.

W pierwotnym terminie związania ofertą tj. do dnia 25 lutego 2025 r., w którym upływał także termin na złożenie ww. oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie terminu związania ofertą oraz przedłużenie okresu ważności wadium, ww. Wykonawca nie złożył stosownego oświadczenia.

Zgodnie z art. art. 226 ust. 1 pkt 12) PZP Zamawiający zobowiązany jest odrzucić ofertę

w sytuacji, gdy wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego wystosowanego na podstawie 220 ust. 3 PZP, nie dokonuje zgodnego z żądaniem przedłużenia terminu związania ofertą. Ponieważ zgoda ta ma być pisemna, toteż nie może być ona zgodą dorozumianą.

W związku z powyższym brak jednoznacznej woli przedłużenia ważności oferty w postaci pisemnego oświadczenia traktowane jest na równi z odmową wobec wniosku Zamawiającego, potwierdza to orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. (...) Nie ulega zatem wątpliwości, że niezłożenie przez Wykonawcę pisemnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą aktualizuje przesłankę odrzucenia złożonej oferty w oparciu o w art. 226 ust. 1 pkt 12) PZP, co oznacza, że przyjęta przez Zamawiającego podstawa dokonania czynności została określona prawidłowo.

Mając na uwadze powyższe zaszła konieczność odrzucenia ofert ww. Wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 12) PZP, zgodnie z którym odrzuca się ofertę wykonawcy, jeżeli nie wyraził pisemnej zgody na przedłużenie terminu związania ofertą.

Odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) PZP

Oferta złożona przez TRASKO INVEST Sp. z o.o. została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP, co oznacza, że Zamawiający odrzucił ofertę złożoną przez TRASKO INVEST Sp. z o.o. jako wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału

w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Dnia 20 grudnia 2024 r. pismem o znaku W/651/DST/24 Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia dokumentu, z którego miałyby wynikać, że prezes spółki podmiotu udostępniającego zasoby BIANNA RECYCLING S.L., tj. p. J.S. został poinformowany o treści dokumentów dotyczących tego podmiotu złożonych w Postępowaniu, a podpisanych przez pełnomocnika p. Simone Pantaloni oraz dokonał ich uprzedniego zatwierdzenia.

Zamawiający wskazał, że Wykonawca celem wykazania spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej w odniesieniu do doświadczenia polegał na zasobach podmiotu udostępniającego zasoby tj. BIANNA RECYCLING S.L. Do oferty załączono dokument JEDZ dla tego podmiotu, oświadczenie dotyczące przesłanek wykluczenia z postępowania z art. 5k Rozporządzenia 833/2014 składane na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, zobowiązanie do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, referencje potwierdzające posiadanie udostępnianego doświadczenia, zaświadczenie o wpisie do Rejestru Przedsiębiorstw w języku hiszpańskim oraz polskim, a także pełnomocnictwo udzielone przez podmiot udostępniający zasoby BIANNA RECYCLING S.L. reprezentowany przez p. Jordi Sala Llado panu Simone Pantaloni dokumenty potwierdzające tożsamość mocodawcy oraz dokumenty potwierdzające tożsamość pełnomocnika.

Wszystkie ww. dokumenty, za wyjątkiem pełnomocnictwa, zostały opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym pełnomocnika tj. p. Simone Pantaloni.

W treści pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot udostępniający zasoby - BIANNA RECYCLING S.L. panu Simone Pantaloni wskazano, że pan Simone Pantaloni jest uprawniony do podpisywania oraz składania wszelkich dokumentów, oświadczeń i wyjaśnień wymaganych w toku niniejszego postępowania, o ile zostały one wcześniej „powiadomione i zatwierdzone przez swojego CEO”.

Wśród dokumentów złożonych z ofertą brak było dokumentu, z którego wynikałoby, że prezes (CEO) BIANNA RECYCLING S.L., tj. p. J.S., został poinformowany o treści dokumentów dotyczących tego podmiotu złożonych w niniejszym postępowaniu,

a podpisanych przez pełnomocnika p. Simone Pantaloni oraz dokonał ich zatwierdzenia,

w związku z czym zachodziła konieczność jego uzupełnienia.

Zamawiający podsumował, że powyższy brak uniemożliwił uznanie za skuteczne czynności dokonanych przez pełnomocnika w przedmiotowym postępowaniu.

Jednocześnie pismem o znaku W/650/DST/24 z dnia 20 grudnia 2024 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę do uzupełnienia pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot udostępniający zasoby, BIANNA RECYCLING S.L. panu Simone Pantaloni. Zamawiający wskazał, że zgodnie z § 7 ust. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30

grudnia 2020 r. w sprawie sposobu sporządzania i przekazywania informacji oraz wymagań technicznych dla dokumentów elektronicznych oraz środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub konkursie (Dz.U. poz. 2452), pełnomocnictwo przekazuje się w postaci elektronicznej i opatruje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto Zamawiający dodał, iż wymogi co do formy dokumentów składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zostały określone także w rozdziale 7 pkt 7.13.-7.22. SWZ.

Podczas weryfikacji podpisów złożonych pod dokumentem pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot udostępniający zasoby tj. BIANNA RECYCLING S.L. panu Simone Pantaloni jako ważne i prawidłowe kwalifikowane podpisy elektroniczne zwalidowały się podpis p. P.K. oraz p. J.N., natomiast podpis p. J.S. nie weryfikuje się jako kwalifikowany podpis elektroniczny, tylko jako zaawansowany podpis elektroniczny.

Zamawiający podkreślił, że zaawansowany podpis elektryczny nie jest kwalifikowanym podpisem elektronicznym, którym powinno być opatrzone pełnomocnictwo, co stanowiło o tym, że dokument pełnomocnictwa został złożony w nieprawidłowej i niezgodnej z przepisami formie, w związku z czym zaszła konieczność jego uzupełnienia.

Mając na uwadze powyższe, Wykonawca zobowiązany został do uzupełnienia dokumentu pełnomocnictwa udzielonego przez podmiot udostępniający zasoby tj. BIANNA RECYCLING S.L. panu Simone Pantaloni, tak aby był sporządzony prawidłowej i wymaganej przepisami prawa formie tj. opatrzonej kwalifikowanym podpisem mocodawcy (p. J.S. – prezesa spółki podmiotu udostępniającego zasoby).

Termin na wypełnienie zobowiązań wynikających z ww. wezwań ustalony został przez Zamawiającego na dzień 7 stycznia 2025 r.

Wykonawca nie udzielił w wyznaczonym terminie (do dnia 7 stycznia 2025 r.) merytorycznej odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2024 r.

Jedynie pismem z dnia 7 stycznia 2025 r. - ostatniego dnia terminu - o godzinie 21:09 Wykonawca zwrócił się do Zamawiającego z prośbą o przedłużenie terminu złożenia odpowiedzi do dnia 17 stycznia 2025 r., powołując się na okres urlopowy związany ze Świętami Bożego Narodzenia oraz Nowym Rokiem. Abstrahując od argumentacji Wykonawcy, wskazać należy na dwie kwestie związane z momentem złożenia przez Wykonawcę wniosku o wydłużenie terminu z dnia 7 stycznia 2025 r.

Po pierwsze, wysłanie przedmiotowej prośby o godzinie 21:09 nasuwa Zamawiającemu przypuszczenie, iż czynnikiem, który zmotywował Wykonawcę do przedłożenia przedmiotowej prośby w takich okolicznościach, było odebranie powiadomienia o ww. pismach Zamawiającego dopiero dnia 7 stycznia 2025 r., w którym Zamawiający skierował do wykonawcy kolejną grupę wezwań. Pośrednio pozwala wysunąć taki wniosek również treść pisma wykonawcy z dnia 7 stycznia 2025 r., w którym stwierdził on, iż „dopiero w dniu dzisiejszym [7 stycznia 2025 r. – przyp.] udało nam się pobrać pisma nr W/649/DST/24, W/650/DST/24, W/651/DST/24, z dnia 20.12.2024 r. oraz pismo W/11/DST/25 z dnia 07.01.2025 r.”.

W tym miejscu należy jednak wskazać, że obowiązkiem wykonawcy biorącego udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest bieżące śledzenie korespondencji elektronicznej z Zamawiającym, a już w szczególności w sytuacji, gdy oferta wykonawcy znalazła się na pierwszym miejscu w rankingu ofert i może racjonalnie spodziewać się pism ze strony Zamawiającego.

Obiektywnie patrząc, Wykonawca działając w normalnym toku czynności, mógł zapoznać się z treścią pisma Zamawiającego, zwłaszcza w dobie wszechobecnego Internetu i smartfonów z funkcjami poczty elektronicznej nawet, gdy fizycznie nie był w biurze z uwagi na okres świąteczno-noworoczny. Zamawiający nie może zatem ponosić odpowiedzialności za niedopatrzenie Wykonawcy. Ponadto zgodnie z pkt 8.15 SWZ obowiązkiem wykonawcy jako podmiotu profesjonalnego było bieżące sprawdzanie komunikatów i wiadomości dotyczących postępowania zamieszczonych bezpośrednio na platformie zakupowej przez Zamawiającego.

Czynności podejmowane przez Wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego powinny być rozpatrywane w kategorii staranności wymaganej w danych okolicznościach, z uwzględnieniem profesjonalnego, zawodowego charakteru prowadzonej przez wykonawców działalności (art. 355 § 2 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 PZP). Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwania co do skrupulatności

i rzetelności przy działaniach i zaniechaniach podejmowanych przez wykonawców na potrzeby przetargów, zwłaszcza w zakresie monitorowania korespondencji prowadzonej

z Zamawiającym. W ustalonym stanie rzeczy trudno oceniać postępowanie Wykonawcy w kategoriach innych, niż rażące niedopełnienie ciężących na nim obowiązków, związanych z profesjonalnym charakterem prowadzonej działalności.

Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art.

355 § 2 k.c. precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej

określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który bierze udział w postępowaniu, aby upewnił się, czy nie wpłynęła do niego korespondencja ze strony Zamawiającego, także w okresie świąteczno-noworocznym.

Na marginesie należy wskazać, że termin, który zamawiający może wyznaczyć na złożenie, poprawienie lub uzupełnienie w trybie art. 128 ust. 1 PZP nie został przez ustawodawcę określony. Termin ten powinien być jednak realny i umożliwić wykonawcom złożenie, poprawienie lub uzupełnienie wymaganych w postępowaniu oświadczeń lub dokumentów (zob. także art. 8 ust. 4 PZP). W ocenie Zamawiającego termin na dokonanie uzupełnienia w ww. zakresie był racjonalny oraz realny.

Uwagę zwrócić należy także na przywołaną przez Wykonawcę kwestię okresu świąteczno-noworocznego, który obejmował okres upływu terminu na złożenie odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z dnia 20 grudnia 2024 r. Niewątpliwie między 20 grudnia 2024 r. a 7 stycznia 2025 r. cztery dni stanowiły dni ustawowo wolne od pracy. Nie można jednak stracić z polu widzenia, iż w ramach terminu wyznaczonego przez Zamawiającego mieściło się osiem dni roboczych, w ciągu których nie nastąpiły jakiegokolwiek przeszkody w uczynieniu zadość obowiązkowi wynikającemu z wezwań z dnia 20 grudnia 2024 r. (...)

W dalszej kolejności podnieść należy, iż złożenie przez Wykonawcę wniosku o przedłużenie terminu na uzupełnienie dokumentów w późnych godzinach wieczornych ostatniego dnia terminu do złożenia odpowiedzi na wezwania z dnia 20 grudnia 2024 r. oznaczało w praktyce pozbawienie się możliwości otrzymania repliki na prośbę o przedłużenie terminu jeszcze przed upływem pierwotnie wyznaczonego terminu. Podkreślenia wymaga, iż Zamawiający wykonuje swoje obowiązki w godzinach od 07:00 do 15:00. Już sam powyższy fakt wskazuje na niemożliwość dokonania bieżącej reakcji przez Zamawiającego – rozumianej jako przyjęcie pisma do wiadomości tego samego dnia, w której zostało do niego skierowane wraz z udzieleniem odpowiedzi.

Brak możliwości dokonania takiej reakcji przez Zamawiającego spotęgowane jest przez złożenie przez Wykonawcę pisma o godzinie 21:09, która stanowi późną godzinę wieczorną, w której pracownicy biurowi Zamawiającego nie dysponują dostępem do Platformy Zakupowej, przez którą prowadzona jest korespondencja. Przede wszystkim zwrócić uwagę należy również na fakt, iż pracownicy biurowi w porze złożenia przez Wykonawcę przedmiotowego pisma są poza godzinami pracy, dlatego nie ciążył na nich nawet obowiązek odebrania rzeczowego pisma. Powyższe wiązało się zatem z możliwością odebrania oraz zareagowania na przedmiotową prośbę dopiero następnego dnia roboczego, zatem już po terminie na udzielenie odpowiedzi przez Wykonawcę. (...)

Wykonawca dopiero pismem z dnia 17 stycznia 2025 r. (tj. z 10-dniowym przekroczeniem terminu wyznaczonego przez Zamawiającego) odniósł się m.in. do kwestii podniesionych przez Zamawiającego w wezwaniach z dnia 20 grudnia 2024 r., a do pisma załączył oświadczenie p. J.S. w wersji angielskiej i polskiej o upoważnieniu p. Simone Pantaloni do podpisania dokumentów imieniu Bianna Recycling S.L. (...)

Na gruncie powyższego należy jednoznacznie stwierdzić, iż wobec zaistniałych okoliczności doszło do niezpełnienia dokumentów w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego. Powyższą sytuację należy zatem utożsamiać z niezłożeniem przedmiotowego dokumentu.

W konsekwencji powyższego nastąpiła konieczność odrzucenia oferty Wykonawcy TRASKO INVEST Sp. z o.o. n. podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) PZP.”

Izba zważyła:

Odwołujący(II) uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania wskazał:

„...fakt, iż Odwołujący nie wyraził zgody na przedłużenie terminu związania ofertą nie oznacza, że nie ma interesu w pozyskaniu zamówienia, w sytuacji kiedy wnioskuje o jego unieważnienie. Należy przy tym podkreślić, że brak złożenia przez Odwołującego oświadczenia o wyrażeniu zgody na przedłużenie pierwotnego terminu związania ofertą (o co wnioskował Zamawiający w dniu 10 lutego 2025 r.), był wynikiem bezprawnego i nielojalnego działania Zamawiającego w postępowaniu, jaskrawo sprzecznego z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania, tj. jego prowadzenia w sposób przejrzysty, konkurencyjny, z uwzględnieniem równego traktowania wykonawców, a także w sposób proporcjonalny.

W konsekwencji, w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, Odwołujący może ponieść szkodę, w postaci braku możliwości osiągnięcia wynagrodzenia w związku z realizacją zamówienia.

Na skutek zaistnienia nieusuwalnej wady postępowania oraz bezprawnych działań Zamawiającego, oferty nie mogły zostać ocenione w sposób poprawny, transparentny

i uczciwy. W interesie Odwołującego jest, aby doprowadzić do unieważnienia postępowania przetargowego i złożenia oferty w postępowaniu wszczętym po dokonaniu czynności unieważnienia aktualnie jeszcze prowadzonego postępowania.

Zgodnie z orzeczeniem KIO z dnia 26 lutego 2024 r., sygn. akt: KIO 354/24, w określonych okolicznościach nawet ostateczne odrzucenie oferty wykonawcy nie niweczy jego interesu w uzyskaniu zamówienia (w kolejnym postępowaniu). W przywołanym orzeczeniu KIO zwróciła uwagę, że możliwość unieważnienia postępowania stwarza odwołującemu szansę ubiegania się o udzielenie zamówienia w przyszłości, w wyniku powtórzenia postępowania o udzielenie zamówienia. Jednocześnie możliwość poniesienia szkody przez Odwołującego przejawia się w utracie korzyści (zysku), który Odwołujący mógł osiągnąć pozyskując umowę o zamówienie publiczne w Postępowaniu, a który utracił w wyniku dokonania w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty innego wykonawcy z naruszeniem przepisów Pzp.

Dodatkowo wskazuję, że rzeczywistą szkodę poniesioną przez Odwołującego stanowi kwota wadium w wysokości 1.000.000,00 zł wypłacona Zamawiającemu przez Gwaranta.

Podkreślić także należy, że z uwagi na zastosowanie w postępowaniu tzw. procedury odwróconej oceny ofert, w sytuacji kiedy Odwołującemu odmówiono by prawa do złożenia przedmiotowego odwołania, zostałby on także pozbawiony prawa do kwestionowania dokonanego przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty, czego z oczywistych względów nie mógł dokonać na wcześniejszym etapie postępowania. Takie zaś działanie, polegające na odmowie przyznania Odwołującemu prawa do wniesienia środka ochrony prawnej w aktualnej sytuacji, naruszałoby wprost zasadę proporcjonalności oraz zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wskutek działań i zaniechań Zamawiającego Odwołujący utracił bowiem możliwość uzyskania zamówienia.

Tożsame stanowisko zostało zaprezentowane przez KIO także w orzeczeniu z dnia 14 stycznia 2022 r., sygn. akt: KIO 3733/21.

Szeroki wywód dotyczący możliwości skutecznego odwołania od bezprawnych zaniechań, czynności zamawiającego w sytuacji wnioskowania o unieważnienie postępowania przetargowego zawarty został także w uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 3 stycznia 2017 r., sygn. akt: KIO 2395/15.

W przywołanym orzeczeniu Izba uznała, że wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania. Izba stwierdziła, że w świetle wykładni pronunijnej art. 179 ust. 1 ustawy Pzp (w brzmieniu przed zmianą ustawy z 2019 r.) w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych

i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy (aktualnie art. 7 ust. 32 Pzp), tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy, która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to ubieganie się o to samo dane zamówienie publiczne i pomyślny wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. Za taką wykładnią powyższego przepisu przemawia wykładnia poczyniona przez TSUE w motywach 27 i 28 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco. Popiera ją także motyw 49 opinii Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. akt C 689/13 - odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes

w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego oraz pkt 33 wyroku Fastweb C-100/12, który stanowi że: (...) odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach.

W takiej sytuacji każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.

Podsumowując, zarówno orzecznictwo krajowe jak i orzecznictwo unijne opowiada się za możliwością wniesienia środka ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienie postępowania. W przypadku bowiem unieważnienia postępowania, w którym wniesiony został środek ochrony prawnej, wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Zamówienie publiczne należy utożsamiać jako umowę na określony przedmiot, którą można zawrzeć po przeprowadzeniu innego postępowania niż to, w którym złożone zostało odwołanie.

Tym samym Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, z tego względu, że składając przedmiotowe odwołanie wskazuje na podstawy i wnosi o

*unieważnienie postępowania przetargowego w całości.*

Izba stwierdziła, że nie można odmówić interesu wykonawcy, który oświadczył, że w przypadku unieważnienia postępowania zamierza ubiegać się o udział w nowym postępowaniu wszczętym po dokonaniu czynności unieważnienia postępowania.

Zdaniem Izby, pod pojęciem interesu w uzyskaniu danego zamówienia, należy rozumieć interes w zawarciu umowy na konkretny przedmiot zamówienia, nie ma wówczas znaczenia, czy wykonawca dąży do uzyskania tego zamówienia w bieżącym, czy w przyszłym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Bowiern jak długo się o nie ubiega i dąży do zawarcia umowy, to posiada interes i może dążyć do unieważnienia postępowania, tak aby móc wziąć udział w nowym postępowaniu.

W powyższym należy również upatrywać możliwości poniesienia szkody przez odwołującego w związku z niezawarciem umowy.

W ocenie Izby, przy ocenie, czy odwołujący(2) posiada interes we wniesieniu odwołania należało mieć na uwadze szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Jeżeli wykonawca wskazuje, że postępowanie obarczone jest wadami, które skutkować mogą unieważnieniem postępowania, to może domagać się jego unieważnienia i przeprowadzenia ponownie postępowania zgodnie z przepisami.

Interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie tylko do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania, por. wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21, wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21, wyrok KIO z 3 lutego 2023 r., sygn. akt 174/23.

W wyroku z 28 września 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 112/22 Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy podkreślił, że w niektórych stanach faktycznych wykonawca może mieć interes w uzyskaniu zamówienia nawet wówczas, gdy uwzględnienie wniesionego przez niego odwołania miałyby prowadzić do unieważnienia postępowania

o udzielenie zamówienia.

Izba stwierdziła, że odwołujący(2) tylko w przypadku zarzutów nr 1-3 odwołania podniósł, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia.

Izba uznała, że w przypadku 2 pozostałych zarzutów: zarzutów nr 4 oraz nr 5 odwołujący(2) nie wykazał spełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Z treści odwołania wynika, że odwołujący(2) upatrywał istnienie swojego interesu przede wszystkim w unieważnieniu postępowania z powodu wady postępowania.

Wobec powyższego, zarzuty nr 4 i 5 odwołania również podlegały oddaleniu.

*Zarzut nr 1 odwołania*

Zgodnie ze stanowiskiem odwołującego(2) postępowanie prowadzone przez zamawiającego powinno być unieważnione ponieważ jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący(2) przywołał następujące okoliczności, które w jego ocenie miały świadczyć o wadach postępowania: pozostawienie bez rozpoznania wniosku odwołującego z 7 stycznia 2025 r. o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentów bez rozpoznania, różnicowanie sytuacji wykonawców biorących udział w postępowaniu, polegające na uwzględnieniu odwołania wykonawcy A. Sp. z o.o. z 27 stycznia 2025 r., unieważnienie czynności wezwania tego wykonawcy i uzupełnienia dokumentów w odróżnieniu od wezwania skierowanego do odwołującego(2), przekazywanie innemu wykonawcy informacji dotyczących badania i oceny dokumentów oraz wyjaśnień przekazanych przez odwołującego(2).

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

*Unieważnienie postępowania jest możliwe w sytuacji, gdy:*

- 1. zamawiający naruszył przepisy regulujące jego prowadzenie – wada postępowania,*
- 2. naruszenie powyższe stanowi wadę niemożliwą do usunięcia*
- 3. konsekwencją wady jest brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.*

Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp do przyczyn,

z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w ustawy Pzp.

Stosowanie do przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, *umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

1) *z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków*

*o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;*

2) *zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;*

3) *zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;*

4) *z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową;*

5) *z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.*

Odwołujący(2) nie wyjaśnił, w związku z którą podstawą, określoną w przepisie art. 457 ust.

1 ustawy Pzp, upatruje konieczności unieważnienia postępowania.

Przyczyny, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określone w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp stanowią konsekwencję istotnych uchybień zamawiającego.

W ocenie Izby okoliczności wskazanych przez odwołującego(2) nie można zaliczyć do wad,

z powodu których istniałby konieczność unieważnienia prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Jeśli chodzi o brak odpowiedzi zamawiającego na wniosek odwołującego(2) o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów oraz wyjaśnienia treści oferty, to Izba wskazuje, że przepisy ustawy Pzp nie przewidują obowiązku udzielenia odpowiedzi na wnioski wykonawców, których przedmiotem jest przedłużenie terminu do złożenia dokumentów oraz wyjaśnienia treści oferty. Ewentualna odpowiedź zamawiającego jest przejawem praktyki, którą stosuje zamawiający.

Zatem bez znaczenia dla rozpoznania zarzutu nr 1 odwołania pozostawał złożony przez odwołującego(2) dowód w postaci wiadomości przesłanej przez zamawiającego do odwołującego, zawierającej potwierdzenie odczytania wiadomości o godzinie 20:47 z 16 maja 2025 r. oraz oświadczenia członka zarządu Trasko Invest Sp. z o.o. z 12 czerwca 2025 r. dotyczącego powzięcia informacji dotyczącej spodziewanego terminu wezwania Trasko Invest do złożenia dalszych dokumentów w postępowaniu.

Z okoliczności, które odwołujący(2) podniósł w uzasadnieniu zarzut nr 1 wynika, że nie zachował on należytej staranności wymaganej od wykonawcy biorącego udział

w postępowaniu o udzielenie zamówienia: wezwanie do złożenia dokumentów i wyjaśnienia treści oferty odczytał w ostatnim dniu, na który przypadał obowiązek realizacji wezwania, wniosek o przedłużenie terminu złożył w ostatnim dniu w późnych godzinach wieczornych.

Ponadto, Izba podkreśla, iż wykonawca, który nie zgadza się z zarówno treścią wezwania, jak

i z terminem, jaki został wyznaczony przez zamawiającego na złożenie dokumentów lub wyjaśnienia treści oferty, może skorzystać ze środków ochrony prawnej.

Wobec powyższego, pozostawienie wniosku odwołującego(2) o przedłużenie terminu na złożenie dokumentów oraz wyjaśnień treści oferty nie stanowi istotnej wady postępowania

i podstawy do unieważnienia prowadzonego przez zamawiającego postępowania.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołania – zarzut nr 2 – różnicowania sytuacji wykonawców w związku ze złożonymi tożsamymi wnioskami o przedłużenie terminu do złożenia wyjaśnień treści dokumentów, Izba wskazuje na istotne różnice dotyczące złożenia wniosków o przedłużenie terminu przez odwołującego oraz wykonawcę A. Sp. z o.o.

Wnioski A. Sp. z o.o. złożone zostały kilka dni przed upływem terminu na złożenie dokumentów i wyjaśnień: wniosek pochodził z 11 lutego 2025 r., termin na złożenie wyjaśnień wyznaczono 15 lutego 2025 r., zamawiający udzielił odpowiedzi na wniosek 12 lutego 2025 r., kolejny wniosek został złożony 11 marca 2025, wyznaczony przez zamawiającego termin upływał 18 marca 2025 r., zamawiający udzielił odpowiedzi 12 marca 2025 r.

Biorąc pod uwagę wskazane powyżej okoliczności, Izba doszła do przekonania, że zamawiający nie różnicował sytuacji wykonawców, którzy złożyli wnioski o przedłużenie terminu na złożenie lub wyjaśnienie treści dokumentów z uwago na fakt, iż wnioski wykonawcy A. Sp. z o.o. zostały złożone w terminach, które umożliwiały zamawiającemu odniesienie się do nich.

Wobec powyższego, zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp, których skutkiem powinno być unieważnienie postępowania.

W odniesieniu do zarzutu nierównego traktowania wykonawców A. Sp z o.o.

i odwołującego(2) w związku z uwzględnieniem odwołania z 27 stycznia 2025 r. wykonawcy A. Sp. z o.o. oraz unieważnieniem czynności wezwania do uzupełnień i wyjaśnień, Izba wskazuje na następujące okoliczności:

- wykonawca A. sp. z o.o. zaskarżył czynność wezwania do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego FOROOM sp. z o.o. oraz czynność uznania przez zamawiającego, że dla skuteczności użyczenia zasobów przez podmiot trzeci, zobowiązanie podmiotu trzeciego musi określać inwestycję/zadanie, na którym nabyto doświadczenie, inwestora na rzecz którego to zadanie wykonano, a także w jakim okresie i kiedy to doświadczenie nabyto.
- wezwanie było przedwczesne, z uwagi na etap postępowania,
- zamawiający uwzględnił odwołanie i unieważnił czynność wezwania wykonawcy A. do uzupełnienia zobowiązania podmiotu trzeciego,
- podstawą wezwania odwołującego(2) była weryfikacja podmiotowych środków dowodowych.

W ocenie Izby w tym przypadku nie doszło do różnicowania sytuacji wykonawców,

w związku z faktem, iż wykonawcy byli wzywani do złożenia wyjaśnień lub złożenia w związku z różnymi okolicznościami związanymi z określonym etapem postępowania.

Izba ponownie podkreśla, iż wykonawca, który nie zgadzał się z zarówno treścią wezwania, mógł skorzystać ze środków ochrony prawnej.

W ocenie Izby, zamawiający nie naruszył przepisów ustawy Pzp poprzez zróżnicowanie sytuacji wykonawców. Nie zaistniała wobec powyższego wada postępowania, której skutkiem powinno być jego unieważnienie.

Wobec powyższego zarzut nr 2 odwołania podlegał oddaleniu.

#### *Zarzut nr 3 odwołania*

W uzasadnieniu odwołania w zakresie zarzutu nr 3, odwołujący przywołał okoliczność podjęcia przez zamawiającego nieformalnej i niejawniej dla innych wykonawców komunikacji

z wybranym wykonawcą na temat innych uczestników postępowania, o którym to fakcie odwołujący(2) dowiedział się z treści odwołania A. Sp. z o.o. z 27 stycznia 2025 r.,

w którym wykonawca uzasadnił swój interes w następujący sposób:

*„Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem Postępowania (oferta, jak wynika z informacji przekazanych przez Zamawiającego, z uwagi na braki po stronie innego oferenta, jest traktowana jako najkorzystniejsza w Postępowaniu).”*

Odwołujący(2) w uzasadnieniu zarzutu wskazał, że nie ma wątpliwości, że prowadząc nieformalną komunikację z innym wykonawcą (co najmniej jednym) i przekazując w jej ramach konkretne decyzje dotyczące oceny i „losu” oferty innego wykonawcy, zamawiający niewątpliwie uprzywilejował pozycję tego wykonawcy i naruszył tym samym zasadę równego traktowania.

W ocenie Izby, po pierwsze, odwołujący(2) w żaden sposób nie wykazał i nie przedstawił dowodów na nieformalną komunikację pomiędzy innymi wykonawcami oraz zamawiającym dotyczącą jego sytuacji w postępowaniu, poza swoim przypuszczeniem opartym na treści odwołania wykonawcy A. Sp. z o.o.

Nie wyjaśnił również na czym polegało uprzywilejowanie pozycji innego wykonawcy w związku z przekazaniem informacji o brakach ze strony innego wykonawcy i w jaki sposób powyższa okoliczność wpłynęła na wynik postępowania.

Wobec powyższego, Izba oddaliła zarzut nr 3 odwołania.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz art. § 8 ust.

2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) mając na uwadze wynik postępowania.

Wobec oddalenia odwołania w całości koszty postępowania odwoławczego ponosi odwołujący.

#### III.KIO 1932/25

##### *Izba ustaliła:*

Odwołujący(3) uzasadniając swój interes we wniesieniu odwołania wskazał, że spełniły się wobec niego przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze posiada status wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia („ma interes w uzyskaniu zamówienia”).

Po drugie może on, na skutek czynności podjętych przez zamawiającego w postępowaniu może ponieść oczywistą (i dotkliwą) szkodę, ponieważ zamawiający, nie mając podstaw odrzucił ofertę odwołującego, uznając, że odwołujący(3) nie spełnia warunków udziału

w postępowaniu. Skutkiem powyższych czynności było nieuwzględnienie jego oferty w rankingu ofert a w konsekwencji brakiem możliwości uzyskania zamówienia.

Podstawa wykluczenia, o której mowa w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, skutkować może dla wykonawcy roczną kadencją.

Odwołujący(3) wskazał również, że w sytuacji, gdyby zamawiający zachował się zgodnie

z przepisami ustawy, oferta odwołującego(3) zostałaby sklasyfikowana na pierwszym miejscu w rankingu ofert.

W ocenie Izby, odwołujący(3) wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych przez niego przepisów postępowania.

Zgodnie z Zawiadomieniem o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert

z 6 maja 2025 r., zamawiający odrzucił ofertę odwołującego(3) na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut nr 1a

W Rozdziale 6 WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA

w pkt 6.1. ppkt 4.1. a) oraz c) wskazano:

„6.1. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

4) zdolności technicznej lub zawodowej:

4.1. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 12 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):

a) wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą co najmniej: projekt budowlany, projekt wykonawczy i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych instalacji termicznego przekształcania odpadów<sup>2</sup> komunalnych o mocy przerobowej instalacji, odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok,

(...)

c) wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową w zakresie technologicznym oraz na jej podstawie, wykonał dostawę, montaż i rozruch instalacji termicznego przekształcania odpadów<sup>2</sup> komunalnych o mocy przerobowej instalacji odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok, w skład której wchodziły co najmniej:

– węzeł spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko zintegrowane z kotłem odzyskowym

oraz

– instalację wytwarzania ciepła i energii elektrycznej w kogeneracji

oraz

– instalację oczyszczania spalin.

UWAGA!

Zamawiający dopuszcza również możliwość, aby Wykonawca celem wykazania spełnienia warunków określonych w lit. a) i b) lub a)-c), wykazał się jednym zadaniem wykonanym w formule zaprojektuj-wybuduj.”

Zamawiający zdefiniował w SWZ pojęcia:

– „budowy” wskazując:

„<sup>1</sup>Pod pojęciem budowy należy rozumieć wykonywanie obiektu budowlanego w określonym miejscu, a także odbudowę, rozbudowę lub nadbudowę obiektu budowlanego.

oraz „odpadów”:

„<sup>2</sup>Pod pojęciem odpadów należy rozumieć także odpady określone w art. 3 pkt 31 lit. b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2020 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola)(Dz.U.UE L z dnia 17 grudnia 2010 r.), w tym odpady drewniane mogące zawierać chlorowcopochodne związki organiczne lub metale ciężkie wprowadzone w wyniku zastosowania środków do konserwacji lub powlekania drewna i które obejmują

w szczególności takie odpady drewniane pochodzące z prac budowlanych lub rozbiórkowych.”

Zgodnie z brzmieniem art. 3 pkt 31 lit. b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z 24 listopada 2020 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola), „biomasa” oznacza którąkolwiek

z następujących pozycji:

b) następujące odpady:

(i) odpady roślinne z rolnictwa i leśnictwa;

(ii) odpady roślinne z przemysłu przetwórstwa spożywczego, jeżeli wytworzone ciepło jest odzyskiwane;

(iii) włókniste odpady roślinne z procesu produkcji pierwotnej pulpy celulozowej i z produkcji papieru z pulpy, jeżeli odpady te są współspalane w miejscu produkcji, a wytworzone ciepło jest odzyskiwane;

(iv) odpady korka;

(v) odpady drewniane, z wyjątkiem odpadów drewnianych mogących zawierać chlorowcopochodne związków organicznych lub metale ciężkie wprowadzone w wyniku zastosowania środków do konserwacji lub powlekania drewna i które obejmują

w szczególności takie odpady drewniane pochodzące z prac budowlanych lub rozbiórkowych.

W celu wykazania ww. warunku udziału w postępowaniu odwołujący(3) powołał się na zasoby podmiotu STC Power Srl z siedzibą w Forii.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 18 marca 2025 r. do złożenia podmiotowych środków dowodowych odwołujący(3) poinformował zamawiającego o zmianie podmiotu trzeciego, na zasobach którego polegał w zakresie zdolności zawodowych na Energika Z.S. Sp. k. z siedzibą w Zasutowie.

W przedłożonym na wezwanie zamawiającego Wykazie usług i robót odwołujący(3) wskazał robotę realizowaną przez Energika Z.S. Sp. k.: „Budowa zakładu produkcji

nośników energetycznych i odzysku energii” z następującym opisem:

Zaprojektowanie i wykonanie obiektu energetycznego o mocy nie mniejszej niż 7 MWt - wykaz

podstawowych urządzeń i instalacji układu kogeneracyjnego:

- System magazynowania i dostarczania paliwa do kotła składający się z wygarniaczy hydraulicznych, rozdrabniacza paliwa, przenośników paliwa, wagooprzeźniaka;

- Węzeł spalania i odzysku energii obejmujący m.in. palenisko zintegrowane z kotłem odzysknicowym (kocioł parowy z rusztem schodkowym w technologii ścian szczelnych

o wydajności nominalnej 29t/h z ekonomizerem suchym (zużycie paliwa gwarancyjnego wynosi ok. 100 000 Mg/rok);

- Węzeł wytwarzania ciepła i energii elektrycznej w kogeneracji z turbozespołem oraz skraplaczem;

- Kompletny układ chłodzenia dla potrzeb zrzutu ciepła z kondensatora turbozespołu i odbioru ciepła z urządzeń technologicznych

- Kompletna instalacja oczyszczania i odprowadzania spalin spełniająca aktualne normy emisyjne z instalacjami pomocniczymi oraz kominem;

- Odpopielanie z przenośnikiem popiołu i kontenerem na popiół;

- Instalacja odprowadzania żużla wraz z kontenerem na popiół;

- Wymiennik rezerwowy para/woda;

- Instalacje parowe ze stacjami redukcyjno-schładzającymi pary, instalacja kondensatu ze zbiornikiem kondensatu oraz pompami kondensatu;

- Instalacja wody zasilającej wraz z wysokociśnieniowymi pompami zasilającymi oraz stacją przygotowania wody kierowanej do kotła, zbiornikiem wody zasilającej i odgazowywaczem;

- Instalacja sprężonego powietrza ze sprężarkami i zbiornikiem sprężonego powietrza;

- Instalacje zasilająco-sterownicze, szafy sterownicze oraz wyposażenie AKPiA w tym pełne opomiarowanie zbudowanego układu wraz z budową nowego systemu DCS

- Instalacja elektroenergetyczna z wyprowadzeniem mocy.

Przedmiot: Projekt i budowa układu wyposażonego w kocioł parowy wysokoprężny

o nominalnej wydajności 29t/h mx 33t/h (moc termiczna w paliwie 26,09MW) opalany odpadami drzewnymi, turbinę parową z generatorem prądu o mocy 7100kWe, zespół praoowy wraz z urządzeniami pomocniczymi oraz instalacjami do włączenia w istniejący układ technologiczny ciepłowni.

Zakres: zakres prac wykonanie niezbędnych prac projektowych we wszystkich branżach (dokumentacja techniczna/podstawowa, projekt budowlany, specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych, dokumentacja wykonawcza, dokumentacja powykonawcza), prace budowlane na podstawie projektów, w tym: demontaże i rozbiórki elementów istniejących, adaptacja istniejących obiektów, budowa nowych obiektów) kubaturowych oraz magazynu paliwa, zagospodarowanie terenu, infrastruktura podziemna, prace montażowe, instalacyjne, dostawy urządzeń i materiału, rozruch, szkolenia, pomiar gwarancyjne, wraz z uzyskaniem wszystkich niezbędnych pozwoleń, wymaganych przepisami prawa dla oddania do użytkowania i eksploatacji kompletnej instalacji energetycznego spalania odpadów z układem wysokosprawnej kogeneracji wraz z przynależną infrastrukturą towarzyszącą.

Referencyjne zadanie zrealizowano w okresie 2021-2023 w Kostrzynie nad Odrą na rzecz Eco Raven Sp. z o.o.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego(3) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp.

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego(3), zamawiający wskazał:

„(..) inwestycja pod nazwą „Budowa zakładu produkcji nośników energetycznych i odzysku energii” obejmująca zaprojektowanie i wykonanie obiektu energetycznego o mocy nie mniejszej niż 7 MWt wraz z następującymi urządzeniami i instalacjami układu

kogeneracyjnego:

- 1) System magazynowania i dostarczania paliwa do kotła składający się z wygamiaczy hydraulicznych, rozdrabniacza paliwa, przenośników paliwa, wago-przenośnika;
- 2) Węzeł spalania i odzysku energii obejmujący m.in. palenisko zintegrowane z kotłem odzysknicowym (kocioł parowy z rusztem schodkowym w technologii ścian szczelnych o wydajności nominalnej 29t/h z ekonomizerem suchym (zużycie paliwa gwarancyjnego wynosi ok. 100 000 Mg/rok);
- 3) Węzeł wytwarzania ciepła i energii elektrycznej w kogeneracji z turbozespołem oraz skraplaczem;
- 4) Kompletny układ chłodzenia dla potrzeb zrzutu ciepła z kondensatora turbozespołu i odbioru ciepła z urządzeń technologicznych;
- 5) Kompletna instalacja oczyszczania i odprowadzania spalin spełniająca aktualne normy emisyjne z instalacjami pomocniczymi oraz kominem;
- 6) Odpopielanie z przenośnikiem popiołu i kontenerem na popiół;
- 7) Instalacja odprowadzania żużla wraz z kontenerem na popiół;
- 8) Wymiennik rezerwowo para/woda;
- 9) Instalacje parowe ze stacjami redukcyjno-schładzającymi pary, instalacja kondensatu ze zbiornikiem kondensatu oraz pompami kondensatu;
- 10) Instalacja wody zasilającej wraz z wysokociśnieniowymi pompami zasilającymi oraz stacją przygotowania wody kierowanej do kotła, zbiornikiem wody zasilającej i odgazowyczem;
- 11) Instalacja sprężonego powietrza ze sprężarkami i zbiornikiem sprężonego powietrza;
- 12) Instalacje zasilająco-sterownicze, szafy sterownicze oraz wyposażenie AKPiA w tym pełne opomiarowanie zbudowanego układu wraz z budową nowego systemu DCS;
- 13) Instalacja elektroenergetyczna z wyprowadzeniem mocy" i zrealizowana na rzecz spółki ECO RAVEN Sp. z o.o. przez nowy podmiot udostępniający zasoby tj. Energika Z.S. Sp. K. nie obejmuje swoim zakresem wymaganej treścią warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa

w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1 lit. c) SWZ, instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, zaś wsad do instalacji opisanej w ww. poz. tabeli zawartej w Wykazie usług i robót, nie odnosi się do odpadów rozumianych zgodnie z ustawą o odpadach wraz przypisem numer 2 do warunku tj. jako: „Pod pojęciem odpadów należy rozumieć także odpady określone w art. 3 pkt 31 lit. b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2020 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola) (Dz.U.UE L z dnia

17 grudnia 2010 r.), w tym odpady drewniane mogące zawierać chlorowcopochodne związki organiczne lub metale ciężkie wprowadzone w wyniku zastosowania środków do konserwacji lub powlekania drewna i które obejmują w szczególności takie odpady drewniane pochodzące z prac budowlanych lub rozbiórkowych”, gdyż wsadem do referencyjnej instalacji powołanej na wykazanie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu jest tzw. czysta biomasa, a nie odpad komunalny w rozumieniu zdefiniowanym przez Zamawiającego.

W szczególności wskazać należy, że pomimo tego, że inwestycja opisana przez Wykonawcę w wykazie usług i robót swoim zakresem obejmowała kocioł biomasowy, który wykorzystuje pirolizę (czyli technologię teoretycznie analogiczną do tej stosowanej w Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów) do przekształcania biomasy, to nie jest instalacją termicznego przekształcania odpadów.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że biomasa, która jest paliwem zasilającym kocioł

w referencyjnej instalacji, nie jest odpadem w rozumieniu treści przedmiotowego warunku udziału

w postępowaniu. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 6 ustawy o odpadach, przepisów tej ustawy nie stosuje się do biomasy w postaci:

a) odchodów podlegających przepisom rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 1069/2009 z dnia 21 października 2009 r. określającego przepisy sanitarne dotyczące produktów ubocznych pochodzenia zwierzęcego, nieprzeznaczonych do spożycia przez ludzi, i uchylającego rozporządzenie (WE) nr 1774/2002 (rozporządzenie o produktach ubocznych pochodzenia zwierzęcego) (Dz. Urz. UE L 300 z 14.11.2009, str. 1, z późn. zm.), zwanego dalej "rozporządzeniem (WE) nr 1069/2009",

b) słomy,

c) innych, niebędących niebezpiecznymi, naturalnych substancji pochodzących z produkcji rolniczej lub leśnej,

- wykorzystywanej w rolnictwie, leśnictwie lub do produkcji energii z takiej biomasy za pomocą procesów lub metod, które nie są szkodliwe dla środowiska ani nie stanowią zagrożenia dla życia i zdrowia ludzi.

Zgodnie natomiast z art. 3 pkt 6 i 7 ustawy o odpadach - ilekroć w ustawie jest mowa o odpadach - rozumie się przez to każdą substancję lub przedmiot, których posiadacz pozbywa się, zamierza się pozbyć lub do których pozbycia się jest obowiązany, a w odniesieniu do odpadów komunalnych rozumie się przez to odpady powstające w gospodarstwach domowych oraz odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter i skład są podobne do odpadów

z gospodarstw domowych, w szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i odpady selektywnie zebrane:

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

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

- przy czym odpady komunalne nie obejmują odpadów z produkcji, rolnictwa, leśnictwa, rybołówstwa, zbiorników bezodpływowych, sieci kanalizacyjnej oraz z oczyszczalni ścieków w tym osadów ściekowych, pojazdów wycofanych z eksploatacji oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych; niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne pozostają niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, nawet jeżeli zostały poddane przetwarzaniu odpadów, ale przetwarzanie to nie zmieniło w sposób znaczący ich właściwości.

Powyzsze świadczy o tym, że instalacja podana w wykazie usług i robót nie przekształcała odpadów komunalnych wymaganych w omawianym warunku.

Podkreślić należy, że w sekcji dotyczącej spełniania warunków udziału w postępowaniu, w pkt 6.1 ppkt 4.1 lit. c) SWZ dotyczącym warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej

i zawodowej odnoszącym się do doświadczenia Zamawiający wymagał, aby Wykonawca wykazał, że wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową w zakresie technologicznym oraz na jej podstawie, wykonał dostawę, montaż i rozruch instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych

o mocy przerobowej instalacji odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok, w skład której wchodziły co najmniej: węzeł spalania i odzysku energii (obejmujący palenisko zintegrowane z kotłem odzyskowym), instalacja wytwarzania ciepła i energii elektrycznej w kogeneracji oraz instalacja oczyszczania spalin.

W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku, Wykonawca A. Sp. z o.o. przedłożył w ramach podmiotowych środków dowodowych wykaz usług wraz z referencjami dotyczącymi wykonania kotła biomasowego, który, jak wynika z przedstawionych informacji, nie jest instalacją termicznego przekształcania odpadów. Jak już wskazano powyżej, przedmiotowa instalacja przekształca biomasę metodą pirolizy i posiada pozwolenie na użytkowanie wydane na zasadach emisji przemysłowych. Dla referencyjnej instalacji nie wydano zezwolenia na eksploatację instalacji do termicznego przekształcania odpadów.

W przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający w sposób jednoznaczny określił warunek udziału

w postępowaniu dotyczący doświadczenia w zakresie wykonania instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych o ściśle określonych parametrach i elementach składowych.

Przedstawiona przez Wykonawcę A. Sp. z o.o. realizacja dotyczy zaś kotła biomasowego, który nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa powyżej, ponieważ nie jest instalacją termicznego przekształcania odpadów komunalnych z przyczyn wskazanych poniżej.

Kocioł biomasowy, przetwarzający biomasę metodą pirolizy, nie jest tożsamy z instalacją termicznego przekształcania odpadów, która zazwyczaj opiera się na procesie spalania (utleniania) odpadów.

Jednocześnie zauważyć należy, że biomasę, zgodnie z definicją w art. 3 pkt 31 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE, która została w niniejszym postępowaniu włączona do definicji odpadów komunalnych w ograniczonym zakresie (odpady drewniane wraz z odpadem drewna zanieczyszczonego), bazuje na mniej restrykcyjnych normach emisyjnych oraz wymaganiach technologicznych, niż instalacja, która jest przedmiotem inwestycji Zamawiającego.

Przepisy ustawy o odpadach określają zarówno definicję odpadów komunalnych, jak i zasady gospodarowania odpadami. Gospodarowanie odpadami jako działalność regulowana wymaga uzyskania stosownych zezwoleń lub pozwoleń wydawanych w formie decyzji administracyjnych.

Do katalogu ww. zezwoleń i pozwoleń kwalifikuje się pozwolenie na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, które jest niezbędne zawsze, jeśli instalacja, emituje zanieczyszczenia do powietrza, co jest nieuniknione w procesie spalania gazów. Takie pozwolenie określa dopuszczalne limity emisji różnych substancji. Pozwolenie na przetwarzanie odpadów jest natomiast wydawane, jeśli wykorzystywana

w instalacji biomasę jest uznawana na podstawie obowiązujących przepisów za odpad (w rozumieniu ustawy o odpadach).

W przypadku referencyjnej instalacji w Kostrzynie nad Odrą nie wydano jakiegokolwiek decyzji administracyjnej udzielającej zgody na eksploatację instalacji do termicznego przekształcania odpadów. Powyższe potwierdza także fakt, że pozwolenie na użytkowanie dla tej referencyjnej instalacji zostało wydane na zasadach emisji przemysłowych, ale nie obejmuje zezwolenia na przetwarzanie odpadów, a zatem nie jest to instalacja termicznego przekształcania odpadów o wymaganej charakterystyce (węzeł spalania i odzysku energii, kogeneracja, oczyszczanie spalin).

Dlatego też z uwagi na brak ww. pozwolenia dla instalacji referencyjnej, niemożliwym jest uznanie, że warunek udziału w postępowaniu został spełniony. Dla referencyjnej inwestycji, gdyby faktycznie była to instalacja termicznego przekształcania odpadów, również powinno być wydane zezwolenie na przetwarzanie odpadów.

Dodatkowo, jeśli instalacja termicznego przekształcania odpadów osiąga określone progi mocy przerobowej wyrażonej w Mg, podlega obowiązkowi uzyskania pozwolenia zintegrowanego, na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2002 r. Prawo ochrony środowiska (tj. Dz. U. z 2024 r., poz. 54). Pozwolenie zintegrowane obejmuje wszystkie aspekty oddziaływania instalacji na środowisko, w tym emisje do powietrza, wody, gleby, gospodarowanie odpadami i inne. Referencyjna instalacja realizowana przez podmiot udostępniający zasoby na rzecz ECO Raven Sp. z o.o. ww. pozwolenia nie posiada, pomimo zainstalowanej mocy przerobowej o wysokości około 90 tys. Mg rocznie (która to moc przerobowa wymagałaby uzyskania pozwolenia zintegrowanego, gdyby omawiana instalacja była Instalacją Termicznego Przekształcania Odpadów).

Tym samym stwierdzić należy, że dla instalacji pirolizy biomasy zawsze niezbędnym będzie uzyskanie pozwolenia na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza. Ponadto, jeśli wykorzystywana biomasę jest odpadem, wymagane będzie również pozwolenie na przetwarzanie odpadów. W zależności zaś od skali i charakterystyki instalacji, również konieczne jest uzyskanie pozwolenia zintegrowanego obejmującego zezwolenie na przetwarzanie odpadów. W przypadku referencyjnej instalacji

w Kostrzynie nad Odrą nie wydano zaś jakiegokolwiek decyzji administracyjnej udzielającej zgody na eksploatację instalacji do termicznego przekształcania odpadów, co oznacza, że instalacja objęta wykazem nie jest instalacją termicznego przekształcania odpadów wymaganą w warunku określonym w SWZ.

Zamawiający zwraca także uwagę na odmienności pomiędzy instalacją termicznego przekształcania odpadów (spalania odpadów), a instalacją na paliwo biomasowe.

Szczegółowe wymagania dla instalacji termicznego przekształcania odpadów (spalania odpadów) zostały wyartykułowane w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 21 stycznia 2016 roku w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu (Dz. U. z 2016 r. poz. 108). W świetle obowiązującej regulacji normatywnej:

a) Procesy spalania odpadów innych niż niebezpieczne muszą być prowadzone w sposób zapewniający całkowite spalanie odpadów a konstrukcja komory spalania i warunki pracy muszą zapewniać dopalanie gazów spalinowych w temperaturze co najmniej 850°C przez co najmniej 2 sekundy;

b) Instalacja termicznego przekształcania odpadów musi być wyposażona w automatyczny system kontroli i monitorowania parametrów

procesu spalania, w szczególności temperatury, a w przypadku awarii lub nieprawidłowej pracy systemu należy wprowadzać procedury awaryjne;

c) Rozporządzenie, o którym mowa powyżej, określa wymagania dotyczące przyjmowania odpadów do instalacji, w tym ich ważenia, identyfikacji, dokumentowania i kontroli wizualnej. Niedopuszczalne jest przyjmowanie odpadów wybuchowych, łatwopalnych w warunkach składowania, zakaźnych i innych, które mogą zagrozić procesowi lub instalacji;

d) Prowadzenie procesu termicznego przekształcania musi być prowadzone przez osoby posiadające odpowiednie przeszkolenie. Należy prowadzić ewidencję przyjmowanych i przekształcanych odpadów oraz powstających pozostałości;

e) Instalacja musi być zaprojektowana, wyposażona, zbudowana i eksploatowana w sposób zapobiegający lub ograniczający emisje substancji zanieczyszczających powietrze, wodę i glebę, zgodnie z obowiązującymi standardami emisyjnymi. Określone są wymagania dotyczące systemów oczyszczania spalin;

f) Całkowita zawartość węgla organicznego w żużlach i popiołach paleniskowych ma być niższa niż 3% lub strata przy prażeniu żużli i popiołów paleniskowych ma być niższa niż 5% suchej masy;

g) Podczas prowadzenia procesu w komorze spalania prowadzi się ciągły pomiar:

- temperatury gazów spalinowych
- stężenia tlenu w gazach spalinowych
- ciśnienia gazów spalinowych;

h) Proces nie może być kontynuowany przez okres przekraczający cztery godziny, w przypadku, gdy przekraczane są standardy emisyjne określone w odrębnych przepisach.

Ww. rozporządzenie szczegółowo reguluje techniczne i organizacyjne aspekty procesu termicznego przekształcania odpadów, kładąc nacisk na bezpieczne prowadzenie procesu i minimalizację negatywnego wpływu na środowisko. Jest to kluczowy akt prawny dla funkcjonowania instalacji termicznego przekształcania odpadów w Polsce, uzupełniający przepisy ustawowe, w tym Prawo ochrony środowiska i ustawę o odpadach. Kocioł na czystą biomasę, czyli instalacja opisana w wykazie usług i robót Wykonawcy nie spełnia ww. wymagań wynikających z cytowanego wyżej rozporządzenia.

Dodatkowo, Zamawiający zwraca uwagę, że porównanie dopuszczalnych emisji do powietrza dla instalacji termicznego przekształcania odpadów (spalania odpadów) i instalacji pirolizy czystej biomasy jest złożone i zależy od wielu czynników, takich jak, rodzaj i charakterystyka surowca/czy odpadu stanowiącego wkład do kotła. Odpady mają bardziej heterogeniczny i potencjalnie niebezpieczny skład niż czysta biomasa, zaś samo spalanie odpadów odbywa się w wysokiej temperaturze z nadmiarem tlenu, podczas gdy piroliza biomasy zachodzi w warunkach beztlenowych lub z ograniczonym dostępem tlenu.

Większe instalacje podlegają zazwyczaj bardziej rygorystycznym przepisom, a zarówno Polska, jak i Unia Europejska posiadają szczegółowe regulacje dotyczące emisji z instalacji termicznego przekształcania odpadów. Instalacje termicznego przekształcania odpadów podlegają ścisłym regulacjom wynikającym głównie z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE, która implementuje najlepsze dostępne techniki (BAT) i określa rygorystyczne wartości graniczne emisji.

W Polsce implementacja tej dyrektywy nastąpiła poprzez ustawę Prawo ochrony środowiska oraz rozporządzenia wykonawcze Ministra Klimatu i Środowiska np. Rozporządzenie Ministra Klimatu z dnia 24 września 2020 r. w sprawie standardów emisyjnych dla niektórych rodzajów instalacji, źródeł spalania paliw oraz urządzeń spalania lub współspalania odpadów (Dz. U. z 2020 r., poz. 1860). Jeśli natomiast biomasa nie jest traktowana jako odpad (jak ma to miejsce w niniejszym przypadku), instalacje te podlegają przepisom dotyczącym spalania paliw, a nie termicznego przekształcania odpadów. Emisje regulowane są zaś przez Prawo ochrony środowiska oraz rozporządzenia dotyczące standardów emisyjnych dla źródeł spalania paliw.

Dla instalacji termicznego przekształcania odpadów, ze względu na różnorodny skład odpadów, dopuszczalne limity emisji są ustalone z uwzględnieniem szerokiego spektrum zanieczyszczeń, w tym m.in.: pyły, tlenki siarki (SO<sub>x</sub>), tlenki azotu (NO<sub>x</sub>), tlenek węgla (CO), całkowity węgiel organiczny (TOC), chlorowodór (HCl) i fluorowodór (HF), metale ciężkie (Cd, Hg, Tl, Sb, As, Pb, Cr, Co, Cu, Mn, Ni, V), dioksyny i furany. Natomiast dla instalacji pirolizy czystej biomasy emisje zależą od składu biomasy i technologii pirolizy oraz ewentualnego spalania powstałych gazów. Zazwyczaj jednak spalanie czystej biomasy generuje mniej złożony skład spalin niż spalanie odpadów. Dopuszczalne emisje mogą obejmować w takim przypadku między innymi pyły, tlenki siarki (SO<sub>x</sub>), tlenki azotu (NO<sub>x</sub>) oraz tlenek węgla (CO).”

Zamawiający w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert

z 6 maja 2025 r. wskazał, że porównał wymagania emisyjne instalacji termicznej przekształcania odpadów i kotła biomasowego i w konsekwencji stwierdził, że:

„Omówione powyżej różnice i odmienności dowodzą, że nie można uznać kotła na czystą biomasę za instalację termicznego przekształcania odpadów. Kluczową różnicą jest status prawny spalane go materiału (odpad vs. paliwo) oraz cel procesu (unieszkodliwienie vs. produkcja energii). Kotły na czystą biomasę są zaprojektowane i regulowane jako instalacje spalania paliw odnawialnych, a nie jako instalacje do unieszkodliwiania odpadów, co wiąże się z różnymi wymaganiami technicznymi i prawnymi. Nawet jeśli kocioł na biomasę wykorzystuje proces pirolizy do wstępnego przekształcania paliwa, nadal jego głównym celem jest produkcja energii z biomasy, która zazwyczaj nie jest traktowana jako odpad w kontekście budowy Instalacji Termicznego Przekształcania Odpadów, a instalacja ta podlega innemu reżimowi prawnemu i ma odmiennie wymagania technologiczne oraz standardy emisyjne, dostosowane do charakterystyki czystego paliwa, a nie charakterystyki odpadów przeznaczonych do unieszkodliwienia.

Zamawiający, w celu potwierdzenia wniosków z weryfikacji podmiotowych środków dowodowych, zwrócił się do Starosty Gorzowskiego, Bumistrza Miasta Kostrzyn nad Odrą oraz ECO Raven Sp.

z o.o. i ustalił, że na terenie Powiatu Gorzowskiego (tj. powiatu, na obszarze którego znajduje się inwestycja opisana w wykazie usług i robót realizowana na rzecz ECO Raven Sp. z o.o.) nie funkcjonuje żadna instalacja termicznego przekształcania odpadów, co utwierdziło Zamawiającego w przekonaniu, że Wykonawca nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu.”

*Izba zważyła:*

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

Stosownie do art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, *zamawiający określa warunki udziału*

*w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.*

Określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia służy ocenie zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia w celu zminimalizowania ryzyka nienależytego wykonania zamówienia.

Zamawiający posiadają swobodę w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu. Warunki udziału w postępowaniu nie muszą być odzwierciedleniem przedmiotu zamówienia, natomiast zamawiający muszą określić warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Warunki udziału w postępowaniu w pierwszej kolejności wykładni językowej, polegającej na ustalaniu znaczenia tekstu przez odwołanie się do kontekstu językowego terminów, zwrotów lub wyrażeń zawartych SWZ. Ustalenie znaczenia warunku określonego przez zamawiającego

w SWZ dokonywane jest poprzez ustalenie językowego znaczenia oraz sensu postanowień opisujących warunki udziału w postępowaniu. Jeśli wyrażeniom użytym w SWZ, na gruncie języka potocznego, można przypisać kilka znaczeń, to należy wybrać takie znaczenie, które jest najbardziej oczywiste. Jeśli wykładania językowa nie daje podstaw do ustalenia nie budzącego wątpliwości znaczenia postanowień SWZ, ustalenie znaczenia określonego

w SWZ warunku odbywa się przy pomocy wykładni systemowej i funkcjonalnej.

W ocenie Izby, treść warunku, określonego przez zamawiającego w pkt 6.1 pkt 4.1.c) SWZ nie budziła wątpliwości i nie wymagała szczególnych zbiegów interpretacyjnych.

Stosownie do ww. warunku wykonawca musiał się legitymować wykonaniem co najmniej jednej dokumentacji projektowej w zakresie technologicznym oraz na jej podstawie, wykonał dostawę, montaż i rozruch instalacji termicznego przekształcania odpadów<sup>2</sup> komunalnych

o mocy przerobowej instalacji odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok, w skład której wchodziły co najmniej:

- węzeł spalania i odzysku energii, obejmujący co najmniej palenisko zintegrowane z kotłem odzyskowym oraz
- instalację wytwarzania ciepła i energii elektrycznej w kogeneracji oraz
- instalację oczyszczania spalin.

Warunek referował do wykonania dostawy, montażu i rozruchu instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, przy czym tylko pojęcie „odpady” zostało zdefiniowane poprzez odesłanie do pojęcia odpadów, określonego w art. 3 pkt 31 lit.

b) Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r.

w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola), Dz. U. U.E. L z dnia 17 grudnia 2010 r.

Tymczasem odwołujący(3) dokonał interpretacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt 6.1. ppkt 4.1.c) SWZ poprzez pryzmat pojęcia „odpady” i uznał, że skoro

w referencyjnej inwestycji przetwarzane są odpady z drewna, co wynika m.in. z PKD spółki

i prowadzonej przez nią działalności – produkcji drewnianych opakowań, a biomasa, która jest paliwem zasilającym kocioł referencyjnej instalacji, jest odpadem w rozumieniu treści warunku udziału w postępowaniu, a definicja odpadów (uwzględniająca w zbiorze desygnatów tego pojęcia również biomasę, o której mowa w art. 3 pkt 31 lit. b Dyrektywy) jest szersza niż definicja odpadów na gruncie ustawy o odpadach do której referował zamawiający

w uzasadnieniu odrzucenia, a zatem, w ocenie odwołującego(3), referencyjna inwestycja jest inwestycją termicznego przetwarzania odpadów komunalnych w rozumieniu SWZ, a definicja instalacji termicznej przekształcania odpadów komunalnych została zasadniczo zdeterminowana pojęciem „odpadów”, bo to one przekształcane są termicznie.

Odwołujący(3) zarzucił zamawiającemu, że dokonał interpretacji rozszerzającej czy też zmieniającej treść warunku, powołując się na definicję odpadów z ustawy

o odpadach oraz wymagając wykazanie, że dla instalacji wydano odpowiednie zezwolenia

w celu odrzucenia oferty odwołującego(3).

W ocenie Izby, stanowisko odwołującego(3) w powyższym zakresie jest nieprawidłowe.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający wymagał, aby wykonawca w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonym w pkt 6.1. ppkt 4.1.c) SWZ wykazał, że wykonał dostawę, montaż i rozruch instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych,

a nie instalacji, niebędącej instalacją termicznego przekształcania odpadów, w której przekształcane są odpady należące

do kategorii odpadów, wskazanych przez zamawiającego w treści warunku.

Jak wykazał zamawiający, przede wszystkim instalacja wskazywana przez odwołującego(3) nie w Wykazie usług i robót jest instalacją termicznego przekształcania odpadów. Jak już wskazano powyżej, przedmiotowa instalacja przekształca biomasę metodą pirolizy i posiada pozwolenie na użytkowanie wydane na zasadach emisji przemysłowych. Dla referencyjnej instalacji nie wydano zezwolenia na eksploatację instalacji do termicznego przekształcania odpadów.

Przedstawiona przez wykonawcę A. Sp. z o.o. realizacja dotyczy zaś kotła biomasowego, ponieważ nie jest instalacją termicznego przekształcania odpadów komunalnych. Kocioł biomasowy, przetwarzający biomasę metodą pirolizy, nie jest tożsamy

z instalacją termicznego przekształcania odpadów, która zazwyczaj opiera się na procesie spalania (utleniania) odpadów.

Powyższą okoliczność potwierdziły dokumenty, przedstawione przez przystępującego – Zapytanie ofertowe EcoRaven (Nr 23/11/2020 z 23.11.2020) „Budowa Zakładu Produkcji Nośników energetycznych i Odzysku energii – Etap 2”, wzór umowy dotyczący „Budowy Zakładu Produkcji Nośników Energetycznych i Odzysku Energii – Etap 2”, Załącznik nr 2 do SIWZ „Budowa Zakładu Produkcji Nośników Energii – Etap 2” – Parametry paliwa oraz Raport oddziaływania na środowisko.

Z ww. dokumentów wynika, że przedmiotem zadania realizowanego przez Energika Z.S. dla EcoRaven Sp. z o.o. była elektrociepłownia zasilana paliwem biomasowym.

Ponadto Izba wskazuje, że zamawiający w Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o odrzuceniu ofert z 6 maja 2025 r., zwrócił uwagę na różnice pomiędzy instalacją termicznego przekształcania odpadów (spalania odpadów), a instalacją na paliwo biomasowe oraz szczegółowe wymagania, jakie dla instalacji termicznego przekształcania odpadów (spalania odpadów) zostały określone w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 21 stycznia 2016 roku w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu (Dz. U. z 2016 r. poz. 108):

a) procesy spalania odpadów innych niż niebezpieczne muszą być prowadzone w sposób zapewniający całkowite spalanie odpadów, a konstrukcja komory spalania i warunki pracy muszą zapewniać dopalanie gazów spalinowych w temperaturze co najmniej 850°C przez co najmniej 2 sekundy;

b) instalacja termicznego przekształcania odpadów musi być wyposażona w automatyczny system kontroli i monitorowania parametrów procesu spalania, w szczególności temperatury, a w przypadku awarii lub nieprawidłowej pracy systemu należy wprowadzać procedury awaryjne;

c) ww. rozporządzenie określa wymagania dotyczące przyjmowania odpadów do instalacji,

w tym ich ważenia, identyfikacji, dokumentowania i kontroli wizualnej. Niedopuszczalne jest przyjmowanie odpadów wybuchowych, łatwopalnych w warunkach składowania, zakaźnych

i innych, które mogą zagrozić procesowi lub instalacji;

d) prowadzenie procesu termicznego przekształcania musi być prowadzone przez osoby posiadające odpowiednie przeszkolenie. Należy prowadzić ewidencję przyjmowanych

i przekształcanych odpadów oraz powstających pozostałości;

e) instalacja musi być zaprojektowana, wyposażona, zbudowana i eksploatowana w sposób zapobiegający lub ograniczający emisje substancji zanieczyszczających powietrze, wodę

i glebę, zgodnie z obowiązującymi standardami emisyjnymi. Określone są wymagania dotyczące systemów oczyszczania spalin;

f) całkowita zawartość węgla organicznego w żużlach i popiołach paleniskowych ma być niższa niż 3% lub strata przy prażeniu żużli i popiołów paleniskowych ma być niższa niż 5% suchej masy;

g) podczas prowadzenia procesu w komorze spalania prowadzi się ciągły pomiar:

- temperatury gazów spalinowych,
- stężenia tlenu w gazach spalinowych,
- ciśnienia gazów spalinowych;

h) proces nie może być kontynuowany przez okres przekraczający cztery godziny,

w przypadku, gdy przekraczane są standardy emisyjne określone w odrębnych przepisach.

Ww. rozporządzenie szczegółowo reguluje techniczne i organizacyjne aspekty procesu termicznego przekształcania odpadów, kładąc nacisk na bezpieczne prowadzenie procesu

i minimalizację negatywnego wpływu na środowisko. Jest to kluczowy akt prawny dla funkcjonowania instalacji termicznego przekształcania odpadów w Polsce, uzupełniający przepisy ustawowe, w tym Prawo ochrony środowiska i ustawę o odpadach. Kocioł na czystą biomasę, czyli instalacja opisana w wykazie usług i robót Wykonawcy nie spełnia ww. wymagań wynikających z cytowanego wyżej rozporządzenia.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że porównanie dopuszczalnych emisji do powietrza dla instalacji termicznego

przekształcania odpadów (spalania odpadów) i instalacji pirolizy czystej biomasy jest złożone i zależy od wielu czynników, takich jak, rodzaj i charakterystyka surowca/czy odpadu stanowiącego wkład do kotła. Odpady mają bardziej heterogeniczny

i potencjalnie niebezpieczny skład niż czysta biomasa, zaś samo spalanie odpadów odbywa się w wysokiej temperaturze z nadmiarem tlenu, podczas gdy piroliza biomasy zachodzi w warunkach beztlenowych lub z ograniczonym dostępem tlenu.

Większe instalacje podlegają zazwyczaj bardziej rygorystycznym przepisom, a zarówno Polska, jak i Unia Europejska posiadają szczegółowe regulacje dotyczące emisji z instalacji termicznego przekształcania odpadów. Instalacje termicznego przekształcania odpadów podlegają ścisłym regulacjom wynikającym głównie z Dyrektywy Parlamentu Europejskiego

i Rady 2010/75/UE, która implementuje najlepsze dostępne techniki (BAT) i określa rygorystyczne wartości graniczne emisji.

Na różnice pomiędzy instalacją energetycznego spalania biomasy i instalacją termicznego przekształcania (spalania) odpadów w zakresie wymagań określonych w przepisach praw,

w zakresie standardów emisyjnych wymagań w zakresie konstrukcji instalacji i procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu, zwrócił także uwagę prof. G.W. w Opinii dotyczącej możliwości uznawania referencji w postaci budowy instalacji energetycznego spalania biomasy za tożsame z referencjami w zakresie instalacji termicznego przekształcania odpadów, przedstawioną przez przystępującego oraz Opinii dotyczącej uwarunkowań

i ograniczeń dopuszczenia instalacji spalania biomasy do udziału w postępowaniu przetargowym na budowę „Instancji termicznego przekształcania odpadów wraz z odzyskiem energii jako elementu centrum Zielonej Transformacji w Opolu” dr hab. T.P.

z 3 czerwca 2025 r., załączoną do odpowiedzi na odwołanie.

Przedstawione przez przystępującego oraz zamawiającego opinie stanowiły uzupełnienie ich stanowisk.

Z uwagi na fakt, iż między instalacją energetycznego spalania biomasy oraz instalacją termicznego przekształcania odpadów występują różnice, Izba uznała za niewiarygodny dowód przedstawiony przez odwołującego(3) w postaci Schematu blokowego Instalacji Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych (ITPO) oraz Schematu blokowego Instalacji Termicznego Przetwarzania Biomasy, które takich różnic nie ujawniają.

Z przedstawionych powyższej okoliczności wynika, że odwołujący(3) nie spełnił warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdz. 6 pkt 6.1. ppkt 4.1. lit. c) SWZ.

Przy czym istotne, jak słusznie podniósł zamawiający, z uwagi na zmianę podmiotu trzeciego, na zasobach którego polegał odwołujący(3), nie miał już możliwości, aby, stosownie do przepisu art. 122 ustawy Pzp, wezwać odwołującego(3) do uzupełnienia lub poprawienia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie ww. warunku udziału w postępowaniu.

Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego(3) na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp była prawidłowa.

Wobec powyższego, zarzut nr 1a oraz zarzut 2 odwołania podlegał oddaleniu.

*Zarzut nr 1b i nr 2*

W Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4.1.a) SWZ wskazano:

*„6.1. W postępowaniu mogą brać udział Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:*

*4) zdolności technicznej lub zawodowej:*

*4.1. Warunek ten, w zakresie doświadczenia, zostanie uznany za spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 12 lat liczonych wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie):*

*a) wykonał co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą co najmniej: projekt budowlany, projekt wykonawczy i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych instalacji termicznego przekształcania odpadów<sup>2</sup> komunalnych o mocy przerobowej instalacji, odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok.*

W celu wykazania spełnienia ww. warunku odwołujący(3) powołał się na zdolności techniczne i zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby - Foroom Sp. z o.o. i przedłożył na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe - Wykaz usług i robót wraz z dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie usług w postaci referencji wystawionych przez przedstawiciela Termomeccanica Ecologia Astaldi S.p.A. (generalnego wykonawcy) oraz referencji pochodzących

od przedstawiciela PGE Energia Ciepła S.A. związanych z zadaniem inwestycyjnym pn. Budowa Instalacji Termicznego Przetwarzania z Odzyskiem Energii PGE GiEK SA o/Elektrociepłownia Rzeszów.

Odwołujący(3) w wykazie usług i robót wskazał, że w skład dokumentacji projektowej wchodził projekt budowlany zamienny. Referencje odnosiły się również do projektu budowlanego zamiennego.

Warunek, określony w Rozdz. 6 pkt 6.1. ppkt 4.1.a)SWZ przewidywał wykazanie się przez wykonawcę doświadczeniem w opracowaniu projektu budowlanego.

W Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu ofert

z 6 maja 2025 r. zamawiający wskazał:

*„Odrzucenie oferty w związku z niespełnieniem warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4.1 lit. a) SWZ”*

(...)

*„Wykonawca A. sp. z o.o. w ramach podmiotowych środków dowodowych przedłożył wykaz usług i referencje potwierdzające wykonanie wyłącznie projektu budowlanego zamiennego przez Foroom Spółka z o.o., które nie potwierdzają spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.*

*Przedłożony wykaz i referencje potwierdzają doświadczenie jedynie w ograniczonym i marginalnym zakresie w kontekście sformułowanego warunku udziału w postępowaniu oraz złożoności i specyfiki projektowania przedmiotu zamówienia. Zakres prac projektowych związanych z taką instalacją obejmuje między innymi: projektowanie rozbudowanych systemów rurociągów, armatury, zbiorników, wymienników ciepła i innych urządzeń technologicznych specyficznych dla obiektu energetycznego, projektowanie złożonych systemów monitorowania i sterowania procesem technologicznym, w tym wizualizacji i archiwizacji danych, a także konstrukcje specjalne, projektowanie konstrukcji wsporczych dla urządzeń technologicznych, bunkrów odpadów, kominów przemysłowych, projektowanie rozbudowanych instalacji zasilających, oświetleniowych, systemów uziemień i ochrony odgromowej, a także aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, projektowanie systemów wodno-kanalizacyjnych, wentylacji i klimatyzacji, w tym specyficznych dla obiektów przemysłowych, projektowanie układu komunikacyjnego, dróg, placów manewrowych, sieci zewnętrznych oraz opracowanie rozwiązań minimalizujących wpływ instalacji na środowisko, w tym systemów monitoringu emisji.*

*Zmiany dotyczące wysokości i kubatury budynku, ochrony przeciwpożarowej, dodania niewielkiego budynku ochrony oraz zmiany bilansu powierzchni biologicznie czynnej, stanowią zatem marginalny wycinek całościowego zakresu prac projektowych i nie świadczą o posiadaniu wymaganego doświadczenia w kompleksowym projektowaniu złożonego i specyficznego obiektu energetycznego.*

*Wymaganie posiadania doświadczenia w wykonaniu projektu budowlanego miało na celu zapewnienie, że Wykonawca posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do prawidłowego i terminowego wykonania przedmiotu niniejszego zamówienia. Doświadczenie, jakie posiada podmiot, na którego zasobach polega wykonawca dotyczą tak niewielkiego i nieistotnego fragmentu zadania inwestycyjnego, iż nie dają Zamawiającemu gwarancji, że Wykonawca posiada wymagane kompetencje i daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.”*

(...)

*„Mając na uwadze powyższe, oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) PZP w związku z niewykazaniem spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale 6 pkt 6.1. ppkt 4 ppkt 4.1 lit. a) i c) SWZ.”*

Iżba wskazuje, konieczność przedstawienie zamiennego projektu budowlanego pojawia się

w przypadku konieczności dokonania zmian w realizowanym pierwotnym projekcie budowlanym. Zamienny projekt budowlany przedstawia zamienne rozwiązania projektowe

w stosunku do rozwiązań, które zostały zatwierdzone w pozwoleniu na budowę lub zgłoszeniu.

Z informacji uzyskanych przez zamawiającego od inwestora referencyjnego zadania wynikało, że projekt budowlany zamienny sporządzony przez Foroom Sp. z o.o. obejmował jedynie nieznaczną część zakresu prac projektowych typowych dla budowy obiektu energetycznego.

Z uzyskanych przez zamawiającego w trybie dostępu do informacji publicznej dokumentów wynikało, że wykonane zmiany dotyczyły wyłącznie:

- 1)zmiany wysokości i kubatury istniejącego budynku;
- 2)zmiany warunków ochrony przeciwpożarowej;
- 3)dodania budynku ochrony ITPOE przy bramie wjazdowej;
- 4)zmiany bilansu powierzchni utwardzonej i powierzchni biologicznie czynnej.

Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali się doświadczeniem w zakresie sporządzania dokumentacji projektowej dla inwestycji polegającej na budowie obiektu energetycznego o określonej mocy.

Z dokumentów zamówienia wynika, że zakres prac projektowych związanych z taką instalacją obejmuje, m.in.: projektowanie rozbudowanych systemów rurociągów, armatury, zbiorników, wymienników ciepła i innych urządzeń technologicznych specyficznych dla obiektu energetycznego, projektowanie złożonych systemów monitorowania i sterowania procesem technologicznym, w tym wizualizacji i archiwizacji danych, a także konstrukcje specjalne, projektowanie konstrukcji wsporczych dla urządzeń technologicznych, bunkrów odpadów, kominów przemysłowych, projektowanie rozbudowanych instalacji zasilających, oświetleniowych, systemów uziemień i ochrony odgromowej, a także aparatury kontrolno-pomiarowej i automatyki, projektowanie systemów wodno-kanalizacyjnych, wentylacji i klimatyzacji, w tym specyficznych dla obiektów przemysłowych, projektowanie układu komunikacyjnego, dróg, placów manewrowych, sieci zewnętrznych oraz opracowanie rozwiązań minimalizujących wpływ instalacji na środowisko, w tym

systemów monitoringu emisji.

Zmiany przewidziane w projekcie zamiennym stanowiły niewielką część zakresu prac projektowych i nie mogły świadczyć o posiadaniu wymaganego doświadczenia

w projektowaniu obiektu energetycznego.

Wobec powyższego odwołujący(3) nie wykazał spełnienia warunku w zakresie posiadanego doświadczenia, polegającego na wykonaniu co najmniej jedną dokumentację projektową obejmującą co najmniej: projekt budowlany, projekt wykonawczy i specyfikacje techniczne wykonania i odbioru robót budowlanych instalacji termicznego przekształcania odpadów<sup>2</sup> komunalnych o mocy przerobowej instalacji, odnoszącej się do strumienia odpadów poddawanych termicznemu przekształceniu, nie mniejszej niż 15.000 Mg/rok.

Decyzja zamawiającego o odrzuceniu oferty odwołującego(3), na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp, była prawidłowa.

Jak słusznie zauważył zamawiający, zgodnie z art. 122 ustawy Pzp w przypadku, gdy zdolności techniczne lub zawodowe podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału

w postępowaniu korzystając z art. 128 ust. 1 Pzp jako podstawy do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych.

Zamawiający nie wzywa jednak do uzupełnienia, jeżeli oferta wykonawcy podlega odrzuceniu bez względu na uzupełnienie. W tych okolicznościach zaniechanie wezwania Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 Pzp do poprawienia wykazu usług i robót w zakresie zadania wykazywanego na spełnienie warunku udziału w postępowaniu,

o którym mowa w rozdziale 6 pkt 4.1. lit. a) SWZ nie stanowiło uchybienia przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut 1 b oraz 2 odwołania podlegały oddaleniu.

W konsekwencji zarzut nr 4 w zakresie, w jakim odnosił się do zarzutów nr 1a i b oraz 2 odwołania, podlegał oddaleniu.

#### Zarzut nr 3

Odwołujący(3), w odpowiedzi na zawarte w formularzu JEDZ pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi „Tak” oraz wyjaśnił:

*„A. informuje, że nie zachodzą względem niego podstawy do zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Zakreślenie powyżej odpowiedzi „Tak” jest wyłącznie konsekwencją brzmienia sformułowanego pytania. W swojej treści bowiem całkowicie pomija ono – po pierwsze - kwestię przyczyn prowadzących do opisanych w pytaniu skutków (umowa rozwiązana przed czasem, nałożono odszkodowanie bądź inne sankcje) – po drugie - stopnia lub zakresu albo czasu (długotrwałości) nienależytego wykonania (niewykonywania) umowy – i po trzecie – istotność zobowiązania umownego, wynikającego z wcześniej zawartej umowy, którego naruszenia miał dopuścić się wykonawca. Pytanie w JEDZ wskazuje jedynie na samo zaistnienie określonego stanu (rozwiązania umowy; nałożenia odszkodowania). Tymczasem przepis Pzp, którego to pytanie dotyczy (art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp), wskazuje, że wykluczenie nastąpić może (ma miejsce) jedynie, gdy skutki te są konsekwencją przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Przepis ten wskazuje również na stopień czy zakres zdarzeń ocenianych na gruncie art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp (które to okoliczności również pominięte są w pytaniu). W końcu wskazuje również, iż pod uwagę należy brać sytuację, kiedy to naruszone zostały istotne postanowienia umowne. Uwzględniając powyższe A., kierując się troską o zapewnienie maksymalnej przejrzystości, załącza do JEDZ odrębne oświadczenie, tj. Załącznik do dokumentu JEDZ, odnoszące się do niniejszego pytania. Jednocześnie A. jeszcze raz podkreśla, że w stosunku do Wykonawcy nie zachodzą okoliczności, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. nie podlega on wykluczeniu, a niniejsza informacja przedstawiana jest jedynie z daleko posuniętej ostrożności.”.*

W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego(3), zamawiający wskazał:

*„Odrzucenie na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP*

*Wykonawca w złożonym przez siebie oświadczeniu o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu na formularzu JEDZ w Części III lit. C wierszu siódmym w odpowiedzi na pytanie czy znajdował się on w sytuacji, w której wcześniejsza umowa ws. zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa ws. koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową udzielił odpowiedzi twierdzącej. Jednocześnie Wykonawca wskazał, że nie zachodzą względem niego podstawy do zastosowania przesłanki wykluczenia z art.109 ust. 1 pkt 7 PZP, której dotyczy pytanie w ww części JEDZ, a udzielenie odpowiedzi twierdzącej jest wyłącznie konsekwencją sposobu sformułowania pytania w JEDZ, które w swej treści całkowicie pomija elementy składowe przesłanki wykluczenia uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP. Jednocześnie wraz z ofertą Wykonawca złożył załącznik do JEDZ zawierający informację związaną dyspozycją z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, stanowiącą uzasadnienie, dlaczego wobec Wykonawcy nie ziszcila się ta przesłanka do jego wykluczenia z postępowania. W dokumencie tym Wykonawca dokonał wykładni przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, analizy pytania zawartego w Części III lit. C wierszu siódmym JEDZ oraz zawarł sześciopunktowe uzasadnienie, dlaczego w jego ocenie brak jest podstaw do jego wykluczenia z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.*

W wyjaśnieniach Wykonawca ogólnie wskazał, że doszło do wystąpienia względem wykonawcy zdarzeń opisanych w art. 109 ust.

1 pkt 7 PZP tj. nałożenia kar umownych czy też realizacji przez zamawiającego uprawnień z tytułu rękojmi za wady czy wykonawstwa zastępczego, nie wskazując konkretnych przypadków zdarzeń w tym zakresie. Informacje te były na tyle ogólne, że Zamawiający na ich podstawie nie był w stanie ustalić kiedy, z jakiego powodu, przez kogo oraz w jakiej wysokości zostały naliczone Wykonawcy kary umowne, a zatem dokonać weryfikacji Wykonawcy pod kątem zasadności jego wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Zamawiający uznał więc, że nawet jeśli Wykonawca sam nie uznaje się za spełniającego przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, to spoczywa na nim obowiązek powiadomienia zamawiającego w JEDZ, że w stosunku do tego wykonawcy wystąpiły okoliczności, o których mowa w treści pytania zawartego w Części III lit. C wierszu siódmym JEDZ. Jest to obowiązek notyfikowania Zamawiającemu obiektywnych faktów, które miały miejsce w toku realizacji innego zamówienia przez Wykonawcę, czyli wystąpienia określonych obiektywnych zdarzeń, które następnie podlegają ocenie Zamawiającego. Pytanie zawarte w JEDZ nie dotyczy jednak oceny takich zdarzeń przez Wykonawcę w kontekście zaistnienia przesłanek wykluczenia z postępowania, ale notyfikacji obiektywnych faktów.

Mając na uwadze powyższe, pismem z dnia 15 stycznia 2025 r. wezwano Wykonawcę do wyjaśnień poprzez wskazanie jakie okoliczności faktyczne i zdarzenia spowodowały udzielenie odpowiedzi twierdzącej w Części III lit. C wierszu siódmym JEDZ, a do których Wykonawca odniósł się w załączniku do JEDZ.

W wyjaśnieniach Wykonawca wskazał kilkanaście przypadków naliczenia kar umownych o różnej wysokości.

Powyższe prowadzi do wniosku, że Wykonawca nie dopełnił względem Zamawiającego obowiązków informacyjnych, gdyż mimo świadomości naliczonych kar umownych, nie przekazał Zamawiającemu wraz z ofertą informacji pozwalających Zamawiającemu na obiektywną ocenę okoliczności ich naliczenia w kontekście przesłanki wykluczenia z postępowania uregulowanej w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, podczas gdy informacje o nałożeniu kar umownych powinny podlegać ocenie przez Zamawiającego przez pryzmat możliwości podlegania przez Wykonawcę wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

Mając powyższe na uwadze - jeśli Wykonawca został w przeszłości obciążony karami umownymi, to powinien on zawrzeć informacje w JEDZ o wszystkich zastosowanych wobec niego sankcjach, a nie samemu arbitralnie je oceniać. Zamawiający musi mieć możliwość uzyskania od Wykonawcy pełnego spektrum informacji o zastosowanych wobec niego sankcjach oraz samodzielnie ocenić, czy Wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania." (...)

Zamawiający w momencie złożenia oferty i JEDZ nie miał pełnej informacji, dlatego też został wprowadzony w błąd przez Wykonawcę A. Sp. z o.o.

„W powyższej sytuacji wydaje się nie budzić wątpliwości, że wobec Wykonawcy wystąpiła co najmniej podstawa wykluczenia opisana w treści art. 109 ust. 1 pkt 10 PZP. Wykonawca wprowadził bowiem Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu (zataił te informacje), w wyniku co najmniej (rażącego) niedbalstwa. Wykonawca z pewnością powinien bowiem dochować należytej staranności przy przekazywaniu Zamawiającemu stosownych informacji. Pokazuje to, iż nie dochował on należytej staranności.”

Izba zważyła:

Określona w przepisie art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, przesłanka wprowadzenia w błąd polega na przedstawieniu zamawiającemu przez wykonawcę informacji nieprawdziwych, czyli niezgodnych z rzeczywistym stanem rzeczy.

Stosowanie do art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd, co mogło mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

O lekkomyślności można mówić w sytuacji, gdy wykonawca zdaje sobie sprawę z tego, że przedstawiając zamawiającemu określone informacje może wprowadzić go w błąd, ale bezpodstawnie sądzi, że do tego nie dojdzie. Natomiast w przypadku niedbalstwa wykonawca nie zdaje sobie sprawy, choć powinien, że przedstawiając zamawiającemu określone informacje wprowadzi go w błąd.

W ocenie Izby, biorąc pod uwagę fakt, iż pytanie zawarte w formularz JEDZ: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?” udzielił odpowiedzi „Tak”,

W wyjaśnieniach odwołujący(3) wskazał kilkanaście przypadków naliczenia kar umownych

o różnej wysokości. W przypadku, gdyby przedstawione wyjaśnienia wydały się zamawiającemu nie dość szczegółowe, to może on zwrócić się stwierdzenia przez zamawiającego, że podane przez wykonawcę informacje nie są dość szczegółowe, mógł zwrócić się do wykonawcy o przedstawienie dalszych wyjaśnień.

W ocenie Izby nie było podstaw zatem do stwierdzenia, że odwołujący(3) zawarł w formularzu informacje nieprawdziwe, a wobec powyższego wprowadził zamawiającego w błąd, którego skutkiem powinno być wykluczenie tego wykonawcy z postępowania, stosowanie do przepisu art. 109 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp.

Zarzut nr 3 odwołania okazał się uzasadniony, jednak jego uwzględnienie, z uwagi na oddalenie pozostałych zarzutów, pozostało bez wpływu na wynik postępowania.

Wobec powyższego odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

O kosztach postępowania Izba orzekła na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz art. § 8 ust.

2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów

postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. poz. 2437) mając na uwadze wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

.....

.....