Sygn. akt: KIO 1631/25

WYROK

z dnia 29 maja 2025 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 maja 2025 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2025 roku przez złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Senda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) R.S. prowadzący działalność gospodarczą jako B.R. z siedzibą w Poznaniu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Zakład Utylizacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku

przy udziale Przystępującego po stronie Zamawiającego– wykonawcy Green Petrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru

oferty najkorzystniejszej oraz czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a następnie ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;

2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Zakład Utylizacyjny Spółka

z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku, w następujący sposób:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w sprawach;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Zakładu Utylizacyjnego Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku na rzecz Odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Senda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) R.S. prowadzący działalność gospodarczą jako B.R. z siedzibą w Poznaniu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpłaconego wpisu 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.

Przewodnicząca:

KIO 1631/25

UZASADNIENIE

Zamawiający - Zakład Utylizacyjny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gdańsku prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym - przetarg nieograniczony, na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1320 ze zm., dalej: „ustawa Pzp") na „Usługi sukcesywnego odbioru, transportu i zagospodarowania odpadu o kodzie 17 09 04 (zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w kodach: 17 09 01; 17 09 02; 17 09 03)". Postępowanie zostało wszczęte przekazaniem dnia 20 stycznia 2025 r. ogłoszenia o zamówieniu, które zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 21 stycznia 2025 r. pod numerem 42691-2025.

Dnia 25 kwietnia 2025 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy Pzp odwołanie złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Senda Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie oraz (2) R.S. prowadzący działalność gospodarczą jako B.R. z siedzibą w Poznaniu, dalej jako „Odwołujący".

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego

z powodu niespełnienia kryterium kwalifikacji w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) IDW, podczas gdy przedłożone przez Odwołującego podmiotowe środki dowodowe potwierdzają spełnianie ustanowionego w postępowaniu warunku udziału

ewentualnie (na wypadek uznania, że przedstawione przez Odwołujące podmiotowe środki dowodowe nie wykazały spełnienia kryterium kwalifikacji wyrażonego w wyrażone w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2 IDW):

2. art. 128 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp poprzez zaniechanie

wezwania Odwołującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych złożonych w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i wadliwe formalnie, albowiem przedwczesne, odrzucenie oferty Odwołującego.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego podjętej dnia 15 kwietnia

2025 r.,

2. ponowienia badania i oceny ofert z uznaniem, że Odwołujący wykazał spełnienie

kryterium kwalifikacji wyrażone w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) IDW przedłożonymi podmiotowymi środkami dowodowymi ewentualnie:

3. ponowienia badania i oceny ofert i skierowanie do Odwołującego wezwania w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp o przedłożenie prawidłowych podmiotowych środków dowodowych wykazujących spełnienie kryterium kwalifikacji wyrażone w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) IDW.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu obejmującą oba zadania (Zadanie 1 i 2). W ramach postępowania jedynym kryterium oceny ofert pozostaje cena (Rozdział 27 ust. 1 IDW). Oferta Odwołującego (w obu zadaniach) prezentuje najkorzystniejsze warunki kontraktowo-transakcyjne w ramach kryterium oceny ofert. Gdyby nie kwestionowane odwołaniem, odrzucenie oferty Odwołującego, zostałaby ona wybrana jako oferta najkorzystniejsza, a oferta Green Petrol Sp. z o.o. wybrana w obu zadaniach jako najkorzystniejsza utraciłaby ten status, jako ulokowana na drugim miejscu rankingu oceny ofert. W konsekwencji kwestionowane odwołaniem czynności naruszają w sposób bezpośredni interes Odwołującego.

Czynności i zaniechania Zamawiającego, wywołują co najmniej potencjalną szkodę po stronie Odwołującego, materializującą się w poniesieniu kosztów udziału w postępowaniu, w którym z naruszeniem przepisów P.z.p. doszło do odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty konkurenta (Green Petrol Sp. z o.o.). Wymiar potencjalnej szkody Odwołującego jest większy, albowiem obejmuje on również utracone korzyści (przychody) jakie uzyskałby Odwołujący uzyskując zamówienie i realizując je zgodnie z warunkami zamówienia.

W odwołaniu podano, że dnia 15 kwietnia 2025 r. Zamawiający dokonał wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez wykonawcę Green Petrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego ofert z powołaniem na przepis art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) P.z.p. Termin na wniesienie odwołania upływa został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uwagach wstępnych Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia pozostaje sukcesywny odbiór, transport i zagospodarowanie odpadu o kodzie 17 09 04 (zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w kodach: 17 09 01; 17 09 02; 17 09 03) z terenu Zakładu Utylizacyjnego Sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku w ilości 3.000 Mg (w obrębie każdego z zadań).

Stosownie do § 1 ust. 2 i 3 PPU:

„2. Wykonawca ma obowiązek poddać odebrane odpady odzyskowi polegającemu na wydzieleniu ze strumienia odpadów frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2023 r. poz. 1587 ze zm.), a także

zagospodarować wysegregowane w ten sposób odpady, w tym pozostałą po procesie frakcję balastową. Wydzielenie ww. frakcji odpadów nie jest wymagane, jeżeli brak wysegregowania odpadów pozwala na przeprowadzenie procesu odzysku (przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk), a Wykonawca zagospodaruje odpady w ten sposób we własnym zakresie, zgodnie z posiadanymi decyzjami administracyjnymi.

3. Wykonawca ma obowiązek zapewnić dalsze zagospodarowanie odpadów wydzielonych ze strumienia 17 09 04 oraz frakcji balastowej zgodne z art.18 ust. 2-7 odpadów ustawy o odpadach”

Zgodnie z postanowieniem ust. 3 załącznika nr 6 do PPU:

„Sposób zagospodarowania odpadu (zaznaczyć właściwe):

- wydzielenie frakcji wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

- poddanie odpadów procesowi odzysku bez segregowania odpadów (w przypadku, gdy brak wysegregowania pozwala na przygotowanie odpadów do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk, zgodnie z art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach)"

Powyżej przywołane postanowienia PPU należy rozpatrywać przez pryzmat odpowiedzi udzielonych przez Zamawiającego dnia: 4 lutego 2025 r.:

Pytanie 8

Czy warunek przetworzenia odpadów zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca skieruje do procesu recyklingu (R5) łącznie frakcję zawierającą szkło, gips i odpady mineralne (w tym beton, cegły, płytki, materiały ceramiczne oraz kamienie), bez rozdzielania ich na poszczególne frakcje. Wykonawca posiada stosowną decyzję RS na wytwarzanie kruszyw, pozwalającą na pominięcie wysortowania szkła i gipsu. Nadto należy zauważyć, iż gips w procesie demontażu i transportu ulega znacznemu rozdrobnieniu, co uniemożliwia oddzielenie go od innych materiałów mineralnych. Zgodnie z planowaną zmianą ustawy ww. rozwiązanie jest dopuszczalne na podstawie art. lOla w planowanym brzemieniu. Szkło po przetworzeniu (wraz z innymi frakcjami) w procesie R5 — produkcja kruszyw-stanowi jeden ze składników wytwarzanego kruszywa.

Odpowiedź:

Przepis art. lOla ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach zobowiązuje do wysortowania ze zmieszanych odpadów budowlanych i rozbiórkowych co najmniej 6 wskazanych w tym przepisie frakcji. Niemniej, obowiązek wysortowania tych frakcji nie zachodzi, jeżeli „brak wysegregowania pozwala na przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk".

Przepis przewiduje możliwość nieprowadzenia segregacji odpadów w ogóle (jeżeli stan danej partia zmieszanych odpadów budowlanych i rozbiórkowych umożliwia poddanie ich danemu procesowi odzysku), a więc tym bardziej umożliwia przeprowadzenie tej segregacji częściowo, tj. wysortowanie ze zmieszanych odpadów budowlanych i rozbiórkowych tych frakcji, które uniemożliwiają poddanie odpadu odzyskowi i niekontynuowanie procesu wysortowywania pozostałych frakcji, jeżeli partia odpadów po wysortowaniu, tj. w omawianym przykładzie frakcja zawierająca szkło, gips i odpady mineralne (pozbawiona drewna, metali i tworzyw sztucznych) nadaje się do procesu odzysku. Za taką wykładnią przemawiają zarówno względy natury celowościowej (niecelowość dalszego rozsortowywania, skoro odpady zostaną skierowane do tego samego procesu odzysku), jak również wnioskowanie a fortiori (jeżeli przepis przewiduje nieprowadzenie segregacji odpadów, to tym bardziej przewiduje przeprowadzenie jej częściowo).

Zamawiający w omawianym przypadku warunek przetworzenia odpadów za spełniony.

Oraz odpowiedzi udzielonej dnia 17 lutego 2025 r.:

Pytanie 10

Czy Zamawiający dopuszcza zakwalifikowanie wysortowanych odpadów: gipsu i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek f materiałów ceramicznych oraz kamieni) w kodach 170101 oraz 170102?

Odpowiedź:

Nie jest możliwe klasyfikowanie odpadów gipsu pod kodem 17 0101 lub 17 01 02.

W przypadku odebrania partii zawierającej odpad mineralny, tzn. beton, gruz betonowy czy gruz ceglany, lub stosowana technologia przetwarzania odpadów prowadzi w danym przypadku do wydzielenia w.w. odpadu mineralnego, to zgodnie z przyjętymi zasadami należy sklasyfikować odpad zgodnie z kodem, czyli 17 01 01 bądź 17 01 02.

Zamawiający działając na podstawie art. 112 ust. 2 pkt 2) i 4) sformułował w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) i 4) IDW następujące kryteria kwalifikacji:

„2) Warunek, o którym mowa w punkcie 9.1.b. zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że:

a. posiada decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tj. drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni)

b. w przypadku, gdyby Wykonawca chciał skorzystać z możliwości

przeprowadzenia przygotowania odpadów do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (gdy dana partia odpadów będzie na to pozwalać), powinien przedstawić decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób.

Uwaga:

Wykonawca posiadający instalację na prowadzenie przetwarzania poza terenem Rzeczpospolitej Polskiej powinien przedstawić zezwolenie równoważne decyzji na prowadzenie przetwarzania wystawiane w kraju, w którym ta instalacja się znajduje. Decyzję zezwalającą na międzynarodowe przemieszczanie odpadów Wykonawca będzie zobowiązany uzyskać po podpisaniu umowy, zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14.12.2012 r. (Dz. U. z Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zmianami).

c. W przypadku, gdy decyzja, o której mowa w pkt a lub b nie została

zaktualizowana do obowiązujących przepisów w oparciu o art. 14 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 1592 ze zm.) oświadczenie o złożeniu do właściwego organu

ochrony środowiska, do dnia 5 marca 2020 r. wniosku o zmianę posiadanej decyzji oraz dokument potwierdzający, że postępowanie jest przez organ prowadzone, tj. organ nie wydał decyzji o odmowie zmiany zezwolenia, decyzji o umorzeniu postępowania w sprawie zmiany zezwolenia ani nie pozostawił wniosku bez rozpatrzenia

d. W przypadku, gdy termin ważności decyzji, o której mowa w pkt a lub b, upłynął oferent jest obowiązany przedstawić oświadczenie, że złożył do właściwego organu wniosek o wydanie nowego zezwolenia na przetwarzanie odpadów w terminie nie późniejszym niż 3 miesiące przed wygaśnięciem posiadanej decyzji, na podstawie art. 226a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1583), a organ nie wydał decyzji o odmowie wydania nowego zezwolenia, decyzji o umorzeniu postępowania w sprawie wydania nowego zezwolenia ani nie pozostawił wniosku bez rozpatrzenia."

(…)

4) Warunek, o którym mowa w punkcie 9.1.d zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, że dysponuje instalacją do prowadzenia przetwarzania poprzez wydzielenie ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach lub instalacją do prowadzenia przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób."

Z przywołanymi kryteriami kwalifikacji Zamawiający skorelował wskazane w Rozdziale 11 ust. 6 IDW podmiotowe środki dowodowe. Zgodnie z postanowieniami Rozdziału 11 IDW:

„Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni terminie, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu:

(…)

2) W zakresie punktu 9.2.2):

a) decyzje administracyjne uprawniające do prowadzenia przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji lub prowadzenia przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób

b) oświadczenie o złożeniu do dnia 05.03.2020 r. wniosku o zmianę decyzji w zakresie gospodarowania odpadami do organu właściwego do wydania.

(…)

oświadczenie o wyrażeniu zgody na przeprowadzenie kontroli zdolności technicznych Wykonawcy w postaci instalacji do przetwarzania (odzysku) odpadów poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji lub prowadzenia przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób."

Odwołujący na potwierdzenie spełniania kryterium kwalifikacji wyrażonego w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) IDW, na wezwanie Zamawiającego skierowane w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp przekazał decyzję Prezydenta Miasta Poznania (znak OS-II.6221.143.2016 z dnia 5 grudnia 2016 r.) zmienioną decyzją Marszałka Województwa Wielkopolskiego (znak DSK-

IV.7243.59.2021 z dnia 23 kwietnia 2024 r.) uprawniającą przedsiębiorcę (R.S.) do

prowadzenia przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04.

Dnia 10 marca 2025 r. Odwołujący został wezwany, w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnień oferty, w zakresie dotyczącym zaoferowanego procesu zagospodarowania odpadów o kodzie 17 09 04. Odwołujący dnia 13 marca 2025 r. złożył stosowne wyjaśnienia.

<u>Zarzut bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego</u>

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powołaniem na następujące uzasadnienie prawne oraz faktyczne:

Uzasadnienie prawne: art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1320)

Uzasadnienie faktyczne:

W złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wskazał możliwość wytwarzania produktu (kruszywa budowlanego), w wyniku przeprowadzonego przez podmiot BATPOL Rafał Siejek, na podstawie posiadanego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, wydanego przez Prezydenta Miasta Poznania (znak OS-II.6221.143.2016 z 5.12.2016 r.), zmienionego decyzją Marszałka Województwa Wielkopolskiego (znak DSK-IV.7243.59.2021 z 23.04.2024 r.) przetwarzania odpadów w wyniku procesu R5. Wykonawca możliwość tę opiera na wykładni przepisów wedle których mają do niego zastosowanie warunki utraty statusu odpadów określone w art. 14 ust. 1 pkt 1 lit. c i d ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2012 r. Produkt ten miałby być wytwarzany w wyniku przetworzenia odpadów o kodzie 17 09 04, które są przedmiotem zamówienia, a te z frakcji odpadów wymienionych w art. lOla ust. 1 ustawy o odpadach, które nie zostałyby wydzielone, każdorazowo weszły by w skład produktu.

Dopełnienie przez wykonawcę wymagań przetargu wymaga tego, by produkt ten powstawał ze stuprocentową wydajnością. W przypadku, gdyby proces przetwarzania nie doprowadził do powstania produktu, odpad po przekruszeniu klasyfikowany był by pod kodem 19 12 12, a możliwości odzysku tego odpadu Wykonawca nie przedstawił.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) P.z.p. zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący może domyślać się, że Zamawiający upatruje niespełniania przez Odwołującego kryterium kwalifikacji wyrażonego w Rozdziale 9 ust. 2 pkt 2) IDW. Okoliczność ta nie wynika jednak bezpośrednio z treści uzasadnienia podjętej przez Zamawiającego czynności.

Zdaniem Odwołującego powyżej warunek został sformułowany dwójnasób. Jego spełnienie może nastąpić poprzez legitymowanie się:

1) decyzją administracyjną na prowadzenie przetwarzania (odzysku) odpadów

w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tj. drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni) albo

2) decyzją administracyjną na prowadzenie przetwarzania odpadów o kodzie 17

09 04 w inny sposób bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (gdy dana partia odpadów będzie na to pozwalać).

Decyzja Odwołującego klasyfikuje się do drugiej spośród wskazanych kategorii. Stanowi ona decyzję na przetwarzanie odpadów o kodzie 17 09 04. Zgodnie z warunkami Decyzji, BATPOL jest uprawniony do prowadzenia przetwarzania odpadów o kodach:

- 17 01 01 - Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,
- 17 01 02 - Gruz ceglany,
- 17 01 03 - Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia,
- 17 01 07 - Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych

materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06,

- 17 09 04 - Zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż

wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03,

- 20 03 99 - Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach w procesie

odzysku R5 - Recykling lub odzysk innych materiałów nieorganicznych.

Decyzja ta przewiduje zatem powstanie (wysegregowanie) z odpadu o kodzie 17 09 04 następujących frakcji odpadów, wymienionych w art. 101a u.o. :

1) metale żelazne (19 12 02),
2) tworzywa sztuczne i guma (19 12 04),
3) drewno inne niż wymienione w 19 12 06 (19 12 07).

Wprost z Decyzji wynika, że w ramach procesu R5 następuje ręczna segregacja i/lub przy pomocy separatora elektromagnetycznego pozwalająca na wyodrębnienie frakcji odpadów takich, jak:

- 19 12 01 – Papier i tektura,
- 19 12 02 - Metale żelazne,
- 19 12 04 - Tworzywa sztuczne i guma,
- 19 12 07 - Drewno inne niż wymienione w 19 12 06,
- 19 12 12 - Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty)

z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11 [tj. odpady te stanowią zanieczyszczenia wyodrębnione ze strumienia odpadów poddawanych przetworzeniu, które nie mogą być sklasyfikowane pod innym kodem. Odpady te zostają przekazane do zagospodarowania – zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami określoną w art. 17 ust. 1 ustawy o odpadach - uprawnionemu podmiotowi. Odsetek wytwarzanych odpadów tego rodzaju jest niewielki].

Powyższe należy uznać za niesporne, zarówno w świetle uzasadnienia czynności Zamawiającego z dnia 15 kwietnia 2025 r., jak i treści wezwania Odwołującego do wyjaśnień oferty. Na podstawie Decyzji następuje wysegregowanie 3

spośród 6 frakcji wymienionych w art. 101a ust. 1 u.o. (oraz frakcji dodatkowych, niewymienionych wskazanym przepisem).

Pozostała część odpadu o kodzie 17 09 04 w ramach procesu przetwarzania prowadzonego na podstawie Decyzji uzyskuje status produktu, stąd nie są one wysortowywane.

Zamawiający w sposób nieprawidłowy – zarówno merytorycznie jak i formalnie – uznaje, że Decyzja nie pozwala na wykazanie spełnienia kryterium kwalifikacji, albowiem:

1) Decyzja nie pozwala na przeprowadzenie procesu przetworzenia odpadów z jednoczesnym wydzieleniem następujących frakcji odpadów, o których mowa w art. 101a ust. 1 u.o.: metale nieżelazne, szkło, gips oraz odpady mineralne, podczas gdy kryterium kwalifikacji nie wymagało wysortowywania wszystkich 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 u.o., dozwalając na legitymowanie się decyzją administracyjną, która potwierdza przetwarzanie frakcji 17 09 04 w inny sposób,

2) Decyzja przewiduje możliwość wytwarzania, w ramach procesu R5, z odpadów niewydzielonych, produktu (kruszywa budowlanego) na skutek czego następuje utrata statusu odpadu, jednakże w ocenie Zamawiającego „dopełnienie przez wykonawcę wymagań przetargu wymaga tego, by produkt ten powstał ze stuprocentową wydajnością. W przypadku, gdyby proces przetwarzania nie doprowadził do powstania produktu, odpad po przekruszeniu klasyfikowany był by pod kodek 19 12 12, a możliwości odzysku tego odpadu Wykonawca nie przedstawił". Jak należy się domyślać, gdyż nie wynika to wprost z uzasadnienia czynności Zamawiającego, stan wytworzenia produktu miałby być niepewny, a przez to Odwołujący miałby niespełniać kryterium kwalifikacji.

Zamawiający w ogóle pominął wykazanie, że Decyzja nie pozwala na wykazanie spełnienia kryterium kwalifikacji w sposób określony postanowieniem Rozdziału 9 ust. 2 pkt 2) lit b) IDW. Zamawiający wprost wskazał, że warunek zostanie spełniony jeżeli wykonawca będzie legitymował się:

1) decyzją na prowadzenie przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 – nie budzi wątpliwości, że Odwołujący legitymuje się stosowną decyzją,

2) decyzja ta będzie umożliwiała przetwarzanie odpadów bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 u.o. – nie budzi wątpliwości, że Decyzja przewiduje wysegregowanie 3 frakcji spośród wymienionych w art. 101a u.o., a w pozostałym zakresie proces przetworzenia odpadów przewiduje wytworzenie produktu (kruszywa budowlanego).

Jednocześnie nie sposób wyinterpretować przyczyn, dla których Zamawiający neguje spełnienie kryterium kwalifikacji z powołaniem na stan hipotetyczny, a przy tym negatywny dla Odwołującego, lecz w żaden sposób niewykazany, zgodnie z którym warunek nie miałby zostać spełniony albowiem „produkt ten miałby nie powstać ze stuprocentową wydajnością.", a niezapewnienie takiego stanu (efektu) „nie doprowadziłoby do powstania produktu".

Przedmiotem zamówienia pozostaje zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 09 04. Każda frakcja odpadów, w tym klasyfikowana pod kodem 17 09 04 ma charakter ustandaryzowany i dookreślony przepisami prawa. Nie jest dla Odwołującego wiadome z jakich przyczyn i z jakich powodów, Zamawiający uznaje, że w procesie przetworzenia odpadów, będących w dyspozycji Zamawiającego, miałby nie powstać produkt, o którym mowa w Decyzji, a do powstania którego mocą Decyzji, Odwołujący jest zobowiązany w ramach procesu przetwarzania wskazanej frakcji odpadów.

Wobec powyższego należy wskazać, że pozostałe frakcje odpadów wymienione w art. 101a ust. 1 u.o. (metale nieżelazne, szkło, gips oraz odpady mineralne) [tj. odpady niewymienione w Decyzji jako wysegregowane] nie muszą zostać wyodrębnione na etapie „doczyszczania" (sortowania) odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Stosowana przez BATPOL metoda przetwarzania (recyklingu) „doczyszczonych" odpadów budowlanych i rozbiórkowych pozwala na wytworzenie z tych odpadów (zawierających m.in. odpady mineralne, kamienie, szkło, czy gips) pełnowartościowego produktu (kruszywa – wyrobu budowlanego). Taki sposób postępowania został wprost przewidziany przez ustawodawcę w art. 101a ust. 1 in fine u.o., tj. przepis ten jednoznacznie wskazuje, że nie ma obowiązku wysegregowania z odpadów budowlanych i rozbiórkowych poszczególnych frakcji odpadów, jeżeli brak wysegregowania pozwala na przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk (ergo w strumieniu odpadów mogą znajdować się inne frakcje odpadów, jeżeli jest możliwe poddanie recyklingowi lub innemu procesowi odzysku odpadów zawierających inne frakcje odpadów). Taki sposób rozumienia kryterium kwalifikacji potwierdził również Zamawiający w odpowiedzi na skierowane pytanie.

Po przeprowadzeniu segregacji („doczyszczeniu") odpadów o kodzie 17 09 04, odpady (które są wymienione w art. 101a ust. 1 u.o. jako frakcje: metale nieżelazne, szkło, gips oraz odpady mineralne [tj. odpady niewymienione w Decyzji jako wysegregowywane]) są poddawane procesowi recyklingu (prowadzącemu do utraty statusu odpadów), tj. kruszeniu odpadów na frakcje: od 0-0,4 mm (odsiewka); 0,4-32 mm (gruz drobny) i od 31-64 mm (gruz gruby).

Odpady po procesie przekruszenia tracą status odpadów i stają są kruszywem (wyrobem budowlanym), odpowiadającym specyfikacji technicznej (Polskiej Normie) właściwej dla kruszywa do mieszanek niezwiązanych i związanych hydraulicznie, tj. Polskiej Normy PN EN 13242+A1:2010 („Kruszywa do niezwiązanych i związanych hydraulicznie materiałów stosowanych w obiektach budowlanych i budownictwie drogowym").

Prowadzone przez BATPOL przetwarzanie (recykling) odpadów prowadzi do powstania produktu, tj. wyrobu budowlanego (kruszywa), spełniającego określone wymagania techniczne (Polskiej Normy PN EN 13242+A1:2010), bezpiecznego dla szeroko rozumianego

środowiska i nadającego się do wykorzystania do konkretnych celów (np. prac ziemnych, utwardzania dróg dojazdowych, utwardzania terenu). W rezultacie, przedstawiony powyżej sposób przetwarzania odpadów budowlanych i rozbiórkowych odpowiada wymaganiom stawianym przez art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, zgodnie z którym: „Wytwórca odpadów budowlanych i rozbiórkowych jest obowiązany do zapewnienia wysegregowania z wytworzonych przez siebie odpadów budowlanych i rozbiórkowych, których powstaniu nie mógł zapobiec zgodnie z art. 18 ust. 1, co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni w celu zapewnienia przydatności do przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku, chyba że wysegregowanie nie jest technologicznie możliwe lub brak wysegregowania pozwala na przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk." Odniesienia również wymaga kwestia dotycząca wytwarzania przez BATPOL odpadów o kodzie 19 12 12. Odpady te są wytwarzane w marginalnej ilości i stanowią zanieczyszczenia, których wyodrębnienie jest konieczne celem poddania odpadów budowlanych i rozbiórkowych recyklingowi. Jednakże frakcja ta nie zawiera składników wykorzystywanych do produkcji kruszywa – (np. gipsu, kamieni, gruzu, szkła, minerałów), a także drewna, makulatury, tworzyw sztucznych i gumy oraz metali żelaznych. Nie jest możliwe, aby jakakolwiek partia odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04 nie zawierała odpadów, których jedynym sposobem zagospodarowania będzie ich zdeponowanie na składowisku. Dotyczy to przede wszystkim odpadów wielomateriałowych, których rozdzielenie nie jest możliwe.

Taki sposób postępowania jest zgodny z zasadami sztuki, warunkami Decyzji oraz konieczny celem zapewnienia odpowiedniej jakości powstającego produktu (tj. kruszywa pozbawionego zanieczyszczeń, które mogą mieć wpływ na jego właściwości).

Odwołujący w oparciu o Decyzję przeprowadzania procesy przetwarzania odpadów frakcji 17 09 04, w sposób określony w Decyzji i przybliżony w wyjaśnieniach z dnia 13 marca 2025 r. W konsekwencji nie sposób uznać, że okoliczność daje podstawę do zanegowania spełniania przez Odwołującego kryterium kwalifikacji ustanowionego w postępowaniu. Przeciwny wniosek nie wynika z treści uzasadnienia czynności podjętej przez Zamawiającego.

Zamawiający w ramach czynności odrzucenia oferty Odwołującego powołuje się na hipotetyczne, potencjalne stany przyszłe, których zaistnienia w żaden sposób nie wykazuje, a nawet nie uprawdopodabnia. Jednocześnie warunek udziału w postępowaniu dotyczy stanu aktualnego, istniejącego na etapie przeprowadzania postępowania, tj. legitymowania się stosowną decyzją administracyjną, którą co do rodzaju i parametrów określił Zamawiający w dokumentach zamówienia. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności (czynniki) nie zostały wskazane w dokumentach zamówienia, w szczególności w ramach kryterium kwalifikacji, którego miałby nie spełniać Odwołujący.

Zamawiający wymagał legitymowania się decyzją administracyjną, która pozwoli na przetworzenie odpadów frakcji 17 09 04, dopuszczając aby proces ten przebiegał w inny sposób niż poprzez wysegregowanie 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 u.o. Następnie na etapie stosowania wskazanego kryterium kwalifikacji względem Odwołującego, neguje taką możliwość, z powołaniem na czynniki niewynikające z ustanowionego warunku, jak również niewskazane w udzielonych wyjaśnieniach na etapie prowadzonego postępowania. W istocie Zamawiający dokonuje dowolnego i nieopartego na treści kryterium kwalifikacji zanegowania spełnienia przez Odwołującego warunku i odrzucenia oferty Odwołującego.

Z ostrożności (wobec niepowołania się na tę kwestię przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego) Odwołujący wskazał, że Decyzja wprost nie wskazuje na utratę statusu odpadu przez materiały, które w procesie przetworzenia stają się produktem. Nie oznacza to jednak w żadnej mierze, że Decyzja nie obejmuje wskazanego sposobu przetwarzania odpadu. Do Decyzji znajdują zastosowanie przepisy art. 14 ust. 1 oraz art. 43 ust. 2 ustawy o odpadach w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2021 r., tj. w brzmieniu niewymagającym określenia w zezwoleniu na przetwarzanie odpadów rodzajów odpadów, które utracą ten status od szczegółowych warunków utraty statusu odpadów. Do Decyzji Prezydenta Miasta Poznania z dnia 5 grudnia 2016 r. miał zastosowanie art. 14 ust. 1 u.o. w brzmieniu obowiązującym w dacie wydania tej decyzji (ergo w tej decyzji nie musiały zostać określone szczegółowe warunki utraty statusu odpadów i wskazane rodzaje odpadów, tracące ten status). Analogiczna sytuacja ma miejsce w odniesieniu do decyzji Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 24 kwietnia 2024 r., która została wydana po przeprowadzeniu postępowania wszczętego wnioskiem BATPOL, który wpłynął do organu w dniu 26 lutego 2020 r. Wynika to z art. 16 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 17 listopada 2021 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw, zgodnie z którymi: „W sprawach dotyczących przetwarzania odpadów i uznawania przedmiotu lub substancji za produkt uboczny, wszczętych i niezakończonych decyzją ostateczną przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Zezwolenia na przetwarzanie odpadów oraz pozwolenia na wytwarzanie odpadów obejmujące zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydane przed dniem wejścia w życie ustawy zachowują ważność przez okres, na jaki zostały wydane." W myśl tego przepisu, do postępowania wszczętego wnioskiem BATPOL (tj. wszczętego przed dniem wejścia w życie ustawy – przed dniem 1 stycznia 2022 r.) zastosowanie znajdowały „przepisy dotychczasowe", w tym art. 14 ust. 1 i art. 43 ust. 2 ustawy o odpadach w brzmieniu obowiązującym przed dniem 1 stycznia 2022 r. W rezultacie, podstawy prawnej dla zamieszczenia przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego

w wydanej decyzji szczegółowych warunków utraty statusu odpadów oraz wskazania, które rodzaje odpadów tracą status odpadów.

<u>Zarzut przedwczesności odrzucenia oferty Odwołującego (zarzut ewentualny)</u>

W przypadku uznania, że Odwołujący nie spełnia ustanowionego w postępowaniu kryterium kwalifikacji z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu czynności z dnia 15 kwietnia 2025 r., odrzucenie oferty Odwołującego należy uznać za przedwczesne. Przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp (który nie został zastosowany w postępowaniu) wymaga aby Zamawiający wezwał Odwołującego, przed odrzuceniem oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp do

poprawy podmiotowego środka dowodowego.

Stosownie do art. 128 ust. 1 ustawy Pzp „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy

podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania."

Zastosowanie procedury sanacyjnej, po uprzednim zakwestionowaniu wykazania przez Odwołującego spełniania kryterium kwalifikacji z powołaniem na przedstawione podmiotowe środki dowodowe, jest nieodzowne celem prawidłowego (formalnie) odrzucenia oferty Odwołującego.

Powyższe potwierdza jednolita linia orzecznicza Izba, dla której reprezentatywne pozostaje stanowisko wyrażone w wyroku z dnia 4 września 2024 r., KIO 2936/24, zgodnie z którym „Odrzucenie oferty wykonawcy z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b i c ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych musi być poprzedzone prawidłowym wezwaniem do uzupełniana podmiotowych środków dowodowych, kierowanym w trybie art. 128 ust. 1 wskazanej ustawy. Ten ostatni przepis wprowadza obligatoryjny wymóg wezwania do uzupełnienia lub uprawnienie do żądania wyjaśnień, o czym stanowi art. 128 ust. 4 ustawy w okolicznościach w nim wskazanych. Nie jest zatem dopuszczalne odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) lub c) ustawy - Prawo zamówień publicznych w sytuacji, w której zamawiający nie przeprowadził postępowania wyjaśniającego na podstawie tych przepisów."

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań, odwołania nie zawierały braków formalnych i mogły zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę, która została przez Zamawiającego odrzucona, jako niespełniająca podmiotowych warunków udziału w postępowaniu.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego złożył wykonawca Green Petrol Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. Izba potwierdziła spełnienie przesłanek formalnych dla zgłoszenia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Przedmiotem przetargu jest sukcesywny odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów o kodzie 17 09 04 (zmieszane odpady z budowy, remontów i demontażu inne niż wymienione w 17 09 01, 17 09 02 i 17 09 03). Warunkiem udziału w postępowaniu jest wykazanie przez Wykonawcę, że (pkt 9 SWZ):

a. posiada decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tj. drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni);

b. w przypadku, gdyby Wykonawca chciał skorzystać z możliwości przeprowadzenia przygotowania odpadów do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (gdy dana partia odpadów będzie na to pozwalać), powinien przedstawić decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób.

Zgodnie z art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach:

„1 . Wytwórca odpadów budowlanych i rozbiórkowych jest obowiązany do zapewnienia wysegregowania z wytworzonych przez siebie odpadów budowlanych i rozbiórkowych, których powstaniu nie mógł zapobiec zgodnie z art. 18 ust. 1, co najmniej: drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych, w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni w celu zapewnienia przydatności do przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku, chyba że wysegregowanie nie jest technologicznie możliwe lub brak wysegregowania pozwala na przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk."

W myśl ust. 3 i 4 tego przepisu, wykonanie obowiązku może zostać zlecone podmiotowi posiadającemu wymagane prawem decyzje administracyjne (podmiotowi, o którym mowa w art. 27 ust. 2) w drodze umowy określającej dalsze zagospodarowanie wysegregowanych odpadów, a odpowiedzialność za wykonanie tego obowiązku ponoszona jest

przez oba podmioty solidarnie. Wskazać należy, że za niewykonanie tego obowiązku ustawodawca przewidział sankcję w postaci administracyjnej kary pieniężnej z art. 194 ust. 1 pkt 6a w wysokości od 1 tys. do 1 mln zł. Jest to jedyny przypadek sankcji z ustawy o odpadach, w której odpowiedzialność administracyjno-karna jest ponoszona na zasadzie solidarności przez oba podmioty, gdyż zasadą ogólną, wynikającą z art. 27 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach jest przejęcie odpowiedzialności za gospodarowanie odpadami przez kolejnego posiadacza odpadów po ich przekazaniu. Ewentualne wymierzenie Zamawiającemu administracyjnej kary pieniężnej z tytułu niewykonania obowiązku przez Wykonawcę stanowiłoby dla Zamawiającego nie tylko obciążenie finansowe, ale utrudniałoby mu istotnie możliwości funkcjonowania, wszak uzyskanie przez podmiot trzech administracyjnych kar pieniężnych o wysokości przekraczającej łącznie kwotę 150 000 zł uniemożliwia uzyskanie kolejnych zezwoleń oraz zmian zezwoleń na zbieranie lub przetwarzanie odpadów (art. 42 ust. 3a pkt 4 ustawy o odpadach). Względy te stanowią o tym, że w interesie Zamawiającego jest wybór Wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania umowy.

W przypadku oferty Odwołującego, zagospodarowanie odpadów miałoby być dokonane przez partnera konsorcjum, tj. pana R.S., prowadzącego działalność gospodarczą pn. BATPOL R.S., legitymującego się pozwoleniem na wytwarzanie odpadów, uwzględniającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów, udzielonym decyzją Prezydenta Miasta Poznania (znak OS-11.6221.143.2016 z 5.12.2016 r.), zmienione decyzją Marszałka Województwa Wielkopolskiego (znak DSKIV. 7243.59.2021 z 23.04.2024 r.). Podmiot ten posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów o kodzie 17 09 04, przy czym, w wyniku prowadzonego procesu przetwarzania powstają (wydzielane są) następujące odpady, o których mowa w art. 101a ust. 1:

1) 19 12 02 (metale żelazne)

2) 19 12 04 (tworzywa sztuczne i guma)

3) 19 12 07 (drewno)

Poza wyżej wymienionymi, w wyniku prowadzonego procesu wydzielane są również odpady 19 12 01 (papier i tektura) oraz odpady 19 12 12 (Inne odpady (w tym zmieszane substancje i przedmioty) z mechanicznej obróbki odpadów inne niż wymienione w 19 12 11) — pkt IA. ww. decyzji.

Wykonawca nie posiada więc uprawnień do przeprowadzenia procesu, w wyniku którego dochodziłoby do wydzielenia wszystkich 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1, a frakcjami niewydzielonymi są:

1) metale nieżelazne (termin „metale” obejmuje zarówno metale żelazne,

jak i nieżelazne)

2) szkło,

3) gips,

4) odpady mineralne.

Niewydzielanie wszystkich 6 frakcji wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach jest dopuszczone w tym przepisie jeżeli „wysegregowanie nie jest technologicznie możliwe lub brak wysegregowania pozwala na przygotowanie do ponownego użycia, recykling lub inny odzysk”.

W przetargu Zamawiający przewidział w SWZ ten drugi przypadek, przy czym w SWZ wskazano wyraźnie zaznaczono, że jest od możliwy do zastosowania „(gdy dana partia odpadów będzie na to pozwalać)".

W związku z powyższym, aby wymogi postępowania zostały dochowane, Wykonawca musiałby poddać przygotowaniu do ponownego użycia, recyklingowi lub innemu odzyskowi strumień odpadów pozostały po wydzieleniu tych frakcji odpadów, które jest w stanie wydzielić (metale żelazne, tworzywa sztuczne i guma, drewno). Możliwe do rozpatrzenia są następujące przypadki:

1) jeżeli strumień materiału powstałego po wydzieleniu ze strumienia zmieszanych

odpadów budowlanych (kod 17 09 04) następujących odpadów: papieru i tektury (19 12 01), metali żelaznych (19 12 02), tworzyw sztucznych i gumy (19 12 04) oraz drewna (19 12 07) miałby status odpadów, stanowiłby on mieszaninę odpadów o kodzie 19 12 12 (ostatni z kodów odpadów powstających w wyniku procesu przetwarzania, wskazany w tabeli z pkt IA posiadanego pozwolenia), a Wykonawca obowiązany byłby do poddania go procesowi przygotowania do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku,

2) jeżeli powyższy strumień (po przeprowadzeniu procesu) byłby klasyfikowany jako produkt, dochodziłoby do procesu recyklingu, a wymogi postępowania zostałyby dochowane.

Wykonawca nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów o kodzie 19 12 12. W złożonych w toku postępowania wyjaśnieniach Wykonawca stwierdził, że odczytanie zapisów decyzji w ten sposób, że niewydzielane frakcje wymienione w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach wchodzą w skład odpadu 19 12 12 jest niewłaściwe, gdyż wchodzą one w skład wytwarzanego materiału (produktu).

Przy takim zakresie posiadanych uprawnień Wykonawcy, spełnienie wymogu udziału w postępowaniu następowałoby

jedynie wówczas, gdyby — po wydzieleniu frakcji odpadów wskazanych w pkt IA decyzji (odpady powstające w wyniku przetwarzania) — z pozostałego strumienia odpadów (gdy zawiera on pozostałe z frakcji z art. 101a ust. 1) wytwarzałby produkt ze stuprocentową skutecznością. Każdy przypadek niewytworzenia produktu skutkowałby tym, że te z frakcji, które są wymienione w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, a których nie udało się Wykonawcy wydzielić, wchodziłyby w skład odpadów o kodzie 19 12 12, a do przetwarzania tych odpadów Wykonawca nie jest uprawniony.

Zagadnienie to sprowadza się więc do odpowiedzi na pytanie czy jest możliwe przyjęcie, że prowadzony przez Wykonawcę proces daje rękojmię wytworzenia tego produktu ze stuprocentową wydajnością rozumianą w ten sposób, że wszystkie frakcje odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, które nie zostały wydzielone do osobnego strumienia, wejdą w skład produktu. W każdym innym wypadku — wobec nieposiadania przez Wykonawcę uprawnień do przetwarzania odpadów 19 12 12 — wymóg przeprowadzenia przetwarzania zmieszanych odpadów budowlanych w sposób przewidziany w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach nie zostałby dochowany, co narażałoby Zamawiającego na ryzyko poniesienia administracyjnych kar pieniężnych wymierzanych przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska na zasadzie odpowiedzialności solidarnej. W ocenie Zamawiającego, odpowiedź na to pytanie musi być przecząca, do czego prowadzi niżej przedstawiona analiza uprawnień Wykonawcy, przedstawianych w przedłożonych decyzjach administracyjnych.

A. Formalna możliwość wytworzenia produktu przez Wykonawcę

Zasadniczą kwestią poruszoną przez Odwołującego jest możliwość wytwarzania produktu (kruszywa budowlanego), w wyniku przeprowadzonego przez podmiot BATPOL R.S. przetwarzania odpadów w wyniku procesu R5.

Wykonawca opiera możliwość wytworzenia produktu na wykładni przepisów, wedle których mają do niego zastosowanie warunki utraty statusu odpadów określone w art. 14 ust. 1 pkt 1 lit. c i d ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w brzmieniu obowiązującym do

dnia 31 grudnia 2012 r. Produkt ten miałby być wytwarzany w wyniku przetworzenia odpadów o kodzie 17 09 04, które są przedmiotem zamówienia, a te z frakcji odpadów wymienionych w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, które nie zostałyby wydzielone, każdorazowo weszły by w skład produktu.

Z dniem 1.01.2022 r. nastąpiła zmiana brzmienia art. 14 ustawy o odpadach za sprawą ustawy z dnia 17 listopada 2021 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2151 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą nowelizującą. Zgodnie z ust. 1 pkt 2 tego przepisu szczegółowe warunki, których spełnienie jest konieczne do stwierdzenia utraty statusu odpadów są określone w przepisach prawa Unii Europejskiej albo w przepisach rozporządzeń wydanych w oparciu o upoważnienie z art. 14 ust. 1a, a jeżeli nie zostały określone w tych przepisach — w zezwoleniu na przetwarzanie odpadów (co ma zastosowanie w przypadku kruszywa budowlanego).

Do dnia 31.12.2021 r. brak było konieczności uwzględnienia w decyzji administracyjnej szczegółowych wymagań utraty statusu odpadów, a utrata statusu odpadów następowała z mocy prawa w przypadku spełnienia wymagań określonych w art. 14, w tym wskazywanych przez Wykonawcę wymagań z ust. 1 lit. c (spełnianie wymagań technicznych dla produktu) oraz lit. d (zastosowanie przedmiotu lub substancji nie prowadzi do negatywnych skutków dla życia, zdrowia ludzi lub środowiska).

Zgodnie z art. 16 ust. 1 ustawy nowelizującej „W sprawach dotyczących przetwarzania odpadów (...) wszczętych i niezakończonych decyzją ostateczną przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe". Przepis ten ma zastosowanie w niniejszej sprawie — jak wynika z uzasadnienia decyzji Marszałka Województwa Wielkopolskiego — Organ ten zawiadomił stronę o wszczęciu postępowania administracyjnego pismem z 18.11.2020 r., tj. przed 1.01.2022 r.

Posiadana przez podmiot decyzja administracyjna przewiduje kruszenie odpadów z rozdziałem na trzy frakcje granulometryczne (odsiewka, gruz drobny oraz gruz gruby), dla których Wykonawca przedstawił wyniki badań wraz z opinią BARG Zachód Sp. z o.o. o spełnianiu przez te kruszywa normy branżowej.

Zamawiający nie kwestionuje tego, że podmiot jest w stanie (in abstracto) wytworzyć produkt z odpadów do przetwarzania, których jest uprawniony. Wykonawca nie ma jednak w tym zakresie dowolności, ale do uznania utraty statusu odpadów konieczne jest spełnianie przez materiał powstały po przetworzeniu wymagań technicznych dla produktu.

B. Ocena treści decyzji Wykonawcy

Zgodnie z posiadaną przez Wykonawcę decyzją, przed procesem kruszenia odpadów odbywa się segregacja ręczna i/lub przy pomocy separatora elektromagnetycznego. W sprawie nie ulega wątpliwości, że proces ten nie prowadzi do wydzielenia ze strumienia

odpadów 17 09 04 odpadów metali nieżelaznych, gipsu, szkła oraz odpadów mineralnych, wszak nie zostały one wymienione w tabeli z pkt. I A decyzji.

Zamawiający wskazuje, że w strumieniu zmieszanych odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04 mogą znajdować się takie odpady jak: usunięte tynki, tapety, okleiny, mieszanki bitumiczne, odpadowa papa, kable, gleba i ziemia, materiały izolacyjne (np. wełna mineralna) oraz dodatkowe zanieczyszczenia (np. niewielkie ilości odpadów komunalnych, które trafiają do kontenerów z odpadami budowlanymi). Skład tych odpadów nie jest możliwy do przewidzenia i nie jest w SWZ w żaden sposób wskazany, to też Wykonawca powinien mieć możliwości techniczne wykonania zamówienia niezależnie

od składu tych odpadów. Zakres uprawnień Wykonawcy jest jednak na tyle wąski, że spełnienie wymagań przetargowych następowałoby wyłącznie w przypadku wytworzenia produktu z każdej partii odpadów 17 09 04, która zawiera frakcje wymienione w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, innymi słowy, że frakcje te zostaną albo wydzielone jako osobny strumień albo wejdą w skład produktu, a nie znajdą się w strumieniu odpadu 19 12 12, do odzysku którego Wykonawca nie jest uprawniony.

W złożonym odwołaniu Wykonawca pisze (s. 12/14):

„Odniesienia również wymaga kwestia dotycząca wytwarzania przez BATPOL odpadów o kodzie 19 12 12. Jak wyżej wspomniano, odpady te są wytwarzane w marginalnej ilości i stanowią zanieczyszczenia, których wyodrębnienie jest konieczne celem poddania odpadów budowlanych i rozbiórkowych recyklingowi. Jednakże frakcja ta nie zawiera składników wykorzystywanych do produkcji kruszywa — (np. gipsu, kamieni, gruzu, szkła, minerałów), a także drewna, makulatury, tworzyw sztucznych i gumy oraz metali żelaznych. Nie jest możliwe, aby jakakolwiek partia odpadów budowlanych o kodzie 17 09 04 nie zawierała odpadów, których jedynym sposobem zagospodarowania będzie ich zdeponowanie na składowisku. Dotyczy to przede wszystkim odpadów wielomateriałowych, których rozdzielenie nie jest możliwe."

Wykonawca nie wskazuje, by metale nieżelazne były składnikiem wsadu do produkcji kruszywa, co jest jasne jako, że wytwarzanym produktem miałoby być kruszywo budowlane o różnych granulacjach (odsiewka 0-0,4 mm, gruz drobny 0,4-32 mm, gruz gruby 31-64 mm). Z załączonej przez Wykonawcę opinii BARG Zachód Sp. z o.o. z 19.12.2024 r. (s. 4) wynika, że w próbkach badanych pod kątem spełniania wymogów odpowiedniej normy branżowej (celem uznania materiału za produkt) nie sprawdzano zawartości metali, a kategoria „Inne" obejmuje tworzywa sztuczne i tynk.

W toku postępowania Zamawiający udzielił odpowiedzi na pytanie Oferenta (pytanie nr 8). Oferent zapytał czy warunek przetworzenia odpadów zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca skieruje do procesu recyklingu (R5) łącznie frakcję zawierającą szkło, gips

i odpady mineralne (w tym beton, cegły, płytki, materiały ceramiczne oraz kamienie), bez rozdzielania ich na poszczególne frakcje, jako że Wykonawca posiada stosowną decyzję na prowadzenie procesu R5 prowadzącego do wytworzenia kruszyw, pozwalającą na pominięcie wysortowania szkła i gipsu. Zamawiający na tak postawione pytanie odpowiedział twierdząco. Niemniej, w pytaniu tym nie uwzględniono metali nieżelaznych (których Wykonawca nie wydziela jako osobnego strumienia, a tym samym musiałyby one w całości wejść w skład produktu), a w pytaniu tym zakłada się, że szkło, gips i odpady mineralne w całości kierowane są do procesu recyklingu (nie trafiając do balastu 19 12 12).

Wykonawca musi dawać rękojmię wykonania przedmiotu zamówienia. Hipotetycznie, w skład danej partii odpadów 17 09 04 mogłyby wchodzić wyłącznie takie odpady jak: usunięte tynki, tapety, okleiny, mieszanki bitumiczne, odpadowa papa, kable, gleba i ziemia, materiały izolacyjne (np. wełna mineralna), dodatkowe zanieczyszczenia (np. niewielkie ilości odpadów komunalnych) oraz metale nieżelazne. Zakładając nawet, że Wykonawca z sukcesem odseparowałby z takiego strumienia metale nieżelazne, w jaki sposób rzekomo wytworzyłby z tych odpadów produkt w postaci gruzu budowlanego?

Wytworzenie produktu jest uwarunkowane zarówno rodzajem prowadzonego procesu technologicznego, jak i materiałem wsadowym do procesu. W postępowaniu skład tego materiału (przekazywanych odpadów) nie jest ściśle określony. Oczywistym jest, że do wytworzenia kruszywa budowlanego konieczna jest zawartość w odpadach frakcji mineralnych, a kruszywa tego nie wytwarza się z metali nieżelaznych. Zamawiający nie gwarantuje jednak żadnego określonego składu odpadów o kodzie 17 09 04, a Wykonawca nie legitymuje się decyzją, która pozwalałaby na spełnienie wymogów z art. 101a w takich przypadkach (np. poprzez wydzielenie z tego strumienia metali nieżelaznych). Nawet w przypadku skutecznego odseparowania przez Wykonawcę wszystkich innych rodzajów odpadów jako odpadów 19 12 12, w strumieniu odpadów kierowanych do kruszenia pozostają odpady metali nieżelaznych (a jego nieobecności Zamawiający nie jest w stanie zagwarantować), z którego Wykonawca produktu nie wytworzy, a jeśliby oddzielił te odpady do strumienia 19 12 12 — nie podda go odzyskowi (nie posiada na to decyzji). Stanowi to swoiste reducfio ad absurdum.

Zakładanie stuprocentowej wydajności procesu (powstawania produktu) przy braku jakichkolwiek wymogów, co do materiału wsadowego, przy dalece idącej nieprzewidywalności składu materiału wsadowego oraz przy zasadniczo prostym procesie technologicznym (separacje ręczna i/lub przy użyciu separatora elektromagnetycznego do oddzielania metali żelaznych) jest niezgodne z zasadami logiki i doświadczenia życiowego. Sama możliwość, ewentualność wytworzenia produktu z danej partii odpadów 17 09 04 (której Zamawiający nie kwestionuje) jest czymś zasadniczo innym niż wytwarzanie produktu z każdej partii odpadów,

czego nie sposób — przy braku wymogów dot. wsadu do procesu technologicznego -zakładać. Nie zakłada tego również sama decyzja.

Odrębną kwestią jest to, że z tabeli z punktu I B wynika, że w skład odpadów 19 12 12 wchodzą m.in. tworzywa sztuczne (polipropylen, polietylen, polichlorek winylu, polimery syntetyczne), oraz odpady mineralne (cement, wapno, gips, wypełniacze mineralne), wbrew stanowisku z odwołania, a tym samym odpady, które powinny być wydzielane do osobnego strumienia na podstawie art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, a jeżeli nie są — poddawane w tym strumieniu przygotowaniu do ponownego użycia, recyklingowi lub innemu odzyskowi, na co Wykonawca nie posiada stosownej decyzji.

Przystępujący zwrócił uwagę na konieczność zachowania hierarchii postępowania z odpadami, zgodnie z unormowaniami ustawy o odpadach. Faktem jest, że tylko firma Przystępujący wylegitymował się uprawieniami do

przetwarzania odpadu 17 -0 4, które prowadzi do wydzielenia wszystkich 6 frakcji odpadów, o których mowa w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach. Jest to zgodne z przesłankami stosowania hierarchii sposobów postępowania z odpadami, wskazanymi w art. 18 ust. 2 ustawy o odpadach. Odwołujący nie zapewnia wydzielenia wszystkich 6 frakcji odpadów ze zmieszanych odpadów budowlanych, a w przypadku frakcji nie wydzielonych — nie daje rękojmi poddania ich odzyskowi (w każdym przypadku musiałyby być one składową produktu, co nie jest możliwe do przyjęcia z przyczyn opisanych z odpowiedzi), co z tą hierarchią zgodne nie jest.

Mając na uwadze powyższe okoliczności prawne i faktyczne, ofertę Wykonawcy należało odrzucić.

Za chybiony Zamawiający uznaje także zarzut Wykonawcy o naruszeniu przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Przepis ten bowiem obliguje Zamawiającego do wezwania Wykonawcy do uzupełnienia, poprawienia albo złożenia informacji i dokumentów, które okazałyby się niekompletne, bądź błędne, względnie uprzednio nie złożone przez Wykonawcę.

Zamawiający wzywał Wykonawcę dwukrotnie do uzupełnienia dokumentów i informacji — pismami z 27.02.2025 r. oraz 10.03.2025 r. Zamawiający po otrzymaniu uzupełnień złożonych przez Wykonawcę zapoznał się z nimi i wnikliwie je przeanalizował. Złożone uzupełnienia wyczerpały zakres informacji niezbędnych Zamawiającemu do oceny oferty złożonej przez Wykonawcę. Uzupełnienia te nie wymagały dalszych wyjaśnień, z ich treści bowiem wynikało, że oferta Wykonawcy nie spełnia kryteriów postępowania przetargowego i z tego powodu należy ją odrzucić.

W sprawie nie zaistniał zatem przypadek, w którym to Zamawiający musiałby wzywać Wykonawcę kolejny raz do złożenia, uzupełnienia albo poprawienia wcześniej przesłanych dokumentów i informacji. Dostarczone w toku postępowania wyjaśnienia i środki dowodowe były bowiem wystarczające aby stwierdzić konieczność odrzucenia tej oferty.

Reasumując, odwołanie wniesione przez Wykonawcę Zamawiający uznaje w całości za pozbawione podstaw prawnych i faktycznych, a co za tym idzie podlegające oddaleniu w całości.

Przystępujący w pisemnym stanowisku wnosił o oddalenie odwołania.

W ramach prowadzonej przez spółkę działalności, w zakresie gospodarki odpadami, Przystępujący posiada:

(i) Pozwolenie Zintegrowane z dnia 17.05.2018 roku, znak OŚ.6222.1.2018 wydane przez Starostę Żnińskiego, zmienione decyzjami: znak OŚ.6222.6.2019 z dnia 24.07.2020 roku, znak OŚ.6222.2.2021 z dnia 13.10.2021 znak OŚ.6222.6.2023 z dnia 27.09.2023 roku,

(ii) Decyzję na Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne, znak ŚG-I-G.7244.48.2024 z dnia 27.02.2025 roku wydaną przez Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego.

(iii) Pozwolenie na wytwarzanie odpadów uwzględniające wymagania przewidziane dla zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów wydane przez Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego znak ŚG-I-G.7243.2.13.2021 z dnia 12.05.2022 roku.

W przekonaniu Przystępującego spółka jako jedyny oferent z grona podmiotów biorących udział w postępowaniu spełniła wszystkie warunki udziału w postępowaniu, co uzasadnia wybór złożonej przez Przystępującego oferty, a także ze stuprocentową gwarancją zapewniła prawidłowe wykonanie usługi w relacji do przedmiotu zamówienia oraz oczekiwań i założeń Zamawiającego.

W odniesieniu do warunków zamówienia, a w tym Instrukcji dla Wykonawców

(i) spółka legitymuje się ważnym wpisem do Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami pod numerem: 000002698

(ii) spółka posiada uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej związanej z zagospodarowaniem odpadów w postaci decyzji Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego znak ŚG-I-G.7243.2.13.2021 z dnia 12.05.2021 roku umożliwiającej prowadzenie przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101 a ust. 1 ustawy o odpadach.

(iii) spółka posiada ubezpieczenie OC prowadzonej działalności na kwotę 1.000.000 zł

(iv) spółka posiada i prowadzi instalację do prowadzenia przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101 a ust. 1 ustawy o odpadach.

Co do obowiązku wykonawcy polegającego na przetwarzaniu odpadów poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101 a ust. 1 ustawy o odpadach, tj. drewna, metali, szkła, tworzyw sztucznych, gipsu, i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek, i materiałów ceramicznych oraz kamieni) zdaniem Przystępującego jako jedyny z oferentów jest w pełni przygotowania przed względem organizacyjnym, osobowym oraz technicznym do prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w toku postępowania wystąpił do oferentów ze stosownym wezwaniem w przedmiocie udzielenia wyjaśnień dotyczących możliwości technicznych umożliwiających realizację zamówienia. W odniesieniu do spółki

GREEN PETROL Zamawiający wystąpił z wezwaniem z dnia 3 kwietnia 2025 roku. W udzielonej odpowiedzi Przystępujący wskazał na czynniki, które dają gwarancję kompleksowego i prawidłowego wykonania przedmiotu zamówienia.

Odnoszą się do treści odwołania, Przystępujący nie może zgodzić się z argumentacją Odwołującego w zakresie spełnienia kryterium kwalifikacji, o którym traktuje Rozdział 9 ust. 2 pkt. 2 IDW.

Dla zagwarantowania spełnienia warunków zamówienia powinna być zachowana hierarchia postępowania z odpadem według unormowań ustawy o odpadach, a mianowicie w pierwszej kolejności powinno zostać wysortowane przynajmniej 6 frakcji. Dopiero na kolejnym etapie można poddać odpad recyklingowi w efekcie czego można finalnie wytworzyć produkt. Powyższego warunku już na tym etapie bezsprzecznie nie spełnia oferta Odwołującego.

W postępowaniu, wbrew supozycji Odwołującego, nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie był obowiązany do wezwania Odwołującego do poprawienia podmiotowych środków dowodowych złożonych przez niego w postępowaniu. Odwołujący wypowiadał się już w tym zakresie w toku postępowania wobec Zamawiającego.

W stanie faktycznym sprawy nie miał w ogóle miejsca ze strony Odwołującego akt polegający na braku złożenia podmiotowych środków dowodowych, czy też akt złożenia niekompletnych podmiotowych środków dowodowych lub zawierających błędy. Jak wskazuje autor J.E. w treści komentarza do przepisu art. 128 p.z.p., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. V:

(…) dokument jest niekompletny, jeżeli wprawdzie został fizycznie przedłożony, ale nie spełnia określonych przez zamawiającego wymagań formalnych (np. nie został podpisany, jest nieczytelny lub jego kopia nie została potwierdzona za zgodność z oryginałem). Od tych dwóch przypadków należy odróżnić dokumenty (oświadczenia) zawierające błędy. Są to dokumenty,

które zostały fizycznie złożone oraz są formalnie poprawne, jednak nie potwierdzają spełniania odpowiednich wymagań.

Odwołujący złożył w postępowaniu podmiotowe środki dowodowe mające w jego odczuciu wypełnić przesłankę wynikającą z Rozdziału 9 ust. 1 lit. b w zw. z ust. 2 pkt. 2 IDW. Przedmiotowe środki dowodowe nie posiadały błędów a odzwierciedlały stan oraz możliwości Odwołującego i jako takie ze strony Zamawiającego nie wymagały natomiast wezwania wykonawcy do ich poprawienia, lecz wymagały dokonania ich weryfikacji i oceny w świetle nakreślonego przedmiotu zamówienia. W konsekwencji Zamawiający dokonał ich prawidłowej oceny i na tej podstawie słusznie, zdaniem Przystępującego, odrzucił ofertę Odwołującego, jako niespełniającą kryteriów postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła i zważyła, że:

Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił przebieg prowadzonego postępowania i nie zachodziła konieczność ponownego przytaczania zapisów.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. art. 226 ust 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający podał, że w złożonych wyjaśnieniach Wykonawca wskazał możliwość wytwarzania produktu (kruszywa budowlanego), w wyniku przeprowadzonego przez podmiot BATPOL R.S., na podstawie posiadanego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, wydanego przez Prezydenta Miasta Poznania (znak OS-11.6221.143.2016 z 5.12.2016 r.), zmienionego decyzją Marszałka Województwa Wielkopolskiego (znak DSK-IV.7243.59.2021 z 23.04.2024 r.) przetwarzania odpadów w wyniku procesu R5. Wykonawca możliwość tę opiera na wykładni przepisów, wedle których mają do niego zastosowanie warunki utraty statusu odpadów określone w art. 14 ust. 1 pkt 1 lit. c i d ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 grudnia 2012 r. Produkt ten miałby być wytwarzany w wyniku przetworzenia odpadów o kodzie 17 09 04, które są przedmiotem zamówienia, a te z frakcji odpadów wymienionych w art. 101a ust. 1 ustawy o odpadach, które nie zostałyby wydzielone, każdorazowo weszły by w skład produktu.

Dopełnienie przez wykonawcę wymagań przetargu wymaga tego, by produkt ten powstawał ze stuprocentową wydajnością. W przypadku, gdyby proces przetwarzania nie doprowadził do powstania produktu, odpad po przekruszeniu klasyfikowany był by pod kodem 19 12 12, a możliwości odzysku tego odpadu Wykonawca nie przedstawił.

Biorąc pod uwagę poczynione ustalenia i stanowiska Stron Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w zakresie zarzutu głównego odwołania naruszenia art. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) ustawy Pzp.

Niespornie z zapisów SWZ odnoszących się do warunków udziału w postępowaniu, że Zamawiający przewidział dwa sposoby wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej związanej z zagospodarowaniem odpadów, mianowicie:

Wykonawca wykaże, że:

a. posiada decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania (odzysku) odpadów w instalacji poprzez wydzielenia ze strumienia zmieszanych odpadów budowlanych (kod 17 09 04) co najmniej 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, tj. drewna, metali, szkła, tworzyw

sztucznych, gipsu i odpadów mineralnych (w tym betonu, cegły, płytek i materiałów ceramicznych oraz kamieni)

b. w przypadku, gdyby Wykonawca chciał skorzystać z możliwości przeprowadzenia przygotowania odpadów do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w art. 101a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (gdy dana partia odpadów będzie na to pozwalać), powinien przedstawić decyzje administracyjne na prowadzenie przetwarzania odpadów o kodzie 17 09 04 w inny sposób.

Innych warunków w tym zakresie Zamawiający nie postawił.

Ponadto podkreślenia wymaga, iż Izba w zakresie oceny czynności Zamawiającego może poruszać się i orzekać jedynie w odniesieniu do tych elementów decyzji o wyniku postępowania, które zostały Wykonawcy udostępnione. W tym postępowaniu zauważyć należy, iż Zamawiający bardzo skrótowo i lakonicznie przedstawił uzasadnienie decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego. Jest to o tyle istotne w tym przypadku, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie rozszerzył argumentację i odnosił się do okoliczności, których nie ujął w decyzji o wyniku postępowania. Tak jak w przypadku korzystania ze środków ochrony prawnej, Krajowa Izba Odwoławcza jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowań Zamawiającego (podjętych czynności lub zaniechania czynności) jedynie przez pryzmat skonkretyzowanych w odwołaniu okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie, tak Wykonawca wnoszący odwołanie formułując zarzuty związany jest treścią przedstawionej przez Zamawiającego decyzji co do sposobu oceny oferty. Z tego powodu Izba pominęła argumnetację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, a nie wynikającą z informacji o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu oferty Odwołującego.

Tylko bowiem w tym stanie uzasadnienia faktycznego mógł się poruszać Odwołujący przedstawiając zarzuty.

Głównym powodem uznania przez Zamawiającego, że Odwołujący nie potwierdził spełniania warunków podmiotowych była okoliczność, że „W przypadku, gdyby proces przetwarzania nie doprowadził do powstania produktu, odpad po przekruszeniu klasyfikowany był by pod kodem 19 12 12, a możliwości odzysku tego odpadu Wykonawca nie przedstawił".

Odwołujący w zarzucie głównym odwołania słusznie zauważył, przedmiotem zamówienia nie jest objęte zagospodarowanie odpadów objętych kodem 19 12 12. Nie było zatem obowiązku złożenia Zamawiającemu podmiotowych środków dowodowych potwierdzających możliwość odzysku odpadów o przywołanym kodzie.

Ponadto niesporne było, że oferta Odwołującego przewiduje wykonanie przedmiotu zamówienia przez drugi, alternatywny sposób, czyli przez przygotowanie odpadów do ponownego użycia, recyklingu lub innego odzysku bez wysegregowania 6 frakcji odpadów wskazanych w czyli przetwarza odpady o kodzie 17 09 04 w inny sposób.

Z przedstawionej Zamawiającemu decyzji wynika, że dopuszczone jest wysegregowanie 3 frakcji spośród wymienionych w art. 101a u.o., a w pozostałym zakresie proces przetworzenia odpadów przewiduje wytworzenie produktu (w przypadku Odwołującego jest to kruszywo budowlane). Według Zamawiającego taki sposób postępowania z odpadami jest niepełny. Jednakże dostrzeżenia wymaga, jak celnie zauważył Odwołujący w odwołaniu, że odpady o kodzie 17 09 04 mają ustandaryzowany i dookreślony przepisami prawa charakter. Tymczasem Zamawiający twierdzi, że w żadnymi przypadku nie może zapewnić, że odbiór odpadów będzie dotyczył takich elementów, z których powstanie produkt (po przeprowadzeniu procesu R5) wytwarzany przez Odwołującego. Zakładając w takim razie hipotetycznie, równie dobrze można powiedzieć, że Zamawiający nie może także zapewnić, iż odbiorowi będą podlegały takie odpady, z których możliwe będzie wydzielenie 6 frakcji, czyli przeprowadzenie procesu zakładanego przez Przystępującego. Ale jak już wspomniano za Odwołującym, przedmiotem zamówienia objęte są odpady komunalne, o ustandaryzowanym składzie, określonym w przepisach, co może stanowić odpady o kodzie 17 04 09. Natomiast w każdej sytuacji mogą powstać odpady, z których niemożliwe będzie wydzielenie 6 frakcji, czy wytworzenie produktu. W takim przypadku będą one podlegały zagospodarowaniu zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, przy czym jak słusznie podkreślił Odwołujący, będzie to ilość minimalna.

Na rozprawie Zamawiający wywodził, że w jego ocenie z przedstawionych przez Odwołującego decyzji nie wynika, że spełniona została ścieżka alternatywna, bowiem może zdarzyć się tak, że powstaną tylko odpady o kodzie 19 12 12, natomiast przepis zakłada

odzysk, recykling lub ponowne użycie. Do wytworzenia produktu konieczny jest gruz odpadowy, a takiego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający nie zapewnia. Jednak Zamawiający zapomina lub pomija, że w taki sposób nie ukształtował treści warunku zamówienia. Zamawiający w warunku dla ścieżki alternatywnej nie postawił dodatkowych obowiązków, innych niż przy ścieżce podstawowej wydzielenia 6 frakcji. Teraz jednak Zamawiający próbuje podnosić, że w sytuacji ścieżki alternatywnej Wykonawca musi spełnić dodatkowe obowiązki, których w warunku udziału nie postawiono. Jak już zauważono, także dla ścieżki podstawowej Zamawiający nie zapewnił składu odbieranych odpadów. Gdyby odczytywać niewyrażone w treści warunku intencje Zamawiającego, to żaden z wykonawców warunku by nie spełnił.

Po przeprowadzonym procesie R5 odpady stają się kruszywem (wyrobem budowlanym), na co Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach przedstawił odpowiednie badania. Jednak zdaniem Zamawiającego proces ten nie gwarantuje zagospodarowania wszystkich odpadów, bowiem produkt nie powstaje ze stuprocentową wydajnością. Tymczasem na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego kilkukrotnie podkreślał, że jest to zasada, że taki procent wydajności nie jest osiągany. Zatem dla Izby Zamawiający prezentuje dwa sprzeczne stanowiska, z jednej strony twierdząc, że wymaga stuprocentowej wydajności, następnie twierdząc, że osiągnięcie takiego poziomu nie jest możliwe.

Izba podziela stanowisko Odwołującego, że warunki udziału w postępowaniu ustalono w określony sposób, odnosząc je

do stanu aktualnego, a nie stanów hipotetycznych, wymagając. legitymowania się stosowną decyzją administracyjną, którą co do rodzaju i parametrów określił Zamawiający w dokumentach zamówienia.

Z tych powodów Izba uznała, że zarzut główny odwołania potwierdził się i uwzględniła odwołanie, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, następnie ponowienie badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Izba nie rozpoznawała zarzutów ewentualnych, przedstawionych na wypadek niepotwierdzenia się zarzutu głównego. Procedując w sprawie i uznając jako niezasadne żądanie główne, dopiero powinnością Izby byłoby rozstrzygniecie w przedmiocie żądania ewentualnego. Podobnie jako w procesie cywilnym, żądanie ewentualne zgłaszane jest jako dodatkowe na wypadek niemożności uwzględnienia żądania zasadniczego. Zgodnie zaś z utrwaloną linią orzeczniczą, sąd rozpoznaje i rozstrzyga o żądaniu ewentualnym tylko wówczas, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego. Jest to szczególny przypadek kumulacji roszczeń (art. 191 k.p.c.) (tak: Sąd Apelacyjny w Szczecinie w wyroku

z dnia 15 października 2015 r.. Przy uwzględnieniu żądania zasadniczego sąd nie orzeka w ogóle o żądaniu ewentualnym, a czyni to jedynie, gdy brak podstaw do uwzględnienia żądania zasadniczego (tak: wyroki Sądu Najwyższego z dnia 31 stycznia 1996 r., III CRN 58/95, nie publ., z dnia 12 stycznia 2012 r., IV CSK 219/11, nie publ. i z dnia 4 października 2012 r., I CSK 100/12, nie publ.).

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego. Przy czym do kosztów postępowania odwoławczego nie zaliczono kosztów dojazdu Zamawiającego w wysokości 2 x 169,00 zł, ponieważ bilety kolejowe poświadczające poniesienie tego kosztu zostały złożone do akt postępowania po zakończeniu rozprawy. Zgodnie z art. 573 ustawy Pzp do czasu zamknięcia rozprawy strona, uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw lub ich pełnomocnicy mogą złożyć wniosek dotyczący kosztów postępowania odwoławczego.

Przewodnicząca: