

WYROK
z dnia 14 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Kisiel
Emil Kawa
Ernest Klauziński

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 kwietnia 2021 r. przez wykonawcę **SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Lublin z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w części dotyczącej zarzutów odnoszących się do naruszenia:
 - a) art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, wskazanego w pkt 1 odwołania w części dotyczącej powołania w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) przepisów nieobowiązujących aktów prawnych;
 - b) art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 Pzp, wskazanego w odwołaniu w punkcie 2.

c) art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 Pzp wskazanego w pkt 3 lit. b) odwołania.

2. Uwzględnić odwołanie wykonawcy SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6 w odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach wskazanego w pkt 1 odwołania w części dotyczącej niewystarczającego opisu kryterium oceny ofert podanego w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu” i nakazuje zamawiającemu Gminie Lublin z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 doprecyzowanie SWZ przez dookreślenie kryterium oceny ofert, podanego w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu” w ten sposób, że zamawiający uszczegółowi opis tego kryterium o informacje niezbędne wykonawcom w celu możliwości ustalenia poziomów recyklingu. W pozostałym zakresie ww. zarzut oddala.
3. Oddala odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 Pzp, wskazanego w pkt 3 lit. a), c) i d) odwołania.
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6 w części 1/2 i zamawiającego Gminę Lublin z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 w części 1/2 i:

4.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6, tytułem wpisu od odwołania,

4.2 zasądza od zamawiającego Gminy Lublin z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 na rzecz wykonawcy SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6 kwotę **9 300 zł** (słownie: dziewięć tysięcy trzysta złotych).

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 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:

.....

.....

Uzasadnienie

Gmina Lublin z siedzibą w Lublinie przy Pl. Króla Władysława Łokietka 1 (dalej: „Zamawiający” lub „Gmina”) prowadzi, na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą” lub „Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części: część 1 - sektor I, część 2 - sektor II, część 3 - sektor III, część 4 – sektor IV, część 5 – sektor V, część 6 – sektor VI, część 7 – sektor VII”. Ogłoszenie o postępowaniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24 marca 2021 r. pod nr 2021/S 058 - 146845. W tej samej dacie została opublikowana Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”, „specyfikacja”).

W dniu 6 kwietnia 2021 r. wykonawca SUEZ Wschód Sp. z o.o. z siedzibą w Lublinie przy ul. Ciepłowniczej 6 (dalej: „Odwołujący” lub „SUEZ”) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami obowiązującego prawa postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w postępowaniu.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1. art. 240 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 22 lipca 2020 r., Dz.U. z 2020 r. poz. 1439) - dalej: „UCPG” - przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, niewyczerpujący, niemierzalny i powodujący nieporównywalność ofert, a w konsekwencji naruszający uczciwą konkurencję, tj. przez określenie w każdej części Zamówienia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu (dalej: „poziomy recyklingu” lub „poziomy”), jako kryterium oceny ofert, pomimo braku jednoznacznego określenia, w jaki sposób ww. poziomy będą obliczane w szczególności wobec braku obowiązującego rozporządzenia dotyczącego sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunkach zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wydawanego na podstawie art. 3b ust. 3 UCPG, a także poprzez ustanowienie kryterium, którego wykonanie nie jest możliwe w aktualnych okolicznościach (pkt 16.2 SWZ, § 8 szczegółowego opisu zamówienia (dalej: „SOPZ”) w zw. z § 5 ust 2 pkt 6) Wzorów Umów), UCPG - dotyczy wszystkich części zamówienia;
2. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5 i 58 § 1 i § 2 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495) – dalej: „k.c.” w zw. z art. 8 Pzp, przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy, sprzeczny wewnątrznie i niezgodny z obowiązującymi przepisami tj. poprzez wskazywanie w treści SWZ (Wzory Umowy) nieobowiązującego Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami

niektórych frakcji odpadów komunalnych („Rozporządzenie Uchylone”), pomimo że zostało ono uchylone z dniem 31 grudnia 2020 r. (§5 ust. 2 pkt 6) Wzorów Umów), w sytuacji gdy jednocześnie Zamawiający powołuje się w dokumentacji przetargowej na rozporządzenie wydawane na podstawie art. 3b ust. 3 UCPG, a które to jeszcze nie istnieje (§ 8 ust. 1 SOPZ w zw. z § 7 ust. 3 Wzorów Umów);

3. art. 353¹ k.c., art 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 k.c. oraz art. 240 ustawy w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 ustawy przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i ukształtowanie Wzorów Umów (a co za tym idzie przyszłego stosunku i zobowiązaniowego) i SOPZ w sposób naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, a także w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej, polegające na:
 - a) obciążeniu wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, pomimo iż wykonawca nie ma aktualnie możliwości skalkulowania tego ryzyka w ofercie z uwagi na brak aktów wykonawczych umożliwiających oszacowanie wymaganych poziomów oraz pomimo tego, że obowiązek zapewnienia osiągnięcia określonych poziomów spoczywa na gminach (art. 3b ust. 1 oraz art. 3c ust. 1 UCPG oraz § 8 ust. 1 SOPZ), a także, w sytuacji gdy jest to zobowiązanie dla wykonawców realnie niewykonalne (§ 7 ust. 1, 2 i 3 Wzorów Umów);
 - b) obciążenie wykonawcy obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, pomimo iż wykonawca w zakresie części 3, 4 i 5 nie jest zobowiązany do zagospodarowania całego strumienia odpadów, z uwagi na to, że odpady zmieszane (o kodzie 20 03 01), mają być przekazywane do wskazanej przez Zamawiającego instalacji, a wykonawca nie jest zobowiązany do ich zagospodarowania (§ 2 ust. 1 pkt 1 i 2 Wzoru Umowy przewidzianego dla części 3, 4 i 5 w zw. z §7 ust. 1 - 3 oraz § 13 ust. 1-3 Wzoru Umowy przewidzianego dla części 3, 4 i 5);
 - c) ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu niemożliwych na dzień składania niniejszego odwołania do wyliczenia na podstawie obowiązujących przepisów prawa - dotyczy wszystkich części zamówienia (§ 13 ust. 2 i 3 Wzorów Umów);
 - d) ustanowienie kar umownych rażąco wygórowanych, których wysokość została ustalona:
 - i. jako iloczyn pięciokrotnej wysokości stawki opłaty za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (dalej: „PoŚ”), i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów

budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne) (§13 ust. 2 Wzorów Umów);

- ii. jako iloczyn dwukrotnej wysokości stawki opłaty za niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 PoŚ, i brakującej masy odpadów komunalnych, wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (§13 ust. 3 Wzorów Umów).

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

- wykreślenia z ogłoszenia i SWZ kryterium oceny ofert - osiągnięcia poziomów recyklingu, we wszystkich częściach zamówienia i zastąpienie go innym kryterium jakościowym;
- wykreślenia obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania z wzorów umów oraz kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu i poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (§ 7 ust. 1 i 2 Wzorów Umów i §13 ust. 2 i 3 Wzorów Umów);
- zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian w ogłoszeniu i SWZ.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania wykonawca SUEZ podnosił m. in., że:

1. Zarzut art. 240 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy, przez ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, niezrozumiały, niewyczerpujący i powodujący nieporównywalność ofert, a w konsekwencji naruszający uczciwą konkurencję, a także ustanowienie kryterium niewykonalnego.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w pkt. 16 SWZ przedstawił opis kryteriów oceny ofert, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, zgodnie z którym wyróżniono następujące kryteria: „cenę” - 60% oraz „Poziomy recyklingu” - 40%. W punkcie 16.2.1. Zamawiający wskazał, iż: „W powyższym kryterium oceniany będzie poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne), jaki Wykonawca zobowiązuje się osiągnąć w roku 2021, 2022, 2023 i 2024 w sektorze, na który składa ofertę. W załączeniu dla potrzeb poziomów recyklingu zał. nr 8 do SWZ- Ilość osób zameldowanych w sektorach”. W dalszej kolejności Zamawiający wymienił minimalne wartości procentowe poziomów recyklingu do osiągnięcia, które pozostają w zgodzie z wartościami wprowadzonymi do UCPG ustawą z 17 grudnia 2020 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. 2020

poz.2361 (dalej: „Ustawa Zmieniająca”). Ustawa Zmieniająca weszła w życie dnia 31 grudnia 2020 r., a wraz z jej wejściem w życie zostało uchylone Rozporządzenie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (dalej: „Rozporządzenie Uchylone”).

Wykonawca SUEZ stwierdził, że uległy zmianie minimalne wartości procentowe ustanowione dla osiągnięcia poziomów, przy jednoczesnym braku wskazania sposobu ich liczenia. Sposób ten, bowiem ma być określony dopiero w nowym rozporządzeniu, wydanym na podstawie „nowego” art. 3b UCPG. W jego ocenie zmiany wysokości poziomów mogą być wyłącznie pozorne. Z tego choćby powodu rozporządzenie w zakresie sposobu liczenia poziomów recyklingu ma niebagatelne, kluczowe znaczenie. Doskonale obrazują to obliczenia przeprowadzone na podstawie projektu rozporządzenia dotyczącego sposobu wyliczania poziomów z sierpnia 2020 r., który - choć według przypuszczeń Odwołującego nie będzie dalej procedowany z uwagi na zmianę ustawy (nie ma jednak, co do tego pewności) doskonale obrazuje, że niższa wartość procentowa poziomu nie oznacza, że jest to rozwiązanie przychylniejsze dla podmiotów, które są ustawowo obciążone obowiązkiem osiągnięcia poziomów recyklingu (tj. gminy oraz przedsiębiorcy odbierający odpady komunalne z nieruchomości niezamieszkałych poza systemem gminnym tj. na podstawie umów zawieranych z właścicielami nieruchomości niezamieszkałych).

Dla zobrazowania problemu, Odwołujący przygotował symulacje, opierające się na wyliczeniu kar za nieosiągnięcie poziomów, korzystając z danych z SWZ oraz opierając się na Rozporządzeniu Uchylonym oraz wspomnianym wyżej projekcie rozporządzenia z sierpnia 2020 r. na przykładzie sektora 7, w którym Odwołujący świadczy aktualnie usługę. Zdaniem Odwołującego z symulacji wynika, że biorąc pod uwagę brak obowiązującego rozporządzenia, które minister do spraw klimatu dopiero wyda, Odwołujący na etapie składania oferty nie ma możliwości ani wyliczenia możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu, a ich ewentualne podanie, może doprowadzić do całkowitej nieporównywalności ofert, w zależności od potencjalnie oderwanych założeń, od tego, co zostanie uchwalone w przepisach prawa. Wykonawca SUEZ zwracał uwagę, że SWZ odsyła w zakresie kalkulacji poziomów do nieistniejącego jeszcze aktu wykonawczego ustawy UCPG. We Wzorach Umów wśród aktów prawnych, do których stosowania zobowiązany ma być wykonawca podaje Rozporządzenie Uchylone. Zgodnie z § 8 SOPZ „Wykonawca zobowiązany jest dokonać wyliczenia wielkości poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne) dla obsługiwanego sektora, na podstawie wzoru dla gmin określonego w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w aaminach korzystając z danych, które Zamawiający przekaze Wykonawcy 14 dni przed końcem miesiąca, o którym mowa w § 9 ust 1 pkt 5).” - takiego rozporządzenia jeszcze nie wydano, zaś zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 6) Wzorów Umów, wykonawca zobligowany jest do stosowania Rozporządzenia Uchylonego. Wzory stosowane w rozporządzeniach dotyczących poziomów recyklingu (zarówno uchylonym, jak i projektowanym) zawierają dodatkowe postanowienia dotyczące tego, jakie rodzaje odpadów należy uwzględniać w kalkulacji, a jakie pomijać. Odwołujący zwracał uwagę, że przy takiej konstrukcji postanowień

dokumentacji przetargowej, Zamawiający usiłuje wymagać stosować Rozporządzenia Uchylonego a jednocześnie takiego, którego jeszcze nie ma. W jego ocenie wskazane sprzeczności są niedopuszczalne. Tak ważny element całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak kryteria oceny ofert nie mogą być tak różnie rozumiane i kalkulowane przez wykonawców. Sam Zamawiający skądinąd zdaje się nie mieć przekonania, co do tego, w jaki sposób poziomy recyklingu aktualnie wyliczać. Pozostawiając, więc całkowicie dyskusję i toczące się na przełomie ostatnich lat spory na temat możliwości umownego obciążania wykonawcy poziomami recyklingu, których osiągnięcie administracyjnie należy do obowiązków gminy, w tym przypadku i na ten moment, stosowanie kryteriów oceny ofert w postaci poziomów recyklingu nie może mieć miejsca albowiem jest de facto niemierzalne. Dotychczasowe orzecznictwo w tym zakresie było wydawane w zupełnie innym stanie prawnym. Abstrahując, więc zupełnie od kwestii zasadności ustalenia takiego kryterium w ogóle, w dzisiejszej rzeczywistości jego określenie, tak jak uczynił to Zamawiający, jest obiektywnie nieprawidłowe. W opinii wykonawcy SUEZ należy również pamiętać, że konsekwencją nieprecyzyjnego, niemożliwego do określenia zdefiniowania kryteriów jest konieczność ich doprecyzowania przez komisję przetargową, co jest równoznaczne ze zmianą kryteriów w trakcie postępowania. To zaś, jest niedopuszczalne. W przypadku, bowiem, gdy Zamawiający nie jest w stanie szczegółowo opisać kryteriów i sposobu dokonywania oceny na ich podstawie, ma obowiązek zrezygnować z ich stosowania i w tym kierunku dokonać zmiany SWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu. Jeśli w trakcie obowiązywania umowy o zamówienie wejdzie w życie nowe rozporządzenia Ministra do spraw klimatu określające, w jaki sposób należy liczyć poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia, Zamawiający nie będzie już na tym etapie mógł zmienić kryterium oceny ofert.

Odwołujący podnosił, że w tym postępowaniu mamy do czynienia nie tylko z brakiem szczegółowego opisu, ale przede wszystkim z brakiem możliwości jego stworzenia w aktualnych uwarunkowaniach prawnych. Nie znając czynników tj. wartości z licznika i mianownika, które zostaną dopiero określone w nowym, niewydanym jeszcze rozporządzeniu, nie sposób uznać, że oferty będą mogły być porównywalne. Nie da się porównać ofert, w których oferenci powinni wskazać określony % z „x”, jeśli „x” i sposób jego ustalenia nie jest dokładnie znany.

Ponadto, Odwołujący wskazywał na niewykonalność takiego kryterium w aktualnych, lokalnych uwarunkowaniach. Doświadczenie i wiedza Odwołującego potwierdzają, iż z uwagi na obecne regulacje prawne, proporcje odpadów selektywnie gromadzonych przez mieszkańców do wszystkich wytwarzanych odpadów komunalnych, rodzaje i pozycje instalacji przetwarzających odpady, rolę gminy, ograniczone narzędzia po stronie wykonawcy, ustanowione przez Zamawiającego kryterium jest niewykonalne. Taka sytuacja najpewniej doprowadzi do wliczenia przez wykonawców do ceny grożących kar i odszkodowań z tytułu niewykonania zadeklarowanego poziomu kryterium. W konsekwencji to Zamawiający poniesie finansowe skutki takiej sytuacji. Takie rozwiązanie jest z pewnością sprzeczne z celem i naturą ustanawiania pozacenowego kryterium oceny ofert.

Reasumując powyższe, zdaniem Odwołującego w niniejszej sprawie mamy do czynienia z kryteriami nieobliczalnymi, prowadzącymi do nieporównywalności ofert, a wszelka próba niejako „konwalidacji” takiego stanu rzeczy, prowadziłaby do ustalania kryteriów potencjalnie wbrew

nieuchwalonym jeszcze przepisom prawa, a w szczególności aktów wykonawczych wydanych na podstawie znowelizowanej ustawy UCPG. Mogłoby to z całą pewnością być źródłem sporów w przyszłości, na etapie realizacji umowy. Wykonawca mógłby, bowiem twierdzić, że dla kalkulacji oferty, przyjął inne założenia, zaś te - po uchwaleniu nowego rozporządzenia - w momencie składania oferty w postępowaniu były mu nieznane. Kolejno kryterium jest niewykonalne. W konsekwencji, doprowadzenie już teraz do zgodności z prawem dokumentacji przetargowej w kwestii kryteriów oceny ofert i poziomów recyklingu, jako takich, jest rozwiązaniem korzystnym dla samego Zamawiającego.

2. Zarzut naruszenia art. 99 ust. 1 ustawy oraz art. 5 i 58 § 1 i § 2 k.c., przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieprawidłowy i niezgodny z obowiązującymi przepisami tj. przez wskazywanie w treści SWZ (Wzory Umowy) nieobowiązującego Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych.

Odwołujący wyjaśniał, że Zamawiający w § 5 ust. 2 pkt 6) Wzorów Umów, wśród aktów prawa zgodnie, z którymi wykonawca ma realizować umowę podał nieobowiązujące już Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. Rozporządzenie Uchylone stoi w sprzeczności z aktualnym brzmieniem UCPG, choćby z tego powodu, że odnosi się do łącznej masa wytworzonych odpadów papieru, metalu, tworzyw sztucznych i szkła, a nie całej masy wytworzonych odpadów lub masy wytworzonych odpadów.

3. Zarzut naruszenia art. 353¹ k.c., art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 k.c. oraz art. 240 ustawy w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 ustawy przez nadużycie uprzywilejowanej pozycji Zamawiającego wobec wykonawcy i ukształtowanie Wzorów Umów (a co za tym idzie przyszłego stosunku zobowiązaniowego) w sposób naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego, bezwzględnie obowiązujące przepisy prawa i prowadzący do nadużycia własnego prawa podmiotowego, a także w sposób uniemożliwiający wykonawcy prawidłową ocenę ryzyk kontraktowych a w efekcie prawidłowe skalkulowanie ceny ofertowej.
 - a) Obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu a (i) brak możliwości ich skalkulowania oraz (ii) okoliczność, że przekładanie przez gminę na wykonawcę obowiązku ich osiągnięcia jest nadużyciem pozycji Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący stwierdził, że w niniejszej sprawie kluczowym jest ustalenie, że w obecnym stanie prawnym nie jest możliwa kalkulacja sposobu liczenia poziomów recyklingu i z tego powodu zarówno kryteria oceny ofert, przeniesienie obowiązku w zakresie osiągnięcia poziomów, jak również kary umowne za ich nieosiągnięcie powinny być usunięte z dokumentacji przetargowej. Szersze

wyjaśnienie tego aspektu, zostało zamieszczone powyżej w niniejszym odwołaniu. Odwołujący wnosil, aby przywołaną argumentację z odwołania w tym zakresie, odnieść również do tego zarzutu albowiem pozostaje ona aktualna i w tym przypadku. Celem uniknięcia powtarzania uzasadnienia w tym zakresie, Odwołujący poniżej skoncentruje się na drugim, całkowicie niezależnym aspekcie tego, że obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu stanowi obowiązek gminy.

W ocenie Odwołującego nałożenie na wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu należy uznać za zdecydowanie zbyt daleko idące i naruszające przepisy obowiązującego prawa poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów, co wzmacnia jeszcze uprawnienie Zamawiającego do żądania od wykonawcy kary umownej w wysokości sprzecznej z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej. Przede wszystkim jednak, kwestia osiągnięcia poziomów jest zagadnieniem systemowym i w ten sposób należy je oceniać.

W ramach wprowadzenia należy zwrócić uwagę, że szacunkowe ilości odpadów Zamawiający podał w SWZ. W gminie miasta Lublin opady o kodzie 20 03 01 - zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne - stanowią ponad 40% strumienia odpadów objętych przedmiotem zamówienia według szacunków samego Zamawiającego, co ma niezwykle istotne znaczenie dla osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Tak znaczna ilość odpadów zmieszanych w całym strumieniu odpadów jest niepodważalnym dowodem na to, że mieszkańcy nie prowadzą w sposób należyty segregacji odpadów, co zaś ma bezpośrednie przełożenie na osiągane poziomy. Podobnie jak w odniesieniu do pozacenowego kryterium oceny ofert, Odwołujący wskazywał na niewykonalność takiego obowiązku w aktualnych, lokalnych uwarunkowaniach. Doświadczenie i wiedza Odwołującego potwierdzają, iż z uwagi na obecne regulacje prawne, proporcje odpadów selektywnie gromadzonych przez mieszkańców do wszystkich wytwarzanych odpadów komunalnych, rodzaje i pozycje instalacji przetwarzających odpady, rolę gminy, ograniczone narzędzia po stronie wykonawcy, ustanowiony przez Zamawiającego obowiązek jest niewykonalny. Taka sytuacja najpewniej doprowadzi do wliczenia przez wykonawców do ceny grożących kar i odszkodowań z tytułu niewykonania zastrzeżonych a niewykonalnych obowiązków. W konsekwencji to Zamawiający poniesie finansowe skutki takiej sytuacji. Kolejno wykonawca SUEZ powoływał się wnioski z opinii płynące z opinii, które został przez niego dołączona do odwołania.

Odwołujący podkreślał, że to gmina posiada środki mające wpływ na „jakość” przekazywanych odpadów, a tym samym na możliwość osiągnięcia poziomów odzysku i recyklingu. To gmina określa w regulaminach utrzymania czystości i porządku wymagania w zakresie selektywnej zbiórki, w zakresie PSZOK, określa rodzaje i minimalne ilości pojemników, to gmina sprawuje kontrolę nad przestrzeganiem przepisów z zakresu UCPG i to ona określa stawki opłaty podwyższonej za gospodarowanie odpadami, jeśli właściciel nie dopełnia obowiązku gromadzenia odpadów w sposób selektywny. Przedsiębiorca prywatny nie ma natomiast wpływu lub ma wpływ bardzo ograniczony między innymi na: treść dokumentacji przetargowej, czy też umowy z gminami, na jakość selektywnej zbiórki, na zaangażowanie gminy w proces uświadamiania i edukacji mieszkańców, na wyciąganie przez gminę konsekwencji wobec mieszkańców, lokalny rynek zbytu dla odpadów, nad pod aż

odpadów nienadających się do recyklingu lub nieprzyjmowanych do instalacji ze względu na stopień ich zanieczyszczenia, na działanie instalacji przetwarzających odpady.

Odwołujący stwierdził, że od kilku już lat, wykonawcy konsekwentnie usiłują przekonać Izbę o zasadności swojej argumentacji w przedmiocie nieprawidłowego przekładania na przedsiębiorcę odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów recyklingu. Dotychczas zdaje się umykać, że gdyby celem ustawodawcy byłoby obciążanie obowiązkiem i karą za nieosiągnięcie poziomów przedsiębiorcy, to uczyniłby to wprost, tak jak zostało to określone w przypadku przedsiębiorców odbierających odpady z nieruchomości niezamieszkałych poza systemem gminnym. Patrząc na problem systemowo - a tak należy - trzeba zwrócić uwagę, że zezwalanie Zamawiającemu na przekładanie omawianego obowiązku ustawowego gminy na podmiot prywatny, którego zakres obowiązku sprowadza się tylko do odbioru odpadów (lub także zorganizowania ich zagospodarowania) a który nie posiada wszystkich tych narzędzi i rozwiązań, które przysługują gminie, to przedsiębiorca będzie finansowo odpowiedzialny za osiąganie poziomów niemalże w każdym przypadku (poza wyjątkiem w postaci zamówień in-house) pomimo tego, że na osiąganie tych poziomów może mieć tylko minimalny wpływ. Reasumując, gdyby celem racjonalnego ustawodawcy było obciążanie przedsiębiorców odbierających odpady od mieszkańców, to zamiast „gminy” w art. 3b UCPG znaleźlibyśmy „przedsiębiorcę odbierającego odpady z nieruchomości zamieszkałych w ramach systemu gminnego”. Zdaniem wykonawcy SUEZ przyjęcie odmienne prowadzi do tego, że przedsiębiorca prywatny nie odpowiadając administracyjnie i tak odpowiada kontraktowo, a gmina, pomimo nałożonego na nią ustawowo obowiązku, w całości go z siebie zdejmuje.

Zdaniem Odwołującego, niemożliwym jest aktualnie wymaganie od wykonawcy ubiegającego się o uzyskanie zamówienia publicznego osiągnięcia poziomów recyklingu z powodu braku możliwości kalkulacji poziomów. Tym niemniej, nawet gdyby Izba uznała, że działanie Zamawiającego jest prawidłowe i możliwe jest skalkulowanie poziomów bez rozporządzenia dotyczącego sposobu kalkulacji, to Odwołujący podnosi, że takie obciążenie jest niemożliwe również z systemowego punktu widzenia, co zostało wykazane powyżej.

b) Obowiązek osiągnięcia poziomów recyklingu w zakresie części 3, 4 i 5 zamówienia.

Niezależnie od powyższej argumentacji, Odwołujący wskazywał, że w zakresie części 3, 4 i 5 Zamawiający podał, że postępowanie obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów, a jednocześnie wyłączył frakcję odpadów zmieszanych z obowiązku zagospodarowania (§ 3 ust. 1 SOPZ) i niejako podzielił wewnętrznie zamówienie na część obejmującą sam odbiór, a część obejmującą odbiór i zagospodarowanie. Tym samym, wykonawca będzie odpowiedzialny w zakresie tych części wyłącznie za transport odpadów zmieszanych tj. przewiezienie ich z punktu A do punktu B (wskazanych przez Zamawiającego). Wymaganie w takiej sytuacji od wykonawców obowiązku osiągnięcia poziomów recyklingu oraz poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania jest absolutnie niedopuszczalne i niespotykane w praktyce. Zamawiający nie może odgórnie wydzielać frakcji i wskazywać instalacji, a następnie oczekiwać od

podmiotów realizujących umowę osiągnięcia poziomów naliczanych od całego strumienia odpadów. Wpływ wykonawcy, co do zagospodarowania i jakości tej wyodrębnionej frakcji, jeśli wcześniej był niewielki, to przy takim określeniu obowiązku, jest on żaden. Na marginesie Odwołujący zaznaczał, że wpływ na osiągnięcie poziomów jest w tej sytuacji już tak głęboko ograniczony, że kara w wysokości 2 i 5-krotności za nieosiągnięcie poziomów stanowi skrajne nadużycie prawa Zamawiającego do kształtowania postanowień umowy, gdyż już jej ustanowienie, w takim stanie rzeczy, jest jego przejawem.

Odwołujący nie kwestionował kształtowania zamówienia według jego własnych potrzeb, ale zwracał uwagę, że występują w tym zakresie ograniczenia wynikające z obowiązujących przepisów prawa. W praktyce nie spotyka się obciążania wykonawców obowiązkiem osiągania poziomów recyklingu przez podmioty, które wyłącznie odbierają odpady, a które potocznie nazywa się „taksówką”. Brak wpływu wykonawcy na osiągnięcie poziomów jest, bowiem w takiej sytuacji już do tego stopnia ewidentny, że nie stanowi to nawet przedmiotu sporów ani dyskusji. Zamawiający nie może oczekiwać, że wykonawca, który tylko odbiera odpady, lub zagospodarowuje je jedynie w części, będzie odpowiadał za osiągnięcie całości poziomów recyklingu w odniesieniu do całości odpadów z całego sektora.

- c) Ustanowienie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu niemożliwych na dzień składania niniejszego odwołania do wyliczenia na podstawie obowiązujących przepisów prawa oraz ustanowienie kar umownych rażąco wygórowanych.

Co do kar umownych, Odwołujący stwierdził, że kara umowna winna być możliwa do skalkulowania. Nie będąc w stanie obliczyć wymaganych poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia z uwagi na brak rozporządzenia, trudno w ramach kalkulacji ryzyk i wliczenia ich do ceny ofertowej, twierdzić jakoby kara za nieosiągnięcie poziomów, była możliwa choćby do estymacji. Wykonawca SUEZ zwracał uwagę, że kary pieniężne, o których mowa w ust. 2 i 2a UCPG (nakładane na gminę), oblicza się, jako iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami lub ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Nie budziło zdaniem Odwołującego wątpliwości, że nie znając wzoru na obliczenie poziomów recyklingu, nie był on w stanie określić ani nawet oszacować „brakującej masy odpadów komunalnych wymaganych do osiągnięcia poziomu”. Dodatkowo, na dziś, nie ma możliwości skonstruowania takiego działania matematycznego, który objąłby wszystkie niewiadome i który można byłoby zastosować w tym zakresie na etapie realizacji umowy. Tak skonstruowane kary umowne są, zatem niedopuszczalne. Z natury stosunku prawnego - umowy o świadczenie usług, regulowanej przez przepis art. 750 k.c., która ma łączyć wykonawcę z Zamawiającym, wynika, że wykonawca nie może gwarantować

osiągnięcia poziomów recyklingu, jest to, bowiem skutek niezależny od działań wykonawcy, jego świadczeń wynikających z umowy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazywał, że przewidziane zarówno w zakresie poziomów recyklingu, jak i poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, kary umownej z zastosowaniem mnożnika odpowiednio: 5-krotnego oraz 2-krotnego jest niedopuszczalne. W ocenie Odwołującego wysokość kary umownej - jeśli w ogóle taka kara znajdowałaby się w umowie - powinna wynosić połowę kary nałożonej na Zamawiającego, a i to tylko w przypadku faktycznej zapłaty takiej kary przez Zamawiającego lub ostatecznie w wysokości nałożonej kary, choć z tym Odwołujący się nie zgadza, ale przyznaje, że takie rozwiązanie jest spotykane w praktyce. W przeciwnym razie zapisy te prowadzą do istotnego wzbogacenia po stronie Zamawiającego. Kara umowna nie służy dodatkowemu finansowaniu wierzyciela (wzbogacaniu go), lecz ma na celu ułatwienie dochodzenia rekompensaty (wyrównania) szkody poniesionej w wyniku niewłaściwego wykonania zobowiązania przez dłużnika. Co istotne, tak określone kary umowne w praktyce powodują, że po stronie Zamawiającego nie ma najmniejszej motywacji do wspierania osiągnięcia wymienionych poziomów, współpracowania z wykonawcą w zakresie akcji edukacyjnych o konieczności segregowania odpadów itp. W praktyce, bowiem Zamawiający może być zainteresowany wręcz nieosiągnięciem nałożonych na wykonawcę poziomów, gdyż okoliczność taka będzie prowadziła do istotnego wzbogacenia po jego stronie. Tym bardziej, więc w zaproponowanym przez Zamawiającego ukształtowaniu tych kar umownych widać rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów oraz przede wszystkim naruszenie społeczno-gospodarczego przeznaczenia tego prawa i zasad współzycia społecznego.

Stanowisko Zamawiającego.

Zamawiający odpowiedział na złożone odwołanie na piśmie, w którym na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy wskazał, że:

1. uznaje odwołanie w następującej części:

- część zarzutu nr 1, tj. naruszenia art 240 ust. 1 i 2 w zw. art. 16 ustawy w zw. z art. 3b ust. 3 UPGC w zakresie powołanie w dokumentach zamówienia nieobowiązujących aktów prawnych oraz

- zarzutu nr 2, tj. art. 99 ust. 1 ustawy w zw. z art. 5, 58 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 8 Pzp w zakresie powołania w dokumentach zamówienia nieobowiązujących aktów prawnych

i na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp wnosi o umorzenie postępowania odwoławczego w tym zakresie;

2. w zakresie pozostałej części nie uznaje odwołania i wnosi o jego oddalenie.

W uzasadnieniu Zamawiający podnosił m. in., że w istniejącym obecnie porządku prawnym wobec zmian w przedmiotowej ustawie, do prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia sama treść

regulacji ustawowych jest wystarczająca do prawidłowego opisu kryterium oceny ofert oraz do opisu przedmiotu zamówienia, ponieważ w treści regulacji art. 3b ust. 1a znajduje się treść, która jednoznacznie pozwala na dokonanie tych czynności w sposób prawidłowy, bez potrzeby powoływania się na akt wykonawczy do ustawy, ponieważ 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. Jednocześnie art. 3b ust. 1b wskazuje, że przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Zamawiający stwierdził, że Odwołujący nie wykazał, że kwestionowany opis kryteriów oceny ofert stawia go w mniej korzystnej sytuacji niż jakiegokolwiek innego potencjalnego wykonawcę. Zamawiający podkreślał, że żaden inny wykonawcy nie złożył odwołania wobec treści SWZ, ani nie przyłączył się do niniejszego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Zatem przedmiotowe zapisy, funkcjonujące w dotychczas zawieranych umowach, nie naruszają zasady uczciwej konkurencji, nie stanowią problemu ani dla obecnie realizujących zamówienie w pozostałych sektorach, ani dla złożenia oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że zadeklarowany poziom recyklingu stanowi, bowiem 40% punktowej oceny ofert biorących udział w przetargu. A zatem wyznaczenie kary umownej w wysokości niższej od iloczynu pięciokrotności stawki za składowanie odpadów zmieszanych i masy brakującej do uzyskania poziomów recyklingu prowadziłoby do likwidacji uczciwej konkurencji poprzez stworzenie ekonomicznej zachęty do składania ofert nierzetelnych, zawierających deklarację uzyskania poziomu recyklingu, którego wcale się nie zamierza osiągnąć. W ten sposób nieuczciwi wykonawcy mogliby uzyskać zamówienie pomimo deklarowania ceny wyższej o prawie 40%, eliminując tańszą i uczciwszą konkurencję, a następnie nie wywiązać się z zadeklarowanych poziomów recyklingu, gdyż bardziej dla nich byłoby opłacalne zapłacenie kar umownych, które byłyby już wkalkulowane w cenę oferty. Takie podejście do sprawy podważałoby sens funkcjonowania w obecnym kształcie ustawy Prawo zamówień publicznych, która stanowi, że cena nie może stanowić więcej niż 60% kryterium oceny ofert w tego rodzaju przetargach. Zniesienie kar umownych w wysokości od iloczynu pięciokrotności stawki za składowanie odpadów zmieszanych i masy brakującej do uzyskania poziomów recyklingu miałyby, więc sens jedynie w wypadku rezygnacji Zamawiającego z wyznaczenia poziomów recyklingu, jako pozacenowego kryterium oceny ofert, co jest być może intencją Odwołującego.

Zamawiający jednak uważał, że takie kryterium jest uzasadnione, aby zmotywować wykonawców do działania w kierunku wprowadzania gospodarki o obiegu zamkniętym. Jest to obowiązek ustanowiony przez Unię Europejską, więc wykonawcy powinni postrzegać takie działania nie, jako utrudnienie, ale jako szansę na rozwój swoich firm w kierunku przyjaznym środowisku i ich technologiczną modernizację umożliwiającą zdobycie przewagi nad konkurencją. Tymczasem Odwołujący, pomimo że jest szanowanym podmiotem gospodarczym głoszącym dużą dbałość o środowisko, zdaje się podążać w przeciwnym kierunku, czego dowodem są jego kalkulacje, zakładające utrzymywanie takiej samej ilości odpadów poddanych recyklingowi i przygotowaniu do

ponownego użycia przez kolejne lata. Z wyjaśnień firmy można wysnuć wniosek, że chciałyby ona realizować jedynie usługę transportową, nie biorąc pod uwagę aktualnych standardów, które determinują działania podmiotów w branży gospodarki odpadami. A trzeba pamiętać, że już w 2020 r., pomimo pandemii, Odwoływający odnotował 22% wzrost masy odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła poddanych recyklingowi, odebranych z nieruchomości zamieszkałych w dwóch sektorach Lublina, w porównaniu z 2019 r. Dlaczego więc Odwoływający zakłada, że w 2024 r. recykling będzie mniej więcej taki sam jak w 2021 r.? Przecież systematycznie poprawia się jakość segregacji prowadzonej przez mieszkańców, powstają nowe instalacje. Np. zagospodarowanie odpadów zebranych selektywnie podlega regułom rynkowym, wraz ze swobodą zawierania umów, więc Odwoływający ma możliwość kierowania tych odpadów do dowolnych instalacji (w tym swoich własnych lub należących do własnej grupy kapitałowej) i zobowiązania w umowach z tymi instalacjami uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych.

Kolejno Zamawiający wyjaśniał, że praktyka stosowana poziomów recyklingu, jako pozacenowego kryterium oceny ofert jest z powodzeniem stosowana przez Zamawiającego od 2015 r. Jej rezultatem są uzyskiwane w ostatnich latach przez Gminę Lublin poziomy recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości 87 - 88%, co czyni pod tym względem Lublin jednym z najbardziej przyjaznych środowisku miast w Polsce.

Zamawiający odnosił się do wprowadzenia dwukrotności ustawowej kary za niedotrzymanie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, podkreślając, że celem tego zapisu nie jest wzbogacenie Zamawiającego, ale zmotywowanie wykonawców do prowadzenia prawidłowej gospodarki odpadami. W rejonie Lublina funkcjonują instalacje zagospodarowania odpadów, które umożliwiają utrzymywanie tego wskaźnika na poziomie zerowym albo bliskim zeru, (co obrazuje poniższa tabela: Poziomy ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji kierowanych do składowania 10/01 z raportów Odwoływającego), podczas gdy np. obowiązujący w 2020 r. maksymalny poziom ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wynosił aż 35%. Nawet gdyby nowe przepisy znacznie ten poziom zredukowały na kolejne lata, jego niedotrzymanie w warunkach lubelskich byłoby rezultatem zaniedbania. Również Odwoływający dotychczas nigdy w najmniejszym stopniu nie był zagrożony tego rodzaju karą, nie byłby nią też zagrożony nawet, gdyby dotychczasowe wymagania pod tym względem były o wiele surowsze. Zdaniem Zamawiającego podnoszenie żądania zmiany zapisów przez Odwoływającego świadczy o zamiarze odejścia od swoich własnych standardów.

Zamawiający twierdził, że umowa na podstawie, której Odwoływający obsługuje obecnie sektory III i VII zawiera zapisy dot. osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, które były analogicznie do aktualnie ogłoszonego przetargu, stanowiły kryterium wyboru oferty. Jego zdaniem na tym przykładzie widać jak istotne i skuteczne jest wymaganie od wykonawcy osiągnięcia określonych poziomów. Gmina może powierzyć (a w zasadzie musi) wykonanie określonego zadania podmiotowi zewnętrznemu i

musi mieć także możliwość zapewnienia sobie należytej realizacji takiego zadania. Prawdopodobnie zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w skutecznej gospodarce odpadami opartej na selektywnej zbiórce odpadów. Nie można zgodzić się z argumentacją Odwołującego wskazującej, że podmiot odbierający odpady posiada ograniczone narzędzia pozwalające uzyskać odpowiedni poziomy recyklingu. To wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiągnięciem wymaganych poziomów recyklingu. Gmina jedynie pośrednio uczestniczy w procesie selektywnej zbiórki odpadów, jej uprawnienia mają raczej wymiar informacyjnoedukacyjny i organizacyjny, natomiast to podmiot realnie wykonujący określone zadania, niejako „w terenie”, wśród mieszkańców, może wpływać na realizację celu, jakim będzie prawidłowa segregacja odpadów i ich odzysk.

Gmina organizuje przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów, a nie wyłącznie na odbiór, dlatego wymaga spełnienia określonych wysokich standardów w zakresie nie tylko odbioru, ale i zagospodarowania odpadów. Najistotniejszym standardem określającym jakość usługi zagospodarowania odpadów jest poziom wykorzystania odpadów poprzez ich recykling zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami określoną przepisami prawa polskiego i unijnego. Bezsowna jest zatem okoliczność, że gmina może (a właściwie powinna) nałożyć na wykonawców wyłonionych w toku procedur o zamówienie publiczne obowiązków dotyczących osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, co zostało potwierdzone w licznych orzeczeniach KIO.

Następnie Zamawiający odnosił się do kwestii braku na chwilę ogłoszenia przetargu obowiązującego rozporządzenia wydanego przez ministra właściwego do spraw klimatu określającego 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. Jego zdaniem należało stwierdzić, że w takiej sytuacji trzeba kierować się zapisami aktu wyższego stopnia tj. zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, która określa, co należy rozumieć przez poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Art. 3b ust. 1a w/w ustawy stanowi, że 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. Jednocześnie art. 3b ust. 1b wskazuje, że przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne. W przypadku braku obowiązującego rozporządzenia należy, zatem stosować zapisy ustawy i na tej podstawie wyliczyć osiągnięty poziom, co de facto Odwołujący zrobił w swoim odwołaniu, wyliczając poziom w oparciu o wytyczne wynikające z zapisów w/w ustawy oraz projektu rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 7 sierpnia 2020 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami. W/w projekt rozporządzenia (nr 26 w wykazie prac legislacyjnych Ministra Klimatu i Środowiska - stan na dzień 30.03.2021 r.) zgodnie z informacją na stronie internetowej Rządowego Centrum Legislacji jest na etapie opiniowania - od 28.08.2020 r. brak jest jakichkolwiek wpisów dotyczących dalszego

procedowania przedmiotowego projektu, podczas gdy we wspomnianym wcześniej wykazie prac legislacyjnych nie ma informacji o rezygnacji z prac nad projektem i jej przyczynach. Zamawiający nie ma, zatem pewności czy takie rozporządzenie zostanie kiedykolwiek opublikowane. Przede wszystkim wzór służący do wyliczenia poziomu recyklingu, wynika wprost z przepisów ustawy, jest precyzyjny, obejmuje wszystkie aspekty merytoryczne, niezbędne do wyliczenia tych poziomów, zatem wykreślenie z dokumentów zamówienia powołanych nieobowiązujących aktów prawnych będzie wystarczające do konwalidowania dokumentów zamówienia w kontekście prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia i kryteriów oceny ofert.

Kolejno Zamawiający wskazywał, że ustawodawca określił w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach minimalne poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych dla roku 2021 i lat kolejnych. Nie można, zatem uznać wskazania Odwołującego na niewykonalność kryterium przyjętego przez Zamawiającego, ponieważ osiągnięcie minimalnych poziomów recyklingu jest wymogiem ustawowym, a Zamawiający dla poszczególnych lat realizacji umowy, jako poziom minimalny do osiągnięcia przyjął właśnie poziomy minimalne wprost z zapisów ustawy. W związku z powyższym należy stwierdzić, że przepisy ustawy określają w sposób zupełny wszystkie czynniki niezbędne do określenia obowiązków Zamawiającego i wykonawców, którzy będą realizować przedmiotowe zadanie w imieniu Gminy. Zatem Gmina Lublin powierzając wykonanie określonego zadania odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych podmiotowi zewnętrznemu będąc zobowiązana do określenia warunków realizacji umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych w ramach ogłoszonego w 2021 r. przetargu nie mogła pominąć kwestii konieczności osiągnięcia określonych w ustawie poziomów recyklingu. Osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu należy pojmować, jako obowiązek gminy i nie można Zamawiającemu odmówić prawa do ukształtowania stosunku prawnego z wykonawcą w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne, obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Prawidłowość zaś wykonania przedmiotu umowy przejawia się w przypadku Zamawiającego poprzez kontrolowanie i nadzorowanie jej wykonywania zgodnie z określonymi warunkami. Temu właśnie celowi służą m.in. przewidziane we wzorze umowy kary umowne za nieosiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu. Niewątpliwie, bowiem, wykonawca, który zaoferował odpowiednio wysokie poziomy recyklingu może wygrać przetarg dzięki temu kryterium i powinien z tego powodu być zobowiązany, pod rygorem naliczenia odpowiednio wysokiej kary umownej, do ich osiągnięcia, skoro w ten sposób nie dopuścił do uzyskania zamówienia przez innego wykonawcę, który zadeklarował niższe poziomy.

Zdaniem Zamawiającego przede wszystkim również należało podkreślić, że to wykonywanie przez wykonawcę określonych obowiązków ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką odpadów i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Zatem Zamawiający określając kryterium poza cenowe w przetargu oparł się o zapisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku określające konieczność osiągnięcia konkretnych poziomów recyklingu w poszczególnych latach oraz określające jak oblicza się przedmiotowy poziomy i wykonanie zamówienia powinno być powierzone podmiotowi, który gwarantuje realizację obowiązków gminy na wymaganym ustawowym poziomie. Z uwagi na powyższe w opinii Zamawiającego nie

można było przyjąć za zasadne argumentacji Odwołującego wskazującej na niemożność skalkulowania poziomu recyklingu, jaki potencjalny wykonawca zamierza zadeklarować w poszczególnych latach realizacji umowy albo, że zmiany wysokości poziomów mogą być jedynie pozorne (str. 6 odwołania). Nie bez znaczenia jest także fakt, że oświadczenie wykonawcy dot. wysokości poziomów recyklingu poparte może być jedynie szacunkiem, w którym należy przyjąć pewne wartości nieznanne na dzień składania oferty - tj. np. ilość odpadów, które wykonawca w przyszłości podda recyklingowi. Zamawiający natomiast ocenia jedynie wynik tych kalkulacji, czyli zobowiązanie wykonawcy, który powinien dokonać jak najbardziej wiarygodnych wyliczeń (wykonanych w oparciu o swoje doświadczenie na rynku i analizę prognoz) i przyjąć na siebie ryzyko swojego oświadczenia mającego istotny wpływ na wybór jego oferty.

Zamawiający zaznaczał, że przyjęte kryterium pozacenowe, jako wysokość osiągniętego w danym roku poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych jest zobowiązaniem Odwołującego, które to on sam deklaruje. Potencjalny wykonawca deklarując w ofercie poziomu recyklingu powinien mieć świadomość odpowiedzialności za złożone oświadczenie, które ma istotne znaczenie z punktu widzenia uznania oferty za najkorzystniejszą, ponieważ Zamawiający określił wagę tego kryterium na 40%. Dlatego, też nie można podzielić stwierdzenia Odwołującego, co do rażąco wygórowanych kar. Zamawiający podnosił, że właśnie niższe kary umowne spowodowałyby brak wiarygodności tego kryterium i nierzetelną ocenę ofert przetargowych, a zatem naruszenie zasad uczciwej konkurencji. Bardziej opłacalne wtedy byłoby złożenie nieuczciwej oferty, zawierającej poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, którego dany wykonawca nie zamierza otrzymać. W konsekwencji Zamawiający dokonałby wyboru oferty droższej, ale zawierającej nieprawdziwie wysoko prognozowane poziomy kosztom oferty tańszej i posiadającej rzetelną ich prognozę. Wykonawcom zaś o wiele bardziej wtedy opłacałoby się finansowo podawanie nieprawdziwie wysokich poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych w swoich ofertach i późniejsze płacenie kar.

Odnosząc się do kolejnych zarzutów odwołania Zamawiający stwierdził, że faktycznie z zgodnie z zapisami art. 3b UCPG gminy są obowiązane do osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Jednak zaznaczał, że zgodnie z art. 6d ust. 1 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych (ewentualnie również ich zagospodarowanie) od właścicieli nieruchomości. Ogłoszony przez Zamawiającego przetarg dotyczy odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na obszarze miasta Lublin - VII części: część 1 - sektor I; część 2 - sektor II; część 3 - sektor III; część 4 - sektor IV; część 5 - sektor V; część 6 - sektor VI; część 7 - sektor VII. Przedsiębiorca wyłoniony w przetargu zobligowany jest do odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych samodzielnie lub za pośrednictwem podmiotów posiadających odpowiednie pozwolenia, zezwolenia i wpisy do rejestrów. Ponieważ Gmina Lubin nie odbiera i nie zagospodarowuje odpadów komunalnych samodzielnie, nie może ona inaczej zrealizować tego obowiązku niż narzucając go wykonawcom. Prawidłowa segregacja w gospodarstwach domowych, to jeden z elementów prawidłowego gospodarowania odpadami niewystarczający do osiągnięcia wyznaczonego przez ustawodawcę celu ekologicznego. Gdyż

zgodnie z ustawową definicją recykling to proces zagospodarowania odpadów dokonujący się w instalacjach. Nie mając wpływu na kierowanie odpadów do odpowiednich instalacji Gmina Lublin nie ma żadnego innego sposobu zrealizowania swojego obowiązku niż wyznaczenie odpowiednich wymagań wykonawcom, przy jednoczesnym pozostawieniu im swobody, co do formy ich spełnienia. Wykonawca, jako profesjonalista, powinien umieć oceniać takie ryzyka. Należy również podkreślić, że ustawa nie zabrania nakładania kar umownych na podmiot, któremu zgodnie z ustawą powierzono odbieranie i zagospodarowanie odpadów.

Zamawiający wyjaśniał, że faktycznie sposób obliczania poziomów oraz warunki zaliczania masy odpadów komunalnych do masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi zostaną wskazane w rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska, które aktualnie nie zostało jeszcze opublikowane. Pomimo, że zmieni się metodologia ich wyliczania, ustawodawca dokonując nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dokonał zmiany poprzez obniżenie poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych na kolejne lata: 20% za rok 2021, 25% za rok 2022, 35% za rok 2023, 45% za rok 2024 i dopiero 55% za rok 2025. Projekt Rozporządzenia Ministra Klimatu w sprawie sposobu obliczania poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami (z dnia 25.08.2020 r. , nr z wykazu 26) przewiduje, że poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpady budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, oblicza się zgodnie ze wzorem:

$$P = M_r / M_w \times 100\%$$

gdzie:

P - poziom recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, wyrażony w 0/0,

M_r - łączna masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi i przygotowaniu do ponownego użycia, wyrażona w Mg,

M_w - łączna masa wytworzonych odpadów komunalnych, wyrażona w Mg.

Do obliczeń stosuje się zasady oraz metody określone w decyzji wykonawczej Komisji (UE) 2019/1004 z 7 czerwca 2019 r. Przy obliczaniu parametrów M_r i M_w należy brać pod uwagę odpady z grup 15 i 20, z wyjątkiem odpadów o kodach 20 02 02, 20 03 04 i 20 03 06, określonych zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4 ust. 3 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, odebrane z terenu danej gminy (zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, który ma podpisane umowy z właścicielami nieruchomości) i zebrane z terenu danej gminy (zarówno przez gminę, jak i innych zbierających odpady komunalne). Należy uwzględnić masę bioodpadów komunalnych posegregowanych i poddanych recyklingowi u źródła.

Zamawiający przypominał, że zgodnie z § 5 ust. 2 umowy, w związku z realizacją zamówienia wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym prawa miejscowego. Zamawiający, co prawda nie zna kształtu przyszłego rozporządzenia, do którego stosowania obliuguje potencjalnych wykonawców jednak obowiązujące przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 3b ust. 1a i

1b pozwalają (dają możliwość) w obecnym stanie prawnym do wyliczenia profesjonalnym wykonawcom możliwych do osiągnięcia poziomów recyklingu.

Odnosząc się do argumentacji z odwołania Zamawiający podniósł, że osiąganie przez Gminę Lublin w ostatnich latach poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła w wysokości 87 - 88%, poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania w wysokości niewiele ponad 0%, brak problemów z zagospodarowaniem odpadów specyficznych (np. wielkogabarytowych), czy też wprowadzenie w lubelskim Regulaminie utrzymania czystości i porządku nakazu zbierania bioodpadów stanowiących części roślin w celu wytwarzania wartościowego kompostu oddzielnie od bioodpadów kuchennych świadczą dobitnie o tym, że w rejonie Lublina funkcjonują bardzo dobre instalacje przetwarzania odpadów. Zatem zarzut o „rodzajach i pozycjach instalacji przetwarzających odpady” jest całkowicie bezpodstawny, podobnie jak o „ograniczonych narzędziach po stronie wykonawcy” i „roli gminy”. To wykonawca ma uprawnienie do decydowania o tym, do jakich instalacji przekazać odebrane przez siebie odpady i na jakich warunkach umownych. Trzeba w tym miejscu też przypomnieć, że od 6 września 2019 r. została zniesiona regionalizacja i wykonawcy mają swobodę przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji mających status „instalacji komunalnej” w dowolnym miejscu w Polsce. Jeżeli zaś chodzi o wszystkie pozostałe frakcje odpadów, czyli odpady zebrane selektywnie, które stanowią główne źródło recyklingu, to w dziedzinie ich zagospodarowania prawo nigdy nie narzucało żadnych ograniczeń terytorialnych ani monopolistycznych - zawsze wykonawcy mogli je oddawać do dowolnych instalacji w kraju posiadających odpowiednie zezwolenia. Z dniem 6 września 2019 r. przywilej ten został rozciągnięty również na nadające się do kompostowania (recyklingu organicznego) odpady zielone, które zostały włączone do kategorii bioodpadów. Również w dziedzinie selektywnej zbiórki wykonawcy mają bardzo szeroki zakres narzędzi - nie tylko edukacyjnych i informacyjnych, ale przede wszystkim przewidziane przez SWZ prawo do odmowy odebrania odpadów niespełniających standardów segregacji. W przypadku braku segregacji Zamawiający po zgłoszeniu otrzymanym od wykonawcy ma obowiązek nałożenia na właściciela nieruchomości sankcji karnej. Obowiązek informacyjny, który spoczywa na wykonawcy dotyczy również właściciela nieruchomości. To wykonawca, a nie Zamawiający posiada szczegółową wiedzę, którzy właściciele nieruchomości naruszają zasady selektywnej zbiórki. Zatem ustawodawca dał wykonawcom (podmiotom odbierającym odpady komunalne) prawo do kontrolowania selektywnej zbiórki.

Zamawiający odnosił się również do cytowanych w odwołaniu fragmentów, załączonej do odwołania opinii. Zamawiający nie podważał, że zgodnie z zamysłem ustawodawcy zapewnienie osiągnięcia określonych poziomów (art. 3 b ust. 1 UCPG) oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania (art. 3c ust. 1 UCPG) ustanowiono, jako obowiązek gminy. Przypominał, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13 września 1996 r. kategoryzuje utrzymanie czystości i porządku w gminie, jako obowiązkowe zadanie własne gminy. W celu realizacji tego obowiązku ustawodawca wymaga objęcia wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi. W konsekwencji, o ile w gminie nie funkcjonuje jednostka organizacyjna eksploatująca

instalację komunalną, z taką sytuacją mamy do czynienia w Lublinie, ustawa nakazuje wyłonić w drodze przetargu podmiot odbierający i zagospodarowujący odpady komunalne. Gminy są ponadto zobowiązane do zapewnienia prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi, tak, aby osiągnięte zostały odpowiednie poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Ustawa Prawo zamówień publicznych natomiast nakazuje ona opisywać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, który jednocześnie zapewniałby zachowanie uczciwej konkurencji. Tych wytycznych nie narusza zobowiązanie wykonawcy do osiągnięcia określonych poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych. Jak wcześniej wspomniana ustawa stanowi, że gminy tworzą warunki niezbędne do utrzymania czystości i porządku na ich terenie, a w szczególności nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Dopuszczalne jest, zatem w ramach obowiązującego prawa przeniesienie obowiązku osiągnięcia wspomnianego poziomu na podmioty zewnętrzne realizujące w formule kontraktowej odbieranie i zagospodarowanie odpadów i wyciąganie konsekwencji za nie wypełnienie obowiązków. SWZ i projekt umowy opracowany przez Zamawiającego precyzyjnie określa sposób postępowania przez wykonawcę z odebranymi odpadami komunalnymi.

Zmawiający wyjaśniał, że przy realizacji tak ważnego z punktu widzenia społecznego, ekonomicznego, sanitarnego, środowiskowego zadania tj. realizacji przez wykonawcę usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych nie otrzymuje przecież żadnej gwarancji, czyli pisemnego zapewnienia wykonawcy, co do jakości wykonanej usługi. Zamawiający w celu nadzoru nad gospodarowaniem odpadami komunalnymi i realizacją zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych nie tylko może, ale wręcz musi kontraktowo zobowiązać wykonawców do osiągania poziomów recyklingu poprzez sformułowanie stosownych zapisów SWZ oraz postanowień w ramach umów w sprawie zamówień publicznych.

Patrząc na problem systemowo, a tak należy patrzeć zgodnie z sugestiami Odwołującego gmina może zapisać, że podmioty realizujące usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych mają obowiązek osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, a w przypadku ich nieosiągnięcia obciążyć wykonawców karami. Jednakże nie należy tej sytuacji traktować jak "przeniesienia" ww. wskazanego obowiązku na wykonawcę. Poprzez takie zobowiązanie, gmina nie wyzbywa się ciężącej na niej odpowiedzialności, wynikającej z mocy prawa określonej w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zobowiązania wykonawcy do dbałości o osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu nie można oceniać, jako przeniesienia obowiązku, wynikającego z mocy przepisów prawa i spoczywającego na gminie. Osiągnięcie przez gminy określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym zobowiązaniem wynikającym z art. 3b ust. 1 UCPG. Wójt, burmistrz, prezydent ma obowiązek powierzyć wykonywanie zadania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy - przedsiębiorcy wyłonionemu w drodze przetargu, zatem powinien mieć również możliwość

zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Warto zaznaczyć, że jeżeli jednak odbiorem odpadów zajmuje się podmiot, który nie działa na podstawie umowy zawartej z gminą w wyniku przetargu, to na nim spoczywa z mocy art. 9g UCPG osiągnięcie w danym roku kalendarzowym poziomów recyklingu. Tym samym ustawodawca „zapewnienia prawidłową realizację tych usług” wykonanie obowiązku osiągnięcia w danym roku poziomu recyklingu. W przypadku pominięcia spornych zapisów przez Zamawiającego w SWZ po stronie wykonawcy może dochodzić do zaniedbań w dbałości o jakość świadczonej usługi, a w skrajnych sytuacjach do pozbywania się odebranych odpadów komunalnych w sposób sprzeczny z zapisami ustawy o odpadach i utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Jednocześnie zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 k.c., sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania.

Zdaniem Zamawiającego, mając na uwadze powyższe, odstąpienie przez Odwołującego z obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu doprowadziłoby do sytuacji braku odpowiedzialności za należyte wykonanie powierzonej usługi. Zamawiający stał na stanowisku, że Gmina nie zdejmuje z siebie tego obowiązku. Podejmuje działania, które mają wpływ na jakość prowadzonej przez mieszkańców selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. W dalszym ciągu prowadzi akcje edukacyjne i informacyjne, podejmuje działania administracyjne. Dowodem na to jest wprowadzenie nowego obowiązku w § 3 ust. 4a SOPZ - umieszczanie naklejek z napisem „Nieprawidłowa segregacja”. Umieszczenie tego obowiązku w dokumentach zamówienia nie jest jego pozbyciem się, tylko realizacją, zwłaszcza wobec faktu wyższego punktowania poziomów recyklingu wyższych od ustawowych. Specyfika Odwołującego, który nie ma własnej instalacji w województwie lubelskim i dlatego zajmuje się głównie odbieraniem odpadów, sprawia, że w jego interesie leżałoby przeprowadzenie oddzielnego przetargu na odbieranie i oddzielnego przetargu na zagospodarowanie odpadów, co właśnie zdjęłoby z niego obowiązek jakiegokolwiek troski o zagospodarowanie odebranych przez siebie odpadów. Ustawodawca, dopuszczając możliwość przeprowadzania łącznego przetargu, działał celowo, mając na względzie możliwość uzyskania lepszego efektu środowiskowego w określonych przypadkach. Taki przypadek ma miejsce w Lublinie. Gmina, pragnąc nie dopuścić do rozmycia odpowiedzialności za osiąganie poziomów recyklingu, pragnie, aby odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, (czyli m.in. kontrolowanie selektywnej zbiórki i przekazywanie odpadów do odpowiedniej instalacji), za wyjątkiem odpadów zmieszanych w sektorach III, IV i V, było zadaniem łącznym, wykonywanym przez ten sam podmiot. W przeciwnym razie podmiot zagospodarowujący odpady, na którym spoczywałaby bezpośrednia odpowiedzialność za uzyskiwanie poziomów recyklingu, mógłby się od niego uchylić uskarżając się na złą, jakość dostarczanych odpadów (złą jakość selektywnej zbiórki albo nawet nieselektywne odbieranie odpadów przez podmiot wyłoniony w przetargu), natomiast podmiot odbierający odpady mógłby twierdzić, że segregacja i odbieranie odpadów zostały przeprowadzone prawidłowo, natomiast to instalacja odbierająca odpady nie dołożyła należytych starań. Powierzenie obu zadań jednemu i temu samemu podmiotowi ma na celu niedopuszczenie do takiej sytuacji.

Zamawiający odwołując się do art. 6c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazał, że Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy. Jednocześnie zgodnie z art. 6d tej

ustawy wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów, a przy sporządzaniu dokumentów zamówienia określa m.in. szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Należy stwierdzić, że takim wymaganiem jest właśnie wyznaczony przez Zamawiającego minimalny do osiągnięcia poziom recyklingu. Gminy natomiast zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 4 UCPG mają obowiązek nadzorowania gospodarowania odpadami komunalnymi, w tym realizacji zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Zamawiający powierzając wykonanie zadania odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych nie ma innej możliwości spełnienia wymaganego ustawą poziomu recyklingu jak zobligować do tego podmiot wykonujący w jej imieniu to zadanie.

Odwołujący wskazywał, że gdyby celem ustawodawcy było obciążanie przedsiębiorców odbierających odpady od mieszkańców, to zamiast „gminy” w art. 3b UCPG znaleźlibyśmy „przedsiębiorcę odbierającego odpady z nieruchomości zamieszkałych w ramach systemu gminnego” tj. uczyniłby to wprost, tak jak zostało to określone w przypadku przedsiębiorców odbierających odpady z nieruchomości niezamieszkałych poza systemem gminnym. Zdaniem Zamawiającego nie można zgodzić się z tym stwierdzeniem, ponieważ oznaczałoby to, że w przypadku odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych to podmiot świadczący usługę decyduje o osiągniętym poziomie recyklingu i jest zmuszony podnieść konsekwencje jego nieosiągnięcia, natomiast w przypadku odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych (na podstawie umowy z gminą) nie ma żadnego wpływu na ich zagospodarowanie i nie może ponosić żadnych konsekwencji z tego wynikających. Zaznaczyć trzeba tutaj, że odpady komunalne odbierane z nieruchomości niezamieszkałych stanowią jedynie ok. 20% odpadów komunalnych odbieranych z terenu Gminy Lublin, a więc przy przyjęciu sposobu interpretacji Odwołującego odpowiedzialność podmiotów odbierających odpady komunalne dotyczyłaby jedynie niewielkiego strumienia tych odpadów i doprowadziła do kuriozalnej sytuacji, kiedy to Gmina nie miałaby narzędzi (według Odwołującego - z uwagi na brak możliwości wprowadzenia do umowy zapisów dot. osiągnięcia minimalnych poziomów recyklingu) do spełnienia ustawowego wymogu. Określenie w ustawie, że to gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych ma szerszy kontekst, ponieważ w przypadku miasta Lublin dotyczy to całej gminy, a nie pojedynczych sektorów oraz dotyczy zarówno nieruchomości zamieszkałych jak i niezamieszkałych. Ustawodawca określił gminę jako ostatecznego adresata, który będzie rozliczany z osiągniętych poziomów recyklingu (i będzie ponosił tego konsekwencje) z uwagi na to, że to gmina organizuje system odbioru i zagospodarowania odpadów, zarówno poprzez odpowiednie stanowienie aktów prawa miejscowego, ale przede wszystkim poprzez odpowiednie zlecenie podmiotom zewnętrznym świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Dlatego też Gmina Lublin tak ukształtowała zapisy w dokumentacji przetargowej (określiła poziom recyklingu jako kryterium wyboru oferty), aby zlecić wykonanie tej usługi podmiotowi, który zapewni odpowiedni jej standard (w tym odpowiedni poziom recyklingu), co zapewni jej prawidłowe

realizowanie zadań własnych. Zatem Zamawiający nie oczekuje, że wykonawca, który tylko odbiera odpady, lub zagospodarowuje je jedynie w części, będzie odpowiadał za osiągnięcie całości poziomów recyklingu w odniesieniu do całości odpadów z całego sektora.

Zamawiający wyjaśniał, że ze względu na obowiązujące zasady rynkowe i wynikającą z nich swobodę podejmowania decyzji przez firmy, miejsca zagospodarowania odpadów surowcowych, podobnie jak innych frakcji selektywnych, często się zmieniają. Obecnie odpady te są zazwyczaj zagospodarowane w Kom-Eko S.A. (z sektorów I, II i VI, obsługiwanych przez tę spółkę, z sektora V, obsługiwanego przez Ekoland Sp. z o.o., ale też w znacznej części z pozostałych sektorów), Wólce Rokickiej, instalacji Suez Wschód Sp. z o.o. w Radomiu, w Bełżycach i wielu mniejszych podmiotach, takich jak Eko-Dyś Sp. z o.o. w Lublinie, zagospodarowująca szkło odebrane przez Suez Wschód Sp. z sektorów III i VII. W Lublinie bioodpady stanowiące części roślin, zgodnie z możliwością przewidzianą przez ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, są odbierane oddzielnie od innych bioodpadów. Podlegają one sortowaniu (proces odzysku R 12) przez wydzielenie gałęzi, przeznaczonych następnie na paliwo alternatywne, a następnie poddawane są recyklingowi organicznemu (proces odzysku R3), w wyniku, którego powstaje wartościowy kompost. Bioodpady stanowiące części roślin z nieruchomości zamieszkałych w Lublinie są przetwarzane w instalacjach: Kom-Eko S.A. przy ul. Metalurgicznej w Lublinie, Związku Komunalnego Gmin Ziemi Lubartowskiej w Wólce Rokickiej, Ekoland Polska S.A. w Lasach k. Kraśnika, Zakładu Zagospodarowania Odpadów Komunalnych w Bełżycach i sporadycznie Zakładu Usług Komunalnych w Puławach. Pozostałe bioodpady (obejmują resztki żywności pochodzenia roślinnego) są zbierane, od czasu wejścia w życie rozporządzenia Ministra Środowiska ujednolicającego selektywną zbiórkę, w pojemnikach koloru brązowego. Są poddawane obróbce biologicznej analogicznie do biologicznego etapu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów zmieszanych. Nadają się do recyklingu organicznego pod warunkiem braku zanieczyszczeń. Preferowaną metodą obróbki bioodpadów kuchennych jest obróbka beztlenowa.

Zamawiający stał na stanowisku, że udowodnił, iż Odwołujący dysponuje odpowiednimi środkami i narzędziami poprzez swobodę wyboru instalacji zagospodarowujących dostarczone odpady tj. poprzez wybór instalacji gwarantującej wysoką sprawności efektów sortowania.

Następnie Zamawiający stwierdził, że na poziomie ustawowym sposób obliczenia uzyskania poziomów recyklingu, przewidzianych w art. 3b ust. 1 i 2 UCPG został określony. Należy jednak odnotować, iż przewidziany w ustawie sposób obliczenia doznał modyfikacji względem dotychczas obowiązującego. W uzasadnieniu do projektu nowelizacji UCPG wskazano, że „proponowana modyfikacja ma na celu zmianę sposobu liczenia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych. Dotychczasowe przepisy wymagały, aby poziom ten był liczony w stosunku do 4 frakcji odpadów komunalnych, tj. papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło.” Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie wykazał, że zmian sposobu obliczenia uzyskania poziomów recyklingu wpływa negatywnie na możliwość wykonawcy do osiągnięcia poziomów.

Zamawiający podnosił, że nie wymaga od wykonawcy osiągnięcia poziomu selektywnej zbiórki, a poziomu recyklingu, który zależy m.in. od efektów selektywnej zbiórki, ale także wielu innych

czynników zależnych od wykonawcy tj. podniesienie efektywności gospodarowania odpadami i odpowiedzialne gospodarowanie odpadami realizowane poprzez możliwość zarządzania odbieranymi odpadami i kierowanie do efektywnych ekologicznie instalacji, poprawę jakości i ilości odbieranych odpadów zbieranych selektywnie realizowane poprzez umieszczenie specjalnej naklejki z informacją „Niewłaściwa segregacja” na pojemnikach/workach w sytuacji stwierdzonej nieprawidłowej segregacji oraz powiadomieniu właściciela nieruchomości i gminę o stwierdzonych nieprawidłowościach. Zatem wykonawcy, którzy nie posiadają swoich własnych instalacji (a trzeba pamiętać, że Odwołujący do tej grupy nie należy, gdyż posiada swoją instalację w Radomiu, przystosowaną do zagospodarowania frakcji surowcowych), mają niemały wpływ na sposób zagospodarowania odpadów nadających się do recyklingu przez odpowiednie kształtowanie umów ze swoimi kontrahentami i określone decyzje inwestycyjne (np. możliwość zbudowania swojej własnej instalacji).

Zamawiający wskazał, że spełnia wymagania, aby osiągnąć maksymalnie wysokie efekty selektywnej zbiórki odpadów, a od wykonawcy oczekuje działań w kierunku maksymalnego wykorzystania selektywnie zebranych odpadów w postaci ich recyklingu. Selektywna zbiórka odpadów komunalnych jest obowiązkiem każdego właściciela nieruchomości. Wynika, to wprost z przepisów ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, której art. 23 ust. 1 wskazuje, że „odpady są zbierane w sposób selektywny” oraz treści art. 5 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z tym przepisem „właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku przez zbieranie w sposób selektywny powstałych na terenie nieruchomości odpadów komunalnych (...)”. Warto wspomnieć, że 6 września 2019 r. wszedł w życie art. 6ka UCPG, dodany nowelizacją tej ustawy uchwaloną przez Sejm z dnia 19 lipca 2019 r. (Dz.U. z 22 sierpnia 2019 r., poz. 1579). Określa on, jakie konsekwencje ponosi właściciel nieruchomości, który nie dopełnia obowiązku zbierania odpadów w sposób selektywny. W takiej sytuacji podmiot odbierający odpady komunalne przyjmuje je jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i powiadamia o tym wójta, burmistrza lub prezydenta miasta oraz właściciela nieruchomości (ust. 1).

Zamawiający stwierdził, że w przeważającej części surowce pozyskane z frakcji zmieszanej są na tyle zanieczyszczone, że trafiają do instalacji termicznych, a nie recyklingu. Źródłem odpadów nadających się do recyklingu są, zatem frakcje selektywne zbierane „u źródła”. Zakładając hipotetycznie, że Zamawiający nie wymagałby od wykonawcy spełnienia wymagań w zakresie poziomów recyklingu, wykonawca mógłby dążyć do odbioru jak największego strumienia zmieszanych odpadów komunalnych, nie starając się także pozyskać odbiorców selektywnie zebranych odpadów, którzy dokonują recyklingu. Tym samym naraziłby gminę na kary finansowe, nie ponosząc żadnych konsekwencji takiego działania. Wówczas sama selektywna zbiórka odpadów przez mieszkańców nie wpłynęłaby na osiągnięte przez gminę poziomy. Taki sposób organizacji systemu gospodarki odpadami jest sprzeczny z przepisami i niezgodny z hierarchią postępowania z odpadami, która recykling stawia na szczycie piramidy postępowania z odpadami. Zamawiający wykazał, że w Lublinie masa odbieranych odpadów zmieszanych z nieruchomości zamieszkałych w okresie funkcjonowania gminnego systemu spadła o ponad jedną piątą (21,14%) oraz, że masa odbieranych odpadów, zbieranych selektywnie, stale rośnie, w tempie od kilku do kilkunastu procent rocznie. Ogółem masa

odbieranych frakcji selektywnych w okresie funkcjonowania gminnego systemu wzrosła około dwukrotnie (99,05%).

W toku posiedzenia Izby z udziałem stron Odwołujący i Zamawiający złożyli pisma procesowe, w których zaprezentowano argumentację stosowną do stanowiska danej strony. Natomiast w toku rozprawy Zamawiający oświadczył, że uwzględni w całości zarzut zawarty w pkt 3 lit. b) odwołania.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez Zamawiającego oraz oświadczenia Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Stan faktyczny sprawy został wyczerpująco i zgodnie z rzeczywistością przytoczony w treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie (zreferowanej powyżej) i jest właściwie pomiędzy Stronami bezsporny. Strony różnią się jedynie w jego interpretacji oraz co do wniosków wyciąganych z zastanych okoliczności faktycznych, szczególnie ich ocenie prawnej. Wobec tego Izba odstępuje od jego powielania w tym miejscu.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 505 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie 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.

Następnie Izba wskazuje, że uwzględnienie przez Zamawiającego zarzutów zawartych w odwołaniu w zakresie zarzutów:

1. art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3b ust. 2 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, wskazanego w pkt 1 odwołania w części dotyczącej powołania w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) przepisów nieobowiązujących aktów prawnych;
2. art. 99 ust. 1 Pzp w zw. z art. 5, art. 58 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 8 Pzp, wskazanego w odwołaniu w punkcie 2.;
3. art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 Pzp wskazanego w pkt 3 lit. b) odwołania - obligowało Izbę do umorzenia w tym zakresie postępowania odwoławczego, co zostało odzwierciedlone w pkt 1 sentencji wyroku. Zaś pozostałe zarzuty zgłoszone w odwołaniu podlegały merytorycznemu rozpoznaniu przez Izbę.

Wszechstronna analiza zarzutów podniesionych w treści odwołania doprowadziła skład orzekający Izby do przekonania, że zarzuty odwołania w części zasługują na uznanie.

Przytaczając przepisy stanowiące podstawę prawną zapadłego rozstrzygnięcia, a których naruszenie przez Zamawiającego zarzucał Odwołujący, wskazać przede wszystkim należy, że zgodnie z art. 16 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

Przepis art. 240 ust. 1 Pzp stanowi, że Zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Natomiast według ust. 2 tego ww. przepisu kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Przepis art. 3b ust. 1 pkt 1-5 UCPG stanowi, że gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- 1) 20% wagowo - za rok 2021;
- 2) 25% wagowo - za rok 2022;
- 3) 35% wagowo - za rok 2023;
- 4) 45% wagowo - za rok 2024;
- 5) 55% wagowo - za rok 2025.

Zgodnie z art. 3b ust. 1a UCPG 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. Zaś według ust. 1b powołanego przepisu przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Natomiast przepis art. 3b ust. 3 UCPG zawiera delegację dla Ministra właściwego do spraw klimatu do określenia, w drodze rozporządzenia, sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu oraz warunków 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 art. 8 ust. 1 Pzp do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (Dz.U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Według art. 353¹ k.c. strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Przepis art. 5 k.c. stanowi, że nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Według art. 483 § 1 k.c. można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy (kara umowna).

Natomiast przepis art. 484 § 2. k.c. stanowi, że jeżeli zobowiązanie zostało w znacznej części wykonane, dłużnik może żądać zmniejszenia kary umownej; to samo dotyczy wypadku, gdy kara umowna jest rażąco wygórowana.

- I. Zarzuty naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 16 ustawy w zw. z art. 3b ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Izba uznała, że zgłoszony zarzut jest zasadny w części dotyczącej niewystarczającego opisu kryterium oceny ofert wskazanego w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu”. W pozostałym zakresie Izba uznała, zgłoszony zarzut za nieuzasadniony.

Przed dokonaniem merytorycznej analizy zgłoszonych zarzutów Izba uznała za uzasadnione podkreślenie, że opis kryteriów oceny i zasad dokonywania oceny ofert powinien pozwolić

wykonawcom na uzyskanie pełnej wiedzy, w jaki sposób oraz w oparciu, o jakie informacje będą oceniane ich oferty, tak, aby mogli zawrzeć odpowiednie dane w treści ofert. Pamiętać należy także o zasadzie zgodnie, z którą Zamawiający, w toku oceny ofert, jest związany opisem kryteriów i sposobu oceny, jaki zawarł w dokumentach zamówienia. Dlatego też opis zasad dokonywania oceny ofert musi być już wystarczająco jednoznacznie i szczegółowo opisany w dokumentach zamówienia, aby możliwe było jego zastosowanie w toku oceny ofert. Zamawiający nie będzie mógł, bowiem po upływie terminu składania ofert ani uszczegółowić, ani też odstąpić od zasad, które opisał uprzednio w dokumentach zamówienia.

Izba po analizie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego stanęła na stanowisku, że opis kryterium wskazanego w pkt. 16.2 SWZ „Poziom recyklingu” został sporządzony przez z naruszeniem przepisów ustawy Pzp, bowiem jest on niewyczerpujący i takie jego ukształtowanie w prosty sposób prowadzi do nieporównywalności ofert złożonych w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Izba zwraca uwagę, że Zamawiający w SWZ w zasadzie ograniczył się do podania informacji odnośnie wagi kryterium i wskazania, że „W powyższym kryterium oceniany będzie poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (bez uwzględniania innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne), jaki Wykonawca zobowiązuje się osiągnąć w roku 2021, 2022, 2023 i 2024 w sektorze, na który składa ofertę. W załączeniu dla potrzeb poziomów recyklingu zał. nr 8 do SWZ- Ilość osób zameldowanych w sektorach”.

Natomiast w pkt 6.2.1.1. SWZ Zamawiający wymienił jedynie minimalne procentowe poziomy recyklingu do osiągnięcia, które pozostawały w zgodzie z przepisami ustawy UCPG oraz wskazał, że w tym zakresie zostały wyłączone przez Zamawiającego niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne. Następnie w kolejnych podpunktach Zamawiający przy uwzględnieniu wskazanego minimum Zamawiający określił gradację przyznawanych punktów w tym kryterium z podziałem na lata.

W tym miejscu wyjaśnić należy, że Zamawiający stał na stanowisku, że w celu ustalenia poziomu recyklingu wystarczającym było zastosowanie się do przepisu art. 3b ust. 1a UCPG, który zawiera normę regulującą sposób obliczenia ww. poziomu. Dostrzec również należy, że powołany przez Zamawiającego przepis art. 3b w ust. 3 zawiera delegację dla Ministra do spraw klimatu do wydania aktu wykonawczego w postaci rozporządzenia, w którym zostanie wskazany sposób obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu. W momencie rozprawy strony powoływały się jedynie na projektem takiego rozporządzenia z dnia 9 kwietnia 2021 r.

Na kanwie ww. ustaleń Izba doszła do przekonania, że tak sporządzony przez Zamawiającego opis kryterium nie tyle nie pozwala w ogóle na wyliczenie poziomu recyklingu, ale nie pozawala na etapie składania ofert na miarodajne i rzetelne wyliczenie możliwych do osiągnięcia poziomów

recyklingu, bowiem każdy z wykonawców wobec braku w treści SWZ odpowiedniego opisu lub odwołania się do uregulowań w przepisach prawa w zakresie obliczania poziomu recyklingu może przyjąć inne założenia, skutkiem, czego będzie doprowadzenie do sytuacji nieporównywalności złożonych ofert. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w aspekcie tego, iż na etapie złożenia odwołania brak było wiążącego rozporządzenia wykonawczego dotyczącego sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu, do wydania, którego delegację zawiera przepis art. 3b ust. 3 UCPG. W toku rozprawy strony zgodnie twierdziły, że obecnie dopiero funkcjonuje projekt rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 9 kwietnia 2021 r. w sprawie obliczania poziomów, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami.

Zwrócenia uwagi wymaga, że Zamawiający w toku rozprawy powołując się na regulacje zawarte w art. 3b ust. 1a i 1b UCPG z przepisów tych wyprowadzał określony wzór w celu przeprowadzenia wyliczeń poziomu recyklingu. Jednak dostrzec należy, że powyższy wzór, pomimo, iż tak oczywisty zdaniem Zamawiającego, nie został przez niego zawarty w treści SWZ przy opisie kryterium. Zamawiający dokonał jego zamieszczenia dopiero w treści odpowiedzi na odwołanie. Kolejno wskazać należy, że Zamawiający w toku rozprawy w odniesieniu do treści SWZ odwoływał się do zawartego w pkt 16.2.1.1.1. określenia „ustawowo”, podanego przy minimalnych poziomach recyklingu. Również w treści powołanego przez Zamawiającego § 5 ust. 2 wzoru umowy brak jest wskazania, że do wyliczenia poziomu recyklingu wykonawca powinien zastosować proporcję wskazaną w art. 3b ust. 1a UCPG. Powołana treść umowy stanowi jedynie o tym, że: „W związku z realizacją zamówienia Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami, zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym prawa miejscowego oraz regulacjami wewnętrznymi obowiązującymi na terenie miasta Lublin, w szczególności: (...)”. Analogicznie w treści w § 1 ust. 3 SOPS, do którego referował Zamawiający Izba nie znalazła treści opisujących sposób wyliczenia kryterium „Poziom recyklingu” lub też wskazania, że kryterium to będzie wyliczane w oparciu o przepisy ustawy UCPG.

W ocenie Izby tego rodzaju postanowienia zawarte w SWZ, na które powołuje się Zamawiający, nie daje podstaw do uznania, że wykonawcy ubiegający się do udzielenia zamówienia posiadają wszystkie niezbędne dane do rzetelnego wyliczenia poziomu recyklingu, co ma przełożenie na to, iż wykonawca nie posiada niezbędnej wiedzy związanej z tym kryterium, co może mieć bezpośrednie przełożenie na treść jego oferty w tym aspekcie. Izba uznała za przekonujące wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w toku rozprawy, które polegały na tym, że „zmiany w przepisach prawa spowodowałyby to, że obecnie recyklingowi mają być poddawane nie tylko odpady pochodzące ze zbiórki selektywnej, ale wszystkie odpady komunalne z wyjątkiem odpadów budowlanych”. Ponadto wykonawca SUEZ wskazywał na wątpliwości dotyczące uwzględnienia odpadów takich jak „kompost” czy też tzw. „19-tki”. W tym zakresie Zamawiający również nie

wprowadził do SWZ żadnych regulacji, a jedynie w toku rozprawy podał:, „jeśli chodzi o kompost to przepis ustawy, który został wprowadzony nie zabrania ujęcia takich odpadów, należałoby to zrobić chociażby z uwagi na wysoki poziom zagospodarowania odpadów, z czego wywodzi, że brak jest odesłania do wyliczenia”.

Wobec tego Izba doszła do przekonania, że wobec niepełnego opisu kryteriów w tym względzie wykonawcy nie są w posiadaniu wszystkich informacji niezbędnych, które są potrzebne do sporządzenia rzetelnej wyceny składanej oferty. Z tych powodów Izba uwzględniła powyższy zarzut i nakazała Zamawiającemu doprecyzowanie SWZ przez dookreślenie kryterium oceny ofert, podanego w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu” w ten sposób, że Zamawiający uszczegółowi opis tego kryterium o informacje niezbędne wykonawcom w celu możliwości ustalenia poziomów recyklingu.

Izba uznała za chybioną argumentację Odwołującego zasadzającą się na tym, że Zamawiający dopuścił się ustanowienia w SWZ niewykonalnego kryterium w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu”. Przedstawione przez Odwołującego dowody w postaci materiałów handlowych oraz kompletu dokumentów pochodzących z instalacji przetwarzających odpady nie dowodzą tezy postawionej przez Odwołującego. Po pierwsze, zgodzić się należy z wnioskami, które formułował Zamawiający podczas rozprawy, które referowały do tego, że niskie poziomy recyklingu od firmy KOM-EKO mogą być związane z tym, że jest to firma konkurencyjna Odwołującego, czemu ten nie zaprzeczył. Zamawiający zauważał również, że pozostałe korespondencyjne poziomy są znacznie wyższe. Izba zwraca uwagę, że Odwołujący nie wykazał, iż nie istnieje inny sposób, który pozwala na zwiększenie poziomu recyklingu. Wręcz przeciwnie. W opinii Izby Odwołujący posiada szeroki wachlarz możliwości np. przewiezienie odpadów w inne miejsce lub też może wykorzystać po wcześniejszym dostosowaniu własną bazę w Radomiu.

II. Zarzuty naruszenia art. 353¹ Kodeksu cywilnego, art. 5, art. 471, art. 483 § 1, art. 484 § 2 Kodeksu cywilnego oraz art. 240 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 oraz art. 8 Pzp, wskazanego w pkt 3 lit. a), c) i d) odwołania.

Na wstępie Izba uznała za konieczne poczynienie uwagi natury ogólnej odnośnie powoływania w zarzutach odwołania przepisu art. 5 k.c. W tym zakresie Izba za zasadne uznała powołanie argumentacji zawartej w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 kwietnia 2021 r. zapadłego w sprawie o sygn. akt KIO 935/21, w którym stwierdzono m. in.: „Przed dokonaniem merytorycznej oceny zasadności podniesionych zarzutów Izba zwraca uwagę na niezasadność przywoływania w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, jako podstawy prawnej art. 5 kodeksu cywilnego. Niesporym zarówno w doktrynie jak i orzecznictwie w zakresie prawa cywilnego jest fakt, że przepis ten w gałęzi prawa cywilnego jest przepisem wyjątkowym i szczególnym, a tym samym winien być przywoływany przez strony tylko w wyjątkowych okolicznościach. Przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jawi się jako okoliczność szczególna, gdzie przepis art. 5 kc powinien znaleźć zastosowanie. Na poparcie tego stanowiska Izby zasadnym jest przywołanie orzeczenia Sądu Najwyższego z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. akt II CSK 236/16 w którym Sąd wskazał, że norma zawarta w przepisie art. 5 k.c. ma charakter wyjątkowy i może być stosowana tylko po wykazaniu

wyjatkowych okoliczności, w sytuacji, gdy w inny sposób nie można zabezpieczyć interesu osoby zagrożonej wykonaniem prawa podmiotowego przez inną osobę (zob. orzeczenie Sądu Najwyższego z dnia 17 października 1969 r., III CRN 310/69, OSNCP 1970, Nr 6, poz. 115) oraz w tych szczególnych przypadkach, w których wykorzystywanie uprawnień wynikających z przepisów prawa prowadziłyby do skutku nie aprobowanego w społeczeństwie ze względu na przyjętą w społeczeństwie zasadę współzycia społecznego. Zasady współzycia społecznego to pojęcie niedookreślone, nieostre, a powoływanie się na sprzeczność z zasadami współzycia społecznego powinno wiązać się z konkretnym wykazaniem o jakie zasady współzycia społecznego w konkretnym wypadku chodzi oraz na czym polega sprzeczność danego działania z tymi zasadami. Zdaniem Izby taki charakter klauzul generalnych zawartych w rozważanym przepisie nakazuje ostrożne korzystanie z instytucji nadużycia prawa podmiotowego, a w szczególności jako podstawy prawnej dla uwzględnienia odwołania”.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania Izba stwierdziła, że w omawianej sprawie nie wystąpiły okoliczności, które uzasadniałyby powołanie przez Odwołującego przepisu art. 5 k.c. Tym samym nie sposób mówić o naruszeniu owego przepisu.

Następnie Izba odniosła się do kolejnych zarzutów odwołania, które Izba uznała za nieuzasadnione, a tym samym za takie, które podlegają oddaleniu. W omawianym zakresie Izba nie dopatrzyła się nadużycia uprzywilejowanej pozycji przez Zamawiającego względem wykonawcy przejawiającego się ukształtowaniu wzoru umowy oraz SOPZ w sposób naruszający zasadę równości stron stosunku zobowiązaniowego.

Za chybioną Izba uznała argumentację, iż w ogóle nie jest możliwa kalkulacja poziomów recyklingu. Izba stoi na stanowisku, że problematyczność tej kwestii zasadza się na tym, że do wyliczeń w tym kryterium każdy z wykonawców może przyjąć inne dane a nie na tym, że niemożliwa jest taka kalkulacja, bowiem zarówno Zamawiający jak i Odwołujący taką kalkulację sporządzili, co potwierdzała sam treść odwołania jak również złożone pisma procesowe oraz dowody. Również argumentacja Odwołującego przedstawiona w toku rozprawy zdaje się potwierdzać zasadność powyższych stwierdzeń, gdzie Odwołujący nie twierdził, że powyższa kalkulacja nie jest w ogóle niemożliwa a odnosząc się wyliczeń przedstawionych przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie stwierdził, że potwierdzają one, iż można dokonać wyliczeń w różnych wariantach, a co za tym idzie, przyjąć zupełnie różne dane do tych wyliczeń. Wobec tego Izba prezentuje pogląd, że po uszczegółowieniu przez Zamawiającego informacji w tym zakresie wykonawcy będą mogli dokonać odpowiednich wyliczeń. Z tych względów Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego, który zmierzał do usunięcia tego rodzaju postanowień z treści SWZ.

Izba za błędne również uznała stanowisko prezentowane przez Odwołującego, zasadzające się tym, że osiągnięcie poziomów recyklingu stanowi obowiązek gminy, który w drodze udzielenia zamówienia publicznego nie może być następnie nałożony na wykonawców. W tym zakresie Izba w pełni podziela argumentację zaprezentowaną przez Zamawiającego wspartą orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej. Z uwagi na to, iż argumentacja ta została szeroko zaprezentowana w odpowiedzi na odwołanie, która została w obszernych fragmentach została przytoczona przez Izbę powyżej to za niecelowe należy uznać jej powielanie.

W kwestii dotyczącej możliwości oszacowania przez Odwołującego ryzyk oraz kar umownych Izba uznała zgłoszone za bezzasadne. Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że wyliczenie ryzyk i kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu jest niemożliwe. Izba prezentuje pogląd, że ocena ryzyka realizacji inwestycji leży po stronie Odwołującego i to od jego woli i decyzji zależy określone ukształtowanie kosztów w tym zakresie. W tym miejscu zaznaczenia wymaga, że Odwołujący jest profesjonalistą aktywnie funkcjonującym w branży, który posiada nie tylko odpowiednie doświadczenie w realizacji usług, które są przedmiotem zamówienia a przede wszystkim posiada doświadczeń w realizacji tego rodzaju usług na rzecz Zamawiającego. Wobec tego wykonawca SUEZ bez wątplenia jest w stanie stworzyć odpowiedni model wyliczeń, który będzie bazował na informacjach uzyskanych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia w różnorodnych konfiguracjach a następnie przełożyć go na ukształtowanie odpowiedniej ceny ofertowej. Tym samym Izba nie stwierdziła, że nie jest możliwe wyliczenie ryzyk i kar umownych. Wobec tego Izba nie przychyliła się do wniosku Odwołującego o wykreślenie z wzoru umowy postanowień dotyczących kar umownych za nieosiągnięcie poziomu recyklingu.

Izba nie stwierdziła również, aby Zamawiający nadużył swojej pozycji przy ustalaniu wysokości kar umownych. W tym zakresie uznała za przekonującą argumentację Zamawiającego, który wskazał, że ustanowienie kar umownych na poziomie wskazanym w umowie jest podyktowane osiągnięciem ogólnospołecznego celu, jakim jest dbałość o środowisko naturalne. Likwidacja lub też obniżenie kar umownych mogłoby prowadzić do skutku polegającego na uznaniu, że wykonawcy bardziej „opłaca się” w kalkulować kary umowne z tego tytułu w cenę ofertową niż wywiązywać się z zadeklarowanych w ofercie poziomów recyklingu.

Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że ustalone przez Zamawiającego kary umowne są rażąco i wygórowane, podczas, gdy to właśnie na Odwołującym w tej sprawie spoczywał ciężar dowodu. Odwołujący w zasadzie ograniczył się własnych stwierdzeń, które nie zostały poparte żadnymi dowodami.

W tym zakresie należy odwołać się do treści art. 534 ust. 1 NPzp strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Natomiast przepis art. 535 NPzp stanowi, że dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Powołane przepisy nakładają na strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 8 ust. 1 NPzp ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*. Przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne,

należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 534 ust 1 NPzp. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*.

Konkludując, Izba stwierdziła, że potwierdził się zarzutu naruszenia art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp w zw. z art. 3b ust. 2 UPCG wskazany w pkt 1 odwołania w części dotyczącej niewystarczającego opisu kryterium oceny ofert podanego w pkt 16.2 SWZ „Poziom recyklingu”. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania nie potwierdziły się, co skutkowało ich oddaleniem.

Zgodnie z art. 557 NPzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 575 NPzp strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W związku z tym Izba kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1085/21 zgodnie z art. 575 NPzp oraz § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. z § 5 ust. 2 lit. b 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). W rozpoznawanej sprawie Izba ustaliła koszty postępowania odwoławczego na kwotę 18.600 zł. Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła wpis uiszczony przez Odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty poniesione przez Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika. Izba ustaliła, że Odwołujący w złożonym odwołaniu wyodrębnił 3 zarzuty, z których zarzut nr 1 i nr 3 zostały jeszcze rozbudowane a także w niektórych miejscach podzielone na podpunkty. Izba wskazuje, że Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie uwzględnił w części zarzut nr 1, zarzut nr 2 w całości. Natomiast zarzut nr 3 w części opisanej w odwołaniu pod lit. b) został uwzględniony przez Zamawiającego dopiero na rozprawie. Merytoryczne rozpoznanie przez Izbę pozostałych zarzutów, tj. części zarzutu nr 1 i 3 skutkowało uwzględnieniem przez Izby w części zarzutu nr 1 oraz oddaleniem zarzut nr 3. Biorąc pod uwagę wagę oraz zakres uwzględnionych i oddalonych zarzutów a także fakt, iż część zarzutu Zamawiający uwzględnił na rozprawie Izba, co w ocenie Izby również powinno mieć odzwierciedlenie w strukturze ponoszonych przez strony kosztów. Izba uznała, że tej sytuacji strony powinny ponieść koszty postępowania po połowie. Powyższe oznacza, że Zamawiający ponosi koszt postępowania odwoławczego w wysokości

½ w kwocie 9.300 zł. Natomiast Odwołujący powyższe koszty ponosi w wysokości ½ w kwocie 9.300 zł.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:
.....
.....