Sygn. akt: KIO 2666/22

WYROK

z dnia 26 października 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 24 października 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2022 roku przez odwołującego wykonawcę MS-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Zagnańsk

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie.

Nakazuje Zamawiającemu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu

Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, określenie wymaganych poziomów recyklingu do części 1, 5 i 7 przez wprowadzenie do dokumentacji postępowania - specyfikacji warunków zamówienia w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 3.9 następujących postanowień:

„Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia następujących poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku dla:

- Części nr 1 w wysokości nie mniejszej niż 5 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

- Części nr 5 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

- Części nr 7 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego.

Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą realizuje.”

Nakazuje Zamawiającemu dostosowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia do wprowadzonej do dokumentacji postępowania ww. treści.

Nakazuje wykreślenie w załączniku nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia - projekt umowy § 6 ust. 1 oraz § 9 ust. 2 pkt 17.

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Gminę Zagnańsk i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MS-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od Zamawiającego - Gminy Zagnańsk na rzecz wykonawcę MS-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie kwotę 18 600, 00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 poz. 1129 ze zm.) 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:.....

Sygn. akt: KIO 2666/22

U Z A S A D N I E N I E

Zamawiający Gmina Zagnańsk prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonym pod nazwą Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 września 2022 roku pod numerem 2022/S 187-529467.

W dniu 10 października 2022 roku MS-EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej: „MS-EKO" lub „Odwołujący") działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 dalej „ustawa", „PZP") wniósł odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ") przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 16 ustawy oraz art. 99 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że Zamawiający ustanawia obowiązek wykonawcy dotyczący utrzymania poziomów recyklingu sprzeczny z przepisami prawa, niemożliwy do realizacji z uwagi na brak po stronie Wykonawcy narzędzi pozwalających na jego osiągnięcie, do których zastosowania zgodnie z przepisami prawa został uprawniony Zamawiający co naruszy zasady opisywania przedmiotu zamówienia, w tym uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności.

Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ, Opisu przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz projektowanych postanowień umowy

(wzoru umowy) w zakresie w poniższym zakresie, przy czym wprowadzane modyfikacje muszą skutkować dostosowaniem wszystkich dokumentów zamówienia, wobec których jest to niezbędne w celu zapewnienia ich spójności.

Odwołujący wniósł o modyfikację postanowień SWZ oraz wzoru umowy przez określenie, że Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia następujących poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku dla:

a) Części nr 1 w wysokości nie mniejszej niż 5 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

b) Części nr 2 w wysokości nie mniejszej niż 60 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

c) Części nr 3 w wysokości nie mniejszej niż 70 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

d) Części nr 4 w wysokości nie mniejszej niż 90 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

e) Części nr 5 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

f) Części nr 6 w wysokości nie mniejszej niż 55 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

g) Części nr 7 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

oraz wskazanie, że Wykonawca będzie zobowiązany do obliczenia poziomu recyklingu w ramach części zamówienia, którą realizuje (a nie w zakresie wszystkich 7 części).

Odwołujący podał w zakresie wykazania interesu we wniesieniu odwołania, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorca prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów ustawy, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia na warunkach zgodnych z obowiązującymi przepisami prawa, a tym samym wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia może okazać się niemożliwy. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z ustawą ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu. Warunki zamówienia zaskarżone niniejszym odwołaniem utrudniają Odwołującemu dostęp do niniejszego zamówienia, tj. opracowanie i złożenie korzystnej i konkurencyjnej oferty, a w konsekwencji uzyskania niniejszego zamówienia (wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie na zgodnych z prawem i uczciwą konkurencją warunkach i uzyskania zamówienia, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

<u>W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał:</u>

Zamawiający w Rozdziale IV SWZ następująco opisał przedmiot zamówienia:

„Przedmiotem zamówienia jest odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. Przedmiot zamówienia obejmuje również odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Kołomań zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (bez prowadzenia i obsługi GPSZOK) oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenów niezamieszkałych na terenie Gminy Zagnańsk w terminie 12 miesięcy począwszy od 1 stycznia 2023 do 31 grudnia 2023r.” z możliwością powtórzenia zamówienia usług

podobnych do usług stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia.,,

Z powyższego wynika obowiązek realizacji usługi przez cały 2023 rok tj. od dnia 1 stycznia do dnia 31 grudnia.

W dalszej części Rozdziału IV SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części, a w ramach każdej z nich odbierane będą inne frakcje odpadów:

Dotyczy Część 1 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU	RODZAJ ODPADU	Ilość odpadów w Mg za 2021r.
20 03 01	Niesegregowane zmieszane odpady komunalne	1427

Dotyczy Część 2 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU	RODZAJ ODPADU	Ilość odpadów w Mg za 2021r.
20 02 01	Odpady ulegające biodegradacji	334

Dotyczy Część 3 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU	RODZAJ ODPADU	Ilość odpadów w Mg za 2021r.
20 01 01, 15 01 01	Papier i tektura i opakowania z papieru i tektury	141

Dotyczy Część 4 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU	RODZAJ ODPADU	Ilość odpadów w Mg za 2021r.
20 01 02, 15 01 07	Szkło i opakowania ze szkła	265

Dotyczy Część 5 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU	RODZAJ ODPADU	Ilość odpadów w Mg za 2021r.
ex 20 01 99	Odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach (w tym popiół)	265

Dotyczy Cześć 6 Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Kołomań zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (bez prowadzenia i obsługi GPSZOK)

Kod odpadu	Rodzaj odpadu	Przewidywana Ilość odpadów w Mg za 2022 r.
20 02 01	Odpady ulegające biodegradacji	15
20 01 39, 20 01 40, 15 01 04 , 15 01 05, 15 01 06	Opakowania wielomateriałowe, zmieszane odpady opakowaniowe, tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych, metale i opakowania z metali	15
20 01 01, 15 01 01	Papier i tektura	50
15 01 07	Opakowania ze szkła	15
17 01 02	Gruz ceglany	20
17 01 07	ODPADY BUDOWLANE NIEZMIESZANE : Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06	150
17 09 04	Odpady z prac budowlanych - bez gruzu	10
ex 20 01 99	Popioły z palenisk domowych	38

Dotyczy Część 7 Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenów

niezamieszkałych na terenie Gminy Zagnańsk

Ilość odpadów odebrana z terenów niezamieszkałych w 2021r. w Mg:

Kod odpadu	Rodzaj odpadu	ILOŚC ODPADÓW w Mg/rok 2021
20 03 01	Niesegregowane zmieszane odpady komunalne	47
20 02 01	Odpady ulegające biodegradacji	73

Odwołujący podał, że Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia w ten sposób, że w ramach każdej z części zamówienia odbierana będzie inna frakcja/grupa odpadów. Z powyższego wynika, że np. w ramach części nr 4 zamówienia, Wykonawca odbierać będzie wyłącznie szkło i opakowania ze szkła. Nie będą przez niego odbierane odpady z innych grup, co ma istotne znaczenie dla osiągnięcia poziomu recyklingu. Zamawiający w dokumentacji postępowania wskazał, iż to Wykonawca odpowiadać będzie za osiągnięcie minimalnego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Zgodnie z projektowanymi postanowieniami umownymi:

§ 6

Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku

1. Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługę w sposób zapewniający osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z aktualnie obowiązującymi zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktualnie obowiązującymi aktami wykonawczymi do powyższej ustawy. Osiągnięte poziomy zostaną obliczone na podstawie aktów wykonawczych ww. ustawy.

2. Zamawiający ustali, czy Wykonawca osiągnął wymagane poziomy recyklingu na podstawie sprawozdań składanych Zamawiającemu, o których mowa w § 11

umowy.

Również w Rozdziale IV SWZ Zamawiający wskazał:

„2.20.2 Wykonawca zobowiązany jest do odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych w sposób zapewniający:

b) osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowanie do ponownego użycia odpadów komunalnych.

(■■■)

3.9 Wykonawca Jest zobowiązany do uzyskania zgodnie z obowiązującymi (w okresie trwania umowy) przepisami w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz zgodnie ze złożona ofertą poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych,

3.10 W terminie do 30 dni od zakończenia roku kalendarzowego realizacji przedmiotu zamówienia. Wykonawca jest zobowiązany przedstawić informacje o osiągniętych poziomach recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych, ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania.

3.11 Wykonawca zobowiązany jest dołączyć do ww. informacji dokumenty potwierdzające. że masy odpadów uwzględnione w obliczeniach poziomów zostały faktycznie poddane recyklingowi, przygotowaniu do ponownego użycia lub poddane odzyskowi innymi metodami. Z dokumentacji powinno wynikać, do jakiej ostatecznie instalacji zostały przekazane odpady (dokładna nazwa i adres) i jakiemu procesowi odzysku zostały poddane np. pisemne oświadczenie z informacją do jakiej instalacji zostały przekazane odpady wraz ze wskazaniem procesu odzysku.

(■■■)

3.13 Osiągane przez Wykonawcę poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz poziomy recyklingu. przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych winny być obliczane zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września ustawa z 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t,j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297) oraz przepisami wykonawczymi do ww. ustawy. ”

Termin realizacji niniejszego zamówienia, zgodnie z postanowieniami zawartymi w SWZ wynosi 12 miesięcy w okresie od dnia 01 stycznia 2023 roku do dnia 31 grudnia 2023 roku. Odwołujący zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 1 Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Z 2022 r. poz. 1549 ze zm.) Gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 35% wagowo - za rok 2023. Ze wskazanego powyżej artykułu wynika, że obowiązek osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w określonych wysokościach nałożony został bezpośrednio na gminy i stanowi jej zadanie. To gminy rozliczane są z osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych i ponoszą odpowiedzialność za ich nieosiągnięcie. Zamawiający w przytoczonych powyżej postanowieniach SWZ oraz wzoru umowy bezpodstawnie deleguje swoje obowiązki w postaci osiągania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w latach 2023 na Wykonawcę, podczas gdy nie ma on realnych narzędzi do ich uzyskania. Odwołujący wyjaśnił, że jedyną sytuacją, w której odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu leży na podmiocie dokonującym odbioru odpadów, zgodnie z art. 9g pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest przypadek, w którym podmiot dokonuje odbioru odpadów z nieruchomości na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości (a nie z gminą) - „Podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do osiągnięcia w danym roku kalendarzowym w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych poziomów: 1) przygotowania do ponownego użycia i recyklingu określonych w art. 3aa albo art. 3b ust. 1;”

Odwołujący podał, że powyższy obowiązek gminy dot. osiągnięcia poziomów recyklingu jest zgodny z doktryną: „Osiągnięcie wymaganych poziomów jest obowiązkiem gminy także wtedy, gdy odpady komunalne odbiera od właścicieli nieruchomości podmiot działający na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego (art. 6fust. la CzystGmU). Jeżeli natomiast podmiot nie dokonuje odbioru odpadów komunalnych na podstawie umowy z gminą, lecz na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości, to za sprawą art. 9g CzystGmU jest zobowiązany do osiągnięcia odpowiednich poziomów określonych rozporządzeniem ministra.” [A. Jezierska-Markocka [w:] Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz, M. Markocki, 2021, wydanie 3, art. 3b].

Natomiast zgodnie z art. 3b ust. 1 a oraz 1 b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych, przy czym

przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. Postanowienia Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530) wydanego na skutek delegacji ustawowej wskazanej w art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach określają sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, kierując się koniecznością możliwości zweryfikowania osiągnięcia tych poziomów przez każdą gminę oraz przepisami Unii Europejskiej określającymi sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi.

Zgodnie z w/w Rozporządzeniem, poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oblicza się zgodnie z postanowieniami zawartymi w § 3 Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych z dnia 3 sierpnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 1530), wg wzoru wskazanego w § 3 ust. 1 Rozporządzenia:

$$\frac{Mr}{} \quad X\ 100\%$$

gdzie:

P - oznacza poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyrażony w %,

Mr - oznacza łączna masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażonąw Mg,

Mw - oznacza łączną masę wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażoną w Mg.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 i 3 Rozporządzenia:

2. Do łącznej masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem ..Mr'. zalicza się:

1) odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06;

2) odpady powstałe z przetworzenia odpadów komunalnych, o których mowa w pkt 1.

3. Do łącznej masy wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „MW", zalicza się odpady komunalne z grupy 15 oraz z grupy 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06.

Ponadto, zgodnie z art. 3 ust. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

5. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez gminy uwzględnia się odpady komunalne:

1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym

mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

2) zebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez innych zbierających odpady komunalne. ”

Odwołujący podał, że zgodnie z informacjami zawartymi w Rozdziale IV SWZ:

„Liczba zameldowanych mieszkańców Gminy Zagnańsk według ewidencji ludności stan na dzień 31.08.2022r. wynosi 12 590 osób, natomiast liczba mieszkańców (zamieszkałych osób) według złożonych deklaracji wynosi 10 327 - stan na dzień 31.08.2022”

Z powyższego zdaniem Odwołującego wynika możliwość dokonywania odbioru odpadów przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które to odpady uwzględnia się podczas dokonywania obliczenia poziomu recyklingu.

Odwołujący argumentował, że na podstawie danych udostępnionych przez Zamawiającego w SWZ, szacowany możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu wnosi 31%, co przedstawia tabela:

część	kod	szacowana roczna masa [Mg]	procent odpadów przekazanych do recyklingu	ilość odpadów przekazana do recyklingu rocznie [Mg]
1	20 03 01	1427		
2	20 02 01	334		200,4
3	15 01 01	141		98,7
4	15 01 07	265		238,5
5	20 01 99	195		58,5
	suma	2362		667,45
6	20 02 01	15		9
	20 01 39, 20 01 40, 15 01 04, 15 01 05, 15 01 06	15		6
	20 01 01, 15 01 01	50	85%	42,5
	15 01 07	15	95%	14,25
	20 01 99	38	4-5 %	17,1
	suma	133		88,85
część	kod	szacowana roczna masa [Mg]	procent odpadów przekazanych do recyklingu	ilość odpadów przekazana do recyklingu rocznie [Mg]
7	20 03 01	47		2,35
	20 02 01	73		43,8
	suma	120	38%	46,15

Odwołujący podał, że w zależności od części realizowanej przez Wykonawcę (odbieranych odpadów), uzyska on różny poziom recyklingu danego odpadu. W związku z podziałem zamówienia na części, bardzo możliwe jest, że jeden Wykonawca nie będzie realizował wszystkich 7 części zamówienia, lecz np. jedną, maksymalnie kilka z nich. Natomiast w ramach każdej z części zamówienia, wybrany Wykonawca będzie dokonywał odbioru i zagospodarowania innej frakcji odpadów.

Odwołujący wyjaśnił, że w przypadku kodów np. 20 03 01 (odbierane w ramach części 1) i ex 20 01 99 (odbierane w ramach części 5 i 6) bardzo trudne będzie osiągnięcie poziomu recyklingu. W szczególności w przypadku kodu 20 03 01, ponieważ z definicji w tym kodzie odpadów nie powinny znajdować się odpady nadające się do segregacji, a na pewno nie mogą one stanowić 35% odpadów (wymagany poziom recyklingu w 2023 roku to 35%).

Zamawiający w dokumentacji postępowania zupełnie pominął kwestię tego w jaki sposób mają być dokonywane obliczenia poziomów recyklingu, wskazując natomiast, że ma tego dokonać Wykonawca. Zamawiający nie wskazał sposobu dokonywania obliczeń, gdy zamówienie zostanie udzielone kilku Wykonawcom na poszczególne części - nie wiadome jest w oparciu o jakie dane Wykonawca ma dokonać obliczeń.

Odwołujący podkreśla, że dokonywanie obliczeń poziomów recyklingu, zgodnie z przepisami prawa, odbywa się w odniesieniu do wszystkich kodów odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu przez gminę (czyli w tym przypadku sumowane powinny być odpady odbierane w ramach wszystkich 7 części) oraz przez podmioty dokonujące odbiorów w ramach umów indywidualnych z mieszkańcami. Wykonawca nie posiada wiedzy na temat odpadów odbieranych przez innych Wykonawców.

Odwołujący wyjaśnił, że pprawidłowo dokonanie obliczeń poziomu recyklingu powinno wyglądać w ten sposób, że Wykonawcy realizujący części zamówienia od 1 do 7, przekazują dane do Zamawiającego, a ten dokona obliczenia poziomu recyklingu. Jeśli Zamawiający zakłada inny sposób dokonywania obliczenia, to powinien to jasno i precyzyjnie opisać w dokumentacji postępowania.

Odwołujący wyjaśnił, że biorąc pod uwagę podział zamówienia ze względu na kody odpadów, które w ramach realizacji poszczególnych części, podlegać będą odbiorowi, błędne jest założenie, że osiągnięcie poziomu recyklingu na poziomie 35% w ramach każdej z części zamówienia jest realne do uzyskania. Również takie założenie - że Wykonawca ma osiągnąć poziom recyklingu w ramach danej części zamówienia, jest założeniem niezgodnym z przepisami prawa, bo niektóre kody nie są możliwe do odzysku na poziomie aż 35%. Wyjaśniał równie Odwołujący, że Wykonawca dokonujący odbioru i zagospodarowania odpadów, nie jest zobowiązany przepisami prawa do dokonywania obliczeń poziomów recyklingu. Podmiot dokonujący odbioru i zagospodarowania odpadów jest zobowiązany do umieszczenia w BDO informacji o osiągniętym poziomie przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. W tym celu uzupełnia formularz:

W tym miejscu w odwołaniu zrzuty z ekranu

Odwołując się do powyższego Odwołujący podał, że wykonawca, który dokonuje odbioru odpadów w oparciu o umowę z gminą, nie jest uprawiony do obliczenia poziomu recyklingu. Wykonawca nie byłby w stanie dokonać obliczenia poziomu recyklingu z przyczyn wskazanych powyżej w odwołaniu tj. braku wymaganych danych.

Powyżej podane postanowienie umowne dot. obowiązku uzyskania poziomu recyklingu zostało, w ocenie Odwołującego, sformułowane z przekroczeniem granic swobody umów, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi rozłożenia ryzyka kontraktowego między stronami oraz w sposób nieuwzględniający rzeczywistych możliwości realizacji usługi i zakresu odpowiedzialności Wykonawcy przez nałożenie na Wykonawcę odpowiedzialności za osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu na zasadzie ryzyka, a nie na zasadzie winy. Odwołujący podkreślił, że w uzasadnieniu do ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych ustawodawca wyraźnie wskazuje się zasadę zakazu kształtowania praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy w sposób rażąco nieproporcjonalny do rodzaju zamówienia oraz ryzyk związanych z jego realizacją. Postanowienia dot. osiągnięcia poziomu recyklingu zawarte w dokumentacji postępowania są wyrazem naruszenia przepisów art. 433 ust. 2 ustawy w związku z art. 431 ustawy, a osiągnięcie ustalonego poziomu recyklingu doznaje jeszcze większych przeszkód - ryzyko jego nie osiągniecia jest wyższe niż w poprzednich latach ze względu na wzrastające z roku na rok minimalne poziomy recyklingu. Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy Ustawodawca podał: „specyfika kształtowania treści umowy, która de facto kształtowana jest przez zamawiającego, co powoduje w wielu przypadkach ww. negatywne praktyki, powoduje potrzebę wzmocnienia kwestii bardziej proporcjonalnego podejścia do praw i obowiązków stron. Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie, nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców, Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie".

Zamawiający ma ustawowe uprawnienie wliczenia do poziomów recyklingu pochodzących

z innych źródeł np. z punktów skupu czy wliczenia kompostu z przydomowych kompostowników. Odwołujący podał, że nie dysponuje on tymi danymi, a także nie jest w stanie dokonać obliczeń poziomu recyklingu ze względu na brak wymaganych do tego danych. Biorąc pod uwagę postanowienia SWZ i wzoru umowy, Odwołujący wskazał, że ryzyko nieosiągnięcia poziomu recyklingu nie zostało jasno określone w dokumentacji postępowania i może ono obciążać Wykonawcę w przypadku niedochowania staranności w realizacji usługi. Przedmiotem umowy nie jest osiągnięcie poziomu recyklingu, lecz wykonanie usługi odbioru, zbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych. Odwołujący podał, że ponadto Zamawiający ukształtował stosunki w umowie pomiędzy Zamawiającym, Wykonawcą w sposób sprzeczny z zasadą współdziałania przy wykonywaniu Umowy wynikająca z art 431 ustawy pzp. Odpowiedzialność Wykonawcy za prawidłowe zrealizowanie przedmiotu umowy powinna zostać ukształtowana stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, dlatego Zamawiający powinien przewidzieć spełnianie odpowiednich poziomów recyklingu dla każdej z części zamówienia.

Po przeprowadzeniu posiedzenia i rozprawy z udziałem Stron na podstawie zebranego materiału w sprawie Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 nowej ustawy z dnia 11 września 2022 roku skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 10 października 2022 roku od czynności Zamawiającego z dnia 28 września 2022 roku. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu, co zostało potwierdzone przez Odwołującego na posiedzeniu oraz wynika z akt sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła, Odwołujący wykazał wypełnienie łącznie przesłanek z art. 505 ust 1 nowej ustawy - Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Skład orzekający Izby rozpoznając sprawę uwzględnił akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z par. 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r. poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopię dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Izbę lub Prezesa Izby w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła stanowiska prezentowane na rozprawie przez Strony postępowania odwoławczego.

Izba, postanowieniem wydanym w trakcie rozprawy dopuściła dowody załączone do pisma Odwołującego z dnia 24 października 2022 roku - Pismo procesowe Odwołującego złożonego do akt sprawy odwoławczej. Izba postanowieniem wydanym na rozprawie dopuściła dowody złożone i zawnioskowane w trakcie rozprawy przez Odwołującego - informację z Urzędu Miast i Gminy Piaseczno oraz informację na temat klasyfikacji jakości odpadów.

<u>Izba zważyła w zakresie zarzutów odwołania:</u>

Izba na wstępie wskazuję, zgodnie z art. 559 ust. 2 ustawy podstawy prawne oraz

przytacza przepisy prawa:

- art. 16 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

2) przejrzysty,

3) proporcjonalny,

- art. 99 ustawy:

1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

3. Do opisu przedmiotu zamówienia stosuje się nazwy i kody określone we Wspólnym Słowniku Zamówień.

4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

5. Przedmiot zamówienia można opisać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub po-chodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny i zrozumiały sposób, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.

6. Jeżeli przedmiot zamówienia został opisany w sposób, o którym mowa w ust. 5, zamawiający wskazuje w opisie przedmiotu zamówienia kryteria stosowane w celu oceny równoważności.

7. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia konieczność przeniesienia praw własności intelektualnej lub udzielenia licencji.

Izba ustaliła, w Rozdziału IV SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia został podzielony na 7 części, a w ramach każdej z nich odbierane będą inne frakcje odpadów:

Dotyczy Część 1 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU RODZAJ ODPADU Ilość odpadów w Mg za 2021r.

20 03 01 Niesegregowane zmieszane odpady komunalne 1427

Dotyczy Część 2 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU RODZAJ ODPADU Ilość odpadów w Mg za 2021r.

20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji 334

Dotyczy Część 3 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU RODZAJ ODPADU Ilość odpadów w Mg za 2021r.

20 01 01, 15 01 01 Papier i tektura i opakowania z papieru i tektury 141

Dotyczy Część 4 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU RODZAJ ODPADU Ilość odpadów w Mg za 2021r.

20 01 02, 15 01 07 Szkło i opakowania ze szkła 265

Dotyczy Część 5 - Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami.

Ilość odpadów odebrana od właścicieli nieruchomości w 2021r. w Mg:

KOD ODPADU RODZAJ ODPADU Ilość odpadów w Mg za 2021r.

ex 20 01 99 Odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach (w tym popiół) 265

Dotyczy Cześć 6 Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Kołomań zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (bez prowadzenia i obsługi GPSZOK)

Kod odpadu Rodzaj odpadu Przewidywana

Ilość odpadów w Mg za 2022 r.

20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji 15

20 01 39, 20 01 40 , 15 01 04 , 15 01 05, 15 01 06 Opakowania wielomateriałowe,

zmieszane odpady opakowaniowe, tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych, metale i opakowania z metali 15

50

20 01 01, 15 01 01 Papier i tektura 15
15 01 07 Opakowania ze szkła
17 01 02 Gruz ceglany 20

17 01 07 ODPADY BUDOWLANE NIEZMIESZANE Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż

wymienione w 17 01 06 150

17 09 04 Odpady z prac budowlanych - bez gruzu 10

ex 20 01 99 Popioły z palenisk domowych 38

Dotyczy Część 7 Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenów

niezamieszkałych na terenie Gminy Zagnańsk

Ilość odpadów odebrana z terenów niezamieszkałych w 2021r. w Mg:

Kod odpadu Rodzaj odpadu ILOŚC ODPADÓW w Mg/rok 2021
20 03 01 Niesegregowane zmieszane odpady komunalne 47
20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji 73

Izba ustaliła, że w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 3.9 Zamawiający podał:

3.9 Wykonawca Jest zobowiązany do uzyskania zgodnie z obowiązującymi (w okresie trwania umowy) przepisami w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych oraz zgodnie ze złożona ofertą poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych,

Ustalono, że w załączniku nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia - projekt umowy Zamawiający podał:

§ 6 ust. 1

Wymagane poziomy recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku

1. Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługę w sposób zapewniający osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z aktualnie obowiązującymi zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktualnie obowiązującymi aktami wykonawczymi do powyższej ustawy. Osiągnięte poziomy zostaną obliczone na podstawie aktów wykonawczych ww. ustawy.

oraz § 9 ust. 2 pkt 17.

§9

Kary umowne

(■■■)

2. Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach:

(■■■)

17) za niewywiązanie się z obowiązku określonego w §6 ust. 1 - w wysokości równej karze naliczonej Gminie Zagnańsk przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska,

W piśmie procesowym z dnia 24 października 2022 roku Zamawiający złożył żądanie alternatywne o nakazanie zmiany specyfikacji warunków zamówienia:

- Części nr 1 w wysokości nie mniejszej niż 5 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

- Części nr 5 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego.

Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą realizuje a nie w zakresie wszystkich siedmiu części.

W trakcie postepowania przed Izbą Odwołujący wniósł również żądanie alternatywę co do:

- Części nr 7 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego.

W zakresie zarzutu odwołania tj. naruszenia: art. 16 ustawy oraz art. 99 ustawy przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, że Zamawiający ustanawia obowiązek wykonawcy dotyczący utrzymania poziomów recyklingu sprzeczny z przepisami

prawa, niemożliwy do realizacji z uwagi na brak po stronie Wykonawcy narzędzi pozwalających na jego osiągnięcie, do których zastosowania zgodnie z przepisami prawa został uprawniony Zamawiający co naruszy zasady opisywania przedmiotu zamówienia, w tym uniemożliwia zachowanie uczciwej konkurencji oraz zasady proporcjonalności - Izba zarzut uznała za zasadny.

Na podstawie art. 99 ust. 1 ustawy Zamawiający opisuje przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jednocześnie zgodnie z regulacją ust. 4 ww. artykułu przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. Zamawiający - na podstawie ust. 2 art. 99 ustawy - określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

Izba na wstępie wskazuje, że ww. regulacja prawa zbieżna jest w swej zasadniczej treści z regulacją art. 29 ust. 2 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku obowiązującej w dniu 31 grudnia 2020 roku. To pozwala na korzystanie z dorobku orzeczniczego oraz dorobku doktryny w zakresie tych regulacji prawnych, które pozostają aktualne w obowiązującym stanie prawnym.

Określone przez ustawodawcę w obecnie obowiązującej ustawie zasady, jak i w stanie prawnym wynikającym z regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 roku, w tym zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców to „szkielet" każdego z postępowań o udzielnie zamówienia publicznego jak również całego systemu zamówień publicznych. Izba podkreśla również, że kwestia konkurencji winna być kategorią, którą należy rozpatrywać z uwzględnieniem danego rynku, którego dotyczy konkretne zamówienie jak również uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, czasu w jakim Zamawiający udziela zamówienia. Niewątpliwe, co również należy podkreślić, Zamawiający mają prawo opisując przedmiot zamówienia do określenia wymagań technicznych i jakościowych uwzględniających niezbędne Zamawiającemu standardy, przy uwzględnieniu realnych potrzeb Zamawiającego. W pozostającym nadal aktualnym orzeczeniu Sądu Okręgowego w Bydgoszczy, w wyrok z dnia 27 maja 2009 roku sygn. akt: II Ca 158/09 czytamy - Z przepisu art. 7 ust. 1 pzp wynika, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zatem należy uznać, że fundamentalnymi zasadami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stosowanie tych zasad prowadzi do realizacji celu określonego w pzp jakim jest wybranie najkorzystniejszej oferty spełniającej potrzeby zamawiającego. Przepis art. 29 ust. 2 pzp z kolei wprowadza zakaz dokonywania opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. (...) Obowiązkiem Zamawiającego jest, w oparciu o art. 29 ust. 1 ustawy, opisanie przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, zgodnie z ust. 2 przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie stanowi postępowania, w którym Zamawiający ma nabyć cokolwiek, co wykonawcy zechcą mu sprzedać czy też zaoferować konkretne rozwiązanie w realizacji usługi. Jak również nie ma obowiązku pozostawać w danym przekonaniu, danym stanie faktycznym poczynionych regulacji w dokumentacji postępowania o udzielnie zamówienia publicznego tylko dlatego, że w pewnych regulacji, wymagań czy założeń nie poczynił przy samym ogłoszeniu postępowania. W postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego, Zamawiający jak każdy gospodarz dbający o swoje potrzeby uprawniony jest do kupna, nabycia określonych rzeczy, usług, a w ramach tych określonego przedmiotu zamówienia. Nieuprawniona jest taka specyfikacja przedmiotu zamówienia, która eliminowałaby w sposób niezasadny określone przedmioty, a przez to ich producentów czy dystrybutorów, usługodawców itp. - to stanowi istotę konkurencyjności w ramach danego zamówienia.

Podkreślić należy, że konkurencja nie polega na tym, że Zamawiający ma dopuścić możliwość złożenia oferty jakiejkolwiek, lecz ma prawo określić swoje potrzeby. Przy czym, co należy podkreślić z perspektywy tego postępowania odwoławczego w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Zamawiającego Zamawiający pozostając gospodarzem postępowania o udzielnie zamówienia publicznego nie jest uprawniony do „robienia czego chce" w ramach danej procedury. Możliwość nabycia rzeczy czy usług o określonym poziomie jakości, organizacji itp. nie uprawnia jednocześnie Zamawiającego do takiego konstruowania postanowień specyfikacji warunków zamówienia, które niezgodne są z obowiązującymi regulacjami prawnymi, samymi postanowieniami Zamawiającego jak również z zasadami postępowania, które obowiązują również Zamawiającego.

Opis przedmiotu zamówiona powinien umożliwiać wykonawcom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Opisania przedmiotu zamówienia musi gwarantować realizację tego przedmiotu zamówienia i musi dać się spełnić, tzn.: wykonać. W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego realizacja przedmiotu zamówienia zgodnie z wytycznymi Zamawiającego zawartymi w specyfikacji warunków zamówienia jest zwyczajnie i w sposób oczywisty niemożliwa.

W ocenie Izby Zamawiający ma prawo opisać przedmiot zamówienia stanowiący Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami przez podzielnie zamówienia na części i określenie w częściach poszczególnych frakcji odpadów, a nie określenie rejonów z których te odpady będą zbierane. Izba dostrzega, że co do zasady Odwołujący tego podziału zamówienia na części nie kwestionował. Podział zamówienia na części, w tym przypadku 7 części, które odnoszą się do poszczególnych fakcji odpadów i pozostałe wymagania zawarte w specyfikacji warunków zamówienia muszą odpowiadać określonym poszczególnym frakcją odpadów, a nie stanowić dowolnego i zaprzeczającego istocie danego przedmiotu (frakcji z danej części) nieuzasadnionego niczym opisu przedmiotu zamówienia oraz wymagań z nim związanych.

W ramach opisu przedmiotu zamówienia kwestionowanym jest wymaganie osiągniecia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów, dla każdej z części zamówienia z osobna, na poziomie określonym obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U z 2022 r. poz. 1297) tj. na poziomie 35 % wagowo za rok 2023.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego, że przy podziale zamówienia na części i możliwości złożenia oferty przez wykonawców na wybrane części nie jest możliwe określenie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów dla każdej z tych części zamówienia na podstawie obowiązujących przepisów. Co do zasady Zamawiający mają prawo określić w ramach postępowania o udzielnie zamówienia publicznego wymagany od wykonawcy pozom recyklingu, co nie było kwestionowane co do zasady w ramach tego postępowania. Jednakże określając poziom recyklingu jaki ma zostać osiągnięty przez wykonawcę Zamawiający po pierwsze powinien podać w jaki sposób należy dokonać tych obliczeń w przypadku podziału zamówienia publicznego na części w ramach frakcji i winien odnieść poziomy recyklingu do poszczególnych frakcji.

W ramach zamówienia w części 1, odpady o kodzie 20 03 01 niesegregowane zmieszane odpady komunalne, Zamawiający zgodnie z dokumentacją wymaga aby wykonawca osiągnął 35% pozom recyklingu. Jednocześnie w żaden sposób nie wyjaśnia, w tym na pytania zadane w trakcie rozprawy, w jaki sposób w ramach realizacji części 1 zamówienia wykonawca realizujący odbiór odpadów o kodzie 20 03 01 miałby osiągnąć taki poziom recyklingu. Izba wskazuje w tym miejscu, że Zamawiający - co wynika z pisma Odwołującego z dnia 24 października 2022 roku i co nie było kwestionowane przez Zamawiającego - sam jednoznacznie podaje na swojej stronie internetowej, że do odpadów niesegregowanych (część 1 zamówienia) nie należy wrzucać odpadów podlegających segregacji, które powinny być wrzucane do innych pojemników. Oznacza to, że w ramach odpadów niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych nie powinny znajdować się odpady podlegające recyklingowi. Tym samym ustanowienie wymagania, które nakazuje osiągniecie poziomu 35% recyklingu w ramach przedmiotowej części jest wewnętrznie sprzeczna z wymaganiami Zamawiającego, jest nierealne oraz niezgodne z obowiązującymi regulacjami prawnymi. Dostrzec należy, że możliwe jest osiągnięcie poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów w ramach części 1 na poziomie około 2 % co wykazał przedstawionymi dowodami sam Odwołujący (pisma przy piśmie procesowym z dnia 24 października 2022 roku). Z dokumentów tych wynika jednoznacznie, że w wyniku przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w instalacji

do mechaniczno - biologicznego przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych możliwe jest wysortowanie ze strumienia odpadów o kodzie 20 03 01 około 2% odpadów, które mogą zostać przekazane do recyklerów. Co istotne, w obliczu tych informacji jak również z odniesieniem do przedmiotu zamówienia Zamawiający nie udzielił odpowiedzi w jaki sposób wykonawca w ramach części 1 ma osiągnąć założony dla tej części poziom recyklingu 35%. Na pytanie „jak Zamawiający wyobraża sobie uzyskanie poziomu recyklingu na poziomie 35%, których wymaga zgodnie z SWZ w zakresie oferty złożonej przez wykonawcę jedynie w części 1, której przedmiotem jest frakcja 20.03.01, czyli niesegregowane zmieszane odpady komunalne" Zamawiający podał, że „to jest zadanie wykonawcy i to on ma to osiągnąć." W ocenie Izby ta odpowiedź wskazuje na to, że Zamawiający w żaden sposób nie rozumie prowadzonego postępowania o udzielnie zamówienia, a co najmniej w taki sposób prezentuje swoje stanowisko. Fakt, że Zamawiający stawia jakieś wymagania w stosunku do wykonawców nie powoduje, że wymagania te, tylko dlatego że określił je Zamawiający, są prawidłowe i zasadne. Zamawiający w żaden sposób nie potrafił wyjaśnić w jaki sposób wykonawca ma osiągnąć pewne założenia jakie poczynił Zamawiający co do poziomu recyklingu w ramach części 1 zamówienia co oznacza, że w ogóle nie przemyślał tego wymagania i nie sprawdził go chociażby w wyniku wniesienia odwołania. Przenoszenie na wykonawcę niespełnialnych obowiązków należy oceniać w kontekście naruszenia regulacji art. 99 ustawy w kontekście zasad prawa zamówień publicznych.

W ramach części 5 dotyczącej frakcji odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach (w tym popiół) o kodzie ex 20 01 99, podobnie jak w zakresie części 1 wykonawca wskazywał na ograniczone możliwości osiągniecia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów na poziomie 35 % w ramach tej części zamówienia. Odwołujący wyjaśniał, że odbiór popiołu może być poddany ocenie i badaniu co do poziomu recyclingu, czyli jego zagospodarowania na składowisku do rekultywacji dopiero wtedy, kiedy ten popiół jest odebrany. Niektóre frakcje odpadów, które są obierane mogą być w jakimś stopniu zanieczyszczone, dlatego poziom recyklingu proponowany przez Odwołującego we wnioskach dla części 5 jest dość wysoki ale nie na maksymalnym poziomie. Do argumentacji tej Zamawiający praktycznie się nie odniósł, poprzestając jedynie na kwestionowaniu wyliczenia z tabeli zawartej w odwołaniu, a odnoszącej się do poziomów recyklingu dla poszczególnych frakcji odpadów. W zakresie tabeli z odwołania odnoszącej się do szacowanych poziomów recyklingu dla odpadów o poszczególnych wskazanych w tej tabeli kodach - poszczególnych frakcji, Odwołujący wyjaśnił, że wskazane tam poziomy recyklingu „są wynikową ze składanych sprawozdań dotyczących poszczególnych frakcji". W tym zakresie Zamawiający również nie prowadził żadnej argumentacji faktycznej, która pozwoliłaby na uznanie, że tak przedstawione dane przez Odwołującego są niezasadne. Należy przypomnieć, że postępowanie przed Izbą jest postępowaniem spornym miedzy stronami, postępowaniem kontradyktoryjnym, a Izba ocenie w ramach postępowania poddaje stanowiska stron postępowania odwoławczego.

W ramach części 7 dotycząca zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenów niezamieszkałych na terenie Gminy Zagańsk odnoszącej się do frakcji niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) oraz odpadów ulegających biodegradacji (20 02 01), w całości zasadna pozostaje argumentacja przedstawiona w zakresie części 1 oraz należy również dodać, że Zamawiający w tej części ograniczył zakres odpadów do dwóch frakcji, a zgodnie z obowiązującymi przepisami tych kodów odpadów powinno być co najmniej pięć, na co wskazywał Odwołujący, a Zamawiający tego nie kwestionował.

Mając na uwadze powyższe Izba uznała, że w odniesieniu do części 1, 5 i 7 niezbędne jest ograniczenie poziomu recyklingu w stosunku do określonego w specyfikacji warunków zamówienia i nakazała w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 3.9 wprowadzenie następujących postanowień:
„Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia następujących poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku dla:

- Części nr 1 w wysokości nie mniejszej niż 5 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

- Części nr 5 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego;

- Części nr 7 w wysokości nie mniejszej niż 30 % masy odpadów przekazanych przez Zamawiającego.

Wykonawca zobowiązany jest do obliczenia poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą realizuje."

Kluczowym dla wszystkich części zamówienia jest wprowadzenie do dokumentacji

postępowania postanowienia o zobowiązaniu do obliczania poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą wykonawca realizuje. Podkreślić należy, że tego postanowienia Izba nie ograniczyła jedynie do części 1, 5 i 7 co oznacza, że postanowienie to dotyczy wszystkich części zamówienia, również pozostałych tj. 2, 3, 4, 6 przy czym dla tych części właściwym jest określenie recyklingu na poziomie 35%, jaki to pierwotnie został przewidziany przez Zamawijaacego.

Izba nakazała Zamawiającemu dostosowanie postanowień specyfikacji warunków zamówienia do wprowadzonej do dokumentacji postępowania ww. treści. Oznacza to, że wszystkie postanowienia specyfikacji warunków zamówienia muszą zostać dostosowane przez Zamawiającego do wprowadzonej zmiany specyfikacji a polegającej w szczególności na tym, że poziom recyklingu w ramach danej części zamówienia obliczany będzie w ramach tej części zamówienia którą wykonawca realizuje. Zamawiający musi dostosować tym samym postanowienia specyfikacji w taki sposób aby poziomy recyklingu dla poszczególnych siedmiu części liczone były osobno, dla każdej realizowanej części.

Izba podkreśla, że nałożenie na wykonawcę - w ramach postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia - obowiązku osiągniecia określonego poziomu recyklingu jest możliwe przy czym warto podkreślić, że nie jest nałożeniem takiego obowiązku, tym bardziej w postępowaniu w którym podział zamówienia na części odnosi się do frakcji odpadów, „przeniesienie" obowiązków gminy na wykonawcę. Natomiast w tym postępowaniu o zamówienie to Zamawiający stara się i to w zupełności bezrefleksyjnie (wręcz stwarzając niemożliwe do realizacji wymagania w zakresie części 1 oraz bardzo nieprawdopodobne w zakresie części 5 i 7 zamówienia) przenieść zakres swoich obowiązków na wykonawców, którzy mają realizować poszczególne części zamówienia i nakładają obowiązki dotyczące recyklingu w sposób w jaki prawodawca nakłada te obowiązki na Zamawiającego. W ramach tego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego kluczowym jest zaniechanie przez Zamawiającego, przy określaniu danego poziomu recyklingu w odniesieniu do poszczególnych części zamówienia, dostosowanie wysokości możliwego poziomu recyklingu do poszczególnych frakcji objętych poszczególnymi częściami zamówienia. Dlatego też w ramach części 1, 5 i 7 Izba nakazała wprowadzenie ograniczenia, natomiast w częściach pozostałych Izba nie nakazywała tego i wymagany pozostała poziom 35% dla danej części. Izba w częściach 2, 3, 4, 6 nie nakazała zmiany poziomy recyklingu, bowiem pierwotnie wnioskowane przez Odwołującego poziomy przekraczają ten określny na poziomie 35 % przez Zamawiającego. Problematycznym dla Odwołującego były poziomy minimalne a nie maksymalne w ramach poszczególnych części zamówienia. Po drugie, podane przez Zamawiającego w specyfikacji warunków zamówienia odniesienie dokonania obliczenia poziomu recyklingu przez odniesienie do obowiązujących przepisów, co oznacza odniesienie do wszystkich kodów odpadów podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu przez gminę oraz przez podmioty dokonujące odbiorów w ramach umów indywidualnych z mieszkańcami - gdy tymczasem wprowadzając podział zamówienia na części przez wyselekcjonowanie poszczególnych frakcji odpadów niezbędnym jest określenie poziomu recyklingu dla poszczególnych części zamówienia oraz wprowadzenie regulacji specyfikacji pozwalającej na takie obliczenie określonego poziomu recyklingu dla danej części. Izba nakazała obliczenia poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą realizuje wykonawca, bowiem jedynie w zakresie tych odpadów z danej części wykonawca posiada faktyczne dane jakie może przedstawić Zamawiającemu. Tak jak już była wcześniej mowa o tym, dla każdej z siedmiu części zamówienia z osobna Izba nakazała obliczanie poziomu recyklingu. Przedstawione przez Odwołującego informacje i dowody pochodzące z Urzędu Miasta i Gminy Piaseczno odnoszą się do analogicznego pod względem sposobu podziału zamówienia na części postępowania o zamówienie. Zastosowane rozwiązanie polegające na określeniu wymaganego poziomu recyklingu do poszczególnych części zamówienia czyli do poszczególnych frakcji odpadów pozwoliło Zamawiającemu na określenie, a w konsekwencji uzyskanie jak najwyższych poziomów recyklingu przy jednoczesnym faktycznym i realnym odniesieniu poziomu recyklingu do poszczególnych frakcji odpadów.

W konsekwencji wprowadzenia do specyfikacji warunków zamówienia powyższych postanowień dotyczących wymagań co do poziomu recyklingu, zmiany jaka została wprowadzona a o której mowa powyżej, niezbędne było nakazanie wykreślenia w załączniku nr 3 do specyfikacji warunków zamówienia - projekt umowy § 6 ust. 1, a w konsekwencji również § 9 ust. 2 pkt 17.

W orzecznictwie Izby ugruntowany jest pogląd, że Zamawiający uprawniony jest do określenia w dokumentacji postępowania (projekcie umowy) kar umownych jakie będzie naliczał wykonawcy za nieosiągnięcie określonych poziomów recyklingu. Sam fakt możliwości określenia takich kar umownych za brak osiągnięcia określonych poziomów recyklingu nie był kwestionowany przez Odwołującego, natomiast kwestionowany był przez Odwołującego sposób określenia powyższych kar umownych. W obliczu tego, że Izba nakazała wprowadzenie do postanowień specyfikacji warunków zamówienia dla trzech części (część 1, 5 i 7) poziomów recyklingu wskazanych indywidualnie dla tych części oraz

pozostawiła bez zmian określony poziom recyklingu wynikający z przepisów prawa dla każdej z pozostałych części liczonych osobno tj. 35% niezbędne jest ponowne uregulowanie postanowień projektu umowy w taki sposób, aby odwzorowane zostały postanowienie specyfikacji warunków zamówienia. Zgodnie z wprowadzonymi do specyfikacji warunków zamówienia postanowieniami wykonawca zobowiązany jest do obliczenia poziomu recyklingu w ramach danej części zamówienia, którą realizuje. Niezbędne było tym samym wykreślenie postanowień z § 9 ust. 2 pkt 17 projektu umowy, bowiem na podstawie tego postanowienia kara naliczana była za nieosiągnięcie poziomu recyklingu, którego to poziom obliczany miał być zgodnie z przepisami obowiązującego prawa tj. z odniesieniem do wszystkich fakcji odpadów, które w ramach tego postępowania o udzielnie zamówienia publicznego ujęto w podziałem na części.

Izba nie ma, zgodnie z art. 554 ust. 6 ustawy, podstawy do wprowadzenia do projektu umowy postanowień o określonej treści, jednakże posiada uprawnienie do usunięcia określonego postanowienia umowy zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 3 pkt 1 lit. c ustawy.

Izba podkreśla, że postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego, stanowi szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie powinno być formalizmem samym w sobie, a jego głównym zadaniem jest doprowadzenie do zawarcia umowy według reguł postępowania określonych ustawą i zdefiniowanych co do wymagań w SWZ. Przy czym postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie mogą być oderwane od rzeczywistych możliwości oraz nie mogą przenosić na wykonawcę w sposób nieuprawniony i niezasadny zadań jakie przypisane są Zamawiającemu.

Szczególna regulacja postępowań o udzielnie zamówienia publicznego zobowiązuje Zamawiających do takiego działania oraz korzystania z praw jakie przypisuje mu ustawa, które to działanie doprowadzi do obiektywnie najkorzystniejszego rozstrzygnięcia postępowania, zgodnego z postanowieniami SWZ, które przygotowane są z poszanowaniem prawa prowadzenia postępowania w sposób określony przez Zamawiającego jako gospodarza ale jednocześnie realny i dający się faktycznie zrealizować, a nie jedynie przenoszący na wykonawców ciężar osiągania poziomów bezrefleksyjnie nakładający ciężary niedające się zrealizować. Prawidłowe postępowanie Zamawiającego ma zapewnić poszanowanie zasad prawa zamówień publicznych oraz interesów wszystkich uczestników procesu udzielania zamówień publicznych.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. Zgodnie z art. 557 ustawy w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanie sprawie odwołanie okazało się zasadne z przyczyn wskazanych przez Izbę w uzasadnieniu wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 7 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), stosownie do wyniku postępowania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

Przewodniczący: .....