

WYROK

Warszawa, dnia 24 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Katarzyna Poprawa

Protokolant: P.P.

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 kwietnia 2024 roku przez odwołującego wykonawcę **EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Wodzisław Śląski**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawcę EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą 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 odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 1539/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Wodzisław Śląski prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na zadanie pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Wodzisławia Śląskiego”, nr ref.: WZP-I.271.1.2024, dalej: „Postępowanie”. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z ustawą z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023r. poz. 1605 z późn. zm.) dalej: „Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lutego 2024 roku pod numerem 109695-2024; Numer wydania Dz.U. S: 38/2024.

W dniu 29 kwietnia 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę EKO sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku (zwanego dalej „Odwołującym”) wobec niezgodnej z przepisami Pzp czynności Zamawiającego, polegającej na wprowadzeniu niezgodnego z przepisami Pzp kryterium oceny ofert o nazwie „stopień recyklingu bioodpadów”, któremu Zamawiający przyznał wagę 20%.

Czynnościom Zamawiającego Odwołujący zarzucił naruszenie:

- (1) art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp poprzez wprowadzenie i opisanie kryterium oceny ofert „stopień recyklingu bioodpadów” w sposób niezrozumiały i niejednoznaczny, uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co przekłada się na naruszenie zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, a w zakresie w jakim to kryterium jest zbędne, również zasad proporcjonalności i efektywności,
- (2) art. 242 ust. 1 Pzp i art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp, poprzez wprowadzenie kryterium oceny ofert „stopień recyklingu bioodpadów”, które jest kryterium zbędnym, nie weryfikującym jakościowych aspektów realizacji zamówienia, a w szczególności aspektów środowiskowych, w związku z czym jest to kryterium niekonkurencyjne, nieprzejrzyste i nieproporcjonalne, a także nieefektywne.

Mając na względzie powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz:

1. nakazanie Zamawiającemu zmiany ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia publicznego, polegającej na wykreśleniu kryterium oceny ofert „stopień recyklingu bioodpadów”, w konsekwencji powyższej zmiany: wykreślenie § 24 pkt 1 lit. j wzoru umowy, tj. kary umownej za brak dosegregowania w danym roku sprawozdawczym, ze zmieszanych odpadów komunalnych bioodpadów, wykreślenie pkt. 1.B. formularza ofertowego o treści:

Zobowiązuję się do.....% wysegregowania z masy odebranych zmieszanych odpadów - bioodpadów.

2. zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest przedsiębiorcą specjalizującym się w zakresie zbierania odpadów i jest zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu. Wobec niezgodnej z przepisami Pzp zmiany ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia, polegającej na wprowadzeniu nowego kryterium oceny ofert, interes Odwołującego doznaje uszczerbku, ponieważ może on nie uzyskać wystarczającej liczby punktów, aby uzyskać zamówienie. Wprowadzone kryterium, zdaniem Odwołującego, jest niemożliwe do zrealizowania co utrudnia mu złożenie oferty i zdobycie wystarczającej liczby punktów dla uzyskania zamówienia.

Tym samym, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ ukształtowane w postępowaniu zamówienia utrudniają Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia i przygotowanie prawidłowej oferty. Tym samym wybór jego oferty jako najkorzystniejszej i uzyskanie tego zamówienia mogą okazać się niemożliwe.

Jak wskazała Izba w wyroku z 3 lutego 2017 r., sygn. akt KIO 161/17, „w przypadku odwołań składanych wobec treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia (ta wiąże się ze złożeniem oferty), co wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które uniemożliwiają, czy choćby utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami ustawy Pzp oferty”.

Wprowadzenie nowego kryterium oceny ofert, jest więc jednocześnie niekonkurencyjne, ponieważ „za pomocą kryteriów oceny ofert zamawiający komunikuje wykonawcom swoje preferencje. Zadaniem zaś wykonawców jest złożenie oferty mającej największe szanse na wybór, a więc w maksymalnym stopniu odpowiadającej na potrzeby zamawiającego”. Odwołujący nie jest w stanie tego uczynić przy takim ukształtowaniu kryterium „stopień recyklingu bioodpadów”.

W wyroku KIO z dnia 4 marca 2024 r. sygn. akt KIO 440/24, KIO 501/24, Izba wskazała, że „(...) na etapie po ogłoszeniu zamówienia i przedstawienia przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia, obowiązków umownych (postanowień umowy), to ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który w ocenie wykonawcy narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia oraz może prowadzić do powstania szkody”. Należy to również odnosić do kryteriów oceny ofert.

Jednocześnie w orzecznictwie Izby nie budzi wątpliwości, że na gruncie przepisu art. 505 ust. 1 Pzp przesłankę „interesu w uzyskaniu zamówienia”, czyli samą możliwość uzyskania zamówienia, należy interpretować w sposób szeroki i odnosić ją już do potencjalnej możliwości pozyskania przez Odwołującego zamówienia (por. m. in. Wyrok KIO z 14.04.2023 r., KIO 871/23).

Odwołujący posiada więc interes do wniesienia tego odwołania, polegający na zmianie ogłoszenia Zamawiającego, co może doprowadzić do uzyskania zamówienia przez Odwołującego.

Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny.

Zamawiający prowadzi postępowanie o wartości szacunkowej powyżej progów unijnych ustalonych na podstawie art. 3 Pzp, w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia objętego postępowaniem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Wodzisławia Śląskiego.

Odwołanie dotyczy wprowadzenia do postanowień ogłoszenia o zamówieniu i SWZ nieuprawnionej modyfikacji, polegającej na dodaniu nowego kryterium oceny ofert: „stopień recyklingu bioodpadów”.

To kryterium zostało wprowadzone w wyniku udzielonych wyjaśnień SWZ dnia 18 kwietnia 2024 r. w dokumencie „Pytania i odpowiedzi”. W odpowiedzi na pytanie wykonawcy odnoszące się istniejącego w SWZ kryterium oceny ofert „stopień recyklingu” o wadze 40%, Zamawiający wprowadził nowe kryterium oceny ofert i odpowiedział:

Zamawiający zmienia kryteria oceny ofert, poprzez podział kryterium – „stopień recyklingu” na :

Kryterium : stopień recyklingu surowców wtórnych tj. szkło, tworzywa sztuczne, papier, metal – 20%

Liczba uzyskanych punktów dla kryterium „stopień recyklingu” dla wskaźnika procentowego dosegregowania ze zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych, tj. szkła, tworzywa sztuczne, papieru, metali wynosi:

od 0 – 6% wysegregowania (z masy odebranych zmieszanych odpadów) – wykonawca otrzyma 0 pkt

powyżej 6 – do 10 % wysegregowania (z masy odebranych zmieszanych odpadów) – wykonawca otrzyma 5 pkt

powyżej 10% do 20% % wysegregowania (z masy odebranych zmieszanych odpadów – wykonawca otrzyma 10 pkt

powyżej 20 % wysegregowania i więcej (z masy odebranych zmieszanych odpadów – wykonawca otrzyma 20 pkt

Oferta może otrzymać maksymalnie 20 pkt (1% = 1 pkt) w zakresie kryterium stopień recyklingu stopień recyklingu surowców wtórnych tj. szkło, tworzywa sztuczne, papier, metal”.

Kryterium : stopień recyklingu bioodpadów – 20%

Liczba uzyskanych punktów dla kryterium „stopień recyklingu” dla wskaźnika procentowego dosegregowania ze zmieszanych odpadów komunalnych bioodpadów wynosi:

od 0 – 6% wysegregowania – wykonawca otrzyma 0 pkt

powyżej 6 – do 10 % wysegregowania – wykonawca otrzyma 5 pkt

powyżej 10% do 20% % wysegregowania – wykonawca otrzyma 10 pkt

powyżej 20 % wysegregowania i więcej – wykonawca otrzyma 20 pkt

Oferta może otrzymać maksymalnie 20 pkt (1% = 1 pkt) w zakresie kryterium stopień recyklingu bioodpadów’.

Wbrew twierdzeniu Zamawiającego, zmiana nie polega na podziale wcześniej istniejącego kryterium oceny ofert „stopień recyklingu”, ale na: zmianie nazwy istniejącego kryterium: „stopień recyklingu” na „stopień recyklingu surowców wtórnych tj. szkło, tworzywa sztuczne, papier, metal”, zmniejszeniu wagi tego kryterium z 40% na 20%, wprowadzeniu nowego kryterium „stopień recyklingu bioodpadów”, którego waga została określona na 20%.

Powyższa zmiana ma istotne znaczenie z punktu widzenia prowadzonego Postępowania, ponieważ Zamawiający wprowadził nowe kryterium oceny ofert, które jest niejednoznaczne i niezrozumiałe. **W zakresie w jakim Zamawiający oczekuje „dosegregowania przez Wykonawcę odpadów zmieszanych” w zakresie bioodpadów, których – w przeciwieństwie do odpadów tzw. surowcowych (tj. papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła) nie da się wysegregować w sposób umożliwiający osiągnięcie poziomów recyklingu (o czym szerzej w dalszej części uzasadnienia). Jest to więc istotna zmiana o charakterze jakościowym, która jest jednak niezgodna z przepisami Pzp odnoszącymi się do zasad tworzenia i opisywania kryteriów oceny ofert.**

Jak wynika z odpowiedzi Zamawiającego z 18 kwietnia 2024 r.:

Zamawiający nie zrezygnuje z kryterium „stopień recyklingu”, gdyż jest ważne dla Zamawiającego aby uzyskać jak największy stopień recyklingu. Jest to możliwe m. in. poprzez dosegregowanie przez Wykonawcę odpadów zmieszanych. Kryterium to ma premiować wykonawcę, który ma możliwość odzyskania odpadów segregowanych z masy odpadów zmieszanych w jak największym stopniu. Podanie stopnia recyklingu należy do Wykonawcy.

Wykonawca musi podjąć ryzyko przy wskazaniu stopnia dosegregowania % z ilości odebranych odpadów zmieszanych. Jeżeli wykonawca obawia się, iż nie jest w stanie

z powodu zmiany prawa osiągnąć wysokiego stopnia recyklingu jaki sobie założył – to może podać mniejszy lub nie podawać wcale. Otrzyma wówczas odpowiednio mniej punktów

w kryterium wyboru, ale jego oferta nie zostanie odrzucona. Zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jak będzie kształtował się system odpadów zaraz po wprowadzeniu nowych regulacji prawnych, a nawet nie jest w stanie stwierdzić, czy regulacje prawne na pewno wejdą w życie podczas trwania umowy.

Wyliczenie jakie Zamawiający przyjmie do weryfikacji kryterium to odpowiedni (wskazany

w ofercie przez Wykonawcę) % z całej masy odebranych przez wykonawcę w okresie obowiązywania umowy odpadów zmieszanych.

Sposób obliczenia danych do kryterium:

Jest to procentowa różnica pomiędzy wagą odpadów zmieszanych odebranych przed

dosegregowaniem, a wagą odpadów po dokonanej przez Wykonawcę segregacji

tj. oddzieleniu masy odpadów komunalnych surowców wtórnych, tj. szkła, tworzywa sztuczne, papieru, metali oraz odpadów biodegradowalnych.

Kryterium ceny pozostaje bez zmian.

Takie uzasadnienie wprowadzenia zmian kryteriów oceny ofert potwierdza niezrozumienie zasad obliczania poziomów recyklingu przez Zamawiającego,

a w konsekwencji przekłada się na naruszenie przepisów Pzp, odnoszących się do prowadzenia postępowania przez Zamawiającego.

UZASADNIENIE PRAWNE

Na podstawie art. 3b ust. 1 pkt. 4-6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399; dalej jako: „u.c.p.g.”), gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

145% wagowo - za rok 2024,

255% wagowo - za rok 2025,

356% wagowo - za rok 2026.

Z kolei na podstawie art. 3b ust. 1a u.c.p.g., 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. Jak zostało to już wspomniane, „(...) jest ważne dla Zamawiającego aby uzyskać jak największy stopień recyklingu. Jest to możliwe m. in. poprzez dosegregowanie przez Wykonawcę odpadów zmieszanych”.

Już samo wysegregowanie odpadów surowcowych z masy odpadów komunalnych jest problematyczne. Odpady surowcowe, wyrzucane do pojemników na odpady zmieszane tracą na jakości, co *de facto* uniemożliwia osiągnięcie wysokich poziomów recyklingu z doczyszczania odpadów po wysegregowaniu ich z frakcji odpadów zmieszanych. Z tego powodu tak ważna jest właściwa zbiórka odpadów „u źródła”, a więc przez wytwórców odpadów (głównie mieszkańców), od których odbierane są odpady w ramach systemu gminnego.

Jednocześnie bazując na wieloletnim doświadczeniu Odwołującego należy stwierdzić, że niemożliwym jest aby w zmieszanych odpadach komunalnych 40% stanowiły (wybrane przez Zamawiającego) surowce nadające się do recyklingu (na poziomie 40% ustawiony jest najwyższy próg punktowy w ramach kryterium). Taki stan rzeczy zakłada, iż Zamawiający nie prowadzi żadnej kampanii edukacyjnej na terenie gminy. Niemniej w jakimś zakresie możliwe jest „wyciągnięcie” z frakcji odpadów zmieszanych np. odpadów szklanych, które mieszkańcy wrzucą do pojemnika na odpady zmieszane, i dzięki temu uzyskanie wyższego poziomu recyklingu.

W odniesieniu do odpadów biodegradowalnych **nie jest możliwe proste oddzielenie** („dosegregowanie” mówiąc językiem Zamawiającego) **bioodpadów ze strumienia odpadów zmieszanych**. Innymi słowy, mając na względzie specyfikę (morfologię) bioodpadów i zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych, w zasadzie nie ma możliwości oddzielenia bioodpadów od odpadów zmieszanych inaczej niż w ramach szczególnych procesów gospodarki odpadami tak, aby **wysegregować je z masy odpadów zmieszanych w sposób umożliwiający zaliczenie masy takich odpadów do poziomów recyklingu (tak, jak chce tego Zamawiający w ramach nowego kryterium oceny ofert)**.

Wynika to zarówno z przepisów regulujących zasady obliczania poziomów recyklingu i uznawania odpadów za produkt, jak i samej technologii zagospodarowania odpadów.

Wprost wynika to z § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z 3.08.2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (dalej: „Rozporządzenie”):

1. Masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji poddawanych obróbce tlenowej lub beztlenowej zalicza się do odpadów poddanych recyklingowi, jeżeli w wyniku tej obróbki powstaje kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami.

2. Jeżeli uzyskany kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami, jest wykorzystywany na powierzchni ziemi, można zaliczyć go jako poddany recyklingowi, gdy to wykorzystanie przynosi korzyści rolnictwu lub prowadzi do poprawy stanu środowiska.

Na podstawie tych przepisów do obliczania poziomu recyklingu można zaliczać bioodpady 20 02 01 (Odpady ulegające biodegradacji) lub 20 01 08 (Odpady kuchenne ulegające biodegradacji) poddane procesowi R32, także w przypadku, gdy w wyniku tego przetwarzania nie powstanie produkt – kompost. **Są to jednak odpady komunalne (bioodpady) zbierane selektywnie i jest to zasada wynikająca z § 6 ust. 4 Rozporządzenia, że do odpadów poddanych recyklingowi zalicza bioodpady stanowiące odpady komunalne zebrane w sposób selektywny i poddane obróbce tlenowej lub beztlenowej.** Jest to również wymóg technologiczny, ponieważ aby uzyskać produkt (np. w postaci nawozu) konieczne jest wykorzystanie bioodpadu, który jest odpadem „czystym” w tym sensie, że został zebrany selektywnie, a więc nie jest zanieczyszczony innymi odpadami.

Zaproponowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert odnosi się jednak **do bioodpadów, które najpierw trzeba będzie wydzielić z masy zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych.**

Z masy odpadów zmieszanych można wysegregować jedynie odpady ulegające biodegradacji, które poddane procesowi biologicznego rozkładu umożliwiają wytworzenie odpadu 19 05 03, tj. kompost nie odpowiadający wymaganiom (nie nadający

się do wykorzystania), w ramach obróbki tlenowej lub beztlenowej, ale wymagałoby to dodatkowych, skomplikowanych procesów, niedających gwarancji uzyskania odpadu o odpowiednich właściwościach biologicznych).

Nie zmienia to jednak faktu, że taki odpad, tj. ex 19 05 03 może być zaliczony do obliczania poziomu recyklingu, jeżeli stanowi kompost nieodpowiadający wymaganiom (nienadający się do wykorzystania) wytworzony z odpadów zielonych i innych bioodpadów zbieranych selektywnie lub ze zmieszanych, a nie powstały poprzez dosegregowanie. Wynika to z przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z 20.01.2015 r. w sprawie procesu R10, które dopuszczają wykorzystanie takiego odpadu pod warunkiem, że zostanie wykorzystany na powierzchni ziemi w procesie R103 w warunkach w tym rozporządzeniu opisanym. Wracamy więc do punktu wyjścia w postaci konieczności wykorzystania w procesie zagospodarowania **bioodpadu zebranego selektywnie**.

Również w ramach opisu technologii uzyskiwania produktów z bioodpadów, których dokonują firmy certyfikujące, wymaga się aby bioodpad wykorzystywany do produkcji nawozu lub innego ulepszacza gleby, był bioodpadem zbieranym selektywnie. Jest to zrozumiałe, ponieważ bioodpady w kontakcie z odpadami zmieszanymi (w których znajdują się liczne zanieczyszczenia od drobin plastiku po odchody ludzkie i zwierzęce) same ulegają zanieczyszczeniu, przez co tracą swoje właściwości umożliwiające wykorzystanie ich do produkcji nawozów i polepszaczy gleby.

Tym samym kompost nieodpowiadający wymaganiom (nienadający się do wykorzystania) wytworzony ze zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych i wykorzystany w procesie R10 (a tym bardziej w procesie R3) nie może zostać zaliczony do poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Nie będzie on bowiem w stanie spełnić wymogów, w ramach których:

- w wyniku obróbki zostanie uzyskany produkt kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami,
- uzyskany kompost, materiał pofermentacyjny lub inny materiał, który będzie wykorzystany jako produkt, materiał lub substancja, które nie są odpadami, jest wykorzystywany na powierzchni ziemi, gdy to wykorzystanie przynosi korzyści rolnictwu lub prowadzi do poprawy stanu środowiska.

Zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne nie są bioodpadami, zatem kompost niespełniający wymagań wytworzony z tych odpadów nie spełnia wymagań § 6 ust. 1 i 2 Rozporządzenia.

W praktyce nie jest więc możliwe uzyskanie efektów założonych przez Zamawiającego w ramach nowowprowadzonego kryterium oceny ofert.

Biorąc pod uwagę powyższe, stanowi to naruszenie przepisów Pzp w zakresie dotyczącym określania kryteriów ocen ofert. Przepis art. 240 ust. 1 i 2 Pzp stanowi, że zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały, a kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiając weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

W ramach nowego kryterium Zamawiający polega jedynie na oświadczeniach wykonawców, jednak deklaracji tych nie da się zweryfikować w rzeczywistości ze względu na brak możliwości uzyskania poziomów recyklingu w ramach tak skonstruowanego kryterium oceny ofert.

Skoro kryteria oceny ofert i ich opis powinny umożliwiać weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach (art. 240 ust. 2 Pzp), to Zamawiający nie powinien, o ile to możliwe, opierać się na nieweryfikowalnych deklaracjach zawartych w ofertach.

Chodzi nie tylko o to, że Zamawiający powinien przekonać się na podstawie złożonej oferty, że zamówienie zostanie wykonane należycie i zgodnie z jego potrzebami, ale również zapobiegnie ewentualnym patologiom polegającym na składaniu gołosłownych deklaracji przez podmioty niewiarygodne, niemające zamiaru dochować przyjętych zobowiązań. Ukształtowanie kryterium „stopień recyklingu bioodpadów” w zasadzie zakłada niedochowanie tego kryterium i doliczenie kary umownej do ceny oferty, co promuje firmy nierzetelne, stawiając na gorszej pozycji wykonawców poważnie traktujących postanowienia dokumentów zamówienia. Działanie Zamawiającego jest w tym aspekcie niekonkurencyjne i nieprzejrzyste oraz powoduje nierówne traktowanie wykonawców.

Z powodu niemożliwości zastosowania tak opisanego kryterium, Zamawiający naruszył więc również art. 99 ust. 1 Pzp, który zakłada, że opis przedmiotu zamówienia będzie uwzględniał wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

W aspekcie nowego kryterium, nie uwzględnia ono rzeczywistych wymagań i okoliczności wymaganych poziomów, określonych w art. 3b u.c.p.g.

Mając na względzie powyższe, kryterium „stopień recyklingu bioodpadów” zostało przez Zamawiającego ukształtowane wbrew zasadzie efektywności, o której mowa w art. 17 ust. 1 Pzp. Zasada ta wymaga uzyskiwania

najlepszej jakości i najlepszych efektów w ramach środków jakimi dysponuje zamawiający, o ile te efekty są możliwe do uzyskania w danym zamówieniu. Wprowadzenie nowego kryterium nie tylko nie pozwala na uzyskanie lepszej jakości realizacji zamówienia, ale wyklucza możliwość uzyskania jakichkolwiek efektów środowiskowych w ramach tego zamówienia.

Skoro jednak zamówienie odnosi się do odbioru i zagospodarowania odpadów, a samo kryterium – jak wynika z jego literalnego brzmienia, ale również intencji Zamawiającego, wyrażonych w uzasadnieniu jego wprowadzenia – aspiruje do miana kryterium środowiskowego, to efekt środowiskowy powinien być tu kluczowy. Jak wynika z treści odwołania tak jednak nie jest, więc samo kryterium należy traktować jako zbędne, ponieważ nie spełnia zakładanej roli (naruszenie art. 242 ust. 1 Pzp i art. 242 ust. 2 pkt 3 Pzp). Wynika z tego wniosek, że to kryterium stanowi jedynie barierę dla wykonawców, ponieważ uniemożliwia im złożenie oferty odpowiadającej potrzebom Zamawiającego w pełnym zakresie. Jest to więc kryterium antykonkurencyjne.

Tym samym, odwołanie należy uznać za w pełni zasadne.

Pismem z dnia 16 maja 2024 roku Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Pismem z dnia 21 maja 2024 roku, Odwołujący przedstawił replikę, wobec stanowiska Zamawiającego wyrażonego w odpowiedzi na odwołanie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Stron złożonych pisemnie oraz ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 roku, poz. 1610 ze zm.) skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 marca 2024 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 4 marca 2024 roku.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu. Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 505 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba ustaliła i zważyła:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba wskazuje, że rozpoznając zarzuty podniesione w odwołaniu ocenia czynności podjęte przez Zamawiającego (tu postanowienia Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie objętym zarzutami), odpowiadając na pytanie czy Zamawiający poprzez ich ukształtowanie naruszył przepisy prawa zamówień publicznych. W analizowanym stanie faktycznym w ocenie Izby, Zamawiający nie naruszył przepisów prawa zamówień publicznych w zakresie podnoszonym w odwołaniu.

Podkreślić należy, iż w przypadku odwołań na treść postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) ramy postępowania odwoławczego określa nie tylko wskazanie konkretnych uchybień, ale też oczekiwania Odwołującego. Podniesiony w odwołaniu zarzut jak i konstrukcja żądania być musi sformułowana w sposób jasny i przejrzysty, musi

z niego wynikać jednoznaczne sformułowanie oczekiwań Odwołującego a także uzasadnienie dlaczego w ocenie Odwołującego postanowienia SWZ naruszają przepisy ustawy Pzp oraz uzasadnienie dla proponowanych przez siebie rozwiązań.

Skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w przypadku zaskarżenia brzmienia treści postanowień SWZ dalsza kreacja ich treści poza żądaniem wskazanym w odwołaniu, winna doznawać ograniczeń. Co równie istotne, stawiane żądania w zakresie modyfikacji postanowień SWZ powinny prowadzić do eliminacji niezgodności z przepisami ustawy Pzp, a nie do udogadniania warunków realizacji zamówienia wykonawcom podnoszącym te żądania.

Postanowień SWZ nie należy rozpatrywać z perspektywy konkretnego wykonawcy lecz z perspektywy potrzeb Zamawiającego, bowiem jego celem jest wybór oferty, która będzie spełniała uzasadnione potrzeby Zamawiającego. Istotne jest natomiast to, aby postanowienia SWZ nie naruszały przepisów i zasad obowiązujących w ustawie Pzp.

Odwołujący winien wykazać, dlaczego określona przez Zamawiającego treść SWZ narusza przepisy Pzp, oraz wskazać uzasadnienie dla proponowanej przez siebie modyfikacji, której wprowadzenie doprowadzi do stanu zgodności

z przepisami ustawy Pzp.

Wskazać należy, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie uzasadnionych potrzeb Zamawiającego, w oparciu o przeznaczenie przedmiotu zamówienia. a co istotne - za najkorzystniejszą cenę.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, w ocenie Izby nie zaistniały okoliczności, których wystąpienie zarzuca Odwołujący.

W zakresie rozpoznania podniesionych zarzutów Izba odniesie się łącznie, z uwagi na ich ścisłe powiązanie.

Odwołujący formułując zarzuty dotyczące wprowadzenia kryterium oceny ofert o nazwie: „stopień recyklingu bioodpadów” skupił się wyłącznie na nazwie lub tytule, jaki Zamawiający nadał kwestionowanemu kryterium, zarzucając że użyte w nazwie kryterium określenie „recykling bioodpadów” odnoszące się do odpadów zmieszanych, nie może spełnić wymogów dla recyklingu wynikających z obowiązujących przepisów prawa.

Izba zwraca uwagę, że kryterium oceny ofert nie może być odczytywane wyłącznie przez pryzmat nazwy, z pominięciem jego opisu i sposobu w jaki kryterium zostanie zastosowane. Zasadniczym elementem kryterium oceny ofert jest ten parametr lub element oferty wskazany w opisie kryterium, który będzie podlega punktacji, tj. za który Zamawiający przyzna punkty oceniając ofertę.

Analiza postanowień SWZ w zakresie kryterium oceny ofert „stopień recyklingu bioodpadów” wskazuje, że wykonawca otrzyma konkretnie wskazaną ilość punktów

za określenie wskaźnika procentowego dosegregowania bioodpadów ze zmieszanych odpadów komunalnych. Punkty zostaną przyznane na podstawie wskazanej w ofercie wielkości procentowej wysegregowania z masy odebranych zmieszanych odpadów – bioodpadów.

W ocenie Izby, z opisu powyższego kryterium wyraźnie wynika, że na potrzeby oceny ofert w ramach kryterium „stopień recyklingu bioodpadów” ocenie będzie podlegał procent wysegregowania bioodpadów z odpadów komunalnych, a nie recykling bioodpadów, jak wskazuje Odwołujący. Uznać zatem należy, że na potrzeby oceny ofert Zamawiający dokonał dookreślenia, stworzył dedykowaną definicję odnoszącą się do rozumienia ww. kryterium.

Dodać należy, że z treści SWZ nie można odczytać (brak jest takiego postanowienia) aby „dosegregowanie bioodpadów” wskazane w ramach kryterium oceny ofert, miało być wliczone do poziomu recyklingu, który musi osiągnąć Gmina.

Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w odpowiedzi na odwołanie, zgodnie z którym: *W zastosowanym kryterium oceny ofert Zamawiający jednoznacznie i zrozumiale wskazuje na chęć uzyskania największego stopnia recyklingu. Podkreślenia wymaga, że w omawianym kryterium nie znalazł się zapis – jak wskazuje odwołujący – mówiący o „sposobie umożliwiającym osiągnięcie poziomów recyklingu”. Kryterium nie należy łączyć z zapisami z Rozporządzenia Ministra Klimatu*

i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530).

Dla Zamawiającego ważne jest, co podkreślał w odpowiedziach na pytania zamieszczonych na stronie prowadzonego postępowania, aby uzyskać jak największy stopień recyklingu.

Ustawa o odpadach stanowi, że poprzez recykling rozumie się odzysk w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny) (art. 3 ust. 2 pkt. 23 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r.

o odpadach, t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1587)

Istotą recyklingu jest więc odzysk odpadów polegający na przetwarzaniu odpadów na produkty, materiały lub substancje nadające się do dalszego wykorzystania (wyrok WSA we Wrocławiu IISA/Wr 41/22).

Tak i dla Zamawiającego recykling jest ważny, nie poprzez fakt „wiczania” do poziomów recyklingu wg rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530), ale poprzez samą jego istotę. Zamawiający rozumie zasady obliczania poziomu recyklingu zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu

i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530),

jak i zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 399). Jak wskazano w odpowiedzi na pytanie nr 6 - Istotą recyklingu jest odzysk odpadów polegający na przetwarzaniu odpadów na produkty, materiały lub substancje nadające się do dalszego wykorzystania.

Odnosząc się za tym do zmiany kryterium „stopień recyklingu” - 40% na „stopień recyklingu surowców wtórnych” – 20% oraz „stopień recyklingu bioodpadów” – 20%, czyli recyklingu w bardziej dookreślonych frakcjach odpadów Zamawiający uznał za bardziej efektywny z punktu widzenia celu jakiemu ma służyć tj. ograniczenie ilości odpadów zmieszanych. Należy podnieść, iż zmiana ta była efektem pytania wykonawcy, który sugerował całkowite wykreślenie kryterium „stopień recyklingu”. Kryterium „stopień recyklingu bioodpadów” – jak wskazał Zamawiający w SWZ będzie oceniane na podstawie oświadczeń składanych przez Wykonawców w ofercie, zgodnie z punktacją opisaną w modyfikacji SWZ. Faktem jest, iż Zamawiający powinien unikać przyznawania punktów na podstawie oświadczeń Wykonawców w sytuacjach gdy jest to możliwe, jednakże nie jest to prawem zabronione. Wykonawcy przystępujący do postępowania muszą posiadać doświadczenie w wykonywaniu przedmiotowej działalności (warunki udziału w postępowaniu zostały określone w SWZ) w związku z czym są w stanie określić na podstawie lat ubiegłych jaki procent odpadów mogą dosegregować, aby zmniejszyć strumień odpadów zmieszanych. Kryterium to jest ściśle powiązane z karami umownymi (par. 24 pkt 1 lit j) za nieosiągnięcie zadeklarowanych w ofercie wielkości procentowych wysegregowania z masy odebranych zmieszanych odpadów – bioodpadów”.

W świetle powyższego, w ocenie Izby nie potwierdził się więc zarzut niejednoznacznego i niezrozumiałego kryterium oceny ofert oraz uniemożliwiającego weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania zamówienia. Zamawiający wskazał bowiem w jaki sposób będzie przyznawał punkty w ramach kryterium, tj. na podstawie obiektywnych informacji zawartych w ofertach.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego, że kwestionowane kryterium jest zbędne, nie weryfikujące aspektów środowiskowych. Zgodnie ze stanowiskiem Zamawiającego, aspekt ten będzie osiągnięty poprzez zmniejszenie objętości odpadów przekazywanych na wysypisko: efekt ekologiczny – im większy recykling odpadów, tym mniejsze składowanie na składowiskach.

Ponadto, samo dosegregowanie – oddzielenie, które jak podkreśla Odwołujący w pkt 13 odwołania jest możliwe tj. „w ramach szczególnych procesów gospodarki odpadami (...)”, pkt 18 odwołania (...) można wysegregować odpady ulegające biodegradacji, które poddane procesowi biologicznego rozkładu umożliwiając wytworzenie odpadu 19 05 03 (...)”, co jak wskazał Zamawiający, stanowi efekt tego co pragnie on uzyskać, stosując kwestionowane kryterium.

Reasumując powyższe podkreślenia wymaga, że kształtowanie treści SWZ należy do uprawnień Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, który ustala je w taki sposób, aby dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej, czyli takiej, która w sposób optymalny będzie stanowiła zaspokojenie jego uzasadnionych potrzeb.

Odwołujący nie przedstawił żadnych obiektywnych argumentów, wskazujących dlaczego kwestionowane kryterium oceny ofert winno zostać usunięte, jako nieistotne dla Zamawiającego a skoncentrował się na jedynie na postulacie jego usunięcia. Nie wykazał również dlaczego oferta wybrana zgodnie z kryteriami oceny ofert, (bez kwestionowanego kryterium), będzie dla Zamawiającego najbardziej adekwatna w stosunku do jego uzasadnionych potrzeb.

Odwołujący nie wykazał również, dlaczego określona przez Zamawiającego treść kryterium oceny ofert „stopień recyklingu bioodpadów” narusza przepisy ustawy Pzp, stawiając zarzut co do definicji recyklingu, która nie znajduje oparcia w stanie faktycznym. Zamawiający bowiem nie narzucił rozumienia recyklingu w ramach kryterium oceny ofert, z poziomem recyklingu, który musi osiągnąć Gmina.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1) oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r.

(Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodnicząca: