

WYROK

z dnia 22 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący
Emil Kawa

Członkowie:
Emilia Garbala

Magdalena Grabarczyk

Protokolant:

Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2021 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.08.2021 r. przez wykonawcę PreZero Recycling Wschód sp. z o.o. ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Lublin, pl. Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin,

przy udziale wykonawcy KOMA Lublin Sp. z o.o., ul. Mełgiewska 2, 20-209 Lublin, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka

1. Oddala odwołanie

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i :

- zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczonych przez odwołującego PreZero Recycling Wschód sp. z o.o. tytułem wpisu od odwołania

- zasadza od odwołującego PreZero Recycling Wschód sp. z o.o. na rzecz zamawiającego Gminy Lublin kwotę 3 600,00 (trzy tysiące sześćset) złotych tytułem zwrotu kosztu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 poz. 1129) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący.....

Członkowie

Gmina Lublin, Plac Króla Władysława Łokietka 1, 20-109 Lublin, dalej zwana „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin- VII części: część 1-sektor I, część 2- sektor II, część 3- sektor III, część 4 - sektor IV; część 5-sektor V; część 6-sektor VI; część 7-sektorVII.”. Ogłoszenie o zamówieniu w sprawie przedmiotowego zamówienia zostało opublikowane w Dz.Urz. UE nr 2021/S 058-146845 z dnia 24 marca 2021 r.

Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty - w tym na cz. 3, 4 oraz 7, których dotyczy odwołanie. Od takiej czynności zamawiającego wykonawca PreZero Recykling Wschód Sp. o.o. ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin, dalej zwany „odwołującym” wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Na przedmiotowe części zostały złożone dwie oferty, tj. oferta Odwołującego oraz oferta wybranego wykonawcy KOMA Lublin Sp. z o.o. ul. Męgiewska 11E, 20-209 Lublin, dalej zwany także „przystępującym”.

Odwołujący we wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu dokonanie czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez KOMA LUBLIN Sp. z o.o. w sytuacji, kiedy oferta ta winna była zostać odrzucona.

Wskazał, że zamawiający dokonując tej czynności naruszył przepisy ustawy Pzp, tj.:

- 1) Art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy KOMA, pomimo że treść oferty wykonawcy jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. wykonawca w zał. 10a do SWZ, załączonym do oferty, wskazał instalacje, do których będzie przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady, a które nie są instalacjami uprawnionymi;
- 2) Art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMA, pomimo że oferta tego wykonawcy została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, tj. wykonawca ten dopuścił się manipulacji pozacenowymi kryteriami oceny ofert;
- 3) Art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy KOMA, pomimo że Wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej (doświadczenie), tj. wykazał się doświadczeniem w wykonaniu zamówienia obejmującego określoną liczbę m3 odebranych pojemników odpadów, nie zaś m3 odpadów;
- 4) Art. 224 ust. 1 Pzp przez zaniechanie wezwania KOMA do wyjaśnień w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia przez tego wykonawcę ceny oferty, pomimo że cena ta wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia;
- 5) Art. 16 pkt 1 Pzp przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Na wstępie Izba wskazuje, że odwołujący na etapie posiedzenia cofnął zarzut ozn. numerem cztery, dotyczący rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy KOMA. W takiej sytuacji Izba uznała za niezasadne przedstawianie stanu faktycznego oraz argumentacji prawnej zawartej w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym przystępującego. W tym stanie rzeczy odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy KOMA oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy KOMA.

Odwołujący uzasadniając zarzut pierwszy podał, że zgodnie z pkt 4.2.1.2. SWZ przedmiotem zamówienia w cz. 1, 2, 6 i 7 objęte jest wykonywanie usługi polegającej m.in. na „zagospodarowaniu w uprawnionych instalacjach, nadto

„ Wykonawca realizując zagospodarowanie odpadów komunalnych, o którym mowa w ust. 2, jest zobowiązany:

- 1) zagospodarowywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne - kod 200301 w instalacjach komunalnych
- 2) zagospodarować selektywnie zbierane odpady komunalne, o których mowa w ust. 2 pkt 1) w instalacjach zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami oraz zasadami, w szczególności z zachowaniem zasady bliskości oraz hierarchią postępowania z odpadami.

Tym samym w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w cz. 7 wykonawca jest zobowiązany do odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych, przy czym zagospodarowanie wszystkich frakcji odpadów powinno odbywać się w uprawnionych instalacjach, zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Także w przypadku cz. 3 i 4 zamówienia, wykonawca również zobowiązany jest do odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych. W odniesieniu do zmieszanych odpadów komunalnych zamawiający wskazał instalację, w której zagospodarowane będą odpady zmieszane - instalacja komunalna Zakład Zagospodarowania Odpadów w Wólce Rokickiej, zaś selektywnie zebrane odpady komunalne mogą być transportowane do wybranej przez wykonawcę instalacji, jednak zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Wskazał, że w oparciu o przepis art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Zgodnie zaś z art. 43 ust. 1 pkt 2 w zezwoleniu na zbieranie odpadów określa się rodzaje odpadów przewidywanych do zbierania. Każda instalacja może, zatem przyjmować do przetworzenia odpady wyłącznie objęte wydanym dla tej instalacji zezwoleniem. Zamawiający, stawiając w SOPZ dla cz. 7 w

odniesieniu do odpadów zmieszanych i selektywnie zebranych oraz dla cz. 3 i 4 w odniesieniu do odpadów selektywnie zebranych warunek zagospodarowania odpadów zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym w szczególności zgodnie z ustawą o odpadach, wymagał, aby odpady były transportowane do instalacji, które posiadają zezwolenie do przetwarzania poszczególnych frakcji odpadów.

Wykonawca KOMA w załączniku 10a - w odniesieniu do cz. VII oraz w załączniku 10 b - w odniesieniu do cz. III i IV, wskazał odrębnie dla każdej z frakcji odpadów listę instalacji, do których „zamierza przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy odpady komunalne. Jednocześnie część ze wskazanych instalacji w ogóle nie posiada uprawnień do przyjmowania, a tym bardziej przetwarzania odpadów danej frakcji. Przykładowo, instalacja będąca w zarządzie odwołującego - SUEZ Wschód Sp. z o.o. została wskazana, jako instalacja, do której będą transportowane odpady wskazane w poz. 2-8 załącznika nr 10a i 10b do SOPZ. Jednocześnie instalacja odwołującego (znajdująca się w Radomiu a nie Lublinie) nie posiada uprawnień w przedmiocie zarówno zbierania, a tym bardziej przetwarzania odpadów o kodach 20 01 08 i 20 02 01. Dodatkowo, odwołujący nie posiada umowy z wykonawcą KOMA, która uprawniałaby go do przekazywania jakichkolwiek odpadów do instalacji odwołującego. Co więcej, wykonawca KOMA wskazał inne instalacje, które również nie posiadają uprawnień w przedmiocie zbierania i/lub przetwarzania odpadów wskazanych w w/w pozycjach załącznika. Oświadczenie, co do instalacji, do których KOMA zamierza przekazywać odebrane odpady zawarte w załączniku nr 10a i 10b pozostaje zatem w sprzeczności z § 1 pkt 3 SOPZ - dla cz. 7 oraz z § 1 pkt 3 SOPZ - dla cz. 3 i 4. Oświadczenie, iż wykonawca zamierza przekazywać odebrane odpady do instalacji nie posiadających zezwoleń na przetwarzanie poszczególnych frakcji świadczy o niezgodności oferty KOMA z warunkami zamówienia, co stanowi przesłankę odrzucenia tej oferty.

W zakresie zarzutu drugiego dotyczącego naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp podał, że zgodnie z pkt. 16.2.1. SWZ (po zmianie dokonanej odpowiedzią na pytanie nr 50 z dnia 25.05.2021) pozacenowym kryterium oceny ofert o wadze 40% był poziom recyklingu. Zamawiający przewidział, iż: w powyższym kryterium oceniany będzie poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne), jaki wykonawca zobowiązuje się osiągnąć w roku 2021, 2022, 2023 i 2024 w sektorze, na który składa ofertę. W załączeniu dla potrzeb poziomów recyklingu zał. nr 8 do SWZ - Ilość osób zameldowanych w sektorach. Zamawiający podał także wzór, według którego poziom uzyskanego recyklingu będzie obliczany. W pkt. 16.2.1.1. SWZ wskazano, iż „ocena poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne) będzie dokonywana w następujący sposób:

16.2.1.1.1. minimum stanowi następujący poziom ustawowo obowiązujący:

2021 r. - 20% (0 pkt)

2022 r. - 25% (0 pkt)

2023 r. - 35% (0 pkt)

2024 r. - 45% (0 pkt)

Zamawiający stwierdził, że wykonawca, który za proponuje minimalny poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych otrzyma 0 punktów. W przypadku,

gdy Wykonawca zaproponuje poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów poniżej minimalnego poziomu jego oferta zostanie odrzucona."

Nadto podał, że za każdy dodatkowy 1% uzyskanego powyżej minimalnego progu recyklingu wykonawca uzyska 6,25 pkt.

Parametry powyższe były takie same dla wszystkich części zamówienia. Wykonawca KOMA w swoich ofertach dla cz. 3, 4 i 7 Zamówienia oświadczył, iż dotrzyma maksymalnych poziomów recyklingu w każdym kolejnym roku świadczenia usługi:

2021 24 % (minimum 20 %)

2022 29 % (minimum 25%)

2023 39 % (minimum 35%)

2024 49 % (minimum 45 %)

Biorąc powyższe pod uwagę odwołujący podał, że jego zdaniem utrzymanie zaoferowanych przez KOMA poziomów recyklingu nie jest możliwe w okolicznościach niniejszej sprawy. Oświadczenie złożone przez KOMA w tym zakresie w ofercie miało na celu jedynie zwiększenie szansy na uzyskanie zamówienia, pomimo świadomości braku możliwości realizacji zamówienia zgodnie z ofertą, co do poziomów recyklingu. Ceny zaoferowane przez KOMA (załącznik nr 7 do ofert - Wykaz cenowy), wskazują jednoznacznie, że KOMA przygotowała ofertę zakładając transport odpadów do Instalacji ZZO (ul. Metalurgiczna 17a, 20-234 Lublin, dalej jako: „Instalacja KOM-EKO”), która jest instalacją właściwą biorąc pod uwagę- m.in. zasadę bliskości. Ceny te są identyczne z tymi, jakie odwołujący uzyskał w ofercie Instalacji KOM-EKO (nie zawierają żadnego narzutu). Przykładowo cena jednostkowa netto za przetworzenie 1 Mg papieru i tektury zaoferowana przez Instalację KOM-EKO wynosi 120 zł i dokładnie taką kwotę w tej pozycji w Wykazie cenowym zaoferowało KOMA. Dotyczy to wszystkich pozycji poza zmieszanyimi odpadami komunalnymi, gdzie zaoferowano cenę przetwarzania Instalacji w Bełżycach (tylko w cz. 7) oraz odpadami rozbiórkowymi i budowlanymi (nie brane pod uwagę w kryterium pozacenowym).

Jednocześnie Instalacja KOM-EKO, oferując jednolite ceny odbioru dla wszystkich

wykonawców, zaoferowała także takie same poziomy recyklingu poszczególnych frakcji

odpadów. Tym samym, po przeliczeniu i uśrednieniu poziomu odzysku z poszczególnych

frakcji branych pod uwagę w kryteriach oceny ofert (kody odpadów: kod 20 03 01, kod 20 01 01, kod 20 01 39, kod 20 01 40, kod 20 01 02, kod 20 01 08, kod 20 02 01, kod 20 03 07) i poziomy oferowane przez wykonawcę KOMA.

Podkreślił, że KOMA zaoferowała poziomy recyklingu w latach 2021 - 2024 znacznie wyższe niż możliwe do osiągnięcia przy przetwarzaniu odpadów przez Instalację KOM-EKO i wyższe niż w ogóle możliwe realnie do osiągnięcia w którejkolwiek z instalacji wskazanych przez KOMA w wykazie Instalacji. Z uwagi na fakt, że poziom recyklingu stanowił kryterium o wadze 40%, podanie przez KOMA w ofercie maksymalnych punktowanych przez Zamawiającego, a niemożliwych do uzyskania poziomów odzysku, obliczone było na wyeliminowanie konkurencji w postępowaniu. Takie działanie należy uznać za czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie ulega wątpliwości, że wykonawca KOMA dopuścił się czynu nieuczciwej konkurencji, oferując nierealne i niemożliwe do uzyskania w warunkach niniejszego postępowania poziomy recyklingu, eliminując tym samym konkurencję w postępowaniu.

W kolejnym zarzucie odwołujący zarzucił zamawiającemu, że został wybrany wykonawca zamówienia, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykazania ilości odebranych w referencyjnych latach odpadów. Wskazał, że przystępujący w cz. IC.C. JEDZ dla cz. 3, 4 i 7 Zamówienia wykazał się wykonaniem zadania pn. - Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin sektor IV. W wyniku wezwania do uzupełnienia JEDZ z dnia 6.07.2021 wykonawca wskazał, że w ramach przedmiotowej usługi średnioroczna ilość odebranych odpadów komunalnych wynosiła 100 185,99 m3. Zamawiający powziął wątpliwość co do tak podanej średniorocznej odebranej liczby odpadów i wezwał wykonawcę do wyjaśnień pismem z dnia 13 lipca 2021 r. w zakresie „metody i przedstawienia wyliczeń z podaniem danych źródłowych (w szczególności przyjętej ilości odpadów w Mg, przyjętej gęstości nasypowej (ciężaru objętościowego) jaką wykonawca zastosował do wyliczenia ilości m3 podanej w JEDZ (oddzielnie dla części 3,4,7)". Wykonawca w odniesieniu do wszystkich części, co do których złożył ofertę, wskazał, iż obliczenia dokonał poprzez pomnożenie liczby odebranych, w okresie świadczenia Usługi pojemników o objętości

0,240 m³, 0,77 m³ oraz 1,1 m³ przez ich objętość. Wykonawca podał, zatem łączną objętość w m³ pojemników, które podlegały odbiorowi, nie zaś objętość odebranych odpadów. Należy zwrócić uwagę, iż warunek w tym zakresie brzmiał jednoznacznie. Chodziło, bowiem o wykazanie się wykonaniem usługi polegającej na odbieraniu niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (...) w średniorocznej ilości wynoszącej, co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³. Waga lub objętość, o których mowa w warunku dotyczyły odpadów, a nie odebranych pojemników. Podanie przez wykonawcę objętości odebranych pojemników obarczone jest błędem tego rodzaju, że, co oczywiste, odbierane pojemniki na odpady nie zawsze są pełne, a nawet w ogromnej ilości przypadków wypełnione są tylko w pewnym stopniu. Podanie objętości odebranych pojemników spowodowało, że wykonawca w sposób nieuprawniony doliczył do objętości odebranych odpadów, również objętość pojemników niezapełnioną odpadami. Zarzucił, że zamawiający, jako odbiorca przedmiotowej usługi mógł z łatwością zweryfikować prawdziwość twierdzeń wykonawcy, bowiem posiada wiedzę na temat ilości odebranych w ramach tej usługi odpadów, liczonej w Mg. Przy przyjęciu standardowego przelicznika (zastosowanego w warunku udziału w postępowaniu), że około 8 m³ odpadów równa się 1 Mg odpadów, okazuje się, że wykonawca KOMA, w ramach usługi odbioru odpadów nie odebrał wymaganej ilości Mg ani m³ odpadów, zaś podana w JEDZ objętość w m³ jest zawyżona w stosunku do masy odpadów, bowiem uwzględniła objętość pojemników niezapełnioną odpadami. Z tego względu należy stwierdzić, że wykonawca KOMA nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie 8.1.4.1.1. SWZ, nie wykazał, bowiem, że posiada doświadczenie w wykonaniu usługi odbioru odpadów w wymaganej ilości. Z uwagi na fakt, że Zamawiający wzywał, co do tego warunku udziału w postępowaniu do uzupełnienia JEDZ, zgodnie z zasadą jednokrotności wezwania do uzupełnienia, należy uznać, że procedura określona w art. 128 Pzp została wyczerpana. Z tego względu oferta KOMA podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 2 pkt 2) lit. b) Pzp.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania w całości, jako niezasadnego. Odnosząc się do stawianego zarzutu w zakresie nie podania właściwych instalacji do których przystępujący zamierza przekazywać odebrane od wytwórców odpady podał, że KOMA w zał. 10a i 10 b do SWZ wskazał w zależności od rodzaju odpadów komunalnych 8, 10, 12, 13 i 14 alternatywnych instalacji, do których będzie przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady.

W obowiązującym stanie prawnym w postępowaniu o udzielenie zamówienia kompleksowego tj. na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zamawiający w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:

- instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie

- w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tj. Dz.U.2021.888 ze zm. zwana dalej ucpg).

Zamawiający na podstawie przekazywanych raportów miesięcznych potwierdzających należyte, zgodne z postanowieniami umowy wykonanie zamówienia tj. odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, przez Wykonawców umów dokonał analizy do jakich i ilu instalacji najczęściej są dostarczane odebrane odpady w latach 2013-2020 z siedmiu sektorów położonych na obszarze miasta Lublin. Zagospodarowanie odpadów komunalnych, zgodnie z ustawą o odpadach, odbywa się z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami. Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne są kierowane do mechaniczno-biologicznego przetwarzania, co jest wymogiem ustawowym. Całość strumienia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych odbieranych z nieruchomości zamieszkałych w Lublinie trafia do instalacji mechaniczno-biologicznego przetwarzania, co klasyfikuje się, jako proces odzysku R12, z czego ponad połowa trafia do instalacji należącej do KOM-EKO przy ul. Metalurgicznej oraz w mniejszej ilości do Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych Sp. z o.o. w Bełżycach. Począwszy od 1 lipca 2017 r. Gmina Lublin przejęła obowiązek samodzielnego zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych z sektorów III, IV i V, nakładając na kolejne podmioty je odbierające obowiązek kierowania tych odpadów do instalacji Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej w Wólce Rokickiej.

Odpady surowcowe z zasady są przeznaczone do recyklingu lub przygotowania do ponownego użycia. W przypadku frakcji selektywnych nie istnieją rygory zagospodarowywania ich w określonych instalacjach. Odpady surowcowe są poddawane sortowaniu, określanemu, jako proces odzysku R12. Odpady te są zazwyczaj

zagoszpodarowane w Kom-Eko S.A., Wólce Rokickiej, instalacji Suez Wschód Sp. z o.o. w Radomiu, w Bełżycach i w mniejszych podmiotach, takich jak Eko-Dys Sp. z o.o. w Lublinie. Bioodpady stanowiące części roślin z nieruchomości zamieszkałych w Lublinie są przetwarzane w instalacjach: Kom-Eko S.A. przy ul. Metalurgicznej w Lublinie, Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej w Wólce Rokickiej, Ekoland Polska S.A. w Lasach k. Kraśnika, Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach i sporadycznie Zakładu Usług Komunalnych w Puławach.

Pozostałe bioodpady obejmują resztki żywności pochodzenia roślinnego. Są poddawane obróbce beztlenowej, stąd większość ich trafia do Wólki Rokickiej. Część jest przetwarzana w instalacji Kom-Eko S.A. przy ul. Metalurgicznej.

Odpady wielkogabarytowe, są rozdzielone na części w specjalistycznych punktach demontażu (co jest klasyfikowane jako proces odzysku R12). Odpady wielkogabarytowe z nieruchomości zamieszkałych w Lublinie są zagospodarowywane w instalacji Kom-Eko S.A.

przy ul. Metalurgicznej, w instalacji Suez Wschód Sp. z o.o. w Radomiu, częściowo także w instalacji w Starej Wsi k. Łęcznej, należącej do Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej i

Mieszkaniowej w Łęcznej. Odpady budowlane i rozbiórkowe niemal w całości podlegają odzyskowi przez wypełnianie wyrobisk, utwardzanie gruntów, niwelowanie terenu, tworzenie warstw izolacyjnych na składowiskach. Odpady budowlane i rozbiórkowe z nieruchomości zamieszkałych są zagospodarowywane w Kom-Eko S.A. w Lublinie, na składowisku odpadów w Lubochni i Eko-Dys Sp. z o.o. w Lublinie, na składowisku Gminy Lublin w Rokitnie.

Zamawiający zwrócił uwagę, że 7 z 10 wymienionych powyżej instalacji umieszczonych jest na liście prowadzonej przez Marszałka Województwa Lubelskiego na postawie art. 38b ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r o odpadach (Dz.U.2021.779 ze zm.)

w Biuletynie Informacji Publicznej. Są to zatem funkcjonujące instalacje spełniające wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają

wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów (art.38b ust. 1 pkt 1) ustawy o

odpadach) oraz znajdują się w prowadzonej przez marszałka województwa Bazie danych o

produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO). BDO jest prowadzona w systemie teleinformatycznym w rozumieniu art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o

informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Baza danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami umożliwia dla danego rodzaju odpadów identyfikację ich wytwórcy oraz kolejnych posiadaczy tych odpadów. W BDO gromadzi się m.in. informacje o decyzjach z zakresu gospodarki odpadami, z uwzględnieniem pozwoleń na wytworzenie odpadów i pozwoleń zintegrowanych, poszczególnych rodzajach instalacji do zagospodarowania odpadów wraz z podaniem ich położenia, mocy przerobowych i rodzaju stosowanej technologii oraz ilości i rodzajów odpadów przetwarzanych w tych instalacjach (art. 79 ust. 2 pkt 8) i pkt 14)).

Stwierdził, że zamawiający wykazał, że mając na uwadze doświadczenie z lat ubiegłych do należytego, zgodnego z prawem wykonania zamówienia, w szczególności w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych Wykonawcy umowy wystarczy średnio 8-10 instalacji, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy odpady komunalne. Zamawiający zwraca uwagę, że w trakcie realizacji kontraktu w latach 2019- 2020 wykonawcy odbierający odpady z terenu

miasta Lublin - tj. Ekoland Sp. z o.o. czy KOM-EKO S.A. przekazywali odpady odpowiednio

tylko do 2 i 3 instalacji. Stanowi to dowód na to, że ujęcie w wykazie już nawet dwóch instalacji pozwala na realizację umowy i należyte świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Podkreślił, że do należytego wykonania przedmiotowego zamówienia wystarczy wykonawcy 1 - 2 instalacji. Dlatego wskazanie ich przez KOMA w ilościach w zależności od rodzaju odpadów komunalnych 8, 10, 12, 13 i 14 daje gwarancję Zamawiającemu na należyte i zgodne z obowiązującym prawem wykonanie zagospodarowania odpadów komunalnych.

Zamawiający wskazał że KOMA wskazała kilkanaście alternatywnych instalacji tj. podała w złożonym oświadczeniu informacje niezbędne, które gwarantują, że zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych będzie odbywało się w zgodzie z obowiązującym

prawem i warunkami określonymi przez zamawiającego. Zamawiający podkreślił, że załączniku nr 10 i 10 b do SWZ wykonawcy zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego mieli podać:

- wykaz instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których wykonawcy zamówienia będą przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy odpady komunalne lub, w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, do podmiotów zbierających te odpady,

- rodzaj odpadów komunalnych

- nazwa i adres instalacji do których będą przekazywane odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy odpady komunalne lub, w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, nazwa i adres podmiotów zbierających te odpady.

Stwierdził, że Koma Lublin Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Melgiewskiej 11E, na podstawie udzielonego jej zamówienia publicznego, wykonywała w okresie od dnia 1 stycznia 2019 r. - 30.06.2021 r. na rzecz mieszkańców miasta Lublin, usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych w sektorze IV, na podstawie umowy nr 180/OŚ/18 z dnia 6.12.2018 r.

Wskazanie przez KOMA miejsca gdzie nie ma właściwej instalacji nie skutkowało odrzuceniem oferty przez zamawiającego, ponieważ KOMA wykazała poprzez wskazanie innych alternatywnych instalacji, że gwarantuje zgodne z obowiązującym prawem i warunkami określonymi przez zamawiającego zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i selektywnie zebranych odpadów komunalnych. Odwołujący podniósł, że oprócz instalacji odwołującego przystępujący „wskazał inne instalacje, które nie posiadają uprawnień w przedmiocie zbierania i /lub przetwarzania odpadów wskazanych w w/w pozycjach załącznika” - Poza tym lakonicznym stwierdzeniem instalacje zakwestionowane nie zostały wymienione. Precyzyjnie rzecz ujmując w zakresie tego zarzutu odwołujący nie wymienia z nazwy żadnej instalacji, której uprawnienia kwestionuje, i przede wszystkim nie powołuje na zacytowane twierdzenie żadnego dowodu, przez co narusza zasadę opisaną w art. 534 ustawy Pzp, zgodnie, z którą strona ma obowiązek wskazywać dowody na stwierdzenie faktów, z których wywodzi skutki prawne.

Nadto podał, że w treści odwołania odwołujący przemilczał fakt, że również odwołujący na liście instalacji w złożonych załącznikach wykaz instalacji, do których wykonawca zamówienia będzie przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy odpady komunalne wpisał instalację Suez Wschód Sp. z o.o. ul. Ciepłownicza 6, 20-479 Lublin. Zamawiający zwraca uwagę, że odwołujący złożył dwa załączniki 10 a podczas gdy zamawiający w SWZ wymagał złożenia odrębnych załączników dotyczących cz. 1,2,6 i 7 zał. 10 a oraz cz. 3, 4 i 5 zał. 10 b . Podsumowując, stwierdził, że odwołujący nie zachował należytej staranności przy wypełnianiu załączników i wskazaniu instalacji w przedłożonej ofercie. W związku z powyższym, gdyby zamawiający miał zamiar (choć nie ma) uznać ten zarzut odwołania, powinien byłby w wyniku tej czynności odrzucić także ofertę odwołującego na tej samej podstawie prawnej.

Zamawiający odnosząc się do zarzutu drugiego, dotyczącego tego, iż według odwołującego oferta przystępującego była złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji podniósł, iż ten zarzut nie został uzasadniony ani udowodniony. W zakresie formalno-prawnym zamawiający podniósł, że w treści odwołania odwołujący nie powołał żadnego dowodu na potwierdzenie jakiegokolwiek twierdzenia lub tezy.

Zwrócił także uwagę na kwestie, że odwołujący nie wykazał, że doszło do naruszenia zasad uczciwej konkurencji w postępowaniu, czy równego traktowania wykonawców. Skoro przedstawione przez zamawiającego wzory miały zastosowanie do wszystkich wykonawców, a więc wszyscy mieli jednakowe szanse i dowolność w zakresie zaoferowania wykonania zamówienia na dopuszczonym przez zamawiającego (oraz Krajową Izbę Odwoławczą KIO sygn KIO 1058/21) poziomie. Zamawiający podkreślił, że wobec wszystkich są stosowane te same kryteria, są stosowane od dawna, a odwołujący wielokrotnie brał udział w postępowaniach przetargowych z zastosowaniem takich kryteriów. Zauważył, że w niniejszym postępowaniu odwołujący złożył odwołanie na zapisy SWZ, a następnie złożył w postępowaniu ofertę z zastosowaniem niezakwestionowanych przez KIO kryteriów oceny ofert. Zdaniem zamawiającego tak postawiony zarzut mieści się w dyspozycji art. 528 pkt 3) oraz pkt 4) pzp, kwalifikujący odwołanie, jako niedopuszczalne, albo ze względu na okoliczność, że odwołanie jest spóźnione albo wniesione w sprawie już osądzonej przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Celem zamawiającego było pozyskanie ofert realnych cenowo, adekwatnych do aktualnej sytuacji rynkowej. Zatem jeżeli odwołujący zarzuca zamawiającemu dokonanie wyboru oferty

wykonawcy, który nie zaproponował osiągnięcia poziomów recyklingu w granicach dopuszczonych przez zamawiającego, to taki zarzut mógłby być skuteczny jedynie gdyby odwołujący uprzednio skutecznie zakwestionował zasady przyznawania punktacji, co na tym etapie postępowania jest niedopuszczalne - albo gdyby wykazał, że zamawiający dokonał obliczenia punktacji niezgodnie z przyjętymi w SWZ zasadami. Żadna z powyższych sytuacji nie zaistniała, zatem postawiony zarzut nie został uzasadniony.

Podkreślił, iż Gmina Lublin organizuje przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów, a nie wyłącznie na odbiór, dlatego wymaga spełnienia określonych wysokich standardów w zakresie nie tylko odbioru, ale i zagospodarowania odpadów. Najistotniejszym standardem określającym, jakość usługi zagospodarowania odpadów jest poziom wykorzystania odpadów poprzez ich recykling zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określoną przepisami prawa polskiego i unijnego.

Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w przypadku zamawiającego poprzez kontrolowanie i nadzorowanie jej wykonywania zgodnie z określonymi warunkami. Temu właśnie celowi służą m. in. przewidziane we wzorze umowy kary umowne za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu (§13 załącznika nr 11 a i 11 b do SWZ - wzór umowy). Stwierdził, że oświadczenie wykonawcy dot. wysokości poziomów recyklingu poparte może być jedynie szacunkiem, w którym należy przyjąć pewne wartości nie znane na dzień składania oferty - tj. np. ilość odpadów, które wykonawca w przyszłości podda recyklingowi. Zaznaczył, że przyjęte przez zamawiającego kryterium pozacenowe jako wysokość osiągniętego w danym roku poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest zobowiązaniem wykonawcy, które to On sam deklaruje. Potencjalny wykonawca deklarując w ofercie poziomu recyklingu powinien mieć świadomość odpowiedzialności za złożone oświadczenie, które ma istotne znaczenie z punktu widzenia uznania oferty za najkorzystniejszą, ponieważ zamawiający określił wagę tego kryterium na 40%. Zamawiający kategorycznie nie zgadza się z zarzutem odwołującego, że utrzymanie zaofiarowanych przez KOMA poziomów recyklingu nie jest możliwe w okolicznościach niniejszej sprawy. Zamawiający kwestionuje sposób i metodologię zastosowaną przez o przy wyliczeniu poziomów oferowanych przez wykonawcę KOMA. Odwołujący nie przedstawił dowodów, które potwierdzają poprawność jego wyliczeń i postawionych tez. Wartości końcowe tj. „możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu przez KOMA” w tabelach stanowią projekcję założeń przyjętych przez odwołującego opartych na jego założeniach i jednostkowych doświadczeniach związanych z realizacją kontraktu, które mogą być odmienne od założeń przyjętych przez KOMA. Wyliczenia dokonane przez zamawiającego potwierdzają, że podane przez KOMA w ofercie przetargowej maksymalne wartości są możliwe do osiągnięcia.

W odniesieniu do trzeciego z zarzutów odwołania dotyczącego niewykazania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu zamawiający podał, że zarzut powyższy nie został uzasadniony, a odwołujący nie powołał żadnego dowodu na potwierdzenie jakiegokolwiek twierdzenia lub tezy. W związku z powyższym zamawiający nie jest w stanie w sposób konstruktywny odnieść się do poszczególnych tez zarzutów. Zamawiający w

Specyfikacji Warunków Zamówienia dot. postępowania o zamówienie określił warunki udziału w postępowaniu o udzielnym zamówieniu. W pkt 8.1.4.1 SWZ zapisał, że w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający określa minimalne poziomy zdolności dotyczące doświadczenia umożliwiającego realizację zamówienia na odpowiednim poziomie jakości, jako wykonanie lub wykonywanie usług/usług odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (20 03 01) od właścicieli nieruchomości w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, w średniorocznej ilości wynoszącej co najmniej 8500 Mg lub 68000 m3.

Zamawiający tym samym umożliwił wykonawcy dwa sposoby przedstawienia ilości odbieranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Natomiast w pkt 9.2.7.1. zamawiający określił wykaz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu (wymienione w pkt. 8.1.4.1 SWZ) jako wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane lub są wykonywane wraz z załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

Z uwagi na powyższe KOMA Lublin Sp. z o.o. w cz. IC.C JEDZ dla części 3, 4 i 7 zamówienia wykazała wykonanie zadania pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - sektor IV wskazując w uzupełnieniu do JEDZ, że w ramach przedmiotowej usługi średnioroczna ilość odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych wyniosła 100 185,99 m³.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia warunku dot. doświadczenia złożył w dniu 05.08.2021 r. poświadczenie należytego wykonania umowy nr 180/OŚ/18 z dnia 06.12.2018 r. wystawione przez Gminę Lublin. KOMA Lublin Sp. z o.o. wykazała, że w okresie od

01.01.2019 r. do 30.04.2021 r. odebrała:

- 43053 szt. pojemników o objętości 0,120 m³,
- 71062 szt. pojemników o objętości 0,240 m³,
- 19838 szt. pojemników o objętości 0,77 m³,
- 178428 szt. pojemników o objętości 1,1 m³.

Łączna objętość wskazanych przez KOMA Lublin Sp. z o.o. odebranych pojemników wynosi 100 185,99 m³.

Komisja przetargowa dokonała analizy ilości opróżnionych pojemników 1100 l., 770l., 240 l. i 120 l. przeznaczonych na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne w okresie od stycznia 2019 r. do kwietnia 2021 r. na podstawie zaakceptowanych miesięcznych raportów składanych zgodnie z § 9 realizowanej umowy nr 180/OŚ/18 z dnia 06.12.2018 r. przez KOMA Lublin Sp. z o.o., na podstawie, których stwierdziła różnice w ilości objętości odebranych odpadów, pomiędzy wskazaną przez Wykonawcę ilością 100 185,99 m³, a obliczoną w oparciu o posiadane raporty miesięczne ilością wynoszącą 100 287,59 m³. Komisja ustaliła, że powyższa różnica może być wynikiem wykorzystywania do obliczeń przez wykonawcę niezaakceptowanych (nieskorygowanych) raportów miesięcznych, zaś zamawiający do swojej analizy wykorzystał wyłącznie raporty zaakceptowane. Jednakże w istocie, pomimo powstałej różnicy, zarówno ilość odebranych odpadów wykazana przez wykonawcę oraz ilość wyliczona przez zamawiającego, pozwala na uznanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Zamawiający rozliczał usługę odbioru odpadów wykonywaną przez KOMA Lublin Sp. z o.o. na podstawie umowy nr 180/OŚ/18 z dnia 06.12.2018 r. (na którą powołuje się wykonawca w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia) w oparciu o ilość odpadów wyrażoną w Mg. Ilość ta jest comiesięcznie analizowana i weryfikowana w ramach raportów miesięcznych przesyłanych przez wykonawcę, które zaakceptowane są podstawą do stwierdzenia zakresu zrealizowanej usługi i wystawienia faktury Vat.

Stwierdził, że zamawiający umożliwił w celu wykazania w/w warunku udziału w postępowaniu określenie ilości odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych zarówno w Mg jak również w m³. Jednocześnie należy zaznaczyć, że nie podał on metodologii wyliczenia m³ w oparciu o Mg i nieprawidłowym jest przyjęcie założenia, jakie wnosi odwołujący, że 8500 Mg jest równe 68000 m³ tj. 1 Mg równa się 8m³. Zamawiający uznał, że zarówno odebranie średniorocznej ilości odpadów równej 8500 Mg jak i 68 000m³ daje gwarancję posiadania przez Wykonawcę doświadczenia pozwalającego na należyte wykonanie przedmiotu zamówienia, ale nie postawił znaku równości między tymi ilościami. Zatem odwołujący nie jest uprawniony do przeliczania ilości odpadów z Mg na m³ w świetle obowiązujących zapisów SWZ.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca KOMA Lublin Sp. z o.o. w złożonym piśmie procesowym wraz z dowodami na poparcie stawianych w nim tez, wniósł o oddalenie odwołania, jako niezasadnego.

Przystępujący poparł w całości stanowisko zaprezentowane przez zamawiającego i zakresie zarzutu pierwszego dotyczącego wskazania niewłaściwych instalacji odbioru dodatkowo podał, że odwołujący w żaden sposób nie wykazał w odwołaniu, iż wykonawca KOMA wypełniając załącznik nr 10a i 10b do SWZ wskazał liczne instalacje, które nie posiadają uprawnień do przyjmowania odpadów wskazując jedynie przykładowo własną instalację, twierdząc, że nie jest ona uprawniona do przyjmowania odpadów o kodach 20 01 08 i 20 02 02, a zatem wymienionych w wierszu nr 5 i 6 załącznik nr 10a i 10 do SWZ. Przystępujący zrealizował w okresie 1.01.2019 — 30.06.2021 zamówienie publiczne na odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości z sektora IV Lublina na rzecz Gminy Lublin. W okresie realizacji zamówienia Przystępujący nie przekazywał odpadów do SUEZ KOMA w załączniku do oferty wskazała liczne instalacje i podmioty zbierające odpady (w tym SUEZ) dlatego aby mieć większe możliwości kierowania odpadów do różnych podmiotów tych, które w danym czasie mają lepsze wskaźniki recyklingu (i są uprawnione), co pozwoli osiągnąć ich wysokie

poziomy zadeklarowane zamawiającemu. Dlatego też wskazanie instalacji SUEZ nie oznaczało, że odpady faktycznie tam trafiają. Zmiany w zakresie posiadania uprawnień do zbierania lub także zagospodarowania odpadów przez podmiot zajmujące się gospodarką odpadową są dynamiczne. Może zdarzyć się tak, że na dzień składania ofert dany podmiot posiadał stosowne zezwolenie, które nie będzie aktualne po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Instalacje podane przez KOMA w załączniku do oferty, są tymi, do których zamierza transportować odpady (załącznik nr IOa i IOb do SWZ w poz. 5 i 6).

W nawiązaniu do drugiego z zarzutów sprowadzającego się do zakwestionowania realności poziomów recyklingu odpadów, zaoferowanych przez KOMA odwołujący w tym zakresie wywodził twierdzenie, że przystępujący zadeklarował osiągnięcie maksymalnych poziomów recyklingu w celu uzyskania najwyższej ilości punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert, pomimo że ich osiągnięcie jest niemożliwe. Powyższe działanie, zdaniem odwołującego wypełnia znamiona czynu nieuczciwej konkurencji, a w związku z tym oferta KOMA powinna zostać odrzucona. Zauważył, że zamawiający określając punktację zaoferowanych przez wykonawców poziomów recyklingu przewidział na wszystkie części zamówienia minimalne poziomy recyklingu: 2021 r. — 20%; 2022 — 25%; 2023 — 35%; 2024 — 45%. Zamawiający punktował każdy dodatkowy 1% zadeklarowanego poziomu recyklingu powyżej minimalnego poziomu. Maksymalna ilość punktów była zatem za zadeklarowanie o 4% większego poziomu recyklingu niż minimalny za każdy rok. Przystępujący zaoferował dla każdej części zamówienia osiągnięcie poziomów recyklingu o 4% więcej niż minimalny poziom tj. dla 2021 r. — 24%; 2022 r. - 29%; 2023 r. - 39%; 2024 r. - 49%. Dodał, iż odwołujący nie zaskarżył wprost postanowień SWZ, w zakresie w jakim przewidziane zostały punktowane przez zamawiającego poziomy recyklingu. Stawiając obecnie zarzuty, wobec wykonawcy, który zaoferował przewidziane w SWZ poziomy recyklingu, że nie są one dla niego możliwe do osiągnięcia próbuje zakwestionować de facto realność przyjętych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert.

Natomiast analiza informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach 3,4,7 prowadzi do wniosku, że zaoferowanie maksymalnych poziomów przez KOMA, nie dało temu wykonawcy przewagi nad odwołującym, ponieważ przede wszystkim oferta KOMA w powyższych 3 częściach była znacznie korzystniejsza w cenowym kryterium oceny ofert. Ponadto odwołujący w swoich obliczeniach wychodzi z założenia, że stopień segregacji prowadzony przez mieszkańców oraz możliwości instalacji w zakresie recyklingu nie będą ulegały zwiększaniu. Twierdzenie to jest błędne i niepoparte żadnymi argumentami. Wręcz przeciwnie, dane zawarte w analizach stanu gospodarki odpadami komunalnymi za lata 2017- 2020, wykonanymi przez Urząd Miasta Lublina, wskazują na bardzo silny trend w kierunku zmniejszania ilości odpadów komunalnych odbieranych w formie zmieszanej, a zwiększanie w formie segregowanej.

Stwierdził, że przystępujący zamierza osiągnąć zadeklarowane w ofercie poziomy recyklingu, zakładając, że w poszczególnych latach realizacji zamówienia będzie wciąż postępowała efektywność recyklingu. Przystępujący zamierza przeprowadzić akcje edukacyjne informujące o sposobach prowadzenia selektywnej zbiórki odpadów przez mieszkańców u „źródła”, a podczas nich kłaść szczególny nacisk na informowanie właścicieli nieruchomości o konieczności wyłączenia ze strumienia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów z remontu i budowy, odpadów wielkogabarytowych oraz odpadów biodegradowalnych, ponieważ w tym obszarze sytuacja jest gorsza niż w selektywnej zbiórce odpadów surowcowych.

Odwołujący wychodząc z założenia, że zaoferowane przez KOMA poziomy recyklingu są nierealne do osiągnięcia stawia zarzut „manipulowania” kryteriami oceny ofert, które jego zdaniem prowadzi do eliminując konkurencję z rynku a to działanie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, w rozumieniu ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zdaniem przystępującego jest to twierdzenie nie poparte żadnym dowodem, jak i argumentami mogącymi uwiarygodnić postawiony zarzut.

W zakresie zarzutu trzeciego dotyczącego tego, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu poza stanowiskiem zamawiającego nadto dodał, że wykonawca KOMA w JEDZ w części IV Kryteria Kwalifikacji w Sekcji C: zdolność techniczna i zawodowa (w brzmieniu po uzupełnieniu JEDZ przez KOMA na wezwanie zamawiającego) wskazał, że zrealizował usługę odbioru odpadów z sektora IV Lublina na rzecz Gminy Lublin w okresie 1.01.2019 - 30.06.2021 za kwotę 14 276377,58 zł brutto, podając jednocześnie, że ilość odebranych w ramach tej usługi odpadów wynosiła 100 185,99 m³. 4.5.

Ustosunkowując się do tego zarzutu odwołania należy wskazać w pierwszej kolejności, że podstawową jednostką rozliczeniową w zakresie odbieranych odpadów jest ich waga wyrażona w Mg, każdy wykonawca i zamawiający publiczny posiada informacje o ilości Mg odebranych przez wykonawcę. W tym kontekście nieuprawnione jest założenie, że określone w warunku doświadczenia 8500 Mg równa się 68000 m³, ponieważ skoro, jak

wyjaśniono, wyżej każdy wykonawca zna ilość ton odpadów odebranych w danym zamówieniu nie miałoby sensu wykazywanie się tą ilością przeliczoną na m³, skoro 8500 Mg miałoby się równać 68000 m³. Biorąc pod uwagę racjonalność zamawiającego, temu raczej chodziło o umożliwienie udziału w zamówieniu wykonawcy, który posiada znaczne doświadczenie w odbiorze odpadów o niewielkie gęstości (wadze) tak, aby mógł wykazać się doświadczeniem w odbiorze odpadów o mniejszej wadze niż 8500 Mg, ale dużej objętości - co najmniej 68000 m³. Nieuprawnione są zatem obliczenia odwołującego oparte o błędne założenie, że 1 Mg odpadów równe jest 8 m³ odpadów. Przy takim wyliczeniu rzeczywiście odebrana przez KOMA w przywołanej usłudze ilość około 6.9 tys. Mg byłaby niewystarczająca zarówno, jako wyrażona w tonach (mniej niż 8500 Mg) a także wagowo przy zastosowaniu przelicznika 1 Mg = 8 m³. Wyrażona ilość odebranych odpadów w m³, to ilość, która trafia do śmieciarki z opróżnianych pojemników na odpady, które następnie są w niej zagęszczane, a zatem tracą pierwotną objętość. Nie ma innej metody wykazania się ilością odebranych odpadów (w m³) niż poprzez powołanie się na pojemność opróżnionych z odpadów pojemników.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i przystępującego, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron i przystępującego zaprezentowanych na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza

ustaliła i zważyła, co następuje - odwołanie jest niezasadne, gdyż podniesione zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z ustawowych przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Za podstawę rozstrzygnięcia Izby został uznany stan faktyczny sprawy, ustalony na moment zamknięcia rozprawy, chociaż ocenie Izby podlegała czynność zamawiającego kwestionowana w odwołaniu, wiążąca się z wyborem najkorzystniejszej oferty na dane sektory.

Zauważyć należy, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody, a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w wypełnianiu tego obowiązku (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

W przedmiotowym postępowaniu ciężar dowodowy obciążał odwołującego, który poprzez złożone dowody winien był uwiarygodnić zasadność stawianych zarzutów i żądań. Zdaniem Izby odwołujący temu obowiązkowi nie sprostął. Podkreślić należy za wyrokiem wyrok SO w Wrocławiu z 6 lutego 2018 roku sygn. akt XI Ga 692/17 że, aby Izba mogła oprzeć orzeczenie na złożonych dowodach to dowody te muszą być pewne i kategoryczne. Przedkładane przez odwołującego na rozprawie dowody nie potwierdzały zasadności podniesionych zarzutów.

W wyniku analizy i oceny materiału dowodowego w sprawie Izba uznała, że podniesione zarzuty nie zasługują na uwzględnienie.

Przechodząc do oceny pierwszego zarzutu odwołania, dotyczącego braku odrzucenia oferty przystępującego z powodu, iż przystępujący wskazał do odbioru odpadów o określonych kodach, także te instalacje, które nie posiadają zezwolenia na ich odbiór i zagospodarowanie, na wstępie podkreślić należy, że zarówno zamawiający jak i przystępujący wnosili o nierozpoznawanie tego zarzutu, gdyż ich zdaniem odwołujący stawiając ten zarzut nie spełnił wymagań ustawowych, gdyż w treści odwołania odwołujący nie powołał żadnego dowodu na potwierdzenie jakiegokolwiek twierdzenia lub tezy stawianej w zarzucie. Przystępujący w nawiązaniu do powyższego stwierdził, że Izba winna zarzut taki pominąć stosownie do regulacji art. 555 Pzp.

Odnosząc się do wniosków zamawiającego i przystępującego Izba zauważyła, że sposób sformułowania przedmiotowego zarzutu wraz z potrzebą wykazania jego zasadności na pewno odbiega od zakładanego wzorca, ale niewątpliwym jest, że zarzut zawiera wskazanie czynności kwestionowanej przez odwołującego wraz z jej uzasadnieniem. Dlatego też brak jest podstaw prawnych do jego nierozpatrywania przez Izbę.

Wracając do sedna stawianego zarzutu wskazać należy, że osią sporu pomiędzy stronami w tym przedmiocie jest kwestia, czy wykonawca w załącznik 10a) i 10b) do SWZ przy odpowiedniej pozycji wymienionych odpadów winien był podać, jako odbiorcę, tylko tą

instalację, która posiada uprawnienie do odbioru tego kodu odpadu. Odwołujący stał na stanowisku, że z treści SWZ wynikało, że przy danym kodzie odpadów należało wpisać tylko te instalacje, które dany odpad przyjmują, a nie wszystkie instalacje w regionie jak to uczynił przystępujący niezależnie od tego czy dana instalacja dany kod odpadów przyjmuje czy też nie.

Izba uznała, że istotą odbioru i przekazywania zebranych od wytwórców odpadów jest ich przekazanie do instalacji uprawnionej z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami. W przedmiotowej sytuacji poza sporem jest kwestia, że wśród wymienionych przez KOMA instalacji, są co najmniej 2 instalacje (tj. Kom Eko i Bełżyce), które mogą przyjąć do zagospodarowania każdą frakcję odebranych odpadów. Tym samym nie ma niebezpieczeństwa, że jakiś odebrany odpad zostanie przekazany do instalacji nieposiadającej zezwolenia na jego odbiór. Izba za przekonywujące w tym zakresie przyjęła także informację zamawiającego w zakresie przyjmowania odpadów do instalacji, że przekazywanie konkretnej partii odpadów następuje na podstawie generowanej elektronicznie w danym momencie karty z systemu danej instalacji, a więc nie ma możliwości przekazania do danej instalacji odpadów o kodach, których dana instalacja np. w danym dniu nie przyjmuje.

Podkreślić należy, że z treści SWZ nie da się wywieść wprost obowiązku wykonawcy, aby przy danym kodzie odpadów wskazać tylko instalacje uprawnioną do jego odbioru. W tym przypadku nie można uznać za niezgodność z SWZ sytuacji, kiedy przystępujący przyjął zasadę podawania większej ilości Instalacji, ponad te, które na dzień składania ofert przyjmowały odpady o określonym kodzie. Przystępujący stanął na stanowisku, że według dotychczasowych doświadczeń z odbioru odpadów dla tego zamawiającego wynika, iż posiadanie przez instalację zezwolenia dotyczącego konkretnych kodów odpadów, jest kwestią zmienną. Instalacja na dzień złożenia oferty mogła posiadać zezwolenie, które np. obecnie już wygasło lub zostało cofnięte. W odmiennym przypadku należy mieć na względzie także okoliczność, że instalacja może także uzyskać zezwolenie na poszerzenie katalogu odbioru odpadów.

Także możliwość płynnej zmiany instalacji dla dostarczania odpadów o określonym kodzie, jest korzystna dla wykonawcy, gdyż potrzeba zmiany może wynikać z sytuacji, iż np. instalacja rozbuduje linię przetwarzania odpadów zwiększającą poziom uzyskiwanego recyklingu.

Reasumując powyższe Izba uznała, że odrzucenie oferty przystępującego byłoby

zasadne tylko wtedy, gdyby przy zastosowaniu obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa, nie została wskazana chociażby jedna instalacja uprawniona do odbioru odpadów o kodzie wskazanym w opisie przedmiotu zamówienia i to stwarzałoby niebezpieczeństwo przekazywania odpadów do miejsc lub instalacji do tego nieprzystosowanych. Taka sytuacja nie miała miejsca w przedmiotowym postępowaniu.

W zakresie zarzutu drugiego odwołujący zarzucał zamawiającemu, iż oferta przystępującego winna być odrzucona z tego powodu, że przystępujący w sposób pozbawiony podstaw przyjął dla uzyskania punktacji poziom recyklingu w maksymalnej wysokości wskazanej przez zamawiającego. Podał, że w regionie występują tylko trzy większe instalacje, które zajmują się między innymi recyklingiem, tj. instalacje: Kom Eko, w Bełżycach i w Wólce Rokickiej i żadna z nich nie przewiduje w tym okresie czasowym uzyskania odzysku i przetworzenia odpadów na takim poziomie. Odwołujący w argumentacji powoływał się na prognozy instalacji, wskazując, że KOMA założył dużo wyższy poziom recyklingu, którego osiągnięcie jest niemożliwe.

Przystępujący replikując podniesioną w tym zarzucie argumentację odwołującego podał, że zamierza osiągnąć zakładany poziom, natomiast obiektywnie zależy to od wielu zmiennych w czasie czynników. Natomiast w chwili obecnej brak jest możliwości udowodnienia w 100% uzyskania zakładanych współczynników, a tym samym wykazania, że zostaną spełnione. Nadto podał, że zaoferowany poziom recyklingu odpadów nie jest tak wysoki, jak próbuje to podnosić odwołujący, gdyż wskazane poziomy recyklingu w latach 2021 - 2021 są wyższe tylko o 4% od poziomu minimalnego, ustawowego, określonego w pkt 16.2.1.1 SWZ.

Izba odnosząc się do tego zarzutu zauważa, że zgodnie z SWZ każdy wykonawca miał prawo wskazać zakładany poziom recyklingu, bez potrzeby udawadniania, iż osiągnięcie takiego poziomu jest realnie możliwe. Nadto oceniając ten zarzut, Izba zauważa, że odwołujący kwestionuje możliwość uzyskania przez Koma zakładanego poziomu recyklingu bez wskazania jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu w tej kwestii. Zauważyć należy, że wszelkie wyliczenia w tym zakresie opierają na założeniach hipotetycznych. Trudno jest przy obecnym postępie technologicznym nie zakładać, że w kolejnych latach wielkość minimalnego ustawowego poziomu recyklingu nie będzie oscylować wokół wielkości

zakładanych przez przystępującego. Odwołujący pomija dynamikę zmian, jaka zachodzi w gospodarowaniu odpadami. Izba nie może uznać za udowodnione, zarzutów opartych o czysto hipotetyczne założenia odwołującego wywodzone na użytek tego postępowania. Izba oceniając powyższe nie znalazła podstaw do uznania, że celem przystępującego oferującego uzyskanie maksymalnych poziomów recyklingu było wyeliminowanie z rynku innych wykonawców. Każdy z wykonawców mógł zaoferować taki poziom, jaki zaoferował przystępujący. KOMA sp. z o.o. nie dopuściła się czynu nieuczciwej konkurencji, ponieważ zaoferowała możliwe do uzyskania w warunkach niniejszego postępowania poziomy recyklingu. Natomiast odwołujący nie przedstawił dowodów na poparcie stawianych w odwołaniu tez, które umożliwiałyby ocenę prawidłowości przyjętych przez odwołującego założeń. Zauważyć należy, że także zamawiający w tym zakresie ocenił jedynie wynik kalkulacji przystępującego, czyli zobowiązanie wykonawcy, który powinien dokonać jak najbardziej wiarygodnych wyliczeń (wykonanych w oparciu o swoje doświadczenie na rynku i analizę prognoz) i przyjąć na siebie ryzyko swojego oświadczenia mającego istotny wpływ na wybór jego oferty. W tym stanie rzeczy Izba oddaliła przedmiotowy zarzut uznając, że w oparciu o przedłożone przez odwołującego dowody nie jest możliwe wywiedzenie jak tego oczekuje odwołujący, iż zakładane przez przystępującego poziomy recyklingu nie mogą zostać spełnione.

W kolejnym trzecim zarzucie, w którym odwołujący zarzuca zamawiającemu nieodrzućcenie oferty wykonawcy KOMA sp. z o.o. z powodu braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu wskazując, że pomimo iż nie ma takiej treści w odwołaniu, to jednak odwołujący kwestionuje zapisy treści

SWZ w przedmiotowym zakresie.

Zauważyć należy, że w pkt 8.4.1 SWZ zostały określone minimalne wymagane poziomy doświadczenia w dotychczas wykonywanych przez wykonawcę usługach odbierania odpadów komunalnych wskazując, że o uzyskanie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał usługi odbierania odpadów komunalnych (20 03 01) od właścicieli nieruchomości w okresie ostatnich 3 lat licząc wstecz od dnia, w którym upływa termin składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy- w tym okresie, w średniorocznej ilości wynoszącej, co najmniej 8500 Mg lub 68000 m³.

Oceniając ten zarzut na wstępie podkreślić należy, że zamawiający w zakresie tego zarzutu postawił wymaganie, aby wykonawcy mieli możliwość wykazania się odebraniem i dostarczeniem do instalacji odpowiedniej ilości odpadów w tonach lub m³. Taki zapis warunku według zamawiającego wynikał z tego, że w różnych miastach są stosowane różne sposoby obliczania odebranych odpadów, w niektórych liczą w tonach, w niektórych w m³. Aby nie różnicować wykonawców i dopuścić jak największą ilość w postępowaniu zamawiający dopuścił obie możliwości wykazania się ilością odebranych odpadów. Przystępujący Koma wykazał się spełnianiem warunku w oparciu o ilość odebranych odpadów wyliczonych w m³.

Odwołujący całą swoją argumentację w tym zakresie oparł na niedopuszczalnej, jego zdaniem, metodzie wyliczania objętości odebranych odpadów przez przystępującego, w oparciu o objętość odebranych pojemników, a nie rzeczywiście samych odpadów. Odwołujący w tym zakresie argumentował, że z jego wiedzy i doświadczenia wynika, iż znaczna ilość odbieranych pojemników nie jest zapełniona w 100%, a tym samym wliczanie całej pojemności pojemnika do ilości odebranych odpadów jest nieprawidłowe.

Przystępujący odnosząc się do tej kwestii podkreślał, że przyjął ilość odpadów w oparciu o ilość pojemności pojemników, biorąc pod uwagę sytuację, iż w takcie odbioru odpadów są pojemniki, które nie są w pełni zapełnione, są i takie, które są przepelnione, a są i takie, obok których zostały wyłożone śmieci. Podał, że nie ma takiej możliwości, aby do ilości odebranych pojemników były wliczane puste pojemniki, bo puste pojemniki nie są podpinane pod maszynę a tym samym nie widnieją w ewidencji. Stwierdził, że nie ma innego sposobu wykazania ilości odebranych odpadów biorąc pod uwagę ich objętość, jak wyliczania jej według pojemności odebranych pojemników, gdyż odebrane odpady są wrzucane do maszyny- śmieciarki, która jest jednocześnie zgniatarką odpadów i tym samym ich objętość jest automatycznie zmniejszana.

Podkreślić należy, że przystępujący wykazał się odbiorem 100 185 m³ odpadów na wymagane 68 000 m³, czyli o 47% ponad wymagane minimum w SWZ. Izba za zamawiającym przyjmuje, że wielkości odbieranych odpadów były stale weryfikowane przez zamawiającego w trakcie świadczenia usługi przez Koma i nie były stwierdzane nieprawidłowości. Zamawiający zauważył, że oprócz sytuacji, kiedy mogą wystąpić pojemniki niezapełnione w 100% występują takie sytuacje, kiedy te pojemniki są przepelnione, ale tego odwołujący w swoim odwołaniu nie brał pod uwagę. Izba oceniając złożone przez przystępującego karty pracy, gdzie jest wskazywany stopień zapełnienia pojemników, iż twierdzenia zamawiającego w tym zakresie polegają na prawdzie. Dane zawarte w tych

kartach nie były kwestionowane przez odwołującego. Na rozprawie odwołujący stał na stanowisku, iż przystępujący winien był wykazać się ilością odebranych odpadów w formie Mg a nie m3. Izba nie może na tym etapie postępowania kwestionować możliwości wykazania się przez wykonawcę ilością odebranych odpadów w m3, chociaż - czego zamawiający nie zakwestionował, rozliczał wykonawcę z wykonania poprzedniego zamówienia wg. wagi dostarczonych odpadów. Podobne zasady będą obowiązywać także w przedmiotowym postępowaniu. Zdaniem Izby zasady wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu winny być jednolite dla wszystkich wykonawców, lub winny mieć szczegółowo dopracowane uzasadnione zasady odstępstw.

Izba uznała, że niespornym w sprawie jest fakt, że wykonawcy mieli możliwość wykazanie się ilością odebranych odpadów w formie m3. Izba uznała także, że brak było innej możliwości wyliczania m3 odebranych odpadów niż poprzez przemnożenie pojemności pojemników razy odebraną ich ilość. Trudno wyobrazić sobie, aby np. dla obliczenia objętości odpadów przymyślać je np. przed blokiem, aby zmierzyć ich objętość. Izba za zamawiającym i przystępującym uznała, biorąc pod uwagę powyższą sytuację oraz argumentację odwołującego, iż odwołujący kwestionując prawo wykonawców do wykazywania się ilością odebranych odpadów w m3, to tym samym kwestionuje postanowienie SWZ w tym zakresie, co na tym etapie postępowania należało uznać za zarzut spóźniony. Za wyrokiem SO w Warszawie 3 czerwca 2013 roku sygn. akt V Ca 533/13 należy stwierdzić, że niezasadnym jest przywoływanie dla rozstrzygnięcia sprawy kwestii nieujętych w postanowieniach SIWZ. Zawsze decydujące znaczenie ma analiza sformułowań zawartych w SIWZ. Twierdzenia odwołującego, pozostały bez wskazanego na ich potwierdzenie dowodu i były tylko twierdzeniami na użytek przedmiotowego sporu.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia i rozważania Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu, a nadto uznała, że postępowanie zamawiającego w zakresie wyboru najkorzystniejszej oferty było oparte na dokonanych prawidłowo ustaleniach faktycznych.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 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 2021 r. poz. 1129), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania odwołującego.

Przewodniczący:

Członkowie