

WYROK

Warszawa, dnia 16 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 12 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę SOLVECO sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego, gdzie zamawiającym jest Województwo Łódzkie

przy udziale wykonawcy WIT-KRIS K. O. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Niecwi zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

przy udziale wykonawcy FCC PRO EKO sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

orzeka:

1. Uwzględnić w części odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji dokumentów zamówienia i ogłoszenia o zamówienia poprzez:

1.1. zmianę warunku dotyczącego posiadanych uprawnień z pkt IX. 2 SWZ poprzez usunięcie z warunku wymagań co do kodów 15 01 10*, 16 03 03*,

1.2. zmianę warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej z pkt IX 4 lit. a) i b) SWZ (w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy) poprzez ustanowienie wymagania wykazania się usługami podobnymi do przedmiotu zamówienia polegającymi na usunięciu, załadunku, transporcie, poddaniu odzyskowi lub unieszkodliwieniu co najmniej 1000,00 Mg odpadów niebezpiecznych bądź alternatywne spełnienie tych wymagań co do poszczególnych zakresów bez

wskazywania w warunku kodów odpadów,

1.3. zmianę warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej z pkt IX. 4 lit. c) SWZ (w odniesieniu do doświadczenia personelu) poprzez ustanowienie wymagania wykazania się dysponowaniem jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Koordynatora realizacji zamówienia oraz co najmniej jedną osobą, która będzie pełnić funkcję zastępcy Koordynatora realizacji zamówienia, z których każda będzie spełniać wymagania w zakresie koordynowania realizacji usług podobnych do przedmiotu zamówienia polegających na usunięciu, załadunku, transporcie, poddaniu odzyskowi lub unieszkodliwieniu co najmniej 500,00 Mg odpadów niebezpiecznych bądź alternatywne spełnienie tych wymagań co do poszczególnych zakresów w odniesieniu do każdej z osób, bez wskazywania w warunku kodów odpadów,

1.4. zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie w procesie realizacji zamówienia procesów odzysku, a dopiero w odniesieniu do odpadów w stosunku, do których odzysk nie jest możliwy poddanie tych odpadów procesom unieszkodliwienia,

1.5. usunięcie zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania zamówienia, o którym mowa w pkt IV lit. a) 1 SWZ,

oraz uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w dokumentach zamówienia i ogłoszeniu o zamówieniu.

2. Oddać odwołanie w zakresie zarzutu i żądania dodania wymogu odnoszącego się do udokumentowania oraz zagospodarowania odpadów powstałych po przetworzeniu odpadów w procesie unieszkodliwienia D10.

3. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Województwo Łódzkie i

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście

tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SOLVECO sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego,

3.2. zasądza od zamawiającego Województwa Łódzkiego na rzecz wykonawcy SOLVECO sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz 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.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3102/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Łódzkie, gdzie prowadzącym postępowanie jest Urząd Marszałkowski Województwa Łódzkiego, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „Usługa unieszkodliwiania w procesie termicznego przekształcania D10 odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01)”, nr postępowania: OPPV.272.36.2024. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 sierpnia 2024 r., za numerem 2024/S 158/2024 489767-2024.

W dniu 26 sierpnia 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca SOLVECO sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie - Koźlu – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy pzp, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy;
2. art. 99 ust. 4 ustawy pzp – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości;
3. art. 121 ustawy pzp poprzez wprowadzenie wymogów osobistego wykonania zamówienia w zakresie jakim narusza to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia,

4. art. 16 ustawy pzp poprzez przygotowanie postępowanie o udzielenie zamówienia

w sposób:

- 1) niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców;
- 2) nieprzejrzysty;
- 3) nieproporcjonalny.
5. art. 17 pkt 2 ustawy pzp poprzez przygotowanie postępowania w sposób niepozwalający na uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia następujących zmian w treści SWZ:

- 1) zmianę warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do posiadanych uprawnień oraz doświadczenia wykonawcy w taki sposób, aby zapewnić równe traktowanie wykonawców, uczciwą konkurencję, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Propozycje modyfikacji:

- warunek dotyczący uprawnień (rozdział IX ust. 2 SWZ): „2. W zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że posiada:

- a) ważne pozwolenie zintegrowane albo zezwolenie na przetwarzanie odpadów, obejmujące odpady o kodach 16 03 05*, 16 81 01*, wydane przez właściwy organ tj. starostę lub marszałka województwa.

Wykonawca posiadający tytuł prawny do instalacji poza terenem Rzeczypospolitej Polskiej, gdzie prowadzone jest unieszkodliwianie w procesie D10, który zamierza przetwarzać w niej odpady objęte niniejszym zamówieniem spełni warunek, o którym mowa w lit a jeżeli posiada:

- odpowiednie i ważne zezwolenie, licencję, koncesję lub potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie D10 zgodnie z załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,
- ważny dokument potwierdzający status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie

D10 zgodnie z załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,

- b) wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w Dziale XI, zgodnie z posiadanymi decyzjami tj. pozwoleniem zintegrowanym albo zezwoleniem na przetwarzanie odpadów, obejmującym odpady o kodach 16 03 05*, 16 81 01*,

- c) wpis do BDO w Dziale VII, dla odpadów o kodach 16 03 05*, 16 81 01*.”

- warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy (rozdział IX ust. 4 lit. a) i b) SWZ):

„4. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że:

- a) należycie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usługi, gdzie każda z nich polegała na zagospodarowaniu co najmniej 1000,00 Mg odpadów.

W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 1000,00 Mg odpadów objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

W przypadku usługi wykonywanej (nie zakończonej), wykonana jej część musi odpowiadać pełnemu zakresowi usługi określonego powyżej to jest wykonana jej część ma polegać na zagospodarowaniu co najmniej 1000,00 Mg odpadów (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów);”

- warunek dotyczący doświadczenia osób wskazany w rozdziale IX ust. 4 lit. c) SWZ:

„c) dysponuje lub będzie dysponować na okres realizacji zamówienia jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Koordynatora realizacji zamówienia spełniająca poniższe wymagania tj.:

- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących usunięcia, załadunku i transportu co najmniej po 500,00 Mg odpadów każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg odpadów, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami oraz
- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących zagospodarowania co najmniej po 500,00 Mg odpadów każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami;

W przypadku zaistnienia w trakcie wykonywania zamówienia okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie zamówienia przez wskazane przez wykonawcę osobę, o której mowa w lit. c, wykonawca będzie mógł zmienić personel delegowany do wykonywania zamówienia z zastrzeżeniem, iż w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest przedstawić do zatwierdzenia zamawiającemu osobę, która spełnia wymogi określone powyżej. Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o zwrot kosztów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z usunięcia lub wymiany ww. osób”.

- 2) zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez usunięcie postanowień naruszających hierarchię postępowania z odpadami zgodnie z art. 17 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. 2023.1587) i dopuszczenie w procesie realizacji zamówienia procesów odzysku, a dopiero w odniesieniu do odpadów w stosunku, do których odzysk nie jest możliwy poddanie tych odpadów procesom unieszkodliwiania. Propozycja modyfikacji:

- zmianę Załącznika nr 1 do SWZ ust. 1 pkt 1.1 pkt 1.1.3 i nadanie mu treści:

„1.1.3. Poddanie odzysku w procesie R lub termiczne przekształcanie w procesie D10 odpadów o kodach 16 03 05*, 16

81 01* (m.in. są to pochodne benzenu, toluenu, pochodne fenoli, alkoholi alifatycznych, żywic, estrów, pochodne nieorganicznych azotanów(V) o właściwościach utleniających, pochodne węglowodorów C6-C12, pochodne izocyjanianów) - zwanych dalej Odpadami. Odpady zdeponowane są na dz. nr 1060/2 oraz nr 1060/10, zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej nr 14 i nr 22 w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie, zwanej dalej Nieruchomością.”

ewentualnie zmianę Załącznika nr 1 do SWZ ust. 1 pkt 1.1 pkt 1.1.3 i nadanie mu treści:

„1.1.3. Poddanie odzysku w procesie R lub termiczne przekształcania w procesie D10 odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (m.in. są to pochodne benzenu, toluenu, pochodne fenoli, alkoholi alifatycznych, żywic, estrów, pochodne nieorganicznych azotanów(V) o właściwościach utleniających, pochodne węglowodorów C6-C12, pochodne izocyjanianów) - zwanych dalej Odpadami. Odpady zdeponowane są na dz. nr 1060/2 oraz nr 1060/10, zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej nr 14 i nr 22 w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie, zwanej dalej Nieruchomością.”

- 3) usunięcie obowiązku osobistej realizacji zamówienia,
- 4) dodanie wymogu odnoszącego się do udokumentowania oraz zagospodarowania odpadów powstałych po przetworzeniu odpadów w procesie unieszkodliwienia D10.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał:

Ad. 1 Warunki udziału w postępowaniu

Warunki udziału w zakresie doświadczenia winny spełniać dwie generalne przesłanki: być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiać ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującego treść kwestionowanych warunków udziału w postępowaniu narusza art. 112 ustawy pzp, a to wskutek ich nieproporcjonalności do przedmiotu zamówienia. Postawione warunki przez Zamawiającego prowadzą wprost do wyeliminowania wykonawców zdolnych wykonać zamówienia. Należy postanowienia SWZ oceniać całościowo, gdyż suma wszystkich czynników – przedmiotu zamówienia i warunków udziału uniemożliwia konkurencję w niniejszym postępowaniu. Zamawiający niezgodnie z przepisami opisuje przedmiot zamówienia lub instrumentalnie wykorzystuje narzędzia ustawy Prawo zamówień publicznych w celu minimalizacji własnego zaangażowania w realizację przedmiotu zamówienia oraz ograniczenia konkurencji do jedynie dwóch podmiotów.

1. Uprawnienia - rozdział IX ust. 2:

„2. W zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że posiada:

- a) ważne pozwolenie zintegrowane albo zezwolenie na przetwarzanie odpadów, obejmując odpady o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, wydane przez właściwy organ tj. starostę lub marszałka województwa.

Wykonawca posiadający tytuł prawny do instalacji poza terenem Rzeczypospolitej Polskiej, gdzie prowadzone jest unieszkodliwianie w procesie D10, który zamierza przetwarzać w niej odpady objęte niniejszym zamówieniem spełni warunek, o którym mowa w lit a jeżeli posiada: - odpowiednie i ważne zezwolenie, licencję, koncesję lub potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie D10 zgodnie z

załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,

- ważny dokument potwierdzający status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie D10 zgodnie z załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,

b) wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w Dziale XI, zgodnie z posiadanymi decyzjami tj. pozwoleniem zintegrowanym albo zezwoleniem na przetwarzanie odpadów, obejmującym odpady o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*,

c) wpis do BDO w Dziale VII, dla odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*.”

Odwołujący podniósł, że (jak to zostało wykazane w ad. 2 odwołania) zakres kodów, jakimi posługuje się Zamawiający nie jest niezbędny do wykonania niniejszego zamówienia. Dla potrzeb jego realizacji wystarczającym jest posiadanie uprawnień na przetwarzanie odpadów w 160305* oraz 168101*. W związku z czym Odwołujący wnosi o zmianę warunku. Zamawiający wskazał, iż 4 kody odpadów wymagane do spełnienia warunków. W realizacjach tożsamych zadań kody odpadów zawężone były dotychczas tylko tych, których zamawiający był pewny, że występują w przeważającej ilości, bądź posiadał dokładną inwentaryzację składowiska. Takie postępowanie dawało możliwość brania

udziału większej liczbie wykonawców posiadających doświadczenie w realizowaniu zamówień polegających na „zagospodarowaniu nielegalnych składowisk”, a nie tylko wykonawców, którzy posiadają w swoim pozwoleniu/ decyzji wskazany kod. Kody wskazane przez Odwołującego są kodami uniwersalnymi, które posiada wielu wykonawców, w tym wykonawcy prowadzący odzysk, natomiast kody 160303* oraz 150110* bardzo rzadko występują u podmiotów prowadzących odzysk. Wręcz wskazać można, iż występują wyłącznie u podmiotów prowadzących instalacje termicznego unieszkodliwienia. Odwołujący wskazał, że odpady podlegające kodowi 160303* występują na składowiskach tego typu w znikomej ilości, bądź wcale, natomiast kod 150110*, którym Zamawiający określił opakowania po odpadach uznawane są w kodzie odpadu, który jest zawartością pojemnika lub posiada jego ślady bądź jest nim zanieczyszczony. Odwołujący podniósł, że w niżej wymienionych Zamówieniach nie zastosowano kodów 160303* oraz 150110* jako wymagania koniecznego, mimo że

Zamawiający również nie mieli dokładnej informacji odnośnie do składu odpadów na składowiskach:

- Zamówienie prowadzone przez Gminę Rybno nr. RGK. 271.9.2022 gdzie Zamawiający nie wskazał kodów odpadów wymaganych do spełnienia.
- Zamówienie prowadzone przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne (nr postępowania 13/2023), gdzie warunek był spełniony, jeżeli Wykonawca posiadał decyzję na kod 168101* albo 160303* i 160305*
- Zamówienie prowadzone Przez Gminę Miasto Żory Z287/32043, gdzie warunek był spełniony, jeżeli Wykonawca posiadał decyzję na kod 070104*, 160305*, 160709*, 070704*. W tym postępowaniu wyznaczone były 4 kody ze względu na wcześniejszy etap i odrębne zamówienie, dzięki któremu wykonawca przebadał pojemniki znajdujące się na składowisku.
- Zamówienie prowadzone przez Gminę Miasta Radom (Znak sprawy: BZP.271.1.550.2023.AP), gdzie warunek był spełniony, jeżeli Wykonawca posiadał decyzję na kod 168101*.

2. Doświadczenie wykonawcy - rozdział IX ust. 4 lit. a) i b)

„4. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, jeżeli wykaze, że

- a) należycie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usługi, gdzie każda z nich polegała na usunięciu, załadunku i transporcie co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów).

W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania cząstkowych usług to jest mniejszych niż 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

W przypadku usługi wykonywanej (nie zakończonej), wykonana jej część musi odpowiadać pełnemu zakresowi usługi określonego powyżej to jest wykonana jej część ma polegać na usunięciu, załadunku i transporcie co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów);

- b) należycie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej 3 usługi, gdzie każda z nich polegała na unieszkodliwieniu w procesie D10 co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów).

W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania cząstkowych usług to jest mniejszych niż 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

W przypadku usługi wykonywanej (nie zakończonej), wykonana jej część musi odpowiadać pełnemu zakresowi usługi określonego powyżej to jest wykonana jej część ma polegać na unieszkodliwieniu w procesie D10 co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów);”

Odwołujący wskazał, iż określonym powyżej warunkiem doświadczenia Zamawiający ogranicza krąg wykonawców do takich podmiotów, które po pierwsze wykonały co najmniej 3 usługi polegające na usunięciu, załadunku i transporcie co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* oraz co najmniej 3 usługi, gdzie każda z nich polegała na unieszkodliwieniu w procesie D10 co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*. Zgodnie z posiadaną wiedzą Odwołującego są jedynie dwa podmioty mogące wykazać wymagane doświadczenie. Brak jest uzasadnienia do rozdzielenia osobno doświadczenia w usunięciu, załadunku i transporcie (pierwszy warunek) oraz doświadczenia w unieszkodliwieniu (drugi warunek). Wprowadzenie podziały tych czynności prowadzone jest wyłącznie w celu uprzywilejowania dwóch podmiotów. Postawienie warunku doświadczenia w postaci trzech realizacji odpowiadających kodom określonym w opisie przedmiotu zamówienia prowadzi nie do zbadania zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia publicznego tylko do wykazania się doświadczeniem w wykonywaniu identycznych zamówień. Warunek nie może bowiem być bardziej restrykcyjny niż jest to konieczne dla oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania przyszłej umowy (zob. np. wyrok KIO z dnia 3 grudnia 2018 r

sygn. KIO 2381/18). Warunek musi być też "proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Warunek musi być nie tylko powiązany z opisem przedmiotu zamówienia i do niego adekwatny, ale także nie może być narzędziem dyskryminacji wykonawców. Zamawiający nie może zatem formułować go w

sposób, który eliminowałby z postępowania wykonawców, którzy są w stanie wykonać należycie zamówienie. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że warunki udziału do przedmiotu zamówienia, tak aby w sposób niezasadny nie ograniczały dostępu wykonawcom do rynku zamówień publicznych. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oczywistym jest, że warunek nie musi odzwierciedlać w stu procentach opisu przedmiotu zamówienia, gdyż powinien być do tego opisu w takiej proporcji, która jest wystarczająca do uznania wykonawcy za zdolnego do wykonania zamówienia, ale jednocześnie nie jest oderwana od przedmiotu zamówienia. Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 457/20) wskazać należy, że „Zdolny do wykonania zamówienia to nie zawsze taki wykonawca, który wykonał identyczne zamówienie z obecnie zamawianym.

W ocenie Odwołującego do celu zwiększenia konkurencji w postępowaniu oraz poszanowania zasady równego traktowania wykonawców zmianie powinien ulec ww. warunek doświadczenia. Prawidłowo sformułowany warunek powinien minimalizować kody (Zamawiający nie posiada wiedzy o wszystkich odpadach na składowisku – nie była przeprowadzana pełna inwentaryzacja) i jednocześnie odnosić się do całości przedmiotu zamówienia bez wyekstrahowania w jego treści składowych realizacji zamówienia).

Odwołujący podkreślił, że postanowienia SWZ pozbawiają go możliwości skorzystania z instytucji udostępnienia potencjału, o której mowa w art. 118 i nast. ustawy, z uwagi na fakt, że zakres czynności wymaganych do osobistej realizacji przez wykonawcę jest identyczny z treścią zadań wymaganych w obu warunkach udziału w postępowaniu, dotyczącym doświadczenia. Odwołujący wskazał, że ww. zastrzeżenie o zakazie podwykonawstwa powoduje, że skorzystanie z potencjału podmiotu trzeciego jest bezcelowe, gdyż i tak wykonawca, jako podmiot zobowiązany do osobistej realizacji zamówienia, musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący doświadczenia określony w SWZ. Podwykonawca nie może zaś wziąć udziału w realizacji umowy, a tym samym udostępnienie przez niego potencjału, nie wywoła skutku w postaci spełnienia przez wykonawcę warunku udziału w postępowaniu (warunku w zakresie doświadczenia). Wobec powyższego ww. zastrzeżenie jest niezgodne z ustawą pzp, co przez analogię, potwierdza m.in. wyrok Trybunału Sprawiedliwości z dnia 18 marca 2004 r., Siemens i ARGE Telekom (C-314/01, EU:C:2004:159).

3. warunek dotyczący doświadczenia osób wskazany w rozdziale IX ust. 4 lit. c):

„c) dysponuje lub będzie dysponować na okres realizacji zamówienia jedną osobą, która będzie pełnił funkcję Koordynatora realizacji zamówienia oraz co najmniej dwiema osobami, które będą pełnił funkcję zastępców Koordynatora realizacji zamówienia.

Każda z ww. osób ma łącznie spełniać poniższe wymagania tj.:

- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących usunięcia, załadunku i transportu co najmniej po 500,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg odpadów o ww. kodach, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami, oraz
- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących unieszkodliwiania w procesie D10 co najmniej po 500,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg odpadów o ww. kodach, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami;

W przypadku zaistnienia w trakcie wykonywania zamówienia okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie zamówienia przez wskazane przez wykonawcę osoby, o których mowa w lit. c, wykonawca będzie mógł zmienić personel delegowany do wykonywania zamówienia z zastrzeżeniem, iż w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest przedstawić do zatwierdzenia zamawiającemu osobę, która spełnia wymogi określone powyżej. Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o zwrot kosztów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z usunięcia lub wymiany ww. osób”

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający bardzo rygorystycznie określił wymogi związane z pełnieniem funkcji Koordynatora realizacji zamówienia oraz jego zastępców. Mając na względzie fakt, iż dostępność takich osób jest ograniczona na rynku pracy lub usług, wymagania de facto zespołu trzech osób eliminuje Odwołującego z postępowania. W związku z czym Odwołujący wnosi o zmianę warunku.

Ad. 2 Opis przedmiotu zamówienia

Zamawiający wskazał w SWZ, iż na przedmiot zamówienia składało się będzie m.in. usunięcie i poddanie unieszkodliwianiu w procesie termicznego przekształcania D10 (dalej w skrócie: w procesie D10) odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, zdeponowanych na działce nr 1060/2 i 1060/10 zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej 14 i 22, w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie, zwanej dalej

Nieruchomością. Usunięciu i unieszkodliwieniu w ramach zamówienia podstawowego podlega 4 000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, z możliwością zwiększenia tej ilości w ramach skorzystania przez

zamawiającego z prawa opcji o łącznie maksymalnie 600% (tj. o maksymalnie 24 000,00 Mg), przy czym każdorazowe skorzystanie przez Zamawiającego z prawa opcji będzie określone w dalszej części SWZ jako zamówienie opcjonalne.

Odwołujący podniósł, że proces termicznego unieszkodliwienia D10 jest ostatni w hierarchii postępowania z odpadami, co oznacza, że jest możliwy tylko w przypadku, gdy odpady pod względem fizyko-chemicznym nie spełniają parametrów do przetworzenia w procesach recyklingu lub odzysku. Uprzednie poddanie odpadów procesom odzysku znajduje uzasadnienie w hierarchii postępowania z odpadami ujętej w polskich przepisach zgodnych z zasadami „3 utools” zawartymi w Dyrektywach Unii Europejskiej i Rozporządzeniach Komisji Europejskiej, a także znajduje uzasadnienie w tym, że zgodnie z obliczeniami wykonanymi według procedur KOBIZE (Krajowego Ośrodka Bilansowania i Zarządzania Emisjami) będzie można ograniczyć emisję CO₂ do atmosfery dzięki odzyskowi o ok. 25% (lub więcej). Obliczenia te uwzględniają ograniczenia emisji CO₂ z powodu zmniejszenia ilości odpadów przeznaczonych do spalania jak również z powodu ponownego wykorzystania produktów chemicznych i braku konieczności ich syntezy lub produkcji w procesach przetwarzania ropy naftowej. Odwołujący wskazał, iż na skutek prowadzonych procesów odzysku, część przyjętych z przedmiotowej nieruchomości odpadów, utraci status odpadu, stając się produktem lub półproduktem możliwym do dalszego wykorzystania przemysłowego. Z zastrzeżeniem wyjątków, wg. wiedzy i doświadczenia Odwołującego, dotyczyłoby to około 25% - 40% ogólnej masy przyjętych odpadów. Pozostała część odpadów w ramach przeprowadzonych procesów uzyskałaby (jako odpad wytworzony) status odpadu – prawdopodobnie niebezpiecznego, przy zaznaczeniu zmiany rodzaju odpadu (inny kod odpadu). W odniesieniu do tej pozostałości (odpadów niebezpiecznych wytworzonych w procesie odzysku), Solveco sp. z o.o., gwarantuje przekazanie ich do instalacji prowadzącej proces ostatecznego unieszkodliwienia D10. W załączniku do Postępowania „Załącznik nr 1 do OPZ-ekspertyza biegłego z załącznikiem” wymienione są substancje, które zostały wykryte w wynikach badań pobranych próbek odpadów na składowisku. Po ich analizie Odwołujący może wskazać odpady, które mogą zostać przetworzone w procesach odzysku w celu odzysku poszczególnych substancji m.in.: Octan etylu, octan butylu, aceton, Propan-2-ol, gliceryna, węglowodory C6-C12, ksyleny, glikol propylenowy. Wymienione substancje wskazane są

w 14 z 96 próbek pobranych na składowisku. Czyli 14,58% z przebadanych odpadów wskazuje skład możliwy do przetworzenia w procesach odzysku. Podkreślił, iż umożliwienie poddania odpadów procesom odzysku, w znacznym stopniu wpłynie na koszt realizacji przedmiotu zamówienia. Możliwość uzyskania z odpadów produktu o konkretnych właściwościach, który może być ponownie użyty w przemyśle, z pewnością zostanie uwzględniona w kalkulacji ceny i wpłynie na jej obniżenie względem takiego działania, które ogranicza się wyłącznie do unieszkodliwienia odpadów w procesie spalania

Zgodnie z przepisami ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2023 poz. 1587), w tym art. 17. 1. Wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów; 2) przygotowywanie do ponownego użycia; 3) recykling; 4) inne procesy odzysku; 5) unieszkodliwienie. Ustawa w treści art. 18 ust. 2 nakazuje, aby odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi. Kolejny ustęp wskazuje, iż odzysk, o którym mowa w ust. 2, polega w pierwszej kolejności na przygotowaniu odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych – poddaniu innym procesom odzysku. Dopiero zgodnie z ust. 5 dopuszczone jest unieszkodliwienie odpadów, których nie dało się poddać procesom odzysku. Odpady nie mogą zostać poddane odzyskowi:

- nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych,
- nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych,
- nie jest uzasadnione z przyczyn ekonomicznych.

Zamawiający przygotowując postępowanie prowadził szeroko zakrojone działania konsultacyjne, badając w jaki sposób może przeprowadzić likwidację składowiska odpadów niebezpiecznych zdeponowanych na działce nr 1060/2 i 1060/10 zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej 14 i 22, w m. Rogowiec, gm. Kleszczów. W tym celu zwrócił się również do Odwołującego w prośbą o wskazanie potencjału. Już na tym etapie Zamawiający przewidywał wyłącznie proces D10. Odwołujący wskazywał, iż takie podejście jest niezgodne z przepisami ustawy o odpadach. Odnosząc się do podstaw odstąpienia od obowiązku poddania odpadów procesom odzysku to technologiczny odzysk oszacowany został na 25-40%. Przy ilości 4000 Mg – daje to ilość to od 1000 Mg do 1600 Mg odpadów, które zostaną ponownie wykorzystane, jednak biorąc pod uwagę zamówienie podstawowe wraz z opcjami daje to liczbę prawie 10 000 Mg produktów, które wrócą do obrotu jako podstawowe

produkty, bez konieczności ich unieszkodliwienia. Przechodząc do kwestii ekonomicznej to możliwość odzysku odpadów pozwoli Zamawiającemu na osiągnięcie oszczędności na realizacji zamówienia. Substancje poddane procesom odzysku jako produkty do zagospodarowania obniżą koszty wykonywania zamówienia. Odnosząc się do kwestii ekologicznych to potencjalnie wskazywana przez Zamawiającego konieczność pilnej likwidacji składowiska nie stoi na przeszkodzie poddaniu odpadów procesom odzysku.

W ocenie Odwołującego koniecznym dla doprowadzenia opisu przedmiotu zamówienia do zgodności z przepisami ustawy o odpadach jest dopisanie procesów R2 i R3. Brak takich postanowień uniemożliwia Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu i konkurowanie rozwiązaniami ekologicznymi oraz warunkami realizacji zamówienia. Zdaje się Zamawiającemu nie przyświeca realizacja celów ekologicznych oraz dbanie o środowisko a jedynie ostateczne pozbycie się tych odpadów. Cel środowiskowy jest jak najbardziej zrozumiały, jednak zostanie on osiągnięty również w sytuacji poddania odpadów procesom R2 i R3.

Na przedmiot zamówienia składa się m.in. likwidacja bomby ekologicznej składającej się z odpadów niebezpiecznych (m.in. są to pochodne benzenu, toluenu, pochodne fenoli, alkoholi alifatycznych, żywic, estrów, pochodne nieorganicznych azotanów(V) o właściwościach utleniających, pochodne węglowodorów C6-C12, pochodne izocyanianów). Odpady zdeponowane są na dz. nr 1060/2 oraz nr 1060/10, zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej nr 14 i nr 22 w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia wskazał konkretne kody odpadów 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* zamiast posłużyć się kategoriami bardziej ogólnymi np. odpady nieujęte w innych grupach – 16. Bardzo wąskie ujęcie kodów odpadów w ocenie Odwoławczego ma dać uzasadnienie dla ograniczenia konkurencji w postępowaniu poprzez przeniesienie tych kodów do wymagań w zakresie posiadanych uprawnień. Przykładem tego może być kod 15 01 10 – opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone. Oczywiście jest, że na składowisku są opakowania, jednak nie stanowią one podstawowego problemu do usunięcia. De facto jest to odpad opakowaniowy a nie sam w sobie odpad niebezpieczny. Podmioty prowadzące utylizację przyjmują pojemniki z zawartością jako całość w kodzie odpadu, którego dotyczy zawartość bez wyszczególnienia na pojemnik oraz osobno zawartość.

Pozostałe kody odnoszą się do:

160305* - Organiczne odpady zawierające substancje niebezpieczne,

160303*- Nieorganiczne odpady zawierające substancje niebezpieczne,

168101*- Odpady wykazujące właściwości niebezpieczne.

Wyżej wymienione kody należą do jednej grupy odpadów, czyli grupy 16, dlatego Odwoławczy żąda zmiany wymagań do kodu 160305* lub 168101* poprzez zmianę warunków Zamówienia. Odwoławczy wskazał, iż Zamawiający ze względu na dużą ilość odpadów nie jest w stanie rzetelnie określić wszystkich kodów odpadów znajdujących się na składowisku. Natomiast wszystkie kody mogą zostać przydzielone do kodu 168101* bez względu na konsystencję oraz skład chemiczny. W ocenie Odwoławczego wąskie określenie kodów może skutkować sytuacją, w której wykonawca nie odbierze danych substancji i nie podda ich procesom recyklingu, a następnie unieszkodliwiania. Dlatego w opisie przedmiotu zamówienia kody 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* powinny zostać ujednoczone do kodów 160305* oraz 168101*. Zmiana powyższa jednocześnie powinna nastąpić ze zmianą warunków udziału w postępowaniu. Oba kody holistycznie opisują odpady zgromadzone na składowisku, opis wprowadza też procesy wymagane ustawą o odpadach, zatem zostaje tym samym dokonane naprawienie wadliwego zagospodarowania odpadów.

Ad. 3 Kluczowe części zamówienia

Odwoławczy wskazał, że pojęcie „kluczowej części zamówienia” nie zostało zdefiniowane w ustawie, jednak jego wykładnię można odnaleźć w orzecznictwie. Za kluczowe części zamówienia należy uznać prace, które stanowią elementy danego zamówienia o takiej wadze i znaczeniu, że ich wykonanie wymaga osobistego zaangażowania wybranego wykonawcy, którego kompetencje oraz osobista odpowiedzialność wobec zamawiającego powinny zwiększyć szanse na wykonanie tego szczególnego elementu, a w następstwie również całego przedmiotu zamówienia, z należytą starannością (por. wyrok z dnia 27 maja 2019 r., KIO 867/19 oraz z dnia 21 września 2021 r., KIO 1837/17). Przepisy ustawy pzp, nie precyzują terminu "kluczowe zadania" i jest to zwrot celowo niedookreślony, wprowadzony po to, aby pozostawić zamawiającemu pewną swobodę w tym zakresie, upoważniając go do uwzględniania takich czynników, jak charakter, zakres, znaczenie lub przeznaczenie robót budowlanych, usług czy dostaw. W uzasadnieniu wyroku z dnia 12 stycznia 2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3321/20, Izba wskazała, iż postawienie wymagania w zakresie osobistego wykonania nie może być jednak prostą reakcją na potrzebę wzmożonej pieczołowitości przy wykonaniu strategicznego zamówienia oraz że zastrzeżenie takie winno opierać się na indywidualizowanych, obiektywnych okolicznościach zdalnych wykazać, że powierzenie wykonania zadania w

danym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Zdaniem Izby w tym kontekście należy przyjąć, że kluczowe zadania to z pewnością zadania istotne, krytyczne, wrażliwe z punktu widzenia zagwarantowania należytego wykonania zamówienia i dlatego wymagające wykonania przez podmiot, którego kwalifikacje zostały zweryfikowane w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia i dotyczy to przede wszystkim świadczeń, które zlecono wykonawcy ze względu na jego szczególne kwalifikacje, umiejętności czy środki zarządzania jakością. Przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych przyznają zamawiającym uprawnienie do zastrzeżenia w dokumentacji zamówienia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań dotyczących zamówienia. Jednakże, skorzystanie z tej instytucji przez zamawiających nie może mieć charakteru automatycznego, mechanicznego i nie uzasadnionego obiektywnymi i racjonalnymi potrzebami zamawiającego uwzględniającymi kontekst i specyfikę zamówienia będącego przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również strategiczne znaczenie danej inwestycji nie przesądza o dopuszczalności dokonania takiego zastrzeżenia. Wykonawcy powinni każdorazowo weryfikować czy wprowadzone przez zamawiającego wymogi w tym zakresie nie zawiążą konkurencji w postępowaniach prowadząc do rzeczywistego wykluczenia z nich wykonawców, w tym małych i średnich podmiotów. W przypadku uznania, że takie naruszenie przepisów w zakresie dopuszczalności zastrzeżenia obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań ma miejsce w danym postępowaniu wykonawcy mogą podważyć ten wymóg składając odwołanie na treść swz. Takie działanie okazuje się być efektywne, czego dowodem jest omawiany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 października 2021 r. o sygn. akt: KIO 2733/21. Nie wydaje się za zasadne pozostawienie postanowień rozdziału IVa SWZ. Zamawiający zastrzegł obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań składających się na przedmiot niniejszego zamówienia w postaci załadunku, ważenia w miejscu zdeponowania, transportu, usunięcia, ważenia w miejscu unieszkodliwiania oraz unieszkodliwiania w instalacji odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*. Odwoławczy wskazał, iż niezrozumiałym jest ograniczenie możliwości korzystania z podwykonawców w ww. zakresie. Wykonawca ponosi taka sama odpowiedzialność za

wykonanie przedmiotu zamówienia z udziałem podwykonawców jak i bez nich. Ponadto w niniejszym postępowaniu zakres osobistego wykonania kluczowych części zamówienia sprowadza się do praktycznie 99% jego zakresu co oznacza, że celem zamawiającego jest eliminacja konkurencji w postępowaniu. Takim działaniem Zamawiający nie traktuje wykonawców równo. Ponadto można mieć wątpliwość –

czy te ograniczenia dotyczą wyłącznie wskazanych kodów, a czy w przypadku ujawnienia odpadów o innych kodach to podwykonawstwo będzie możliwe?

Ad. 4 Wprowadzenie warunku zagospodarowania powstałych odpadów

Zamawiający w opublikowanych dokumentach do Zamówienia nie wskazał wymogu dla wykonawców, którzy będą prowadzić proces unieszkodliwienia termicznego D10 odnoszącego się do odpadów wytworzonych po przetworzeniu w procesie D10. Odwołujący wniósł, aby Zamawiający w specyfikacji warunków zamówienia, opisie przedmiotu zamówienia jak i w umowie do zamówienia dokonał wpisu warunkującego ostateczne wykonanie zadania polegające na poddaniu odpadów odebranych ze składowiska mieszczącego się w m. Rogowiec na działce nr ewid. 1060/2 oraz 1060/10 procesowi przetworzenia, a następnie skierował odpady powstałe po przetworzeniu do ostatecznego unieszkodliwienia. Po przetworzeniu odpadów w procesie D10, czyli termicznym unieszkodliwieniu powstają odpady w postaci: pyłów, popiołów, żużli. W większości są to nadal odpady niebezpieczne, które zawierają pozostałości po odpadach, które były unieszkodliwiane, co za tym idzie są to nadal odpady ze składem pochodzącym ze składowiska. Dla rzetelnego wykonania zamówienia to Zamawiający winien nakazać Wykonawcom prowadzącym takie przetwarzanie, aby złożyli stosowne dokumenty, z których wynikają ilości powstałe po procesie D10, a następnie wskazali oraz dopilnowali ich ostatecznego zagospodarowania. Jest to ważne, aby wyeliminować drogę niezgodnego postępowania z odpadami będącymi pozostałością po przetworzeniu odpadów ze składowiska objętego Zamówieniem.

Odwołujący wnosi o dodanie wpisu przedstawionego powyżej, ze względu na charakter zamówienia i postępowanie zgodnie z Ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. Warunek unieszkodliwienia w procesie D10 bez warunku wykazania odpadów powstałych po tym procesie i ich zagospodarowania nie daje efektu zagospodarowania w 100% odpadów znajdujących się na składowisku. Odwołujący wnosi, aby Zamawiający żądał od Wykonawcy przedłożenia dokumentów potwierdzających ostateczne zagospodarowanie również odpadów wytworzonych.

W ocenie Odwołującego postępowanie zostało przygotowane wadliwie, dążąc do eliminacji konkurencji w postępowaniu, dobór kodów odpadów został dokonany w zestawieniu z uprawnieniami jakie posiadają kluczowi wykonawcy na rynku (BDO) oraz wybór jedynej metody – unieszkodliwienia odpadu w procesie D10 prowadzi o wyborze oferty najkorzystniejszej spośród dwóch, które zostaną złożone w postępowaniu, o ile warunki

postępowania nie zostaną zmienione. Zamawiający nie wykazał zgodnie z Ad. 4 warunków dotyczących odpadów po przetworzeniu, które bardzo często nadal są odpadami niebezpiecznymi.

W dniu 3 września 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

W dniu 3 września 2024 r. pismo procesowe z dalszym stanowiskiem w sprawie złożył Odwołujący.

W dniu 9 września 2024 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Niecwi.

W dniu 11 września 2024 r. pismo procesowe ze stanowiskiem w sprawie złożył Przystępujący WIT-KRIS K. O. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz zostało uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Odwołującego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca: WIT-KRIS K. O. Spółka Jawna z siedzibą w Warszawie, wykonawca Mo-BRUK Spółka Akcyjna z siedzibą w Niecwi oraz wykonawca FCC PRO EKO sp. z o.o. z siedzibą w Radomsku.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami (w tym

dowody: notatka służbowa Straży Pożarnej, opinia biegłego z 24.11.2021 (na potrzeby prokuratury), opinia biegłego z 20.06.2023 (na potrzeby UMWŁ), notatka służbowa (brak skanu), pismo PGE z 09.07.2024, pismo PGE z 07.08.2024,

pismo PGE z 26.06.2024, notatka WIOŚ z 05.07.2024, notatka WIOŚ z 12.08.2024, notatka WIOŚ z 14.06.2024, notatka WIOŚ z 25.07.2024, pismo Prokuratura z 09.08.2024, pismo Prokuratura z 15.02.2024, dokumentacja zdjęciowa (zdjęcia o nazwach plików elektronicznych: Szkic z lokalizacją oczyszczalni i strugi Żobnickiej, Stan na 2024-04-26 – Dron, DJI_0204, Stan na 2024-06-12 - 20240612_085435, Stan na 2024-07-04 Dron (Thermal), zdjęcie z PGE, zdjęcie z zabudową mieszkalną, DJI_0207, DJI_0247, DJI_20240809114747_0079_V, IMG_3989, IMG_3996, IMG_3998, IMG_4010), zgłoszenia przystąpienia wraz z załącznikami, pisma procesowe Przystępujących WIT-KRIS oraz Mo-BRUK, pismo procesowe Odwołującego (w tym dowody: opinia wydana przez Spółkę SABA, wydruk korespondencji z platformy umwl.ezamawiajacy.pl, kopie złożonych wniosków o udostępnienie do informacji publicznej) oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego: Analiza potrzeb i wymagań oraz rozeznanie rynku (w dokumentacji sposobów postępowania z odpadami oraz Przystępującego Mo-Bruk S.A.: trzy opinie prawne dotyczące stosowania zasady hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz Przystępującego WIT-KRIS K. O. Spółka Jawna: wyciąg z SIMZ wraz z OPZ w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gorlice: Postępowanie o nr OR-III.271.2.30.2020 USUNIĘCIE WSZYSTKICH ODPADÓW NIEBEZPIECZNYCH NIELEGALNIE ZGROMADZONYCH W LATACH 2016/2017 NA TERENIE NIERUCHOMOŚCI PRZY UL. WYSZYŃSKIEGO 2 W GORLICACH, MAGAZYNOWANYCH W RÓŻNEGO RODZAJU POJEMNIKACH, A TAKŻE LUZEM, ORAZ W STACJONARNYCH ZBIORNIKACH WIELKOGABARYTOWYCH ORAZ Poddanie ich odpowiednim do właściwości odpadów i ostatecznym procesom odzysku lub unieszkodliwiania w ramach realizacji zadania pn. „LIKwidacja zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska, powodowanego odpadami magazynowanymi/składowanymi w Miejscu na ten cel nieprzeznaczonym, tj. na terenie byłej rafinerii nafty „GLIMAR” w Gorlicach, przy ul. Kard. ST. WYSZYŃSKIEGO 2” oraz protokół odbioru częściowego w ramach realizacji usługi usunięcia odpadów niebezpiecznych. Izba z urzędu dopuściła dowody z wyciągu z dokumentacji postępowań przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Ponadto, Izba postanowiła oddalić wniosek Odwołującego o powołanie biegłego celem ustalenia właściwej metody zagospodarowania odpadów dla przedmiotowego zamówienia

jako nieprzydatny dla rozstrzygnięcia i powołany jedynie dla zwłoki. Izba zauważa, że Zamawiający nie zaprzeczył możliwości zastosowania innej metody zagospodarowania odpadów niż ich unieszkodliwienie, a jedynie uzasadniał przyczyny takiego wyboru. Rozstrzygnięcie sporu w tym zakresie sprowadzało się do oceny stanu faktycznego pod względem prawnym, w tym zgodności z ustawą o odpadach niewymagającej wiedzy specjalnej.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestników postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na częściowe uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

- „IV. Opis przedmiotu zamówienia.

1. Przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania składającego się z trzech etapów, wskazanych poniżej:

1) dostawa i wykonanie zabezpieczeń przeciwpożarowych na działce nr 1060/2. Przedmiotem tego etapu jest także utrzymanie tych zabezpieczeń przez cały okres trwania umowy, w tym także w trakcie wykonywania zamówień opcjonalnych, o ile zamawiający skorzysta z prawa opcji,

2) dostawa i montaż kamer termowizyjnych oraz obsługa i prowadzenie stałego monitoringu działki nr 1060/2 przez cały okres trwania umowy, w tym także w trakcie wykonywania zamówień opcjonalnych, o ile zamawiający skorzysta z prawa opcji,

3) usunięcie i poddanie unieszkodliwianiu w procesie termicznego przekształcania DIO (dalej w skrócie: w procesie DIO) odpadów o kodach 15 01 10* 16 03 03* 16 03 05*, 16 81 zdeponowanych na działce nr 1060/2 i 1060/10 zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej 14 j 22, w m, Rogowiec gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie, zwanej dalej Nieruchomością. Usunięciu i unieszkodliwieniu w ramach zamówienia podstawowego podlega 4000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 16 81 01*, z możliwością zwiększenia tej ilości w ramach skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji o łącznie maksymalnie 600% (tj. o maksymalnie 24 000,00 Mg), przy czym każdorazowe skorzystanie przez zamawiającego z prawa opcji będzie określone w dalszej części SWZ jako zamówienie opcjonalne. Szczegóły dotyczące ewentualnego skorzystania

przez zamawiającego z prawa opcji zostały określone w Załączniku nr 8 do SWZ (Projekt umowy) oraz w Załączniku nr 1 do SWZ (Opis Przedmiotu Zamówienia). (...) UWAGA: Ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający, działając na podstawie art. 131 ust. 2 pkt 1 Pzp, wymaga, aby zainteresowany wykonawca przez złożeniem oferty dokonał wizji lokalnej odpadów zdeponowanych na nieruchomości wskazanej w OPZ. W trakcie wizji wykonawca będzie mógł dokonać rozeznania i oszacowania ilości znajdujących się na nieruchomości odpadów w celu rzetelnego przedstawienia oferty zamawiającemu. Zamawiający umożliwi wykonawcom przeprowadzenie wizji lokalnej w następujących terminach: (...)”

- „IV a) Informacja na temat podwykonawców. 1. Wykonawca może powierzyć podwykonawcy wykonanie tylko takiej części zamówienia, której wykonanie nie zostało zastrzeżone przez zamawiającego do osobistego wykonania przez wykonawcę. Zamawiający zaś w trybie określonym w art. 121 ustawy PZP zastrzega obowiązek

osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań składających się na przedmiot niniejszego zamówienia w postaci załadunku, ważenia w miejscu zdeponowania, transportu, usunięcia, ważenia w miejscu unieszkodliwiania oraz unieszkodliwiania w instalacji odpadów o kodach 15 01 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*.”

- „IX. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. (...)

2. W zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający Określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w Postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, jeżeli wykaże, że posiada

a) ważne pozwolenie zintegrowane albo zezwolenie na przetwarzanie odpadów, obejmujące odpady o kodach 15 01 10* 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* wydane przez właściwy organ tj. starostę lub marszałka województwa,

Wykonawca posiadający tytuł prawny do instalacji poza terenem Rzeczypospolitej Polskiej, gdzie prowadzone jest unieszkodliwianie w procesie D10, który zamierza przetwarzać w niej odpady objęte niniejszym zamówieniem spełni warunek, o którym mowa w lit a jeżeli posiada:

- odpowiednie ważne zezwolenie, licencję, koncesję lub potwierdzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie D10 zgodnie z

załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 44 grudnia 2012 r. o Odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,

- ważny dokument potwierdzający status członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do przetwarzania odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w odniesieniu do procesu unieszkodliwiania odpadów poprzez unieszkodliwianie w procesie D10 zgodnie z załącznikiem nr 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach) w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania,

b) wpis do Rejestru podmiotów wprowadzających produkty; produkty w opakowaniach gospodarujących odpadami (BDO) w Dziale XI, zgodnie z posiadanymi decyzjami tj. pozwoleniem zintegrowanym albo zezwoleniem na przetwarzanie odpadów, obejmującym odpady o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*

c) wpis do BDO w Dziale dla odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (...)

4. W zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu: wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej; jeżeli wykaże, że

a) należycie wykonał a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 5 lat a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 3 usługi gdzie każda z nich polegała na usunięciu, załadunku i transporcie co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów), W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania cząstkowych usług to jest mniejszych niż 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

W przypadku usługi wykonywanej (nie zakończonej), wykonana jej część musi odpowiadać pełnemu zakresowi usługi określonego powyżej to jest wykonana jej część ma polegać na usunięciu, załadunku i transporcie co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów);

b) należycie wykonał, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonuje w okresie ostatnich 5 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, co najmniej 3 usługi, gdzie każda z nich polegała na unieszkodliwieniu

w procesie D10 co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów). W celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania cząstkowych usług to jest mniejszych niż 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami

W przypadku usługi wykonywanej (nie zakończonej), wykonana jej część musi odpowiadać pełnemu zakresowi usługi określonego powyżej to jest wykonana jej część ma polegać na unieszkodliwieniu w procesie D10 co najmniej 1000,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (w rozumieniu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów);

c) dysponuje lub będzie dysponować na okres realizacji zamówienia jedną osobą, która będzie pełnić funkcję Koordynatora realizacji zamówienia oraz co najmniej dwiema osobami, które będą pełnić funkcję zastępców Koordynatora realizacji zamówienia. Każda z ww. osób ma łącznie spełniać poniższe wymagania tj.

- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących usunięcia; załadunku i transportu co najmniej po 500,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg odpadów o ww. kodach, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami, oraz
- w ciągu ostatnich 5 lat koordynowała realizację co najmniej 2 usług, dotyczących unieszkodliwiania w procesie D10 co najmniej po 500,00 Mg odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* każda, przy czym w celu wykazania spełnienia warunku zamawiający nie dopuszcza sumowania częściowych usług to jest mniejszych niż 500,00 Mg odpadów o ww. kodach, objętych odrębnymi umowami lub zleceniami.

W przypadku zaistnienia w trakcie wykonywania zamówienia okoliczności uniemożliwiających lub utrudniających wykonywanie zamówienia przez wskazane przez wykonawcę osoby o których mowa w lit. c, wykonawca będzie mógł zmienić personel delegowany do wykonywania zamówienia z zastrzeżeniem, iż w takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest przedstawić do zatwierdzenia zamawiającemu osobę, która spełnia wymogi określone powyżej. Wykonawcy nie będzie przysługiwać roszczenie o zwrot kosztów wynikających bezpośrednio lub pośrednio z usunięcia lub wymiany ww. osób. (...)"

Zgodnie z OPZ (załącznik nr 1 do SWZ):

- „1.1.3. Poddanie unieszkodliwianiu w procesie termicznego przekształcania D10 odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* (m.in. są to pochodne benzenu, toluenu, pochodne fenoli, alkoholi alifatycznych, żywic, estrów, pochodne nieorganicznych azotanów(V) o właściwościach utleniających, pochodne węglowodorów C6-C12, pochodne izocyjanianów) - zwanych dalej Odpadami. Odpady zdeponowane są na dz. nr 1060/2 oraz nr 1060/10, zlokalizowanej przy ul. Instalacyjnej nr 14 i nr 22 w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. bełchatowski, województwo łódzkie, zwanej dalej Nieruchomością.

1.2. Z uwagi na brak wiedzy na temat dokładnego składu i właściwości Odpadów znajdujących się w poszczególnych pojemnikach i zbiornikach, Odpady należy traktować jako odpady o kodzie 16 81 01* odpady wykazujące właściwości niebezpieczne, 16 03 03* nieorganiczne odpady zawierające substancje niebezpieczną 16 03 05* organiczne odpady zawierające substancje niebezpieczne lub 15 01 10* opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone. Poglądowy skład i właściwości Odpadów zostały określone na podstawie opinii biegłego sądowego - Pana dr. inż. J. D., opracowanej na zlecenie Prokuratury Rejonowej w Bełchatowie nr 24/1<0/1 1/2021, która stanowi Załącznik Nr 1 do OPZ.”

- „3. PRZEKAZANIE NIERUCHOMOŚCI, ODPOWIEDZIALNOŚĆ 3.1. Przekazanie Nieruchomości nastąpi Protokołem przekazania Nieruchomości. Od chwili podpisania Protokołu przekazania Nieruchomości, Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, dysponuje Nieruchomością i ponosi za nią odpowiedzialność oraz za znajdujące się na niej Odpady. Wykonawca ponosi odpowiedzialność wobec Zamawiającego i osób trzecich za wszelkie szkody spowodowane na skutek wykonywania przedmiotu zamówienia, jakie powstaną na Nieruchomości, nieruchomościach sąsiednich oraz w środowisku, również w związku z transportem Odpadów do miejsca ich unieszkodliwiania. 3.2. Od chwili podpisania Protokołu przekazania Nieruchomości, Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przejmuje obowiązki posiadacza odpadów wynikające z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. 3.3 Wykonawca ponosi odpowiedzialność za bezpieczeństwo i ochronę zdrowia osób wykonujących czynności niezbędne do załadunku, transportu i unieszkodliwiania Odpadów.”

- „4.3.7. Przygotowanie Odpadów do transportu w sposób zapewniający bezpieczeństwo dla ludzi i środowiska. Przygotowanie Odpadów obejmuje przepompowanie/przeładunek wszystkich Odpadów z pojemników, do odpowiednich pojemników/pojazdów oraz wszelkie inne czynności, jakie będą musiały zostać wykonane w danej sytuacji, a które zapewnią przetransportowanie Odpadów w sposób bezpieczny i zgodny z przepisami wskazanymi

w pkt. 6.4.OPZ Wykonawca zapewnia niezbędny do tego sprzęt, pojemniki, materiały oraz środki do podjęcia działań na wypadek wycieku, rozlania, rozsypania się Odpadów podczas przeładunku (m.in. środki sorpcyjne, pojemniki na zużyte sorbenty i in.). 4.3.8. Oznakowanie Odpadów w pojemnikach według następującej reguły: nr pojemnika/nr transportu. Oznakowanie ma służyć udokumentowaniu, gdzie poszczególne Odpady zostaną dostarczone i poddane unieszkodliwianiu. Mając na względzie cel jakiego ma służyć oznakowanie Odpadów, każdy pojemnik podlega indywidualnemu oznakowaniu. 4.3.9. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za trwałe oznakowanie pojemników z Odpadami od momentu ich wywozu z Nieruchomości do czasu skierowania ich do unieszkodliwiania.”

- „4.5. Protokół załadunku i transportu, który stanowi Załącznik Nr 4 do OPZ sporządzany po każdorazowym załadunku, będzie zawierał następujące informacje:

— dane Zamawiającego, Wykonawcy, marka i nr rejestracyjny środka transportu,

— data i godzina rozpoczęcia i zakończenia załadunku, data i godzina rozpoczęcia transportu, planowana godzina rozpoczęcia i zakończenia oraz miejsce uzasadnionego postoju oraz planowana data i godzina zakończenia transportu,

— kolejno nadawany numer Partii załadowanych Odpadów,

- numer karty przekazania odpadów, wygenerowanej w systemie BDO,

— masę załadowanych Odpadów wyrażoną w [Mg],

- rodzaj (kod) załadowanych Odpadów wagę wykorzystywanych opakowań lub pojemników wielorazowego użytku, jeśli zostały wykorzystane;
- nazwę i adres Instalacji, do której Odpady są transportowane oraz przewidywaną trasę przejazdu;

— podpisy osób upoważnionych.

Protokół załadunku i transportu będzie zawierał załączniki w postaci dowodów ważenia (sumaryczna waga wszystkich załadowanych Odpadów na dany środek transportu) oraz dokumentacji fotograficznej wraz z nr rejestracyjnym środka transportu, Protokół sporządzany jest w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach po jednym dla Wykonawcy i Zamawiającego.

4.6. Transport Odpadów z Nieruchomości bezpośrednio do miejsc ich unieszkodliwiania, odbywać się będzie sprawnymi środkami transportu, dopuszczonymi do ruchu drogowego

4.7. Załadunek i ważenie Odpadów może odbywać się od poniedziałku do soboty, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy.”

- „6.5. Zamawiający nie dopuszcza możliwości zbierania (gromadzenia, odbioru) przez Wykonawcę Odpadów w miejscach pośrednich tj. innych niż miejsce unieszkodliwiania Odpadów. Podobnie Zamawiający nie dopuszcza zbierania i transportowania innych odpadów w tym samym środku transportu wraz z Odpadami transportowanymi w ramach realizacji przedmiotu zamówienia.”

- „6.10 Wykonawca zapewni przez cały czas realizacji zamówienia zabezpieczenie każdego transportu plombą elektroniczną GPS, która uniemożliwi wszelkie manipulacje (takie jak: cięcia na linie zabezpieczającej, próby zerwania, 'szarpania, zamrażania). W przypadku ww. zdarzenia zostanie wysłany alert w postaci sms lub email do Koordynatora Zamawiającego, Menedżera kontraktu i Koordynatora Wykonawcy, Zastosowana plomba elektroniczna umożliwi śledzenie transportu w czasie rzeczywistym, tj.: monitorowanie aktualnego położenia, prędkości, poziomu naładowania baterii, jakość zasięgu i aktualny status urządzenia. Poziom naładowania baterii winien zapewniać ciągłą, niezakłóconą pracę urządzenia podczas transportu Odpadów z Nieruchomości do Instalacji. Wykonawca udostępni Zamawiającemu, na czas trwania realizacji zamówienia, dostęp do interfejsu (aplikacji) pozwalającej na monitorowanie pracy tych urządzeń.”

- „7. UNIESZKODLIWIENIE ODPADÓW 7.1. Wykonawca zobowiązany jest posiadać dokumenty oraz decyzje administracyjną wymagane przez SWZ, jak również te, które przedłożył Zamawiającemu przed zawarciem umowy, to jest w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nr OPPIV.272.36.2024, które będą ważne przez cały okres realizacji przedmiotu zamówienia zarówno podstawowego jak i objętego prawem opcji. 7.2. W razie zidentyfikowania wśród usuwanych Odpadów takich odpadów, których Wykonawca nie będzie mógł ze względu na ich właściwości, poddać procesowi unieszkodliwiania ostatecznego D10, zobowiązany jest zawiadomić o tym fakcie Zamawiającego wskazując, które Odpady muszą zostać zagospodarowane w innej instalacji w ramach innego procesu przetwarzania (w razie odpadów w pojemnikach - wykorzystując m.in. oznaczenie nadane podczas usuwania Odpadów z Nieruchomości). W zawiadomieniu Wykonawca zobowiązany jest ponadto wskazać instalację, do której zamierza skierować przedmiotowe Odpady, wskazując proces przetwarzania któremu mają zostać poddane oraz załączyć dokumenty potwierdzające, że instalacja ta funkcjonuje na podstawie stosownych zezwoleń/pozwoleń na prowadzenie działalności w tym zakresie. Skierowanie Odpadów do takiej instalacji może nastąpić wyłącznie po uzyskaniu zgody Zamawiającego.”

- „8.2. W Harmonogramie wskazane zostaną co najmniej: 8.2.1. ilości i rodzaj Odpadów jakie Wykonawca planuje odebrać z Nieruchomości w danym miesiącu; 8.2.2 ilość i rodzaj Odpadów planowanych do poddania procesowi unieszkodliwiania w danym miesiącu; 8.2.3. nazwa i adres Instalacji, w której będą unieszkodliwiane Odpady w danym miesiącu.”

- „9. KOORDYNACJA 9.1. Koordynator realizacji zamówienia oraz jego zastępcy (co najmniej dwóch) 9.1.1. Koordynator realizacji zamówienia, zwany Koordynatorem Wykonawcy i jego zastępcy będą organizowali i kierowali pracami związanymi z usuwaniem Odpadów z Nieruchomości, ich transportem i unieszkodliwianiem. Koordynator Wykonawcy i jego zastępcy są odpowiedzialni za stałą, pełną kontrolę jakości wykonywanych na Nieruchomości prac i stosowanych materiałów/narzędzi/urządzeń. 9.1.2. Zamawiający wymaga stałej obecności Koordynatora Wykonawcy bądź jego zastępcy na Nieruchomości w czasie prowadzenia prac polegających na realizacji przedmiotu zamówienia.”

- „10. KONTROLA 10.1. Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli realizacji zamówienia przez cały okres jego realizacji i na każdym jego etapie, a Wykonawca jest zobowiązany mu to umożliwić.”

- „12.3. Rozliczenie realizacji etapu zamówienia, o którym mowa w pkt 1.1.3. OPZ pomiędzy Zamawiającym i Wykonawcą odbywać się będzie w oparciu o masę Odpadów unieszkodliwionych, wyrażoną w [Mg], określoną na podstawie ważenia na legalizowanej, samochodowej wadze najazdowej posiadającej ważny atest, zamontowanej na Nieruchomości oraz cenę jednostkową za unieszkodliwianie 1,00 [Mg] Odpadów podaną przez Wykonawcę w ofercie. 12.3.1. Wynagrodzenie za realizację etapu zamówienia wskazanego w pkt 1.1.3. OPZ, zarówno w ramach zamówienia podstawowego, jak i zamówienia opcjonalnego, wypłacane będzie w miesięcznych okresach rozliczeniowych. Wysokość wynagrodzenia należnego za dany miesiąc wyliczona zostanie jako iloczyn ceny jednostkowej określonej w pkt 12.3. i rzeczywistej ilości Odpadów, które poddano procesowi unieszkodliwiania w danym miesiącu rozliczeniowym. 12.3.2 Sprawozdanie miesięczne (podpisane przez upoważnione osoby ze

strony Wykonawcy i Zamawiającego) będzie sporządzane przed wystawieniem przez Wykonawcę faktury za dany okres rozliczeniowy i będzie wymagany załącznikiem do faktury. Sprawozdanie miesięczne będzie sporządzane w trzech egzemplarzach (dwa dla Zamawiającego, jeden dla Wykonawcy) 12.3.3. Wynagrodzenie jest należne wyłącznie w odniesieniu do tych Odpadów, które zostały poddane unieszkodliwieniu w procesie termicznego przekształcania DIO co zostanie potwierdzone w oświadczeniu, o którym mowa w pkt 11.5. OPZ, przedłożonym przez Wykonawcę.”

Zgodnie z projektem umowy Zamawiający w par. 14 ust. 5.1. przewidział możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca: realizuje zamówienie z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r, o odpadach oraz rozporządzeń wydanych na jej podstawie lub ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska.

Zgodnie z Analizą potrzeb i wymagań zamawiającego:

- „4. Rozeznanie rynku w celu ustalenia alternatywnych środków zaspokojenia

zidentyfikowanej potrzeby (...)

Usuwanie, transport oraz unieszkodliwianie odpadów musi być realizowane, zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Podmioty świadczące usługi w ww. zakresie winny posiadać stosowne decyzje np. w zakresie unieszkodliwiania odpadów itp. oraz dysponować narzędziami, które umożliwiają prawidłową realizację usług. Wobec powyższego, wyłonienie doświadczonego podmiotu, spełniającego wymagania zawarte w SWZ, w trybie przetargu nieograniczonego, daje największą gwarancję na prawidłową realizację przedmiotowego zadania w ramach wykonania zastępczego w jak najlepszej cenie.”

- „5. Orientacyjna wartość zamówienia w wyniku rozeznania rynku

W ramach przeprowadzonego rozeznania rynku w dniu 25.06.2024 r. została skierowana do 12 podmiotów, których wykaz stanowi załącznik nr 1. Na prośbę zamawiającego odpowiedziało 3 wykonawców Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowo-Usługowe „ABBA-EKOMED” sp. z o.o., Hydrogeotechnika Sp. z o.o., Solveco Sp. z o. o. [wskazał na metody D2, D3, D10] (...)

Wartość zamówienia ogółem ustalona na podstawie rozeznania rynku:

Netto: 36 060 666,70 zł

Brutto: 39 174 620,00 zł”

- „6. Możliwość podziału zamówienia na części. Po analizie przedmiotu zamówienia, warunków jego realizacji ustalono, iż dokonanie podziału zamówienia na części skutkowałoby nadmiernymi trudnościami w skoordynowaniu działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. Mając na uwadze powyższe, przedmiot zamówienia nie został podzielony na części.”

- „8. Możliwość uwzględnienia aspektów społecznych, środowiskowych lub innowacyjnych zamówienia (...) 8.1.3. nie stwierdzono zasadności uwzględnienia aspektów innowacyjnych (przedmiot zamówienia jest „standaryzowany” i stosunkowo prosty). 8.1.4. przejawem uwzględnienia aspektów środowiskowych jest wykluczenie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który naruszył obowiązki w zakresie ochrony środowiska (prawomocne skazanie za przestępstwo przeciwko środowisku, prawomocne ukaranie za wykroczenie przeciwko środowisku, ostateczna decyzja administracyjna o naruszeniu obowiązków wynikających z prawa ochrony środowiska).”

- „9. Ryzyka związane z postępowaniem o udzielenie i realizacją zamówienia

- długie prowadzenie postępowania w związku z dużą liczbą wniosków do SWZ, długie prowadzenie postępowania w związku z formalnościami związanymi z trybem przetargu nieograniczonego, długie postępowanie odwoławcze w przypadku jego wniesienia, ryzyko zbyt wysokich ofert wykonawców i konieczność powtarzania postępowania, ryzyko nieterminowej realizacji zadań (...)

- ryzyko nienależytej realizacji zadań przez wybranego wykonawcę.

Ryzyko zostało zminimalizowane poprzez wprowadzenie do umowy zapisów dotyczących szeregu kar umownych, które zamawiający może naliczyć wykonawcy. Ponadto, zamawiający przewidział możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca: realizuje zamówienie z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r, o odpadach oraz rozporządzeń wydanych na jej podstawie lub ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, przekaże odpady w celu unieszkodliwienia do miejsca innego niż wskazana zamawiającemu instalacja, pozostawi odpady w miejscu nieprzeznaczonym do ich unieszkodliwienia.

- ryzyko ograniczonej możliwości kontroli nad wykonawcami (sposobu realizacji zamówienia). Ryzyko zostało zminimalizowane poprzez zapisy wprowadzone do OPZ i umowy stanowiące, iż wykonawca jest zobowiązany umożliwić zamawiającemu przeprowadzenie kontroli realizacji zamówienia przez cały okres jego realizacji i na

każdym jego etapie. Kontrole będą mogły być przeprowadzane zarówno na nieruchomości, w trakcie transportu odpadów jak również w instalacji, do której zostały skierowane. (...) Rozliczenie za zamówienie, w zakresie usunięcia i unieszkodliwienia odpadów będzie odbywać się w oparciu o zaakceptowane przez zamawiającego sprawozdania miesięczne, do których załącznikami jest szereg dokumentów takich jak: protokoły z załadunku i transportu odpadów, dowody ważenia w miejscu zdeponowania Odpadów oraz w miejscu ich

unieszkodliwienia, oświadczenia potwierdzające poddanie Odpadów unieszkodliwieniu w procesie DIO. Ponadto, ryzyko ograniczonej możliwości kontroli, zostało zminimalizowane poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku wyposażenia każdego środka transportu w lokalizator GPS i zabezpieczenie każdego ładunku plombą GPS. Wykonawca udostępni Zamawiającemu, na czas trwania realizacji zamówienia, dostęp do interfejsu (aplikacji) pozwalającej na monitorowanie pracy tych urządzeń. Zamawiający będzie również posiadał dostęp do prowadzonego przez wykonawcę stałego monitoringu.”

Dowody Zamawiający:

- opinia na zlecenie Urzędu Marszałkowskiego Województwa Łódzkiego BIEGŁY SĄDOWY Z LISTY SĄDU OKRĘGOWEGO W KONINIE dr inż. J. D.:

„II. CEL OPINII

Propozycje metod zagospodarowania odpadów wraz z uzasadnieniem zastosowania danej metody w przedmiotowym przypadku

Wybór najbardziej korzystnej metody, uwzględniając specyfikę zdeponowanych odpadów wraz z uzasadnieniem jej wyboru

Propozycje ewentualnych zabezpieczeń podczas realizacji prac na omawianym terenie

Wskazanie potencjalnych ram czasowych realizacji ww. przedsięwzięcia wraz określeniem etapów jego wykonania.

III. TREŚĆ OPINII

Wybór odpowiedniej metody utylizacji

Istnieje wiele sposobów utylizacji odpadów niebezpiecznych takich jak odpady chemiczne. Wybór konkretnej metody zależy od rodzaju odpadu, jego właściwości chemicznych i fizycznych, a także lokalnych przepisów i możliwości technicznych.

W niniejszej sprawie należy wybrać metodę kontrolowanego spalania tj. metodę termiczną. W metodzie termicznej wykorzystuje się fakt, iż odpady tego typu są w sposób kontrolowany spalane.

Biegły na etapie wykonania opinii dokonał przeglądu dużych firm, które zajmują się kompleksowo tego rodzaju inwestycją polegającą na transporcie, gromadzeniu (zbieraniu), i realnej utylizacji odpadów w procesie spalania. Jedną z takich firm na terenie Polski, która posiada wszelkie zaplecze techniczne jest Sarpi Veolia – Dąbrowa Górnicza, ul.

Koksownicza 16 – firma posiadająca wszelkie zaplecze techniczne do utylizacji tego rodzaju odpadów. Co więcej firma ta posiada zaplecze współpracujących spalarni w Europie dzięki czemu jest w stanie zutylizować tego rodzaju odpady w jak najkrótszym czasie. Wykonujący niniejszą opinię zaznacza, iż nie jest w stanie określić czasookresu trwania procesu utylizacji tego rodzaju odpadów. Wskazać należy, iż do niniejszej sprawy przebadano mniej niż 0,5% objętości odpadów, wobec czego nie wiadomym jest skład wszystkich tam składowanych odpadów. Wskazać jednoznacznie należy, iż spalarnia odpadów niebezpiecznych nie przyjmie odpadów do spalania bez wiedzy o składzie odpadów wobec powyższego należy podkreślić, iż każda spalarnia nie tylko ww. będzie wymagała analizy składowanych odpadów (każdego pojemnika).

W prowadzonej przez Prokuraturę sprawie, biegły z terenu, na którym są składowane poddał analizie 100 próbek odpadów (zestawienie wyników analizy stanowi załącznik nr 1). Wobec powyższego firma zdolna do utylizowania tego rodzaju odpadów będzie mogła zutylizować w chwili obecnej (w dniu sporządzenia niniejszej opinii) ww. 100 pojemników, gdyż ich skład jest wiadomy.

W niniejszej sprawie składowane odpady posiadają różne właściwości. Bazując na wykonanych wcześniej 100 próbkach losowo wybranych pojemników stwierdzono obecność rozpuszczalników, metali ciężkich, żywic, benzyn, pochodnych fenolu i benzenu, pochodne polizocyanianów, estry i och pochodne, plastyfikatorów, kwasów tłuszczowych, odpadowych farb i lakierów, olejów mineralnych, alkoholi alifatycznych, pochodnych naftalenu – odpady te zakwalifikowane do odpadów niebezpiecznych.

Wybór metody utylizacji

Spalanie kontrolowane

Odpady niebezpieczne chemiczne mogą być spalane w kontrolowanych warunkach tj. z zastosowaniem odpowiednich kotłów utrzymujących stałą i wysoką temperaturę, takich jak wysokotemperaturowe piece spalania. W tym procesie odpady są poddawane wysokiej temperaturze, co pozwala na ich kompletne spalanie. Odpady są przekształcane w

dwutlenek węgla, wodę i inne bezpieczne produkty spalania. System oczyszczania spalin pozwala na usuwanie czystego produktu spalania zgodnego z udzielonym pozwoleniem.

Przed przystąpieniem do spalania odpadów niebezpiecznych, konieczne jest spełnienie szeregu wymagań i procedur. Odpady powinny być starannie segregowane i poddawane odpowiednim testom, aby określić ich skład chemiczny i właściwości palności. Następnie odpady są spalane w specjalnie zaprojektowanych i kontrolowanych instalacjach, takich jak

piece spalania lub instalacje termicznego przekształcania odpadów. Podczas spalania odpadów niebezpiecznych, kontrolowana wysoka temperatura jest utrzymywana, co pozwala na kompletne spalenie materiałów.

Ważne jest, aby proces spalania odpadów niebezpiecznych odbywał się w odpowiednich instalacjach, które spełniają surowe standardy bezpieczeństwa i ochrony środowiska. Systemy oczyszczania gazów spalinowych, takie jak filtry węglowe, systemy odsiarczania (absorbery), są stosowane w celu minimalizacji emisji zanieczyszczeń do atmosfery.

Proces spalania odpadów niebezpiecznych obejmuje kilka etapów i wymaga specjalistycznego sprzętu oraz odpowiednich instalacji:

1. Segregacja i przygotowanie odpadów: Odpady niebezpieczne muszą być starannie segregowane i przygotowywane przed spalaniem. Zapewnia się odpowiednie sortowanie i identyfikację różnych rodzajów odpadów, aby umożliwić ich właściwe przetwarzanie. Na tym etapie należy poddać analizie składowane odpady i uszeregować je w typy/rodzaje.
2. Transport odpadów: przedsiębiorstwo poddające odpady utylizacji przewozi je do miejsca składowania i następnie spalania.
3. Spalanie: Odpady są spalane w kontrolowanych warunkach w specjalnych piecach spalania. Wysoka temperatura jest utrzymywana, zwykle powyżej 1000°C, aby umożliwić kompletne spalenie materiałów.
4. Kontrola procesu na etapie spalania – prowadzona przez firmę, która podejmuje się realnej utylizacji i spaleni.

Zabezpieczenia

Podczas realizacji prac związanych z usuwaniem składowanych niebezpiecznych odpadów istnieje wiele działań zabezpieczających, które mają na celu minimalizację ryzyka dla zdrowia ludzi i środowiska:

1. Ocena ryzyka: Przed przystąpieniem do prac usuwania odpadów, przeprowadza się szczegółową ocenę ryzyka. Ocena ta obejmuje identyfikację potencjalnych zagrożeń, ocenę prawdopodobieństwa wystąpienia tych zagrożeń oraz określenie odpowiednich środków zabezpieczających i procedur postępowania. Ważnym jest poznanie składu wszystkich składowanych odpadów.
2. Planowanie: Pracownicy zaangażowani w usuwanie niebezpiecznych odpadów powinni być odpowiednio przeszkoleni i mieć odpowiednią wiedzę na temat zagrożeń z nimi związanych oraz stosowanych procedur bezpieczeństwa. Pracodawca powinien zapewnić odpowiednie planowanie działań, z uwzględnieniem procedur awaryjnych i dostępnego sprzętu ochronnego. Ten etap wykonywany jest przez podmiot poddający odpady utylizacji.
3. Odpowiedni sprzęt ochronny: Pracownicy biorący udział a procesie utylizacji powinni być wyposażeni w odpowiedni sprzęt ochronny, tak jak kombinezony ochronne, rękawice chemiczne, okulary ochronne, maski gazowe (np. z wypełnieniem węglowym).
4. Wytyczne postępowania: Opracowanie i przestrzeganie wytycznych postępowania jest kluczowe dla bezpiecznego usuwania składowanych niebezpiecznych odpadów. Wytyczne powinny zawierać informacje dotyczące segregacji odpadów, sposobu ich transportu, procedur unieszkodliwiania, postępowania w przypadku awarii i kontaktu z substancjami niebezpiecznymi. Tego rodzaju wytyczne muszą być uzgodnione bezpośrednio na miejscu w trakcie usuwania odpadów.
5. Monitorowanie i kontrola: Podczas prac usuwania odpadów niebezpiecznych należy regularnie monitorować środowisko i parametry związane z bezpieczeństwem, takie jak stężenie substancji chemicznych. Należy zabezpieczyć teren w odpowiednie sorbenty oraz rękawy ochronne. W miarę możliwości należy powiadomić odpowiednie służby jak np. straż pożarną, która będzie w gotowości na wypadek awarii. Bardzo ważnym elementem jest by procedurę utylizacji nadzorowała chemik z uprawnieniami bhp jak również osoba posiadająca wiedzę w zakresie ochrony środowiska.
6. Usuwanie i transport: Odpady niebezpieczne powinny być usuwane i transportowane zgodnie z przepisami i wymaganiami dotyczącymi bezpiecznego transportu substancji niebezpiecznych. Podmiot, który zajmie się utylizacją tego rodzaju odpadów musi posiadać stosowne w tym celu zezwolenia np. zezwolenie na transport, składowanie i przetwarzanie odpadów.
7. Postępowanie z awariami: Należy mieć przygotowane procedury postępowania w przypadku awarii, wycieku czy nieszczęśliwego zdarzenia związanego z niebezpiecznymi odpadami. Do tego celu właśnie niezbędnym

będzie zadysponowanie straży pożarnej, która w chwili usuwania odpadów będzie stanie czujności by móc zareagować w momencie wycieku np. rozszczelnienia pojemnika lub jego zapalenia się.

Wszystkie działania zabezpieczające powinny być zgodne z przepisami prawnymi i normami środowiskowymi obowiązującymi w danym regionie. Przed rozpoczęciem prac związanych

z usuwaniem składowanych niebezpiecznych odpadów, warto skonsultować się z odpowiednimi organami regulacyjnymi i uzyskać niezbędne zezwolenia i uprawnienia.

Czas wykonania realizacji

Bazując jedynie na składzie niespełna 0,5 % odpadów przy ok 50 000 pojemników nie można realnie określić czasookresu i etapów wykonania tego rodzaju prac. Szacunkowo jednak proces ten z notyfikacją przez Inspekcję Ochrony Środowiska na utylizację tego rodzaju odpadów przez konkretne i wybrane później przedsiębiorstwo może trwać do pięciu lat.

Biegły z doświadczenia na podstawie wydanych ponad 1000 opinii może stwierdzić, iż działania służb inspekcji środowiska w tym zakresie mogą przyczynić się również do wydłużenia tego czasu.

W niniejszej sprawie należy podjąć wszelkie działania mające na celu jak najszybsze usunięcie tych odpadów, które należy zakwalifikować do bomby ekologicznej.

W przypadku jakiegokolwiek awarii cała okolica zostanie skażona. Przykład skażenia można jedynie porównać do Hinkley w Kaliforni – na północny wschód od Los Angeles. Przy czym w tej sprawie nie dojdzie tylko do skażenia środowiska toksycznym chromem lecz skażenia organicznego, skażenia metalami ciężkimi jak również węglowodorami aromatycznymi i szeregiem innych substancji toksycznych.”

- opinia biegłego dla Prokuratury Rejonowej w Bełchatowie BIEGŁY SĄDOWY Z LISTY SĄDU OKRĘGOWEGO W KONINIE dr inż. J. D.:

„WNIOSKI

1. Wykryte substancje w pobranych próbkach stanowią odpady niebezpieczne zgodnie z klasyfikacją ustawy o odpadach z 2012 r.
2. Zdeponowane odpady na terenie działki miejscowości Rogowiec przy ul. Instalacyjnej 14, 22 są składowane w rażąco nieodpowiedni sposób. Tego typu sposób gospodarowania odpadami, odpowiada sposobowi ich składowania-na terenach Bangladeszu w Indiach czy też Agdogbloshe w Ghanie w Afryce Zachodniej.
3. Ilość zgromadzonych odpadów o toksycznym charakterze (benzen i jego pochodne fenol i jego pochodne w tym alkoholi alifatycznych, żywic, pochodne nieorganicznych azotanów(V) o właściwościach utleniających, pochodne węglowodorów C6-C12, pochodne izocyjanianów sprawia, iż składowane w tych warunkach odpady w tym sposób w jaki aktualnie są

przechowywane stwarzają ogromne zagrożenie dla zdrowia i życia wielu osób mieszkających w okolicy.

4. Bezpośrednie niebezpieczeństwo uwolnienia substancji o właściwościach duszących wynika z możliwości powstania pożaru (...)
5. Pożar odpadów, o charakterze łatwopalnym uwolni do środowiska tony nader trujących, mutagennych i kancerogennych substancji. W wyniku pożaru o charakterze naturalnym lub sztucznie wywołanym poważnie zagrożi środowiska naturalnemu w każdej jego formie i postaci.
6. Pobrane w dniu oględzin próby gleby potwierdzają przedostawanie się zanieczyszczeń pochodzących z odpadów go środowiska glebowego (potężna zawartość glinu, rtęci, żelaza i cynku w badanej glebie pobranej z terenu ww. przedsiębiorstwa w stosunku do próby zerowej jest potwierdzeniem negatywnego oddziaływania tego obiektu na środowisko naturalne.
7. Uwolnienie do środowiska substancji znajdujących się w składowanych pojemnikach skutecznie obniży jakość gleby, powietrza i ziemi. Ponadto uwolnione do środowiska substancje obniżą jakość środowiska w dużej skali. Stwierdzić należy również, iż substancje te spowodują Zniszczenie w świecie roślinnym i zwierzęcym w dużej skali tj. z znacznych rozmiarach.
8. Składowisko odpadów w Rogowcu przy ul. Instalacyjnej 14 i 22 należy uznać za bombę ekologiczną stwarzającą bezpośrednie zagrożenie dla zdrowia i życia wielu osób.”

Dowody Przystępujący Mo-Bruk:

- opinia prawna z dnia 10 września 2024 r. na temat hierarchii sposobów postępowania z odpadami w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 21 stycznia 2016 r. w sprawie wymagań dotyczących prowadzenia procesu termicznego przekształcania odpadów oraz sposobów postępowania z odpadami powstałymi w wyniku tego procesu z dnia 10 września 2024. na

zlecenie Mo-Bruk:

„4. WNIOSKI KOŃCOWE (...):

1. Wytwórca odpadów winien dokonać ich zagospodarowania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określoną w art. 17 ust. 1 ustawy o odpadach. To zaś oznacza priorytet recyklingu i wszelkich innych sposobów odzysku przed unieszkodliwieniem.
2. Odstępstwo od hierarchii postępowania z odpadami, określonej w art. 17 ust. 1 ustawy o odpadach, jest możliwe tylko i wyłącznie w wyjątkowych przypadkach, wskazanych w art. 18 ust. 3 ustawy o odpadach, jeżeli poddanie określonych odpadów odzyskowi nie jest możliwe (a nie tylko nie jest uzasadnione) z przyczyn technologicznych, ekologicznych lub ekonomicznych; ale – zgodnie z art. 18 ust. 5 ustawy o odpadach – odstępstwo to należy interpretować wąsko, tak, że jedynie oczywista niewypłacalność ekonomiczna odzysku może prowadzić do zastosowania unieszkodliwienia, a decydując o odstępczynie i jego zakresie należy zawsze kierować się priorytetem w postaci zapewnienia najlepszego dla środowiska wyniku końcowego (co wynika z akapitu pierwszego art. 4 ust. 2 dyrektywy odpadowej).
3. Jeśli określone rodzaje odpadów, jak odpady powstałe w wyniku procesu termicznego przekształcania odpadów, nadają się do przeprowadzenia procesu odzysku, formułowanie przez ich posiadacza, dla potrzeb postępowań przetargowych, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) unieszkodliwiania jako alternatywnego i równoważnego do odzysku sposobu zagospodarowania odpadów (w tym zwłaszcza poprzez składowanie na składowisku) jest niezgodne z art. 18 ust. 2, 3 i 5 w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy o odpadach, a także art. 4 ust. 1 i 2 dyrektywy odpadowej.
4. Dodatkowe argumenty wynikają z zasad prewencji i zanieczyszczający płaci. W kontekście analizowanego zagadnienia hierarchii sposobów postępowania z odpadami zasada prewencji oznacza nadrzędność i priorytet procesów odzysku nad unieszkodliwieniem odpadów (w tym zwłaszcza poprzez ich składowanie na składowisku); z kolei zasada zanieczyszczający płaci oznacza, że to nie racje ekonomiczne winny determinować sposób zagospodarowania odpadów, czyli priorytetem winno być poddanie odpadów procesowi odzysku, a nie unieszkodliwianiu.”

- opinia prawna z dnia 10 września 2024 r. dotycząca stosowania zasady hierarchii sposobów postępowania z odpadami, prof. zw. dr hab. nauk prawnych (specjalność prawo ochrony środowiska, prawo administracyjne) M. G.: „D. OGÓLNE PODSUMOWANIE I WNIOSKI.

1. Zasada hierarchii sposobów postępowania z odpadami ma na gruncie ustawy o odpadach z grudnia 2012 r. charakter zasady ogólnej tej ustawy. Oznacza to, że musi być ona stosowana w sposób bezpośredni (na podstawie ustawy) zarówno przez podmioty będące

posiadaczami odpadów, zobowiązane do ich zagospodarowania w zgodzie z prawem, jak i organy administracji publicznej stosujące przepisy tej ustawy, określające działania posiadacza odpadów zarówno poprzez wydawanie zgód związanych z gospodarowaniem odpadami jak i prowadzenie działań o charakterze organizatorskim. Obowiązek uwzględniania zasady ogólnej obejmuje również obowiązek stosowania jej w procesach wykładni prawa.

2. Odejście od stosowania zasady hierarchii postępowania z odpadami, dopuszczone przepisami ustawy o odpadach, powinno być traktowane w kategoriach wyjątku, zaś ocena możliwości zastosowania takiego odstępczynie powinna mieć charakter kompleksowy i uwzględniać ogólny efekt środowiskowy dzięki temu uzyskany — efekt ten powinien być korzystniejszy niż przy zastosowaniu zasady. Wskazane podejście będzie wówczas zgodne z prawem unijnym i spełni wymóg pełnej implementacji postanowień tego prawa. Odstępstwo musi także uwzględniać hierarchię i w szczególności nie może prowadzić od razu do zastosowania metody najgorszej z punktu widzenia tej hierarchii, czyli składowania odpadów.

3. Wyjątkowy charakter możliwości niezastosowania zasady hierarchii oznacza konieczność wyraźnego wykluczenia (udowodnienia braku) możliwości zagospodarowania odpadu w ramach określonego szczebla hierarchii, dopiero na takiej podstawie dopuszczalne jest przejście do analizy możliwości zagospodarowania na kolejnym niższym szczeblu.”

- opinia prawna na zlecenie Mo-Bruk sporządzona przez B. R. (Profesor doktor habilitowany z zakresu prawa ochrony środowiska Kierownik Katedry Prawa Ochrony Środowiska i Prawa Gospodarczego Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu Radca prawny):

„Wnioski końcowe

Reasumując, art. 17 u.o. stanowi odzwierciedlenie treści normatywnej art. 4 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz. U. UE 312 L, s. 3 z 22 listopada 2008 r.). Hierarchia sposobów postępowania z odpadami opiera się na założeniu, że istnieją sposoby postępowania z odpadami wyższe (które należy realizować w pierwszej kolejności takie jak: zapobieganie powstawaniu odpadów, przygotowywanie do ponownego użycia, recykling) oraz niższe sposoby postępowania z odpadami (które są podporządkowane wyższemu sposobom postępowania z odpadami). Sposoby postępowania z odpadami, które należy realizować w dalszej kolejności muszą być zgodne (niesprzeczne) ze sposobami postępowania wyższego rzędu w hierarchii. Stosując hierarchię sposobów postępowaniu z

odpadami należy uwzględnić zależności w treściach normatywnych pomiędzy pojęciami prawnymi takim jak: zapobieganie powstawaniu odpadów (art. 3 ust. 1 pkt 33 u. o.); przygotowanie do ponownego użycia (art. 3 ust. 1 pkt 22 u. o.); recykling (art. 3 ust. 1 pkt 32 u. o.); unieszkodliwianie (art. 3 ust. 1 pkt 30 u. o.). W hierarchii sposobów postępowania z odpadami poszczególne działania są podporządkowane jedne drugim i łącznie tworzą hierarchicznie powiązaną całość, którą jest podstawą gospodarki odpadami (art. 3 ust. 1 pkt 3 u. o.). Uregulowana w art. 17 u. o. hierarchia sposobów postępowania z odpadami ma służyć przede wszystkim osiągnięciu celów wynikających z modelu gospodarki w obiegu zamkniętym. Hierarchia ta nakazuje odpowiednie kształtowanie gospodarki odpadami w zależności od szeregu warunków uregulowanych w art. 18 u. o. Ustawa jasno precyzuje zatem, że każdy kto podejmuje działania powodujące lub mogące powodować powstanie odpadów, powinien takie działania planować, projektować i prowadzić przy użyciu takich sposobów produkcji lub form usług oraz surowców i materiałów, aby w pierwszej kolejności zapobiegać powstawaniu odpadów lub ograniczać ilość odpadów i ich negatywne oddziaływanie na życie i zdrowie ludzi oraz na środowisko, w tym przy wytwarzaniu produktów, podczas i po zakończeniu ich użycia. Odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi. Odzysk odpadów polega w pierwszej kolejności na przygotowaniu odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych poddaniu innym procesom odzysku. Odpady, których poddanie odzyskowi nie było możliwe posiadacz odpadów jest obowiązany unieszkodliwić. Składowane zatem powinny być tylko te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe.”

Dowody Przystępujący WIT-KRIS:

- wyciąg z SIWZ wraz z OPZ w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gorlice: Postępowanie o nr OR-III.271.2.30.2020 USUNIĘCIE WSZYSTKICH ODPADÓW NIEBEZPIECZNYCH NIELEGALNIE ZGROMADZONYCH W LATACH 2016-2017 NA TERENIE NIERUCHOMOŚCI PRZY UL. WYSZYŃSKIEGO 2 W GORLICACH, MAGAZYNOWANYCH W RÓŻNEGO RODZAJU POJEMNIKACH, A TAKŻE LUZEM, ORAZ W STACJONARNYCH ZBIORNIKACH WIELKOGABARYTOWYCH ORAZ PODDANIE ICH ODPOWIEDNIM DO WŁAŚCIWOŚCI ODPADÓW I OSTATECZNYM PROCESOM ODZYSKU LUB UNIESZKODLIWIANIA W RAMACH REALIZACJI ZADANIA PN. „LIKWIDACJA ZAGROŻENIA DLA ZDROWIA I ŻYCIA LUDZI ORAZ ŚRODOWISKA,

POWODOWANEGO ODPADAMI MAGAZYNOWANYMI/SKŁADOWANYMI W MIEJSCU NA

TEN CEL NIEPRZEZNACZONYM, T.J. NA TERENIE BYŁEJ RAFINERII NAFTY „GLIMAR” W GORLICACH, PRZY UL. KARD. ST. WYSZYŃSKIEGO 2”

Zgodnie z OPZ ww. postępowania:

„Opis przedmiotu zamówienia

pn. „Likwidacja zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska, powodowanego odpadami magazynowanymi/składowanymi w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym, tj. na terenie byłej Rafinerii Nafty „Glimar” w Gorlicach, przy ul. Kard. St. Wyszyńskiego 2”.

1. Przedmiotem zamówienia jest usunięcie wszystkich odpadów niebezpiecznych nielegalnie zgromadzonych w latach 2016-2017 na terenie nieruchomości przy ul. Kard. St. Wyszyńskiego 2 w Gorlicach, magazynowanych w różnego rodzaju pojemnikach, a także luzem, oraz w stacjonarnych zbiornikach wielkogabarytowych oraz poddanie ich odpowiednim do właściwości odpadów ostatecznym procesom odzysku lub ostatecznym procesom unieszkodliwiania. 2. Szacowana ilość odpadów, o których mowa w pkt 1 wynosi ok. 5000 Mg. Natomiast realizacja zamówienia obejmuje usunięcie i poddanie ostatecznym procesom odzysku lub ostatecznym procesom unieszkodliwiania wszystkich odpadów, o których mowa w pkt 1 OPZ. 3. Określenie ostateczny proces odzysku i ostateczny proces unieszkodliwiania należy rozumieć zgodnie z zapisem ustawowym zawartym w art. 27 ust. 3b ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. 2020 r. poz. 797 ze zm.), zgodnie z którym ostateczny proces odzysku oznacza proces R1-R11, zgodnie z załącznikiem nr 1 do ustawy, a także proces przygotowania do ponownego użycia. Ostateczny proces unieszkodliwiania oznacza proces D1-D12, zgodnie z załącznikiem nr 2 do ustawy. (...) 5. Z dokumentacji zgromadzonej w ramach prowadzonego postępowania administracyjnego przez Burmistrza Miasta Gorlice wynika, że wśród odpadów znajdują się w przewodzie odpady z grupy 07, 08, 09, 11, 12, 13, a także inne. Z uwagi na brak wiedzy na temat dokładnego składu i właściwości odpadów znajdujących się w poszczególnych pojemnikach i zbiornikach odpady należy traktować jako odpady o kodzie 16 81 01* odpady wykazujące właściwości niebezpieczne (podgrupa: odpady powstałe w wyniku wypadków i zdarzeń losowych). (...) 9. Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje: (...) g) Poddanie odpadów odpowiednim do charakteru i właściwości odpadów i ostatecznym procesom odzysku lub ostatecznym procesom unieszkodliwiania w instalacjach działających na podstawie stosownych zezwoleń/pozwoleń na prowadzenie działalności w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.”

Izba ustaliła na podstawie dostępnej na stronie internetowej Miasta Gorlice dokumentacji ww. postępowania, że w postępowaniu ustanowiono m.in. następujące warunki udziału:

„- 6.2.1. Kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

Wykonawca zobowiązany jest wykazać się posiadaniem: aktualnych decyzji

administracyjnych uprawniających go do prowadzenia ostatecznego procesu unieszkodliwiania lub ostatecznego

procesu odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych o kodzie 16 81 01*, do prowadzenia zbierania odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych; indywidualnego numeru rejestrowego o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U z 2020 r. poz. 797 ze zm.); aktywnego konta w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO).

- 6.2.3. Zdolność techniczna lub zawodowa

1) Wykonawca posiada doświadczenie w wykonaniu należycie co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na usunięciu i poddaniu ostatecznemu odzyskowi lub ostatecznemu unieszkodliwieniu odpadów niebezpiecznych lub polegających na ostatecznym unieszkodliwieniu odpadów niebezpiecznych w ilości co najmniej 250 Mg w ramach każdej usługi — wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie.”

- protokół nr 2 z dnia 9 marca 2021 r. (od 07.12.2020 do 03.03.2021) Mo-Bruk, masa odpadów: 1331,64 Mg): proces unieszkodliwienia D10: 270,54 (20%), R5: 42,92 (3%), R3: 1018,18 (76%)

Dowody do pisma procesowego Odwołującego:

OPINIA Saba sp. o.o. z siedzibą w Płocku kierowana do Województwa Łódzkiego:

„W odpowiedzi na warunki zamówienia 14.08.2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (numer ogłoszenia 2024/S 158/2024 489767-2024) na unieszkodliwianie

odpadów niebezpiecznych zlokalizowanych przy ul. Instalacyjnej 14 i 22, w m. Rogowiec, gm. Kleszczów, pow. Bełchatowski, woj. łódzkie, zwanej dalej Nieruchomością firma Saba Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku, ul. Przemysłowa 34 przedstawia swoją opinię, wskazując kilka istotnych kwestii, które uniemożliwiają jej przystąpienie do postępowania

przetargowego, pomimo posiadania odpowiednich zasobów technicznych i technologicznych możliwości realizacyjnych.

Po pierwsze, należy podkreślić, że firma Saba Sp. z o.o. dysponuje nowoczesną spalarnią z trzema liniami technologicznymi ITPO I, ITPO II, ITPO III działających na podstawie posiadanych decyzji wydanych przez Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 09.04.2019, nr.: 21/19/PZ.Z, znak: PZ-PK-1.7222.98.2019.MS, zmienioną 23/21/PZ.Z z dnia 24.03.2021, znak: PZ-OP-11.7222.7.2021 .KS, decyzją z dnia 20.05.2022 nr.: 61/22/PZ.Z, znak:PZ-OP-11.7222.43.2021 .MR oraz z dnia 24.08.2024r., nr. 73/23/PZ.Z znak: PZ-OP-11.7222.51.2022.EE, które są w stanie unieszkodliwić na chwilę obecną 19 340 Mg odpadów rocznie. Dodatkowo w najbliższych dniach zostanie uruchomiona ITPO IV z dodatkową wydajnością 8 000 Mg/rok co łącznie będzie wynosić 27 340 Mg. Taka zdolność techniczna powinna stanowić solidną podstawę do udziału w postępowaniu przetargowym. Saba Sp. z o.o. posiada doświadczenie w unieszkodliwianiu odpadów przemysłowych dostarczanych przez wytwórców oraz dostawców indywidualnych. Niestety, Zamawiający określili wyjątkowo restrykcyjne wymagania dotyczące doświadczenia, które znacząco ograniczają możliwość uczestnictwa w postępowaniu firmom takim jak Saba Sp. z o.o., mimo że spełniają one wszystkie inne techniczne i operacyjne warunki.

Po drugie, uważamy, że wykluczenie możliwości zdobycia wymaganego doświadczenia poprzez realizację zamówienia w charakterze podwykonawcy jest krzywdzące i sprzeczne z zasadą uczciwej konkurencji. Możliwość zdobycia doświadczenia jako podwykonawca jest często kluczowa dla firm.

Firma Saba Sp. z o.o. uważa, że zmiana warunków przetargu ze szczególnym uwzględnieniem wymogów dotyczących doświadczenia oraz możliwości realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa umożliwiłaby większej liczbie przedsiębiorstw równe uczestnictwo w postępowaniu przetargowym, co przyniosłoby korzyści zarówno zamawiającemu jak i całemu rynkowi usług związanych z unieszkodliwianiem odpadów niebezpiecznych.”

Izba ustaliła z urzędu na podstawie dostępnych na stronach internetowych zamawiających dokumentacji postępowań przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu:

1 . Zamówienie prowadzone przez Gminę Rybno nr. RGK. 271.9.2022: „Usuwanie odpadów niebezpiecznych z nieruchomości w miejscowości Jasieniec 31, gm. Rybno”:

- „3. Przedmiot zamówienia 3.1. Przedmiotem zamówienia jest załadunek, transport i unieszkodliwienie lub odzysk odpadów niebezpiecznych w szacowanej ilości około 1 921,00 Mg, ujawnionych na terenie nieruchomości oznaczonej nr ewid. 121/2 obręb Jasieniec, zlokalizowanej w miejscowości Jasieniec 31, 96-514 Rybno, zabezpieczenie terenu i gruntu przed ewentualnym zanieczyszczeniem w trakcie prac oraz ostateczne uprzątnięcie miejsca nielegalnego magazynowania odpadów.”

- „4. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

4.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który: 1) nie podlega wykluczeniu (pkt 5 niniejszego rozdziału SWZ);

2) spełnia warunki udziału dotyczące:

a) uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. o ile wynika to z odrębnych przepisów: posiadanie uprawnienia do transportu odpadów niebezpiecznych, posiadanie uprawnienia do zbierania i

przetwarzania odpadów niebezpiecznych, posiadanie pozwolenia zintegrowanego dla instalacji do unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenia sektorowe: (...)

c) zdolności technicznej lub zawodowej: posiada doświadczenie polegające na wykonaniu, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, minimum 2 usług tożsamy z przedmiotem zamówienia polegających na likwidacji i unieszkodliwieniu lub unieszkodliwieniu odpadów niebezpiecznych z nielegalnych składowisk w ilości co najmniej 50 Mg wraz z załączeniem dowodów określających czy usługi te zostały wykonane należycie;"

2. Zamówienie prowadzone przez Częstochowskie Przedsiębiorstwo Komunalne (nr postępowania 13/2023). Gmina Miasto Częstochowa – Zamawiający, POSTĘPOWANIE PRZETARGOWE NR 13/2023:

- „4.2. Przedmiot i zakres zamówienia 4.2.1. Przedmiotem i zakresem zamówienia jest usunięcie wszystkich odpadów niebezpiecznych nielegalnie zgromadzonych i magazynowanych na terenie nieruchomości przy ul. Filomatów 28 w Częstochowie, umieszczonych w różnego rodzaju pojemnikach (w tym w beczkach o różnych pojemnościach, mauzerach itp.) na terenie hali magazynowej usytuowanej na działce nr 13/44, identyfikator: 246401_1.0285.13/44, KW CZ1C/00089366/2 oraz poddanie ich odpowiednim co do właściwości Odpadów ostatecznym procesom odzysku lub unieszkodliwiania. Szacowana ilość odpadów wynosi ok. 6 000,00 Mg.”

- „8.1.2. Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca posiada: Aktualną decyzję zezwalającą/pozwalającą na zagospodarowanie odpadów:

- o kodzie 16 81 01* poprzez odzysk (z wyłączeniem procesu R12 i R13) i/lub unieszkodliwienie w procesie D10 w ilości minimum 3 000,00 Mg/rok

albo

- o kodach 16 03 03* i 16 03 05* poprzez odzysk (z wyłączeniem procesu R12 i R13) i/lub unieszkodliwienie w procesie D10 w ilości łącznej minimum 3 000,00 Mg/rok.

Zamawiający uzna także powyższy warunek za spełniony jeśli Wykonawca posiada (dla instalacji, gdzie będzie prowadzony proces odzysku i/lub unieszkodliwienia odpadów), potwierdzenie złożenia wniosku, o którym mowa w art. 14 ustawy z dnia 20 lipca 2018r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2018.1592 ze zm.) do właściwego organu administracji publicznej do dnia 05.03.2020r. lub posiada aktualną decyzję pozwalającą na przetwarzanie odpadów w procesie odzysku i/lub unieszkodliwienia wydaną po tej dacie w zakresie określonym powyżej.”

- „8.1.4. Zdolności technicznej lub zawodowej. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku: Warunek ten zostanie uznany za spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał należycie co najmniej dwie usługi polegające na usunięciu i poddaniu ostatecznemu procesowi odzysku (z wyłączeniem procesu R12 i R13) i/lub unieszkodliwienia w procesie D10, odpadów niebezpiecznych lub polegające na poddaniu ostatecznemu procesowi odzysku (z wyłączeniem procesu R12 i R13) i/lub unieszkodliwienia w procesie D10, odpadów niebezpiecznych w ilości co najmniej 250,00 Mg w ramach każdej usługi.”

3. Zamówienie prowadzone przez Gminę Miasta Radom (Znak sprawy: BZP.271.1.550.2023.AP). Przetarg nieograniczony na usługę usunięcia i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z nielegalnego składowiska zlokalizowanego przy ul. Ofiar Firleja 7 w Radomiu (Znak sprawy: BZP.271.1.550.2023.AP): „Przedmiotem zamówienia jest usługa usunięcia i zagospodarowania odpadów niebezpiecznych z nielegalnego składowiska zlokalizowanego przy ul. Ofiar Firleja 7 w Radomiu.”

- „Rozdział VII Informacje o warunkach udziału w postępowaniu (...) 1.2. Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Określenie warunku:

Wykonawca spełni warunek, jeżeli udowodni, że posiada:

1.2.1. aktualną decyzję pozwalającą/zezwalającą na zagospodarowanie odpadów o kodzie: 16 81 01* poprzez przetwarzanie (unieszkodliwienie w procesie D10 lub odzysk w procesie „R”) o których mowa w załącznikach nr 1 i nr 2 do ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.), w ilości minimum 1 000,00 Mg/rok, tj.:

1.2.1.1. pozwolenie zintegrowane dla instalacji przetwarzania (unieszkodliwienie D10 lub odzysk w procesie „R”)

lub

1.2.1.2. zezwolenie na przetwarzanie (unieszkodliwienie D10 lub odzysk w procesie „R”) wraz z zezwoleniami sektorowymi, takimi jak:

- a) na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza;
- b) na wytwarzanie odpadów;
- c) pozwolenie wodnoprawne na pobór wód;
- d) pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód lub do ziemi;

lub

1.2.1.3. zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, które spełnia wymagania określone w pkt 2 objęte jednym zezwoleniem, zgodnie z art. 41 ust. 5 ustawy o odpadach (t. j. Dz.U. z 2023 r. poz. 1587 z późn. zm.), lub

1.2.1.4. umowę z podmiotami posiadającymi jedną z wyżej wymienionych decyzji, Zamawiający uzna także powyższy warunek za spełniony jeśli Wykonawca lub podmiot z którym podpisał umowę, posiada (dla instalacji, gdzie będzie prowadzony proces przetwarzania odpadów) potwierdzenie złożenia wniosku, o którym mowa w art. 14 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018r. poz. 1592 ze zm.) do właściwego organu administracji publicznej do dnia 5 marca 2020 r.

oraz

1.2.2. aktualny zawierający kod 16 81 01* indywidualny numer rejestrowy w bazie BDO. Zamawiający uzna powyższy warunek za spełniony jeśli Wykonawca i podmiot, z którym Wykonawca podpisał umowę posiada aktualny zawierający kod 16 81 01* indywidualny numer rejestrowy w bazie BDO, (...)

1.4. Zdolności technicznej lub zawodowej; Określenie warunku: Wykonawca spełni warunek, jeżeli udowodni, że:

a) w zakresie doświadczenia - posiada niezbędne doświadczenie umożliwiające realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, tj. wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzonej działalności jest krótszy - w tym okresie, należycie wykonał a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych wykonuje usługi z należytą starannością, tj. co najmniej dwie usługi polegające na usunięciu i poddaniu ostatecznemu przetwarzaniu odpadów niebezpiecznych w procesie D10 lub „R”, w ilości co najmniej 100,00 Mg w ramach każdej usługi.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający opisał przedmiot zamówienia oraz skorelowane z nim warunki udziału w postępowaniu w sposób, który prowadzi do naruszenia i ograniczenia uczciwej konkurencji w postępowaniu i nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i planowanych do realizacji celów. Odwołujący podnosił, że kompilacja postawionych w postępowaniu wymagań, w szczególności dopuszczających do postępowania, utrudnia uczciwą konkurencję, jest nieproporcjonalna do przedmiotu zamówienia, prowadzi do uprzywilejowania jednego wykonawcy względem pozostałych i ograniczenia w sposób nieuzasadniony kręgu wykonawców, którzy mogą złożyć ofertę, a dodatkowo narusza obowiązki wynikające z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2023 poz. 1587 ze zm.). Analiza dokumentacji postępowania jak również zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania, że zarzuty odwołania w większości zasługują na uwzględnienie. Okolicznościami niekwestionowanymi a zatem bezspornymi było, że odpady niebezpieczne zlokalizowane w Rogowcu stanowią zagrożenie dla środowiska, zdrowia, życia i bezpieczeństwa ludzi i konieczne jest ich usunięcie oraz właściwe zagospodarowanie. Niemniej jednak Zamawiający konstruując odpowiednio postanowienia opisu przedmiotu zamówienia jak również warunki udziału w postępowaniu naruszył zasadę proporcjonalności i określił je w sposób ograniczający konkurencję co nie

znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i nie służy celowi, który Zamawiający planuje osiągnąć. Zamawiający decydując się na ogłoszenie postępowania w trybie konkurencyjnym powinien umożliwić realizację zamówienia (w tym celów jakie są konieczne do osiągnięcia) wykonawcom zdolnym do jego należytego wykonania. Co więcej, Zamawiający powinien opisać przedmiot zamówienia dobrą metodą, które nie utrudnią uczciwego konkurowania a jednocześnie spełnią potrzeby Zamawiającego.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy pzp oraz zasad prowadzenia postępowania w zakresie w jakim Zamawiający określił jako jedyną metodę zagospodarowania: unieszkodliwienia odpadów w procesie termicznego przekształcania D10.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podnosił, że proces zagospodarowania odpadów niebezpiecznych wskazany przez Zamawiającego jest ostatni w hierarchii postępowania z odpadami określonej w ustawie o odpadach, co oznacza, że jest możliwy tylko w przypadku, gdy odpady pod względem fizyko-chemicznym nie spełniają parametrów do przetworzenia w procesach recyklingu lub odzysku. Odwołujący argumentował, że bazując na ekspertyzie biegłego stanowiącej załącznik nr 1 do OPZ można stwierdzić, że część odpadów nadaje się do przetworzenia w procesach odzysku co przekłada się na niższe koszty realizacji zamówienia. Odwołujący wskazywał, że brak dopuszczenia możliwości zastosowania metody odzysku pozostaje w niezgodności z przepisami ustawy o odpadach a dodatkowo uniemożliwia Odwołującemu wzięcie udziału w postępowaniu i konkurowanie rozwiązaniami ekologicznymi oraz warunkami realizacji zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko zarówno Odwołującego jak i Przystępujących, że opis przedmiotu zamówienia określający

wyłącznie jedną metodę zagospodarowania odpadów niebezpiecznych nie znajduje uzasadnienia w potrzebach Zamawiającego i został ustalony z pominięciem procesów występujących wyżej w hierarchii odpadów zgodnie z ustawą o odpadach, a jednocześnie ogranicza konkurencję w postępowaniu eliminując wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez

konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Ustawa dopuszcza wskazanie na konkretny produkt jedynie w sytuacji, gdy zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny” (art. 99 ust. 5 ustawy pzp). W takim przypadku zamawiający jest zobowiązany opisać jakimi kryteriami będzie się kierował w celu oceny równoważności (art. 99 ust. 6 ustawy pzp). „Regulacje ustawowe determinują więc zgodność opisu przedmiotu zamówienia z zasadą uczciwej konkurencji. W art. 99 ust. 4 Ustawodawca za przypadek opisu przedmiotu zamówienia, który może naruszyć uczciwą konkurencję, uznał dokonanie opisu przez wskazanie na konkretny produkt, a więc podanie przykładowo znaku towarowego, który identyfikuje dany produkt dostarczany przez konkretnego wykonawcę (dyskryminacja bezpośrednia). Zakaz utrudniania uczciwej konkurencji przy opisywaniu przedmiotu zamówienia zostanie także naruszony, gdy przy jego dokonaniu zamawiający użyje określeń czy parametrów wskazujących w sposób pośredni konkretnego producenta lub konkretny produkt czego wyrazem jest zwrot „w szczególności” w treści ww. przepisu (dyskryminacja pośrednia). Z przepisu wynika więc zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w taki sposób, który mógłby potencjalnie zagrozić uczciwej konkurencji. Dalej podnieść należy jak stanowi art. 99 ust. 2 ustawy pzp, że zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem, że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów. Zamawiający opisuje więc przedmiot zamówienia poprzez wskazanie parametrów go charakteryzujących, czy też funkcji jakie ma dostarczać. Przy dokonywaniu tej czynności zamawiający kieruje się celami, które zamierza osiągnąć i własnymi potrzebami. Potrzeby zamawiającego nie mogą jednak prowadzić do obiektywnie nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji. W sytuacji więc gdy osiągnięcie planowanego przez zamawiającego celu jest możliwe przy rozszerzeniu parametrów przedmiotu zamówienia co przekłada się na otwarcie postępowania dla większego kręgu wykonawców to zamawiający nie może opisu ograniczyć. Jednocześnie Zamawiający zobligowany jest do respektowania zasad postępowania: proporcjonalności i uczciwej konkurencji oraz udzielenia zamówienia w sposób zapewniający uzyskanie najlepszych efektów (społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych).

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy Izba w pierwszej kolejności zauważa, że Zamawiający określił w postępowaniu jedną metodę zagospodarowania odpadów w procesie unieszkodliwiania D10. Jednocześnie Zamawiający mając na względzie, że na etapie ogłoszonego postępowania nie jest znany dokładny skład i właściwości odpadów znajdujących się na nielegalnym składowisku (co nie było kwestionowane) w postanowieniu pkt 7.2. OPZ określił, że w razie zidentyfikowania wśród usuwanych odpadów takich odpadów, których wykonawca nie będzie mógł ze względu na ich właściwości, poddać procesowi unieszkodliwiania ostatecznego D10 to będzie zobowiązany zagospodarować je w ramach innego procesu przetwarzania. Nadto w pkt 3.2. OPZ Zamawiający wskazał, że: „Od chwili podpisania Protokołu przekazania Nieruchomości, Wykonawca w ramach realizacji przedmiotu zamówienia przejmuje obowiązki posiadacza odpadów wynikające z ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.” Zgodnie z projektem umowy Zamawiający w par. 14 ust. 5.1. przewidział możliwość rozwiązania umowy ze skutkiem natychmiastowym w przypadku, gdy wykonawca: realizuje zamówienie z naruszeniem obowiązujących przepisów prawa, a w szczególności ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach oraz rozporządzeń wydanych na jej podstawie lub ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska. Z powyższego wynika, że Zamawiający z jednej strony zobowiązuje wykonawcę jako posiadacza odpadów do stosowania ustawy o odpadach, których naruszenie może skutkować natychmiastowym rozwiązaniem umowy, a z drugiej narzuca metodę zagospodarowania pozostającą w niezgodności z hierarchią odpadów. Niewątpliwie ustawa o odpadach w art. 17 ustanawia hierarchię zagospodarowania odpadów, zgodnie z którą: „Wprowadza się następującą hierarchię sposobów postępowania z odpadami: 1) zapobieganie powstawaniu odpadów; 2) przygotowywanie do ponownego użycia; 3) recykling; 4) inne procesy odzysku; 5) unieszkodliwianie.” a w regulacjach dalszych precyzuje, kiedy możliwa jest rezygnacja z danego sposobu zagospodarowania: art. 18 ust. 2, 3 oraz 5-6 „Odpady, których powstaniu nie udało się zapobiec, posiadacz odpadów w pierwszej kolejności jest obowiązany poddać odzyskowi. 3. Odzysk, o którym mowa w ust. 2, polega w pierwszej kolejności na przygotowaniu odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, a jeżeli nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych – poddaniu innym procesom odzysku. (...) 5. Odpady, których poddanie odzyskowi nie było możliwe z przyczyn, o których mowa w ust. 3, posiadacz odpadów jest obowiązany unieszkodliwiać. 6. Składowane powinny być wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn, o których mowa w ust. 3. 7. Unieszkodliwianiu poddaje się te odpady, z których uprzednio wysegregowano odpady nadające się do

odzysku.” Jednocześnie ustawa zobowiązuje zamawiających do uwzględniania powyższych zasad przy udzielaniu zamówień publicznych: art. 19 ust. 2: „Jednostki sektora finansów publicznych stosują kryteria ponownego użycia lub przygotowania do ponownego użycia odpadów przy udzielaniu zamówień publicznych, o ile ponowne użycie lub przygotowanie do ponownego użycia odpadów jest możliwe.” Zdaniem Izby, z powyższych regulacji wynika, że w pierwszej kolejności odpady należy poddać odzyskowi rozumianemu jako przygotowanie odpadów przez ich posiadacza do ponownego użycia lub poddaniu recyklingowi, chyba że nie jest to możliwe z przyczyn technologicznych lub nie jest uzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych. Jeśli takie przyczyny wystąpią to odpady należy poddać

innym procesom odzysku. Natomiast gdy takie inne procesy odzysku nie są możliwe z przyczyn technologicznych, ekologicznych lub ekonomicznych to posiadacz odpadów jest obowiązany je unieszkodliwić. Izba w całości podziela więc analizy prawne w zakresie stosowania hierarchii odpadów przedstawione w opiniach prawnych złożonych jako dowód przez Przystępującego Mo-Bruk przyjmując je za własne a tym samym nie widząc potrzeby ich powielania. Jakkolwiek są to opinie prywatne traktowane jak stanowisko procesowe Przystępującego Mo-Bruk to Izba taką wykładnię przepisów ustawy o odpadach w całości uznaje za właściwą. Izba zauważa dalej, że Zamawiający nie zakwestionował przeprowadzonej w opiniach interpretacji regulacji ustawy o odpadach a jedynie wskazał, że opisując przedmiot zamówienia uznał wyższość ogólnej zasady gospodarki odpadami wyrażonej w art. 16 ustawy o odpadach: „Gospodarkę odpadami należy prowadzić w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, w szczególności gospodarka odpadami nie może: 1) powodować zagrożenia dla wody, powietrza, gleby, roślin lub zwierząt; 2) powodować uciążliwości przez hałas lub zapach 3) wywoływać niekorzystnych skutków dla terenów wiejskich lub miejsc o szczególnym znaczeniu, w tym kulturowym i przyrodniczym.” Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że okoliczność, iż nielegalne składowisko odpadów w Rogowcu stanowi zagrożenie dla życia i zdrowia ludzkiego była okolicznością bezsporną stąd złożone w tym zakresie przez Zamawiającego dowody odnośnie do historii doprowadzenia do sytuacji obecnej Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia. Dalej zaznaczenia wymaga, że Zamawiający nie przedstawił żadnej analizy, z której wynikałaby możliwość odstąpienia od stosowania hierarchii odpadów, w tym od dopuszczenia jako metody realizacji zamówienia procesów odzysku. Zamawiający właściwie nie zaprzeczył, aby zastosowanie takiej metody zagospodarowania odpadów było niemożliwe chociażby w zakresie substancji wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu, a wynikających z ekspertyzy biegłego w wyniku przeprowadzonych badań na próbie pobranej ze składowiska odpadów. Izba zauważa za Odwołującym i Przystępującymi w

sprawie, że Zamawiający nie dokonał oceny w zakresie możliwości zagospodarowania odpadów w inny sposób z uwzględnieniem przesłanek odstąpienia od hierarchii odpadów, gdyż takie rozważania nie wynikają z Analizy potrzeb i wymagań sporządzonej na etapie przygotowania postępowania. Zamawiający oparł się w całości na opinii biegłego przygotowanej na zlecenie Zamawiającego, która jednak również takiej analizy nie zawiera. Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający uznał, że skoro biegły wskazał metodę termicznego unieszkodliwiania, jako najwłaściwszą dla przedmiotowych odpadów to „kierując się wiedzą i doświadczeniem ww. biegłego, Zamawiający nie bierze pod uwagę innych metod zagospodarowania odpadów, niż proces unieszkodliwiania D10.” Słusznie jednak podnosił Odwołujący i Przystępujący, że opinia nie przedstawia analizy w zakresie możliwych procesów zagospodarowania odpadów. Jakkolwiek celem opinii były: „Propozycje metod zagospodarowania odpadów wraz z uzasadnieniem zastosowania danej metody w przedmiotowym przypadku. Wybór najbardziej korzystnej metody, uwzględniając specyfikę zdeponowanych odpadów wraz z uzasadnieniem jej wyboru.” to jednak biegły nie przedstawił takiej analizy. Biegły wskazał jedynie, że: „Istnieje wiele sposobów utylizacji odpadów niebezpiecznych takich jak odpady chemiczne. Wybór konkretnej metody zależy od rodzaju odpadu, jego właściwości chemicznych i fizycznych, a także lokalnych przepisów i możliwości technicznych. W niniejszej sprawie należy wybrać metodę kontrolowanego spalania tj. metodę termiczną. W metodzie termicznej wykorzystuje się fakt, iż odpady tego typu są w sposób kontrolowany spalane.” Z powyższego wynika, że metodę zagospodarowania należy badać względem rodzaju odpadu i jego właściwości. Bezspornym było, że Zamawiający nie ma obecnie wiedzy na temat wszystkich rodzajów odpadów znajdujących się na składowisku, tym samym ustalenia na tym etapie o odpowiedniej metodzie nie dotyczą całego zakresu zamówienia. Co więcej, biegły wskazuje, że należy wybrać metodę kontrolowanego spalania tj. metodę termiczną, ale nie uzasadnia w żaden sposób wyboru takiego procesu chociażby poprzez powołanie się na właściwości zidentyfikowanych odpadów, które mogłyby wykluczyć ewentualne inne procesy, jak procesy odzysku. Biegły nie odpowiada więc na pytanie, czy inne procesy są niemożliwe. Dalej biegły rekomenduje dla utylizacji odpadów stanowiącej przedmiot zamówienia konkretną firmę, która w ocenie biegłego posiada odpowiednie zaplecze techniczne pozwalające na spalanie takiej ilości odpadów i zaznacza, że: „(...) spalarnia odpadów niebezpiecznych nie przyjmie odpadów do spalania bez wiedzy o składzie odpadów wobec powyższego należy podkreślić, iż każda spalarnia nie tylko ww. będzie wymagała analizy składowanych odpadów (każdego pojemnika).” Kolejno wymienia odpady zidentyfikowane w pobranych losowo 100 próbach wybranych pojemników i stwierdzone w nich substancje kwalifikując te odpady jako odpady

niebezpieczne. Izba zauważa, że ustawa o odpadach nie wyłącza odpadów niebezpiecznych z konieczności stosowania hierarchii odpadów i ich zagospodarowania inną metodą niż procesy spalania, stąd wskazanie przez biegłego, że odpady na składowisku stanowią odpady niebezpieczne również nie determinuje procesu w jakim należy je zagospodarować. Dalej biegły opisuje metodę spalania kontrolowanego i warunki jakie trzeba spełnić przy wyborze takiej metody. Opinia biegłego nie przedstawia zatem żadnej analizy i uzasadnienia dla wyboru sposobu zagospodarowania odpadów. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego z odpowiedzi na odwołanie biegły nie uzasadnił wyboru konkretnej metody odwołując się do składu chemicznego odpadów, ich oddziaływania na środowisko oraz realnego ryzyka związanego z ich gospodarowaniem. Opinia nie odpowiada na pytanie, dlaczego inne metody, w tym wnioskowany przez Odwołującego proces odzysku nie jest możliwy względem zidentyfikowanych odpadów, które biegły wyłącznie zaliczył do odpadów niebezpiecznych. Zamawiający wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że „żaden inny proces gospodarowania odpadami nie jest w stanie zapewnić wyższego bezpieczeństwa dla środowiska oraz życia i zdrowia ludzi niż proces termicznego przekształcania odpadów.”, co stanowi wyłącznie ocenę własną Zamawiającego, niewynikającą z opinii biegłego, ani z żadnego innego dowodu przedstawionego przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym. Jak już akcentowano, z ustawy o odpadach nie wynika zasada, aby odpady niebezpieczne musiały być zagospodarowywane wyłącznie w procesie unieszkodliwiania z uwagi na okoliczność, że stanowią zagrożenie dla zdrowia, życia ludzi czy środowiska. Z dowodów przedstawionych przez Przystępującego WIT-KRIS oraz dokumentacji postępowań przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu wynika, że w postępowaniach podobnych na zagospodarowanie odpadów niebezpiecznych zamawiający dopuszczali procesy odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Co prawda postępowania dotyczyły mniejszej ilości odpadów, jeśli liczyć w przedmiotowym postępowaniu odpady objęte prawem opcji, niemniej jednak zdaniem Izby ilość odpadów nie wpływa na ich właściwości i nakazane ustawą o odpadach sposoby ich zagospodarowania. W postępowaniu w Gorlicach, gdzie również nie były znane wszystkie rodzaje odpadów niebezpiecznych na składowisku zamawiający określił metody ich zagospodarowania jako: „poddanie ich odpowiednim

do właściwości odpadów ostatecznym procesom odzysku lub ostatecznym procesom unieszkodliwiania." Już z nazwy tego postępowania: „Likwidacja zagrożenia dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska, powodowanego odpadami magazynowanymi/składowanymi w miejscu na ten cel nieprzeznaczonym, tj. na terenie byłej Rafinerii Nafty „Glimar” w Gorlicach, przy ul. Kard. St. Wyszyńskiego 2”, wynika, że odpady podobnie jak w przedmiotowym postępowaniu stanowią zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska. Co więcej, jak wynika

z protokołu częściowego z tej realizacji Wykonawca w dużej mierze przeprowadził odzysk odpadów, a wyłącznie w 20% ich unieszkodliwienie. Zamawiający podnosił nieporównywalność tych postępowań wskazując także na lokalizację składowiska, gdzie w przedmiotowym postępowaniu znajduje się: „infrastruktura krytyczna należąca do PGE Górnictwo i Energetyka Konwencjonalna SA. (Elektrownia Bełchatów) oraz budynki mieszkalne w odległości ok 43 m. od granicy działki, oczyszczalnia ścieków jak również ciek wodny.” Zdaniem Izby powyższa argumentacja uzasadnia jedynie pilne usunięcie niebezpiecznych odpadów, ale nie przekłada się na wybór metody ich dalszego zagospodarowania. W obu przypadkach – w procesie odzysku jak i w procesie unieszkodliwiania – odpady będą transportowane z powyższej lokalizacji, a sama metoda dotyczy dalszego z nimi postępowania. Zamawiający podnosił także, że „Sama konieczność wielokrotnego transportu odpadów generuje tak duże ryzyko wystąpienia wypadku, że z punktu widzenia Zamawiającego nie jest dopuszczalne tak dalekie narażenie bezpieczeństwa ludzi oraz środowiska naturalnego.” Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że transport odpadów niebezpiecznych z każdego składowiska będzie rodził takie ryzyka, w szczególności w sytuacji, gdy nie jest wiadomy skład wszystkich odpadów co jednak nie uzasadnia odstąpienia od innych procesów ich zagospodarowania niż unieszkodliwienie. Nie ulega wątpliwości, że w przypadku wystąpienia sytuacji, o której mowa w pkt 7.2. OPZ, a więc „zidentyfikowania wśród usuwanych Odpadów takich odpadów, których Wykonawca nie będzie mógł ze względu na ich właściwości, poddać procesowi unieszkodliwiania ostatecznego D10” odpady również będą po raz kolejny transportowane do innej instalacji, Zamawiający wskazywał na ich mieszanie czy sortowanie, ale takie czynności będą dotyczyć również wybranej przez Zamawiającego metody. Jak bowiem wynika z opinii biegłego: „Segregacja i przygotowanie odpadów: Odpady niebezpieczne muszą być starannie segregowane i przygotowywane przed spalaniem. Zapewnia się odpowiednie sortowanie i identyfikację różnych rodzajów odpadów, aby umożliwić ich właściwe przetwarzanie. Na tym etapie należy poddać analizie składowane odpady i uszeregować je w typy/rodzaje.” Ponadto, Zamawiający nie uzasadnił, dlaczego uznał, że tylko: „zagospodarowanie porzuconych odpadów w procesie D10 gwarantuje ich unieszkodliwienie oraz zagospodarowanie w sposób legalny i bezpieczny, w procesie, który gwarantuje skuteczne zagospodarowanie odpadów zgromadzonych na terenie objętym zamówieniem.”

Konkludując, zdaniem Izby Zamawiający dokonując wyboru konkretnej metody zagospodarowania odpadów niebezpiecznych ograniczył w sposób nieuzasadniony celem

udzielenia zamówienia jakim niewątpliwie jest usunięcie odpadów z nielegalnego składowiska i właściwe ich przetworzenie, uczciwą konkurencję w postępowaniu. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że jako gospodarz postępowania opisuje przedmiot zamówienia tak aby osiągnąć jak najlepsze efekty i zgodnie z własnymi potrzebami. Niemniej jednak opis przedmiotu zamówienia, a w tym przypadku, wybór szczególnego procesu zagospodarowania odpadów musi znajdować uzasadnienie w celach jakie Zamawiający planuje osiągnąć. W ocenie Izby, Zamawiający założone przez siebie cele może zrealizować również dopuszczając procesy odzysku, szczególnie mając na względzie zgodność z hierarchią zagospodarowania odpadami wynikającą z ustawy o odpadach. Opis przedmiotu zamówienia w obecnym brzmieniu mógłby doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców, na co wskazuje także liczba przystąpień Wykonawców do postępowania odwoławczego.

Dlatego też Izba uznała, że zarzut zasługuje na uwzględnienie i nakazała zmianę opisu przedmiotu zamówienia poprzez dopuszczenie w procesie realizacji zamówienia procesów odzysku, a dopiero w odniesieniu do odpadów w stosunku, do których odzysk nie jest możliwy poddanie tych odpadów procesom unieszkodliwiania. Niewątpliwie, zrealizowanie powyższej zmiany będzie wymagało modyfikacji postanowień dokumentów zamówienia i ogłoszenia o zamówieniu.

Dodatkowo wskazania wymaga, że Odwołujący w zakresie tego zarzutu (dopuszczenia metody odzysku) podnosił także konieczność ujednoczenia kodów odpadów w opisie przedmiotu zamówienia ewentualnie wyłącznie dopuszczenie metody odzysku w procesie R. Uzasadnienie dla tego żądania zostało skorelowane z warunkami udziału w postępowaniu, a także z żądaniem dopuszczenia w postępowaniu procesu odzysku. Odwołujący argumentował bowiem, że „bardzo wąskie ujęcie kodów odpadów w ocenie Odwołującego ma dać uzasadnienie dla ograniczenia konkurencji w postępowaniu poprzez przeniesienie tych kodów do wymagań w zakresie posiadanych uprawnień.” Odwołujący upatrywał więc naruszenia ustawy pzp co do podania kodów w opisie przedmiotu zamówienia w takim zakresie w jakim przekładają się na postawione w postępowaniu warunki. Izba nakazała nie tylko dopuszczenie procesu odzysku, co będzie determinowało zmiany w postanowieniach opisu przedmiotu zamówienia nie tylko w zakresie powołanego przez Odwołującego (Załącznika nr 1 do SWZ ust. 1 pkt 1.1 pkt 1.1.3), ale również (o czym dalej) usunięcie zgodnie z wnioskiem Odwołującego części kodów odpadów w zakresie warunku dotyczącego uprawnień. Zdaniem Izby, mając na względzie przedstawione w odwołaniu uzasadnienie dla konieczności ujednoczenia kodów w opisie przedmiotu zamówienia,

powyższe zmiany konsumują żądanie Odwołującego i w tym zakresie Izba podkreśla, że jako niezwiązana żądaniami odwołania orzekła inaczej niż wnioskował Odwołujący tj. poprzez nakazanie modyfikacji warunków co do kwestionowanych kodów i opisu przedmiotu zamówienia co do dopuszczenia w postępowaniu metody odzysku w sposób ogólny bez wskazywania na konkretne postanowienia, których zmiana będzie konieczna. Zgodnie z sentencją Zamawiający będzie zobligowany do uwzględnienia konsekwencji powyższych zmian w dokumentacji zamówienia i ogłoszeniu.

Zarzut dotyczący naruszenia art. 99 ust. 4 ustawy pzp oraz zasad prowadzenia postępowania w zakresie żądania dodania wymogu odnoszącego się do udokumentowania oraz zagospodarowania odpadów powstałych po przetworzeniu

odpadów w procesie unieszkodliwienia D10.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do tego żądania Odwołujący podnosił, że Zamawiający w dokumentach zamówienia nie wskazał wymogu dla wykonawców, którzy będą prowadzić proces unieszkodliwienia termicznego D10 odnoszącego się do odpadów wytworzonych po przetworzeniu w procesie D10. Odwołujący argumentował, że dla rzetelnego wykonania zamówienia to Zamawiający winien nakazać Wykonawcom prowadzącym takie przetwarzanie, aby złożyli stosowne dokumenty, z których wynikają ilości powstałe po procesie D10, a następnie wskazali oraz dopilnowali ich ostatecznego zagospodarowania, aby wyeliminować drogę niezgodnego postępowania z odpadami będącymi pozostałością po przetworzeniu odpadów ze składowiska objętego zamówieniem.

Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że jakkolwiek wnioskowana zmiana byłaby być może zmianą pożądaną mając na względzie stanowisko Zamawiającego prezentowane na rozprawie w zakresie kontroli postępowania z odpadami usuniętymi ze składowiska to jednak brak takiego wymogu w opisie przedmiotu zamówienia nie stanowi zdaniem Izby naruszenia ustawy pzp. Wprowadzenie takiego wymogu stanowi wyłącznie uprawnienie Zamawiającego, a jak wskazał w odpowiedzi na odwołanie: „Odpady powstałe w wyniku przeprowadzenia procesu unieszkodliwiania D10, są odpadami, których wytwórcą jest Wykonawca i w jego gestii jest postępowanie z nimi zgodnie z przepisami prawa.” Dlatego też Izba nie stwierdziła w zakresie tego żądania naruszenia ustawy pzp.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy pzp, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy.

Zarzut potwierdził się.

W odniesieniu do tej grupy zarzutów i żądań Odwołujący podnosił, że warunki udziału w postępowaniu zostały sformułowane w sposób nadmierny, eliminując z postępowania wykonawców zdolnych do należytej realizacji zamówienia. Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że warunki dotyczące uprawnień wykonawcy, a także doświadczenia wykonawcy i doświadczenia osób zostały ustalone na maksymalnym a nie minimalnym poziomie zdolności, w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję w postępowaniu.

Na wstępie podnieść należy, że zasada proporcjonalności, o której mowa w art. 16 ustawy pzp nakazuje zachowania adekwatnego do danej sytuacji, tym samym musi być ono odpowiednie w okolicznościach danej sprawy, a podejmowane działania muszą odpowiadać założonym celom. W myśl art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający jest zobligowany formułować warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem potrzeb danego zamówienia (specyfikacji, zakresu) oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. W odniesieniu do zasady proporcjonalności Izba podzieliła stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2019 r., sygn. akt: KIO 1859/19, iż: „zgodnie z tą zasadą nakaz przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób proporcjonalny, z uwzględnieniem zachowania konkurencji wśród wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie jest tożsamy z nakazem dopuszczenia do zamówienia wszystkich podmiotów, w tym niezdolnych do jego realizacji w należyty sposób, lub dopuszczenia wszystkich rozwiązań istniejących na rynku, w tym nieodpowiadających potrzebom zamawiającego.” W tym kontekście wskazania wymaga, że ustanowione warunki udziału w postępowaniu muszą spełniać tzw. test proporcjonalności, którego przeprowadzenie ma wykazać, czy podejmowane działania są niezbędne i adekwatne do wybranego celu (tak też: wyrok TSUE z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97).

Warunki udziału w postępowaniu zamawiający winien wyrażać jako minimalne poziomy zdolności co skutkuje tym, iż za zdolnego do wykonania zamówienia uznaje się wykonawcę,

który wykaże spełnienie minimalnych wielkości, określonych przez zamawiającego. Należy przy tym uwzględniać specyfikę zamówienia, w tym jego rodzaj, przedmiot, zakres, sposób wykonania, wartość i sposób płatności. Celem stawiania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu, jest zapewnienie, aby zamówienie zostało powierzone podmiotowi dającemu rękojmię jego należytej realizacji. Zamawiający zobowiązany jest przy tym zachować równowagę pomiędzy jego tak rozumianym interesem, a interesem wykonawców. Chodzi o to, aby poprzez wprowadzenie nadmiernych wymagań, nie nastąpiło wyeliminowanie z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytego wykonania (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 29 września 2017 r., sygn. akt KIO 1922/17).

Podnieść także należy, że to zamawiający jako gospodarz postępowania kształtuje warunki udziału w postępowaniu mając na względzie charakter i specyfikę przedmiotu zamówienia. Niemniej jednak uprawnienie zamawiającego w zakresie formułowania warunków udziału w postępowaniu nie jest nieograniczone i powinno opierać się jak już wskazano na zasadzie proporcjonalności, równości, uczciwej konkurencji oraz posiadać uzasadnienie w potrzebach zamawiającego.

Przenosząc powyższe na kanwę niniejszej sprawy zdaniem Izby Zamawiający naruszył ww. zasady, a w postępowaniu odwoławczym nie wykazał, aby tak wysoki poziom ustanowionych warunków udziału był konieczny i niezbędny dla celu, jaki Zamawiający planuje osiągnąć.

Zarzut dotyczący warunku w zakresie uprawnień wykonawcy.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podnosił, że Zamawiający sformułował warunek w sposób nadmierny do

przedmiotu zamówienia wymagając odpowiednich zezwoleń na przetwarzanie odpadów i wpisów zawierających wszystkie cztery kody odpadów, które zidentyfikował biegły w pobranej próbce. Odwołujący argumentował, że wystarczające dla realizacji przedmiotowego zamówienia jest posiadanie uprawnień na przetwarzanie odpadów w zakresie kodów 160305* oraz 168101* odnoszących się w sposób kompleksowy do odpadów niebezpiecznych. Pozostałe kody 160303* oraz 150110* bardzo rzadko występują u podmiotów prowadzących odzysk i są właściwie wyłącznie dla podmiotów prowadzących instalacje termicznego unieszkodliwiania. Odwołujący powołując się na podobne realizacje dotyczące zagospodarowania nielegalnych składowisk wskazał, że warunek w obecnym brzmieniu jest nadmierny, a w sytuacji dopuszczenia procesów odzysku, nieadekwatny do przedmiotu zamówienia.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego i Przystępujących. Zauważyć należy, że Zamawiający na obecnym etapie nie ma wiedzy co do wszystkich kodów odpadów, które

mogą wystąpić na składowisku, tym samym żądanie uprawnień co do wszystkich kodów aktualnie zidentyfikowanych nie jest adekwatne do przedmiotu zamówienia. Co więcej, sam Zamawiający stwierdza w odpowiedzi na odwołanie, że: „skład chemiczny odpadów zdeponowanych na terenie objętym zamówieniem nieustannie ulega zmianom, ponieważ wraz z rozszczelnieniem się kolejnych pojemników dochodzi do wycieku i mieszania się substancji w nich zdeponowanych, a w przypadku substancji wysoce reaktywnych, dochodzi do reakcji chemicznych, w wyniku których powstają nowe niebezpieczne substancje.” Kody odpadów, o których pozostawienie wnioskował Odwołujący odnoszą się w sposób ogólny do odpadów niebezpiecznych, co zdaniem Izby jest poziomem wystarczającym jako warunek dopuszczający wykonawców do postępowania. Jak sam Zamawiający stwierdza w odpowiedzi na odwołanie: „Pomimo tego, iż nie podniesiono zarzutu dotyczącego uwzględnienia w zamówieniu kodu 16 81 01*, wyjaśniam, że ten kod został przyjęty przez zamawiającego, ponieważ jest najbardziej ogólny i pozwala na zagospodarowanie wszystkich odpadów zdeponowanych na terenie, których nie da się bliżej zidentyfikować.” Zamawiający zatem przyznaje, że ww. kod odpadu ma charakter najbardziej kompleksowo odzwierciedlający przedmiot zamówienia, a jak już wskazano, warunki powinny być określane na minimalnych poziomach zdolności. Dodatkowo, Izba nakazała dopuszczenie w postępowaniu procesów odzysku, stąd konieczne może okazać się dostosowanie warunków do przedmiotu zamówienia i dopuszczenia do postępowania kręgu wykonawców posiadających odpowiednie w tym zakresie zezwolenia, jak przykładowo w postępowaniu przywołanym przez Przystępującego WIT-KRIS prowadzonym przez Miasto Gorlice, gdzie zamawiający wymagał: „Wykonawca zobowiązany jest wykazać się posiadaniem: aktualnych decyzji administracyjnych uprawniających go do prowadzenia ostatecznego procesu unieszkodliwiania lub ostatecznego procesu odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych o kodzie 16 81 01*, do prowadzenia zbierania odpadów, w tym odpadów niebezpiecznych; indywidualnego numeru rejestrowego o którym mowa w art. 54 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r o odpadach (tekst jednolity Dz. U z 2020 r. poz. 797 ze zm.); aktywnego konta w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO).” Izba zauważa, że również w postępowaniach, na które powołał się Odwołujący w odwołaniu zamawiający albo w ogóle nie określali kodów w warunku, albo określali je alternatywnie bądź powoływali się na kod 16 81 01* dotyczący ogólnie odpadów niebezpiecznych. W sytuacji, gdy wszystkie kody odpadów nie są znane Zamawiający należytą realizację co do zagospodarowania odpadów o innych kodach nieobjętych uprawnieniami wykazanymi na etapie składania ofert i tak może zabezpieczyć poprzez wymaganie odpowiednich zezwoleń w trakcie wykonania zamówienia. Podobnie w pkt 7.2.

OPZ Zamawiający uregulował kwestię posiadania odpowiednich zezwoleń przez instalację w sytuacji, gdy zostaną zidentyfikowane odpady nienadające się do procesów unieszkodliwiania i konieczne będzie przetworzenie ich w inny sposób. Zdaniem Izby warunek w obecnym brzmieniu jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, dlatego zgodnie z wnioskiem Odwołującego nakazała usunięcie z warunku dwóch kwestionowanych przez Odwołującego kodów odpadów.

Zarzut dotyczący warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Co do powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że warunek został sformułowany w sposób identyczny do przedmiotu zamówienia eliminując z postępowania wykonawców zdolnych do jego należytej realizacji. Odwołujący argumentował, że brak jest uzasadnienia dla rozdzielenia osobno doświadczenia w usunięciu, załadunku i transporcie (pierwszy warunek) oraz doświadczenia w unieszkodliwieniu (drugi warunek) co ma w jego ocenie na celu uprzywilejowanie dwóch podmiotów. Wskazywał, że prawidłowo sformułowany warunek powinien minimalizować kody (Zamawiający nie posiada wiedzy o wszystkich odpadach na składowisku – nie była przeprowadzana pełna inwentaryzacja) i jednocześnie odnosić się do całości przedmiotu zamówienia bez wyekstrahowania w jego treści składowych realizacji zamówienia.

Stanowisko Odwołującego, jak również Przystępujących po jego stronie zasługiwało na uwzględnienie. W pierwszej kolejności Izba zauważa, że Zamawiający wymaga wykazania się aż trzema usługami (co nie było kwestionowane) o określonym zakresie rozdzielonym na dwa warunki. Dodatkowo, Zamawiający wymaga, aby referencyjne usługi dotyczyły określonej ilości odpadów (również element nie podważany w odwołaniu) ale odpadów o wszystkich czterech kodach, które na ten moment udało się Zamawiającemu zidentyfikować. Zarzuty odwołania koncentrowały się zatem wokół rozdzielenia poszczególnych zakresów w osobnych warunkach oraz podania wszystkich kodów odpadów znanych Zamawiającemu. Zdaniem Izby słusznie Odwołujący podnosił mając na względzie wysokie wymagania warunku już w zakresie liczby usług jak i ilości odpadów, że dodatkowe rozdzielanie zakresów oraz wskazanie na konkretne kody odpadów powoduje, że warunek doświadczenia wykonawcy został ukształtowany na maksymalnym a nie minimalnym poziomie zdolności.

Jak już zostało wskazane, zamawiający jest uprawniony konstruować stawiane wykonawcom warunki w taki sposób, aby uzyskać jak najlepsze efekty, czyli gwarancję należytej realizacji zamówienia. Wbrew jednak stanowisku Zamawiającego, uprawnienie to nie ma charakteru

absolutnego a zamawiający jest zobowiązany zweryfikować, czy postawione wymogi nie ograniczą konkurencji w postępowaniu oraz czy osiągnięcie planowanego efektu nie jest także możliwe poprzez ustanowienie warunków na niższym poziomie. Ustawa pzp precyzuje, że warunki powinny być ustalone jako minimalne a nie maksymalne poziomy zdolności. Zdaniem Izby, Zamawiający nie przeprowadził testu proporcjonalności i ustanawiając warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy kierował się wyłącznie własną, subiektywną oceną co do elementów warunku, które zapewnią wybór wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Zamawiający nie zweryfikował, czy taki warunek nie jest nadmierny i nie powoduje, że wykonawcy zdolni do jego właściwego wykonania nie zostaną wyeliminowani z postępowania.

Odnosząc się bowiem do argumentacji Zamawiającego, która w jego ocenie uzasadniała postawienie tak wysokich wymagań to zdaniem Izby jest ona nie adekwatna do kwestionowanych wymogów warunków. Zamawiający uzasadniał bowiem wymóg dotyczący ilości odpadów, który jednak nie był w odwołaniu podważany. Dalej Zamawiający wskazuje, że w zakresie ilości 1000 Mg muszą znaleźć się kody odpadów wyszczególnione w warunku, ale również mogą inne co zdaniem Zamawiającego powoduje, że warunek nie jest identyczny a podobny do przedmiotu zamówienia. Z argumentacją Zamawiającego nie sposób się zgodzić. Na obecnym etapie nie są znane wszystkie kody odpadów niebezpiecznych zalegających na składowisku, a Zamawiający ustalił w warunku cztery kody odpadów i niewątpliwie takiego rodzaju usługa ma zostać przez wykonawcę wykazana w ramach ustalonego przez Zamawiającego warunku, co czyni go tożsamym a nie podobnym z przedmiotem zamówienia. Co więcej, Zamawiający sam w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że: „kierował się zasadą, aby wykonawca posiadał doświadczenie jak najbardziej zbliżone do przedmiotu zamówienia, co w ocenie Zamawiającego zapewni właściwą oraz bezpieczną realizację przedmiotu zamówienia.” Zamawiający nie wyjaśnił jednak, dlaczego wykonawca, który zrealizował usługę podobną do przedmiotu zamówienia, ale nie obejmującą wszystkich kodów odpadów niebezpiecznych z warunku miałby posiadać doświadczenie nie dające rękojmi należytego wykonania zamówienia w porównaniu z wykonawcą, który zrealizował usługę obejmującą akurat cztery konkretne kody odpadów. Zamawiający nie uzasadnił jakie specyficzne doświadczenie konieczne do wykonania zamówienia niesie wykazanie się przez wykonawcę usługą zagospodarowania akurat tych kodów odpadów, które Zamawiający wyszczególnił w warunku. Z dowodów przedstawionych Przystępującego WIT-KRIS oraz dokumentacji postępowań przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu wynika, że w postępowaniach podobnych na zagospodarowanie

odpadów niebezpiecznych zamawiający określali warunek doświadczenia wykonawcy w sposób ogólnie odnoszący się do odpadów niebezpiecznych.

Z powyższego wynika, że Zamawiający nie zbadał, czy warunek jest proporcjonalny i nie zawęża niezasadnie kręgu wykonawców dających gwarancję właściwego wykonania zamówienia. Zarówno Odwołujący, jak i Przystępujący podnosili, że wyłącznie podmiot wskazany w opinii biegłego ma możliwość wykazania się tak ukształtowanymi warunkami. Zamawiający na pytanie Izby nie sprecyzował, jakie podmioty spełniają kompilację warunków w tym postępowaniu co umożliwiłoby im złożenie oferty.

W konsekwencji zarzut należało uwzględnić. Izba jednak nie będąc związana żądaniami odwołania orzekła inaczej niż wnosił Odwołujący. Izba nakazała zmianę warunku dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej z pkt IX 4 lit. a) i b) SWZ (w odniesieniu do doświadczenia wykonawcy) poprzez ustanowienie wymagania wykazania się usługami podobnymi do przedmiotu zamówienia polegającymi na usunięciu, załadunku, transporcie, poddaniu odzyskowi lub unieszkodliwieniu co najmniej 1000,00 Mg odpadów niebezpiecznych bądź alternatywne spełnienie tych wymagań co do poszczególnych zakresów bez wskazywania w warunku kodów odpadów. Zaznaczenia wymaga, że uwzględnienie zarzutu dotyczącego dopuszczenia w postępowaniu procesów odzysku może znaleźć również odzwierciedlenie w warunku udziału w postępowaniu z uwagi na zmianę zakresu zamówienia. Dlatego też, Izba pozostawiła swobodę Zamawiającemu w sformułowaniu ostatecznego brzmienia warunku zastrzegając jednak, że warunek powinien odnosić się do wybranego przez Zamawiającego zakresu bez podawania konkretnych kodów odpadów a odwołując się do określonej jej grupy zidentyfikowanej zresztą przez biegłego jako „odpady niebezpieczne”. Warunek może również dopuszczać alternatywę co do poszczególnych zakresów jak chociażby w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Gorlice: „Wykonawca posiada doświadczenie w wykonaniu należycie co najmniej 2 (dwóch) usług polegających na usunięciu i poddaniu ostatecznemu odzyskowi lub ostatecznemu unieszkodliwieniu odpadów niebezpiecznych lub polegających na ostatecznym unieszkodliwieniu odpadów niebezpiecznych w ilości co najmniej 250 Mg w ramach każdej usługi — wykonanych w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie.” Rozdzielanie do odrębnych warunków poszczególnych zakresów jak podnosił Odwołujący nie przekłada się na większe doświadczenie wykonawcy, a tym samym jest nieuzasadnione. Izba uznała, że żądanie Odwołującego jako wskazujące na wykazanie się usługami dotyczącymi ogólnie zagospodarowania odpadów było za daleko idące i nie charakteryzowało specyficznego

doświadczenia w zakresie usuwania, przetwarzania odpadów niebezpiecznych. Uwzględnienie wprost takiego żądania mogłoby skutkować dopuszczeniem do postępowania wykonawcy, który nie posiada adekwatnego do przedmiotu zamówienia doświadczenia. Niemniej jednak zarzut odwołania zasługiwał na uwzględnienie, Odwołujący uprawdopodobnił, że postawienie takiego wymagania jest nadmierne i ograniczające konkurencję, dlatego też Izba nakazała odpowiednią modyfikację warunku w zakresie doświadczenia wykonawcy.

Zarzut dotyczący warunku w zakresie doświadczenia personelu.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący podniósł analogiczną argumentację w zakresie powołania się w warunku dotyczącym Koordynatora realizacji zamówienia i jego zastępców na wszystkie cztery kody odpadów. Izba w tym zakresie przywołuje rozważania w zakresie zarzutu dotyczącego doświadczenia wykonawcy. Wymaganie, aby osoby skierowane do realizacji zamówienia wykazały się doświadczeniem w koordynowaniu identycznych usług, w ramach

których występowały cztery konkretne kody odpadów jest wymaganiem nadmiernym i nieuzasadnionym. Zamawiający nie wyjaśnił, czym różni się i jakie doświadczenie niesie koordynacja usługi obejmująca wskazane w warunku kody odpadów od koordynacji usługi, która obejmuje tylko niektóre z nich bądź inne odpady niebezpieczne. Zdaniem Izby tak ukształtowany warunek nie przekłada się na doświadczenie osoby, a wyłącznie prowadzi do nieuzasadnionego ograniczenia konkurencji.

Co do zarzutu i żądania zmniejszenia liczby osób wymaganych przez Zamawiającego w warunku to Odwołujący podnosił, że Zamawiający bardzo rygorystycznie określił wymogi związane z pełnieniem funkcji Koordynatora realizacji zamówienia oraz jego zastępców mając na względzie fakt, iż dostępność takich osób jest ograniczona na rynku pracy lub usług, a wymaganie de facto zespołu trzech osób eliminuje Odwołującego z postępowania.

Zamawiający natomiast wskazywał w odpowiedzi na odwołanie, że: „Zgodnie z zapisami SWZ prace na nieruchomości związane z załadunkiem i transportem odpadów mogą odbywać się od poniedziałku do soboty, z wyłączeniem dni ustawowo wolnych od pracy oraz mając na uwadze fakt, iż Zamawiający wymaga stałej obecności Koordynatora realizacji zamówienia (Koordynatora Wykonawcy), bądź jego zastępcy na nieruchomości w czasie prowadzenia prac polegających na realizacji przedmiotu zamówienia, wymóg zapewnienia co najmniej dwóch zastępców Koordynatora realizacji zamówienia, w opinii Zamawiającego, jest uzasadniony. Powyższy wymóg zagwarantuje ciągły i prawidłowy nadzór nad realizacją przedmiotu zamówienia w zakresie usuwania odpadów z nieruchomości, ich transportu

i unieszkodliwiania, również w sytuacji, w której z przypadków losowych lub innych, którym ani Wykonawca ani Zamawiający nie będą mogli zapobiec, osoby powyższe nie będą mogły uczestniczyć w wykonaniu zamówienia.”

Odnosząc się do powyższego słusznie zdaniem Izby podnosił Odwołujący, że Zamawiający wymaga stałej obecności Koordynatora lub zastępcy na nieruchomości w czasie prowadzenia prac, ale nie zastrzegł w opisie przedmiotu zamówienia, że obecność taka musi zostać zapewniona przez całą dobę. Zgodnie z OPZ Zamawiający pozostawił wykonawcom swobodę w ustaleniu harmonogramu realizacji prac (pkt 8 OPZ), a więc i w zakresie dotyczącym takiego ich rozplanowania, aby zapewnić stałą obecność Koordynatora. Dodatkowo, jak sam Zamawiający wskazuje prace mogą (ale nie muszą) odbywać się od poniedziałku do soboty. Nie ulega więc wątpliwości, że żądanie aż trzech osób o tożsamym doświadczeniu nie znajduje uzasadnienia w przedmiocie zamówienia.

Zarzut nadmiernych wymagań warunku w odniesieniu do doświadczenia personelu potwierdził się niemniej jednak Izba orzekła inaczej niż wnosił Odwołujący. Izba uwzględniła okoliczność podnoszoną przez Zamawiającego co do wystąpienia sytuacji losowych i konieczności sprawnego, niezakłócającego prowadzenia prac, zastąpienia Koordynatora realizacji zamówienia inną osobą o analogicznym doświadczeniu. Co prawda, Zamawiający przewidział w dokumentach zamówienia procedurę zastąpienia ww. osób innymi osobami o tożsamych kwalifikacjach, niemniej jednak jej zastosowanie w sytuacjach nagłych może być utrudnione bądź niemożliwe. Stąd Izba uznała, że wystarczającym dla zbadania zdolności do należytego wykonania zamówienia będzie wykazanie się dysponowaniem jedną osobą Koordynatorem realizacji zamówienia i jedną osobą zastępcą Koordynatora realizacji zamówienia. Dodatkowo Izba podobnie jak w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia wykonawcy uznała, że żądanie odwołania jest za daleko idące w tym znaczeniu, że odnosi się do doświadczenia osób w koordynowaniu zagospodarowania odpadów, ale nie odpadów niebezpiecznych. Izba mając na względzie uwzględnienie zarzutu dotyczącego dopuszczenia w postępowaniu procesów odzysku uznała, że zakres ten może znaleźć również odzwierciedlenie w warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też, Izba pozostawiła swobodę Zamawiającemu w sformułowaniu ostatecznego brzmienia warunku zastrzegając jednak, że warunek powinien odnosić się do wybranego przez Zamawiającego zakresu bez podawania konkretnych kodów odpadów a odwołując się do określonej jej grupy zidentyfikowanej zresztą przez biegłego jako „odpady niebezpieczne”. Podobnie jak warunek dotyczący doświadczenia wykonawcy, może również dopuszczać alternatywę co do poszczególnych zakresów przedmiotowych.

Zarzut naruszenia art. 121 ustawy pzp poprzez wprowadzenie wymogów osobistego wykonania zamówienia w zakresie jakim narusza to zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz nie jest to uzasadnione przedmiotem zamówienia.

Zarzut zasługiwał na uwzględnienie.

W odniesieniu do powyższego zarzutu Odwołujący podnosił, że zastrzeżenie do osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań składających się na przedmiot niniejszego zamówienia w postaci załadunku, ważenia w miejscu zdeponowania, transportu, usunięcia, ważenia w miejscu unieszkodliwiania oraz unieszkodliwiania w instalacji odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01* jest nieuzasadnione i prowadzi do ograniczenia konkurencji. Podnosił, że powierzenie części zamówienia podwykonawcy nie zwalnia wykonawcy od odpowiedzialności za należyte wykonanie zamówienia. Ponadto wskazał, że w niniejszym postępowaniu zakres osobistego wykonania kluczowych części zamówienia sprowadza się do praktycznie 99% jego zakresu.

Zamawiający natomiast w odpowiedzi na odwołanie argumentował, że: „Z uwagi na specyficzny i nietypowy charakter zamówienia, lokalizację miejsca zdeponowania odpadów w pobliżu zabudowy mieszkalnej oraz infrastruktury krytycznej (Elektrownia Bełchatów) oraz zagrożenia jakie stwarzają odpady objęte przedmiotem zamówienia, wprowadzenie na nieruchomość, na której składowane są odpady podwykonawców np. w zakresie ważenia, załadunku bądź transportu skutkowałoby nadmiernymi trudnościami w skoordynowaniu działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.”

Izba podzieliła w całości stanowisko Odwołującego i Przystępujących po jego stronie.

Na wstępie wskazania wymaga, że zgodnie z art. 121 ustawy pzp: „Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego

wykonania przez wykonawcę kluczowych zadań (...)." Zaznaczyć należy, że pomimo ustawowego uprawnienia zamawiającego do zastrzeżenia w dokumentach zamówienia części zadań do osobistego wykonania przez wykonawcę to nie ma ono charakteru absolutnego. Zauważyć trzeba, że każde takie ograniczenie przekłada się następnie na krąg wykonawców dopuszczonych do postępowania, gdyż pozbawia wykonawcę możliwości powołania się na zasoby podmiotu trzeciego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, który byłby zobowiązany wykonać zamówienie w zakresie w jakim te zasoby udostępnił. Izba w całości więc podziela stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 lutego 2022 r., sygn. akt: KIO 170/22, że:

„Zamawiający, chcąc wprowadzić ograniczenie swobody wykonawcy, co do wyboru części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcom, w tym posłużenia się zasobami podmiotu trzeciego, mając na uwadze zasadę prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji i niedoprowadzania do nieuzasadnionego ograniczenia wykonawcom dostępu do zamówienia, powinien mieć na uwadze, że jest to wyjątek od zasady, co oznacza, że nie może być interpretowany rozszerzająco. W związku z tym Zamawiający powinien wykazać, że w okolicznościach danego stanu faktycznego występuje pełne uzasadnienie dla jego wprowadzenia. (...) zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extendendae*, pojęcie "kluczowego zadania" użyte w art. 121 pkt 1 PrZamPubl nie może być wykładane dowolnie, w sposób umożliwiający zamawiającemu arbitralne ustalanie obowiązku osobistego wykonania zamówienia przez wykonawcę. Decyzja zamawiającego o uznaniu części danego zamówienia za kluczowe może wpływać na konkurencję na rynku, powinna zatem następować wyłącznie w sytuacjach, które można uzasadnić w obiektywny sposób. Zamawiający nie może bowiem stawiać wymagań ponad swe obiektywnie uzasadnione potrzeby.”

Mając na względzie powyższe rozważania i argumentację przedstawioną przez Zamawiającego uznała, że Zamawiający nie uzasadnił w sposób obiektywny potrzeby zastrzeżenia do osobistego wykonania zadań w zakresie załadunku, ważenia w miejscu zdeponowania, transportu, usunięcia, ważenia w miejscu unieszkodliwiania oraz unieszkodliwiania w instalacji odpadów o kodach 15 01 10*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 81 01*. Zamawiający nie sprecyzował, dlaczego wykonanie tych zadań przez podwykonawcę: „skutkowałoby nadmiernymi trudnościami w skoordynowaniu działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia, co mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.”, szczególnie że przedmiotowe zamówienie nie zostało podzielone na części. Zamawiający nie wykazał, że powierzenie wykonania zadania w tym zakresie podwykonawcy może rzeczywiście prowadzić do wad wykonania zamówienia. Co więcej, takie postanowienie prowadzi do ograniczenia konkurencji w postępowaniu i dostępu do zamówienia, a z drugiej strony na etapie jego realizacji Zamawiający dopuszcza w pełni podwykonawstwo w zakresie kodów nieujawnionych, a także w sytuacji, gdy konieczne będzie przeprowadzenie innych procesów przetworzenia niż unieszkodliwianie (pkt 7.2. OPZ). Na ograniczenie konkurencji w tym zakresie wskazuje również opinia firmy Saba sp. z o.o., w której stwierdzono, że: „Zamawiający określił wyjątkowo restrykcyjne wymagania dotyczące doświadczenia, które znacząco ograniczają możliwość uczestnictwa w postępowaniu firmom takim jak Saba Sp. z o.o., mimo że spełniają one wszystkie inne

techniczne i operacyjne warunki. (...) Firma Saba Sp. z o.o. uważa, że zmiana warunków przetargu ze szczególnym uwzględnieniem wymogów dotyczących doświadczenia oraz możliwości realizacji zamówienia w formie podwykonawstwa umożliwiłaby większej liczbie przedsiębiorstw równe uczestnictwo w postępowaniu przetargowym, co przyniosłoby korzyści zarówno zamawiającemu jak i całemu rynkowi usług związanych z unieszkodliwianiem odpadów niebezpiecznych.”

Dlatego też Izba nakazała zgodnie z wnioskiem Odwołującego usunięcie kwestionowanego zastrzeżenia.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego i wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba, pomimo że jeden zarzut (żądanie dodania wymogu odnoszącego się do udokumentowania oraz zagospodarowania odpadów powstałych po przetworzeniu odpadów w procesie unieszkodliwiania D10) oddaliła to mając na względzie wagę zarzutów uwzględnionych odstąpiła od rozdzielenia kosztów postępowania obciążając nimi w całości Zamawiającego.

Przewodniczący: