

WYROK

z dnia 29 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Piotr Ceglowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 czerwca 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2022 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe "TRANSGÓR" Spółka akcyjna w Rybniku

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - Miasto Jastrzębie-Zdrój w

Jastrzębiu-Zdroju

przy udziale wykonawcy EKO M. G., J. K., A. S. Spółka jawna w Rybniku, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe "TRANSGÓR" Spółka akcyjna w Rybniku i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe "TRANSGÓR" Spółka akcyjna w Rybniku tytułem wpisu od odwołania.

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

Uzasadnienie

Zamawiający - Miasto Jastrzębie-Zdrój w Jastrzębiu-Zdroju - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Jastrzębie-Zdrój.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 roku, poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 10 czerwca 2022 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Spedycyjno-Transportowe "TRANSGÓR" Spółka akcyjna w Rybniku (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegających na:

- a) ukształtowaniu specyfikacji warunków zamówienia (s.w.z.), ogłoszenia o zamówieniu oraz projektowanych postanowień umowy w sposób naruszający przepisy ustawy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, umów o zamówienia publiczne oraz naruszających zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia,
- b) określeniu w ramach kryteriów oceny ofert kryterium w sposób naruszający przepisy ustawy dotyczących kryteriów oceny ofert oraz naruszających zasadę uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasadę proporcjonalności i związku z przedmiotem zamówienia.

Zaskarżonym czynnościom zamawiającego odwołujący zarzucił naruszenie przepisów ustawy tj.:

- 1) art. 16 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję,
- 2) art. 16 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez ukształtowanie warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę proporcjonalności,
- 3) art. 99 ust. 1, 2 i 4 ustawy P.z.p. poprzez zamieszczenie w opisie przedmiotu

zamówienia cech i wymagań niezwiązanych z przedmiotem zamówienia oraz nieproporcjonalnych do celów zamówienia,

4) art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. w zw. z art. 9e ust. 1c i d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2022 rok, poz. 1297) poprzez ograniczenie przekazywania odpadów wyłącznie do instalacji komunalnej, podczas gdy obowiązujące przepisy dopuszczają możliwość przekazywania odpadów także do stacji przeładunkowej lub termicznego przekształcenia,

5) art. 241 ust. 1 i 2 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy P.z.p. poprzez zamieszczenie w kryteriach oceny ofert kryterium niezwiązanego z przedmiotem zamówienia w postaci podwyższonej normy emisji spalin euro 6, które narusza zasadę uczciwej konkurencji,

6) art. 433 pkt 3 ustawy P.z.p. w zw. z 512 ust. 1 lit. o projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 8 do s.w.z. poprzez przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności w formie kary umownej za obowiązki, które spoczywają na zamawiającym.

Wskazując na powyższe naruszenia przepisów prawa odwołujący wniósł o:

1) nakazanie zamawiającemu zmianę lub usunięcie postanowień s.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu i projektowanych postanowień umowy, w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady, surowce wtórne wraz z ich konserwacją, myciem i dezynfekcją oraz w zakresie w jakim przyznają wykonawcą dodatkowe punktu w ramach kryterium oceny ofert z tytułu podwyższonej normy emisji spalin a także w zakresie w jakim ogranicza konkurencję oraz jest sprzeczna z obowiązującymi przepisami tj.:

a) zmianę pkt 1 lit. b s.w.z. — Rozdział 3 strona 2 i nadanie mu nowego brzmienia:
„wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki z tworzywa sztucznego”

b) zmianę pkt 1 ppkt 3 lit. c — Rozdział 5 strona 4 i nadanie mu nowego brzmienia:
„wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w worki do zbierania odpadów komunalnych ”

c) zmianę pkt 1 zdanie pierwsze — Rozdział 9 strona 5 i nadanie mu nowego brzmienia:
„Zamawiający przewiduje możliwość udzielenia zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług 9.: odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenów nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy oraz dodatkowo z punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych, w tym z Gminnego Punktu Zbierania Odpadów Niebezpiecznych (GPZON) oraz z aptek i ogólnodostępnych punktów zbiórki usytuowanych na terenie miasta. ”

d) wykreślenie pkt 1 lit. h — Rozdział 28 strona 22,

e) usunięcie załącznika 1 strona 32,

f) zmianę zdania drugiego załącznika nr 7 do s.w.z./załącznika nr 1 do umowy i nadanie mu nowego brzmienia: „Zamówienie obejmuje odbieranie, transportowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy i nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy oraz dodatkowo z punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych, w tym z Gminnego Punktu Zbierania Odpadów Niebezpiecznych (GPZON), z aptek i ogólnodostępnych punktów zbiórki usytuowanych na terenie miasta — zgodnie z Ukazem. ”

g) zmiana pkt 3.2.2 zdanie pierwsze strona 58 i nadanie mu nowego brzmienia:

„Wykonawca odbiera odpady komunalne z pojemników znajdujących się na danej nieruchomości. ”

h) wykreślenie z załącznika nr 7 do s.w.z./załącznika nr 1 do umowy pt. Opis przedmiotu zamówienia punktów: 4.1; 4.2; 4.5 do 4.30; 5.1.2 ppkt 1 1;

i) zmianę pkt 5.7.1 str. 89 i nadanie mu nowego brzmienia: „Wykonawca ma obowiązek skutecznie dostarczyć worki, harmonogramy na nieruchomości wskazane przez Zamawiającego. ”

j) zmianę § ust. 1 lit b. załącznika nr 8 pt. Projektowane postanowienia umowne i nadanie mu nowego brzmienia: „wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki z tworzywa sztucznego ”

k) wykreślenie § 3 ust. 1 lit. c załącznika nr 8 pt. Projektowane postanowienia umowne,

l) wykreślenie §7 ust. 1 pkt 3 załącznika nr 8 pt. Projektowane postanowienia umowne,

m) wykreślenie § 12 ust 1 lit. f, h, i, j, k, l i o oraz ust. 3 i 4 załącznika nr 8 pt.

Projektowane postanowienia umowne,

n) wykreślenie pkt 5 rozdział 5 str. 20 swz,

o) zmianę treści lit. g pkt 1 Rozdział 28 str. 21-22 i nadanie mu nowego brzmienia:

„dokumenty w postaci kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów lub inne dokumenty, o których mowa w załączniku nr 1, w załączniku nr 2a do Rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 września 2003r. w sprawie szczegółowych czynności organów w sprawach związanych z dopuszczeniem pojazdu do ruchu oraz wzorów dokumentów w tych sprawach, z których w sposób jednoznaczny wynikać będzie napęd pojazdu elektrycznego lub pojazdu napędzanego gazem ziemnym CNG lub LNG, użytkowanych przy wykonywaniu zamówienia i wykazanych w załączniku nr 2 do umowy, ”

p) wykreślenie pkt 6 załącznika nr 1 do s.w.z. str. 26,

q) wykreślenie kolumny nr 5 tabeli z załącznika nr 6 do s.w.z. str. 46,

r) wykreślenie kolumny nr 6 z tabeli z załącznika nr 2 do umowy str. 110,

s) zmianę pkt 11.1.4 ppkt 1 lit. b ogłoszenia o zamówieniu i nadanie mu nowego brzmienia: „wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki z

tworzywa sztucznego ”

t) zmianę pkt 11.2.4 ppkt 1 lit. b ogłoszenia o zamówieniu i nadanie mu nowego brzmienia: „wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w worki z

tworzywa sztucznego”

u) zmianę pkt 3.4.2 lit. a załącznika nr 7 do s.w.z. str. 65 s.w.z. i nadanie im następującego brzmienia: lit. a: przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej do przetwarzania odpadów komunalnych lub do stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach lub do termicznego przekształcenia

v) ewentualnie, gdyby Krajowa Izba Odwoławcza uznała zasadność obowiązku wykonawcy podstawienia pojemników na odpady, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu zagwarantowanie wykonawcy możliwości zabrania pojemników z nieruchomości w ostatnim dniu harmonogramowego odbioru odpadów z danej nieruchomości względnie zagwarantowanie wykonawcy możliwości rozliczenia kosztów odbioru i zagospodarowania odpadów zgromadzonych w pojemnikach pomiędzy ostatnim dniem harmonogramowego odbioru odpadów a faktycznym zabraniem pojemników z nieruchomości.

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm prawem przepisanych.

3) dopuszczenie dowodów z dokumentów wymienionych w uzasadnieniu na okoliczności wynikające i szczegółowo opisane w uzasadnieniu odwołania.

Odwołujący podniósł, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, jak również podkreślił, że w wyniku czynności zamawiającego podjętych z naruszeniem obowiązujących przepisów może ponieść szkodę. Odwołujący od wielu lat, bowiem od 1995 roku działa w branży gospodarki odpadami i posiada bogate doświadczenie w tym zakresie. Przez wszystkie te lata odwołujący z powodzeniem świadczył i nadal świadczy usługi odbierania i zagospodarowania odpadów zarówno na rzecz podmiotów prywatnych, jak również na rzecz miast i gmin. Ukształtowanie przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w sposób istotny ogranicza krąg potencjalnych wykonawców w zasadzie faworyzując aktualny podmiot świadczący na rzecz zamawiającego te usługi. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, który wiąże się z zapewnieniem odwołującemu ciągłości świadczenia usług a przez to zachowania źródła finansowania funkcjonowania przedsiębiorstwa odwołującego. Odwołujący może ponieść szkodę, która związana jest z utratą możliwości pozyskania zamówienia, a przez to utratą potencjalnego dochodu. Ukształtowane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, opis przedmiotu zamówienia oraz kryteria oceny ofert w istotny bowiem sposób ograniczają krąg potencjalnych oferentów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 24 czerwca 2022 roku wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wykonawca

EKO M. G., J. K., A. S. Spółka jawna w Rybniku (przystępujący). Przystępujący poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 1 s.w.z., zamówienie obejmuje m.in. odbieranie, transportowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w pojemniki na odpady wraz z ich konserwacją, myciem i dezynfekcją, a także w worki z tworzywa sztucznego.

Zgodnie z pkt 3.2.2. załącznika nr 7 do s.w.z. - opis przedmiotu zamówienia (o.p.z.), wykonawca odbiera odpady komunalne z pojemników, w które wyposażono nieruchomości na zlecenie zamawiającego oraz z pojemników, w które właściciele tych nieruchomości wyposażyli się we własnym zakresie.

Zgodnie z pkt 3.4.2. o.p.z., z odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości z terenu miasta Jastrzębie-Zdrój Wykonawca zobowiązany będzie postępować zgodnie z zapisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 7 października 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów oraz prawem miejscowym dotyczącym gospodarowania odpadami komunalnymi w szczególności poprzez:

a) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do komunalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych,

b) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości i z punktów zbiórki selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie o odpadach.

Zgodnie z § 12 ust. 1 lit. o projektowanych postanowieniach umownych (załącznik nr 8 do s.w.z.), wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z pkt. 3.4.5 załącznika nr 1 do umowy, w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Zgodnie z rozdziałem 27 s.w.z., zamawiający ustalił następujące kryteria oceny ofert:

- 1) cena brutto 60%,
- 2) prowadzenie akcji promującej selektywną zbiórkę odpadów komunalnych w obrębie nieruchomości zabudowanych budynkami wielolokalowymi na terenie miasta Jastrzębie-Zdrój „E1” - 10%,
- 3) udział w akcjach edukacyjnych i informacyjnych z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi - „E 2” - 10%,
- 4) zastosowanie worków wykonanych z materiałów pochodzących z recyklingu „S” - 4%,
- 5) podwyższona norma emisji spalin pojazdów - „N” - 16%.

Ocena punktowa w kryterium środowiskowego „podwyższona norma emisji spalin pojazdów” dokonana zostanie na podstawie oświadczenia złożonego w formularzu ofertowym.

Zamawiający w ramach tego kryterium będzie przyznawał punkty za każdy pojazd biorący udział w realizacji zamówienia z normą emisji spalin EURO 6.

W tym kryterium można uzyskać max. 16 pkt., wg następującego podziału:

Wykonawca, który zadeklaruje:

- 1 pojazd spełniający normę EURO 6 - uzyska 4 pkt.
- 2 pojazdy spełniające normę EURO 6 - uzyska 8 pkt.
- 3 pojazdy spełniające normę EURO 6 - uzyska 12 pkt.
- 4 pojazdy i więcej spełniających normę EURO 6 - uzyska 16 pkt.

Wykonawca, który nie zadeklaruje pojazdu spełniającego normę EURO 6, uzyska 0 pkt.

Izba zważyła, co następuje:

Odwwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy P.z.p.. Okoliczność ta nie była pomiędzy stronami sporna.

Odwolujący zakwestionował postanowienia s.w.z. i ogłoszenia o zamówieniu i projektowanych postanowień umowy, w zakresie, w jakim nakładają na wykonawcę obowiązek wyposażenia nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w pojemniki na niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, bioodpady, surowce wtórne wraz z ich konserwacją, myciem i dezynfekcją, oraz treść pkt. 3.2.2. załącznika nr 7 do s.w.z. - opis przedmiotu zamówienia (o.p.z.), zgodnie z którym wykonawca odbiera odpady komunalne z pojemników, w które wyposażono nieruchomości na zlecenie zamawiającego oraz z pojemników, w które właściciele tych nieruchomości wyposażyli się we własnym zakresie.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez wyposażenie nieruchomości w worki lub pojemniki, przeznaczone do zbierania odpadów komunalnych, utrzymanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym oraz utrzymanie w odpowiednim stanie sanitarnym i porządkowym miejsc gromadzenia odpadów, chyba że na mocy uchwały rady gminy, o której mowa w art. 6r ust. 3, obowiązki te w całości lub w części przejmie gmina jako część usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zamian za uiszczoną przez właściciela opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi.

Izba przeprowadziła dowód z uchwały nr IV.53.2021 Rady Miasta Jastrzębie-Zdrój z dnia 29 kwietnia 2021 roku (Dz. Urz. Województwa Śląskiego, poz. 3144) i stwierdziła, że zgodnie z § 6 ust. 1 te same uchwały, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę z tytułu gospodarowania odpadami komunalnymi gmina wyposaża nieruchomość, na której zamieszkują mieszkańcy, w pojemniki na odpady.

Z powyższego wynika, że podstawą do opisanego przedmiotu zamówienia w taki sposób, że obejmuje on wyposażenie nieruchomości w pojemniki na odpady, jest akt prawa miejscowego (uchwała Rady Gminy), wydany na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Uchwała ta - jak sam odwołujący zauważył w treści odwołania - nie różnicuje wysokości opłat w zależności od tego, kto zaopatrzył

nieruchomość w pojemniki na odpady. Jeżeli odwołujący nie zgadzał się z treścią uchwały, był uprawniony do jej zaskarżenia na zasadach i w trybie właściwym do zaskarżania tego rodzaju aktów. Odwołujący nie wykazał, by zakwestionowane w odwołaniu zapisy uchwały, zostały przez niego zaskarżone.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego, iż opis przedmiotu zamówienia, w zakresie, w jakim przewiduje konieczność wyposażenia nieruchomości w pojemniki na odpady, faworyzuje dotychczasowego wykonawcę zamawianej usługi, Izba wskazuje, że zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego uzasadnione potrzeby. To zamawiający jako gospodarz postępowania określa zakres zarówno przedmiotowy, jak i podmiotowy, charakteryzujący cel jaki zamierza osiągnąć. Zamawiający dokonując opisu przedmiotu zamówienia nie ma obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Prawie nigdy nie jest możliwe opisanie przedmiotu zamówienia, który w ten czy inny sposób nie uniemożliwia części wykonawcom w ogóle złożenie oferty, a niektórych

stawia w uprzywilejowanej pozycji. Warunkiem nienaruszania konkurencji jest w takim

przypadku brak uniemożliwiania z góry niektórym podmiotom udziału w postępowaniu bez uzasadnienia w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego oraz brak sytuacji, w której uprzywilejowanie danych wykonawców osiągnie rozmiary faktycznie przekreślające jakąkolwiek konkurencję. Za naruszenie zasad uczciwej konkurencji nie można uznać sytuacji, w której jeden z wykonawców jest w pewnym stopniu przygotowany do wykonania zamówienia, a drugi musi takie przygotowania dopiero poczynić.

Tym samym Izba nie dopatrzyła się w treści zakwestionowanych postanowień naruszeń żadnego z powszechnie obowiązujących przepisów prawnych i odwołanie w tym zakresie oddaliła.

Odwołujący podniósł, że treść s.w.z. oraz projektowanych postanowień umownych obowiązuje wykonawców do przekazywania odpadów wyłącznie do instalacji komunalnych (pkt 3.4.2 załącznika 7 do s.w.z. pt. Opis przedmiotu zamówienia str. 65 s.w.z.), podczas gdy art. 9e ust. 1c i 1d uciptgm, dopuszcza się przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Dopuszcza się przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcania, jeżeli gmina, z której są odbierane te odpady, prowadzi selektywne zbieranie odpadów zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4a.

Izba przeanalizowała treść pkt. 3.4.2. załącznika do s.w.z. i stwierdziła, że zgodnie z jego treścią wykonawca będzie zobowiązany z odpadami postępować zgodnie z zapisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 7 października 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dla transportu odpadów oraz prawem miejscowym. Tym samym wykonawca będzie mógł przekazywać odpady w taki sposób, jaki przewidziany jest w art. 9e ust. 1c i d uciptgm. Zamawiający sposoby postępowania z odpadami, wskazane w pkt. 3.4.2 lit. a i b (odpowiadające dyspozycji zawartej w art. 9e ust. 1 pkt 1 i 2 uciptgm) przytoczył przykładowo, o czym świadczy użycie przez niego sformułowania „w szczególności”. Tym samym przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, w świetle wskazanych postanowień s.w.z. należy uznać za dopuszczalne, a sam zarzut - za nieuzasadniony.

Odwołujący zakwestionował treść § 12 ust. 1 lit. o projektowanych postanowień umownych stanowiących załącznik nr 8 do s.w.z. (str. 103 — 104 s.w.z.), zgodnie z którym wykonawca zapłaci zamawiającemu karę umowną za nieosiągnięcie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych zgodnie z pkt. 3.4.5 załącznika nr 1 do umowy, w wysokości: stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. — Prawo ochrony środowiska i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 3b ust. 1 uciptgm gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. W myśl art. 3 ust. 1 wskazanej ustawy, utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów

powierzone jest wykonawcom w drodze zamówienia publicznego, o czym stanowi art. 6d ustawy. Oczywistym jest zatem, że podmiot wyłoniony do realizacji zadania musi owo zadanie wykonywać w sposób zgodny z przepisami, a zatem powinien również zapewnić realizację obowiązku, o którym mowa w art. 3b ust. 1 uciipgm.

W ocenie Izby treść zakwestionowanego zapisu umownego nie oznacza, że zamawiający w sposób nieuprawniony przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność w formie kary umownej za obowiązki, które spoczywają na zamawiającym. Zamawiający, realizując owe obowiązki, powierza wykonawcy do wykonania zadanie i jest uprawniony do tego, by oczekiwać i wymagać, że wykonawca zapewni realizację zadania w sposób gwarantujący zachowanie stosownych przepisów prawnych. Realizacja obowiązków nałożonych na zamawiającego wyraża się bowiem w tym, że opisie on przedmiot zamówienia i określi sposób jego wykonania tak, aby wynikające z przepisów prawnych zadania zostały właściwie wykonane, oraz zapewni sobie możliwość kontroli oraz dyscyplinowania wykonawcy, by przy realizacji przedmiotu umowy obowiązki te wypełniał. Instytucja kary umownej jest niewątpliwie jednym ze środków mających na celu zagwarantowanie, że wykonawca wykona przedmiot zamówienia w sposób oczekiwany przez zamawiającego. Nie sposób wyobrazić sobie, że zamawiający powierza wykonanie zadania wybranemu wykonawcy i jednocześnie nie zobowiązuje go do tego, by wykonał je w sposób określony przepisami prawnymi.

W świetle powyższego, Izba uznała zarzut za nieuzasadniony.

Odwołujący zakwestionował pkt 5 rozdziału 27 s.w.z., z którego wynika, że jednym z kryteriów oceny ofert jest kryterium podwyższonej normy emisji spalin pojazdów, któremu przypisano wagę 16%.

Zgodnie z art. 239 ust. 1 ustawy P.z.p., zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. W myśl art. 241 ust. 1, kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Stosownie do ust. 2, związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy P.z.p., najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie: 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu; 2) ceny lub kosztu. Stosownie do ust. 2 pkt 2, kryteriami jakościowymi mogą być kryteria odnoszące się do aspektów środowiskowych, w tym efektywności energetycznej przedmiotu zamówienia.

Izba wskazuje, że w swobodzie wyboru kryteriów oceny ofert zamawiający są ograniczeni tym, że wybrane przez nich kryteria powinny pozostawać w związku z przedmiotem zamówienia, kryteria powinny umożliwiać wybór najkorzystniejszej oferty, czyli muszą być odpowiednie dla ustalenia, która z ofert w odniesieniu do przedmiotu zamówienia będzie najkorzystniejsza. Kryteria oceny ofert powinny być związane z przedmiotem zamówienia, proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i niedyskryminujące.

Generalna zasada związku kryteriów z zamówieniem oznacza, że kryteria muszą być zasadniczo związane z dostawami, usługami lub robotami budowlanymi, które mają być przedmiotem zamówienia. Musi zatem istnieć związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia bez względu na to, w jakim aspekcie to powiązanie wystąpi oraz bez względu na fazę, w jakiej przedmiot zamówienia będzie się znajdował.

W ocenie Izby nie budzi wątpliwości, że kryterium odnoszące się do pojazdów, za pomocą których będzie wykonywany przedmiot zamówienia, jest związane z przedmiotem zamówienia. Odwołujący w treści odwołania dokonuje uogólnienia stwierdzając, że przedmiotem zamówienia jest gospodarka odpadami, a zakwestionowane kryterium dotyczy urządzenia, jakie będzie wykorzystywane do realizacji przedmiotu zamówienia, nie zaś samego przedmiotu zamówienia.

Izba nie podziela argumentacji odwołującego. Zgodnie z rozdziałem 3 pkt 1 s.w.z., zamówienie obejmuje m.in. odbieranie, transportowanie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Skoro zaś transport odpadów komunalnych odbywa się specjalistycznymi pojazdami, oczywistym jest, że kryterium odnoszące się do tych pojazdów jest związane z przedmiotem zamówienia. Podkreślenia wymaga, że użyte przez ustawodawcę określenie dotyczące kryteriów, iż „muszą być związane z przedmiotem zamówienia” znajduje swe rozwinięcie w art. 241 ust. 2 ustawy, z którego wynika m.in. że kryteria powinny dotyczyć przedmiotu zamówienia „w dowolnych aspektach”. Sformułowanie takie pozwala na

zastosowanie szerokiej interpretacji i uznanie, że kryterium odnoszące się do urządzeń, za pomocą których wykonywany jest przedmiot zamówienia, odpowiada warunkowi istnienia związku między tym kryterium a przedmiotem zamówienia.

W tym miejscu Izba wskazuje na wyrok TSUE z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, ECLI:EU:C:2002:495, pkt 53-66, gdzie stwierdzono, że kryteria dotyczące poziomu emisji tlenku azotu i poziomu hałasu autobusów należy uznać za związane z przedmiotem zamówienia, które dotyczy świadczenia miejskich usług transportu autobusowego.

Tym samym, zamawiający, ustalając kryterium odnoszące się do emisji spalin pojazdów i nadając mu wagę 16%, nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy P.z.p.

Z uwagi na powyższe orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 8 ust. 2 pkt 1 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).

Przewodniczący: