

WYROK
z dnia 25 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala
Przemysław Dzierzędzki
Danuta Dziubińska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 stycznia 2022 r. przez wykonawcę **Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa,**

przy udziale wykonawcy **"BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 1b, 2 i 3,
2. w pozostałym zakresie **oddala odwołanie.**
3. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław, i:
 - 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania,
 - 3.2. zasądza od odwołującego: Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław, na rzecz zamawiającego: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy)

tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Miasta Stołecznego Warszawy w planowanej ilości maksymalnej 144 000 Mg”, numer referencyjny: SZP.27.70.2021.LK. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31.12.2021 r., nr 2021/S 255-675059.

W dniu 10.01.2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym wykonawca Chemeko - System sp. z o. o. Zakład Zagospodarowania Odpadów, ul. Jerzmanowska 6 A, 54-519 Wrocław (dalej: „odwołujący”), zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 239 w zw. z art. 240 ust. 1 i 2 w zw. z art. 241 i art. 242 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 w zw. z art. 17 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. 2021.289 z zm.) poprzez:
 - a) ustalenie kryteriów oceny ofert w postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia w zakresie zastosowanego podkryterium „koszt transportu“, ponieważ przedmiot zamówienia nie obejmuje transportu odpadów, a obejmuje tylko ich zagospodarowanie,
 - b) ustalenie kryteriów oceny ofert w zakresie podkryterium „koszt transportu“ w sposób dowolny, uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach, bowiem zamawiający przyjął nierynkowe stawki 0,88 zł/km i „narzucił“ wykonawcom ich zastosowanie oraz wskazuje na odległości w tzw. „linii prostej“ - co wyklucza rzetelne i realne przedstawienie zamawiającemu kosztu transportu odpadów przez każdego z wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu;
 - c) ustalenie kryteriów oceny ofert w zakresie dot. „kosztu transportu“ w sposób uniemożliwiający dokonanie na jego podstawie wyboru najkorzystniejszej oferty jako takiej, która jest najkorzystniejsza cenowo, ponieważ transport odpadów nie stanowi przedmiotu zamówienia (jest wykonywany na podstawie innej umowy zawartej przez zamawiającego z firmą transportującą odpady) – zatem jego koszt, na który wykonawca zainteresowany złożeniem oferty w tym postępowaniu w ogóle nie ma wpływu, nie może

stanowić podkryterium prowadzącego do wyboru oferty najkorzystniejszej w tym postępowaniu;

- d) ustalenie kryteriów oceny ofert w zakresie dotyczącym „kosztu transportu“ w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz w sposób uniemożliwiający uzyskanie najlepszej jakości usług, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz w sposób uniemożliwiający uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych zamówienia, podczas gdy zamawiający powinien określić kryteria oceny ofert odnoszące się do przedmiotu zamówienia – zagospodarowania odpadów komunalnych dostarczonych przez zamawiającego, w sposób nieutrudniający dostępu do zamówienia innym podmiotom, zdolnym w sposób prawidłowy wykonać przedmiotowego zamówienia.
- 2) art. 99 ust. 1 ust. 4 w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym braku określenia procedury reklamacyjnej związanej z jakością przekazywanych odpadów do zagospodarowania, w tym umożliwienia wykonawcy odmowy przyjęcia odpadów i/lub przeklasyfikowania dostarczanych odpadów zgodnie z Katalogiem odpadów,
- 3) art. 99 ust. 1 ust. 4, w zw. z art. 16 i art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców, a tym samym zaniechanie przygotowania i prowadzenia postępowania z należytą starannością, w szczególności poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieprecyzyjny w zakresie dotyczącym pozostawienia zamawiającemu uprawnienia do przekierowania do własnej instalacji odpadów zielonych, tj. postanowienia pkt 13 OPZ,
- 4) art. 353¹ k.c., art. 471 k.c., art. 483 § 1 k.c., art. 484 § 1 i 2 k.c. w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 8 ust. 1 oraz art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3 oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez zastrzeżenie na rzecz zamawiającego kar umownych rażąco wygórowanych za nieosiągnięcie przez wykonawcę poziomów recyklingu z pominięciem faktu, że odpowiedzialność wykonawcy kształtować się winna stosownie do odpowiedzialności tego wykonawcy, jaka może być mu z tego tytułu rzeczywiście przypisana, w szczególności biorąc pod uwagę znane zamawiającemu problemy słabej jakości selektywnej zbiórki odpadów komunalnych „u źródła” oraz braku właściwej weryfikacji odpadów, ich jakości, przez podmioty odbierające odpady i dostarczające odpady do zagospodarowania, na co wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu, nie będąc podmiotem odbierającym odpady

komunalne – dlatego ustalenie kary umownej, jak to uczynił zamawiający we wzorze umowy, tj. w § 6 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy jest nieadekwatne i rażąco wygórowane oraz poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając wykonawcy odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu i ponownego użycia w zakresie, w jakim wykonawca nie odpowiada za nie; w związku z tym działanie zamawiającego jest nieproporcjonalne i obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością nie za swoje działania lub zaniechania.

W szczególności odwołujący wskazał, co następuje.

„3. Zamawiający udzieli Zamówienia wykonawcy, który przedstawi najniższy koszt usługi (pkt 20.6 SWZ). Jak wynika z pkt 20.5 SWZ, „Koszt usługi” stanowi:

- cena oferty podana przez wykonawcę w ofercie (formularz ofertowy) oraz

- wyliczony przez Zamawiającego „Koszt transportu odpadów”,

i to właśnie tak ustalony „Koszt usługi” będzie stanowić podstawę dla porównania ofert i ich oceny w jedynym kryterium „Koszt usługi”.

4. Zgodnie z pkt 21.4. SWZ:

„21.4. Elementem, którego wartość będzie przedmiotem aukcji elektronicznej dla każdej części (zadania) jest koszt usługi za realizację danego zadania. Wartościami wyjściowymi w aukcji elektronicznej dla każdego wykonawcy jest koszt usługi określonej części zamówienia (zadania) wynikający z oferty złożonej przez danego Wykonawcę w odpowiedzi na publiczne ogłoszenie o zamówieniu, przy czym:

„Cena oferty” – ma charakter zmienny, tj. może ulec zmianie w wyniku złożenia oferty (postąpienia) w toku aukcji elektronicznej;

„Koszt transportu” - ma charakter niezmienny, tj. nie może ulec zmianie w aukcji elektronicznej. Tym samym, z uwagi na niezmienny charakter kosztu transportu, Wykonawca składając w toku aukcji elektronicznej kolejne korzystniejsze postąpienia oferuje niższą cenę oferty brutto za zagospodarowanie odpadów. Przykładowo, jeśli na koszt usługi oferty złożonej przez Wykonawcę w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu składają się cena oferty brutto w wysokości 80 000 zł i koszt transportu w wysokości 20 000 zł, to łączny koszt usługi wynosi 100 000 zł. Wykonawca, składając w toku aukcji ofertę (postąpienie) wykonania zamówienia za kwotę np. 99 000 zł, przy niezmiennych kosztach transportu (20 000 zł) składał będzie ofertę wykonania usługi za cenę oferty brutto w wysokości 79 000 zł brutto”.

Ad. zarzut nr 1

a) ustalenie kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób niezwiązany z przedmiotem zamówienia w zakresie zastosowanego kryterium kosztu obejmującego „koszt transportu”.

(...) 4. Zgodnie z pkt 20.4.1.2. SWZ podmiotem odpowiedzialnym za transport odpadów do

instalacji lub stacji przeładunkowej wskazanej w ofercie w tym postępowaniu jest wykonawca, który został wybrany przez Zamawiającego w przetargu organizowanym przez Miasto Stołeczne Warszawa (ogłoszenie o zamówieniu Dz.Urz. UE 2018/S 173-392688) – zatem transport odpadów realizowany jest w wyniku innego, odrębnego zamówienia i jest wyłączony z przedmiotu zamówienia w tym Postępowaniu. Wykonawcy składający oferty w tym postępowaniu nie mają też jakiegokolwiek wpływu na ustalenie kosztów transportu odpadów.

5. Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wskazuje, że Zamawiający wadliwie ustalił kryterium oceny ofert, ponieważ ewidentnie kryterium oceny ofert bazujące na wyliczonych przez Zamawiającego „kosztach transportu” nie tylko nie jest w żaden sposób związane z przedmiotem zamówienia oferowanym przez wykonawcę, a wręcz wprost Zamawiający podał, że dotyczą realizacji innego, już udzielonego zamówienia. Zatem potwierdza się zarzut dotyczący naruszenia art. 241 ust. 1 ust. 2 ustawy Pzp.

6. (...) Przenosząc powyższe na grunt przedmiotowej sprawy, zauważyć należy, że odległość transportu odpadów jest właśnie uzależniona od posiadania w tym wypadku instalacji, od wskazanej przez Zamawiającego granicy zadania, z którego następuje transport odpadów. Z tych też przyczyn uznać należy, że „koszty transportu” w tym Postępowaniu jako element kryterium oceny ofert są niedopuszczalne, gdyż nie są związane z przedmiotem zamówienia, a dotyczą de facto właściwości wykonawcy, dlatego dyskryminowanie wykonawców, którzy są w stanie zaoferować realizację przedmiotu umowy zgodnie z jego opisem, tylko z uwagi na to, że świadczenie przez nich usługi wymaga transportu odpadów na odcinku dłuższym niż 40 km, stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji. (...)

b) i c) ustalenie kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób dowolny, uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach;

4. (...) Przepis art. 239 ust. 2 Pzp wprost przy tym stanowi, że najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem. Tak więc ocenie w ramach „Kryterium kosztu” podlegać będzie oferta z najniższym kosztem lub ceną, tymczasem w ofertach składanych w tym postępowaniu wykonawcy podają jedynie cenę za zagospodarowanie 1 Mg odpadów komunalnych. Oferty nie zawierają jakichkolwiek innych cen czy kosztów. Kryteria oceny ofert odnoszące się także kosztów transportu nie może być więc odnoszone do kosztów narzuconych przez Zamawiającego, nie wynikających z oferty, w sytuacji gdy wykonawcy nie oferują własnych stawek – takich kosztów, jakie realnie w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia składałyby się na „koszty transportu” w ramach wskazanego kryterium. Jak podkreśla się w przepisie art. 240 ust. 2 Pzp, kryteria oceny ofert mają umożliwić weryfikację

oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. W niniejszym postępowaniu wykonawcy informacji dotyczących kosztów transportu w ofertach nie przedstawiają.

5. W wyniku powyższego doszło do sytuacji, w której de facto to okoliczności właściwe wykonawcy - to jest, gdzie wykonawca posiada instalacje, a nie stawka za km transportu odpadu określana przez wykonawcę, ma podlegać ocenie, co oczywiście jest niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Pzp w ramach zastosowanego przez Zamawiającego kryterium kosztu.

6. Dodatkowo podkreślić należy, że w realiach dzisiejszych wskazana przez Zamawiającego stawka 0,88 zł/km jest rażąco wygórowana i dyskryminuje przez to wykonawców, którzy są w stanie w realiach rynkowych wykonać usługę transportu znacznie taniej, a jedynie przez wadliwe skonstruowanie kryteriów oceny ofert przez Zamawiającego znajdują się w gorszej pozycji w stosunku do tych wykonawców, którzy posiadają instalacje w „sąsiedztwie” Zamawiającego, do 40 km w linii prostej od granicy zadania. Koszt transportu za 1 Mg z terenu zadania do instalacji Odwołującego to wg SWZ (stawek Zamawiającego tam podanych) koszt ok. 230 zł za 1 Mg. Tymczasem Odwołujący korzysta z usług spedytorów, gdzie koszt transportu mógłby być znacznie niższy za 1 Mg, na poziomie ok. 160 zł za 1 Mg, a nadto biorąc pod uwagę standardowe umowy ze spedytorami, zgodnie z którymi pojazdy nie wracają „na pusto”, koszt ten byłby finalnie jeszcze podzielony przez 2. Tym samym całkowicie niezrozumiała jest koncepcja doliczania do ceny oferty, dla potrzeb jej oceny, kosztów transportu Zamawiającego nieprzystających do możliwości własnych wykonawców ubiegających się o to zamówienie.

7. Zgodnie z pkt 20.4.2. SWZ Zamawiający uwzględni w ramach kryterium oceny ofert – „Koszt transportu” odległość instalacji lub stacji przeładunkowej do 40 km w linii prostej od granicy zadania, przy czym zgodnie z pkt 20.4.6.1. dla instalacji/stacji przeładunkowych, do których są odprowadzane odpady na podstawie umów zawartych przez M. st. Warszawa, przyjęta zostanie odległość wyliczona przez BGO stanowiąca podstawę rozliczenia kosztów transportu z wykonawcą realizującą te umowy, natomiast dla innych instalacji/stacji przeładunkowych – na podstawie mapy ze strony geoportal.gov.pl (zgodnie z pkt 20.4.6.2 SWZ). Taki zapis nie tylko nie jest zrozumiały, ale narusza zasady równego traktowania wykonawców.

8. Jeżeli bowiem Zamawiający decyduje się na ocenę „Kosztów transportu” w ramach „Kosztu usługi”, winien wziąć pod uwagę realne koszty transportu do każdej instalacji lub stacji przeładunkowej wskazanej w ofertach, także w granicach zadania, z którego następuje transport odpadów, według takich samych zasad.

9. Koszty transportu nie są bowiem ponoszone „za km w linii prostej”, w szczególności, że w tym przypadku mówimy o transporcie ciężkim, realizowanym pojazdami z naczepą

z ruchomą podłogą (tzw. „walking floor”), o tonażu do 24 ton. Masa pojazdu determinuje więc trasę, jaką pojazd może się poruszać – nie po wszystkich drogach w kraju może przecież przejechać taki pojazd, w tym w obrębie zadania (przykładowo w linii prostej odległość może wynosić do 40 km, ale już nie, uwzględniając rzeczywistą drogę). (...)

d) ustalenie kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców;

1. Ustanowienie kryterium oceny ofert w taki sposób, który powoduje, że pomimo zastosowania kryterium kosztu, de facto o wygranej w Postępowaniu decydować będzie położenie, lokalizacja instalacji, jakimi dysponuje wykonawca, stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz efektywności. (...)

e) ustalenie kryteriów oceny ofert w Postępowaniu w sposób, który stanowi naruszenie dyscypliny finansów publicznych,

(...) 2. Aby nie powtarzać wskazanej powyżej argumentacji, Odwołujący w tym miejscu powołuje się na wcześniej opisane naruszenia przepisów ustawy Pzp, w związku z nieprawidłowym określeniem przez Zamawiającego kryteriów oceny ofert w tym Postępowaniu. (...)

Ad. zarzut nr 2, nr 3, nr 4:

1. Zgodnie z pkt 30 w zw. z pkt 32 OPZ – Cz. II SWZ wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia w każdym roku realizacji zamówienia poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej w odwołaniu obowiązek ten jest opisywany jako „osiągnięcie poziomów recyklingu odpadów komunalnych”). Za niewykonanie tego obowiązku Zamawiający może naliczyć wykonawcy karę umowną zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy – Cz. VI SWZ. Sposób sformułowania wysokości kary umownej wskazuje, że Zamawiający przerzucił na wykonawcę zagospodarowującego odpady komunalne całą odpowiedzialność gminy za osiągnięcie odpowiedniego poziomu recyklingu odpadów komunalnych. Przedmiotowa kara umowna powiela bowiem w całości karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z i 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. (...)

3. Na wstępie należy wskazać, że nastąpiła radykalna zmiana przepisów prawa, nie tylko w zakresie samych procentowych poziomów recyklingu za rok 2022, ale przede wszystkim w zakresie sposobu obliczania poziomów recyklingu odpadów komunalnych. W dniu 20 sierpnia 2021 r. w zostało opublikowane Rozporządzenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. poz. 1530), dalej jako Rozporządzenie 2021. Rozporządzenie weszło w życie w dniu 4 września 2021 r.

Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych, a także określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi: (...)

4. Reasumując: Z zestawienia przedstawionych przepisów Rozporządzenia 2021 jednoznacznie wynika, że masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się dopiero po wyjściu odpadu z instalacji dedykowanej do przygotowania odpadów do recyklingu, przykładowo, dla zobrazowania sytuacji – w zakresie odpadów szklanych, po wyjściu stłuczki szklanej z instalacji przygotowującej stłuczkę dla potrzeb hut szkła. Idąc dalej tym przykładem, tylko masa stłuczki szklanej przekazanej do hut szkła może być wliczana do poziomów recyklingu, bo tylko taka stłuczka jest przetwarzana na materiały, substancje, które nie są odpadami. Dla potrzeb obliczania poziomów recyklingu istotne jest wprowadzenie odpadów nie do jakiegokolwiek procesu recyklingu, ale do recyklingu, w wyniku którego odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami. Takie procesy recyklingu prowadzone są – w odniesieniu do „przykładowej” stłuczki szklanej w Polsce – w hutach szkła.

5. Integralną częścią Rozporządzenia 2021 w zakresie metod obliczeń i punktów obliczeniowych jest Decyzja wykonawcza Komisji (UE) 2019/1004 z dnia 7 czerwca 2019 r. określająca zasady obliczania, weryfikacji i zgłaszania danych dotyczących odpadów zgodnie z dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE oraz uchylająca decyzję wykonawczą Komisji C(2012) 2384 (Dz. U. UE. L. z 2019 r. Nr 163, str. 66,) zwana dalej jako „Decyzja 2019/1004”: (...)

7. (...) Innymi słowy, masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się po wszystkich procesach przygotowujących odpady do przekazania finalnego recyklera (np. do huty szkła, papierni, huty metali), czyli dopiero w momencie, gdy znajdują się w magazynie przed wysyłką do recyklera (np. huty szkła, papierni, huty metali). (...)

10. Co więcej, uwzględniając procesy w instalacjach, które polegają na szczegółowym sortowaniu i doczyszczaniu materiału wejściowego (np. stłuczki szklanej, papieru, metali), należy zauważyć, że wszelkie zanieczyszczenia, które do tej pory były uwzględniane jako masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi, od 2022 roku nie będą zaliczane do tej masy. Prowadzi to do wniosku, że masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zmniejszy się o ilość zanieczyszczeń odrzuconych w instalacji podczas procesów przetwarzania, a także o tzw. ubytki procesowe, które ze względu na wymagania jakościowe recyklerów nie mogą zostać przetworzone. (...)

12. Ostateczna masa odpadów komunalnych poddanych recyklingowi zależy więc od wielu czynników i podmiotów gospodarujących odpadami komunalnymi, począwszy od „źródła” (mieszkańca wytwarzającego odpad) do recyklera:

1) Słaba jakość selektywnej zbiórki „u źródła”

Niski poziom selektywnej zbiórki „u źródła” wpływa na masę odpadów, które w instalacjach przygotowujących do recyklingu muszą zostać odrzucone, co powoduje, że po wejściu w życie Rozporządzenia 2021 różnice w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi mogą być znaczące w stosunku do wcześniejszych okresów rozliczeniowych. (...)

2) Odbiór i transport odpadów surowcowych nie jest w gestii wykonawcy zagospodarowującego te odpady

(...) Odwołującemu przekazywane są odpady w znacznym stopniu zanieczyszczone, nieodpowiadające swym składem odpady opisane na Kartach Przekazania Odpadu. Odwołujący nie ma żadnych instrumentów nacisku na podmioty odbierające odpady, które są mu następnie przekazywane. To właśnie te podmioty oraz Biuro Gospodarki Odpadami Urzędu m. st. Warszawy, kontrolujące umowy obejmujące odbiór i transport odpadów do instalacji, winny wnikliwie weryfikować odbierane odpady (sic!). Jak więc w takiej sytuacji wykonawca, który ma jedynie zagospodarować odpad, ma przejąć całą odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu z przekazanych mu odpadów?!

3) Bardzo wysokie wymagania jakościowe stawiane przez recyklerów, np. przez huty szkła, papiernie, huty metali

(...) Wszelkie procesy polegające na dodatkowym doczyszczeniu i sortowaniu odpadów u kolejnych posiadaczy odpady (w kolejnych instalacjach zdolnych do przetworzenia odpadów w sposób oczekiwany przez recyklerów) są efektem bardzo „wyśrubowanych” wymogów jakościowych recyklerów, którzy nie mogą poddać recyklingu, czyli przerobić na produkt, materiał czy substancję nie będącą odpadem, odpadów z zanieczyszczeniami.

13. Biorąc pod uwagę powyższe, należy ponownie zaznaczyć, że to wysokie standardy jakościowe odpadów surowcowych stawiane przez recyklerów (np. huty szkła, papiernie, huty metali) definiują działania, które muszą zostać podjęte w instalacjach przed przekazaniem odpadów do recyklingu. Nie ma zatem żadnych podstaw prawnych ani faktycznych do przerzucania przez gminy, i co za tym idzie Zamawiającego w tym postępowaniu, całej odpowiedzialności za osiągnięte poziomy recyklingu odpadów komunalnych na podmioty jedynie zagospodarowujące odpady komunalne, w szczególności w realiach niniejszego postępowania i poniższych zapisów SWZ:

(1) SWZ nie przewiduje jakiegokolwiek procedury reklamacyjnej co do jakości odpadów przekazywanych do zagospodarowania, co powoduje, że wykonawca musi przyjąć na instalacji wszystko, co zostanie zadeklarowane jako odpad z zadań wskazanych w pkt 1 OPZ (Ursynów, Wilanów), pod kodami wskazanymi w postępowaniu. (...) Wzór umowy w niniejszym postępowaniu nie przewiduje ani możliwości odmowy przyjęcia odpadów niezgodnych z klasyfikacją na Karcie Przekazania Odpadów czy ani możliwości

przekwalifikowania odpadów przez wykonawcę zagospodarowującego odpady zgodnie ze składem morfologicznym przekazywanych odpadów. Mało tego, odmowa przyjęcia odpadów ze strony Wykonawcy skutkuje nałożeniem kary umownej w wysokości 0,1% łącznego wynagrodzenia zgodnie z § 6 ust. 3 pkt 5 wzoru umowy – cz. VI SWZ. Tymczasem zła jakość odpadów, w tym surowców, wpływać będzie na osiągnięcie bardzo zaostrożonych poziomów recyklingu. Słabej jakości odpady surowcowe w ogóle bowiem do recyklingu się nie nadają.

(2) Zgodnie z pkt 13 OPZ – Cz. II SWZ (informacja po tabelką) Zamawiający uprawniony jest do kierowania strumienia odpadów zielonych oraz do odpadów wielkogabarytowych do instalacji własnej Zamawiającego „w sytuacji wzrostu strumienia odbieranych odpadów tego rodzaju”. (...) Odwołujący rozumie, że poziom recyklingu dotyczy wyłącznie odpadów dostarczonych do Wykonawcy, ale zapis ten wskazuje na sytuację, gdzie MPO Warszawa (Zamawiający w tym postępowaniu) przejmuje „lepsze” odpady, a do innych instalacji, konkurencyjnych jak widać, przekaże odpady „gorsze”, skoro owe instalacje nie mogą odmówić ich przyjęcia (vide pkt 1 powyżej). Tymczasem odpady zielone, zgodnie z przywołanym wyżej Rozporządzeniem 2021, znacznie poprawiają poziom recyklingu, bowiem praktycznie cały strumień tych odpadów przekazywany jest do recyklingu w procesie R3.

14. Jak widać z powyższego, proponowane zapisy odnoszące się do osiągnięcia poziomów recyklingu przez wykonawcę zagospodarowującego odpady komunalne, przy braku procedur reklamacyjnych co do jakości odpadów, braku możliwości odmowy przyjęcia odpadów wadliwie zaklasyfikowanych, przy zapisie umożliwiającym Zamawiającemu przejęcie strumienia odpadów poprawiających w praktyce poziomy recyklingu, naruszają przepisy prawa, a to przepis art. 99 ust. 1 i ust. 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 Pzp. Zamawiający, będący także podmiotem konkurencyjnym do wykonawców ubiegających się o zamówienie w zakresie zagospodarowania odpadów zielonych i jednocześnie jednym z podmiotów odbierających odpady komunalne z m.st. Warszawy, opisuje OPZ i postanowienia wzoru umowy w sposób skrajnie niekorzystny dla wykonawców ubiegających o to zamówienia, nieuwzględniający realiów wykonania usługi, obiektywnych możliwości wykonawcy do osiągnięcia poziomów recyklingu, a przez to naruszający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, nieproporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, nieprzejrzyste, co stanowi także o naruszeniu przepisu art. 353¹ k.c., art. 5 k.c. i art. 58 § 2 i 3 k.c. w zw. z art. 8 ust. Pzp. (...)

24. Zamawiający narusza przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając

wykonawcy odpowiedzialność na zasadzie kar umownych za nieosiągnięcie poziomów recyklingu w zakresie, w jakim wykonawca nie jest w stanie wpłynąć na ten poziom. W związku z tym jest to działanie nieproporcjonalne, Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania. (...)"

W związku z powyższym odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji treści dokumentacji postępowania, w taki sposób:

- 1) aby z jej postanowień usunięto niezgodne z przepisami ustawy Ppz regulacje dotyczące kryterium oceny ofert w oparciu o niezależne od wykonawcy „koszty transportu”, ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu - dokonanie modyfikacji w taki sposób, aby w kryterium oceny ofert uwzględniano realne koszty transportu do instalacji wskazywanych w ofercie,
- 2) aby zmniejszyć karę umowną zawartą w § 6 ust. 3 pkt 3 wzoru umowy,
- 3) aby zamawiający określił procedurę reklamacyjną związaną z jakością przekazywanych odpadów do zagospodarowania, w tym umożliwiającą wykonawcy odmowę odbioru odpadów i/lub przeklasyfikowania odpadów zgodnie z Katalogiem odpadów stosownie do składu morfologicznego odpadów przekazywanych do zagospodarowania;
- 4) aby z postanowień opisu przedmiotu zamówienia w pkt 13 usunąć regulację brzmiącą: „** Zamawiający zastrzega możliwość kierowania strumienia odpadów zielonych oraz odpadów wielkogabarytowych do instalacji własnej Zamawiającego. Odpady zielone lub wielkogabarytowe zostaną przekierowane do zagospodarowania w sytuacji wzrostu strumienia odbieranych odpadów tego rodzaju”.

Pismem z dnia 14.01.2022 r. wykonawca "BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa (dalej: „przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Izba stwierdziła, że przystąpienie zostało dokonane skutecznie.

Pismem z dnia 24.01.2022 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której poinformował, że:

- 1) uwzględnia zarzut nr 1b), sformułowany w odniesieniu do pkt 20.4.6 SWZ i uzasadnionego w pkt 7 (str. 14) odwołania, poprzez zmianę SWZ polegającą na przyjęciu nowego brzmienia pkt 20.4.6. SWZ w brzmieniu:
„Odległość do instalacji zagospodarowania odpadów lub stacji przeladunkowej wskazanej/-ych przez Wykonawcę w ofercie (Formularz oferty) zostanie zmierzona od granicy obszaru zadania do miejsca lokalizacji instalacji lub stacji przeladunkowej po najkrótszej drodze w linii prostej, przy wykorzystaniu oprogramowania klasy GIS. Informacje o działkach zostaną pobrane z udostępnionej pod adresem: <https://integracja.gugik.gov.pl/eziudp/> ewidencji zbiorów i usług przestrzennych.

W trakcie obliczeń wykorzystana zostanie usługa pobierania danych WFS, zaś w przypadku braku dostępności usługi pobierania, zostanie wykorzystana usługa przeglądania WMS. Otrzymane wartości zostaną zaokrąglone do najbliższej liczby całkowitej (do pełnego kilometra)."

W tym zakresie, Zamawiający dokonał w dniu 19.01.2022 r. zmiany SWZ.

2) uwzględnia zarzut nr 2 dotyczący braku w OPZ określenia procedury reklamacyjnej związanej z jakością przekazywanych odpadów do zagospodarowania w zakresie umożliwiającym odmowę:

- przyjęcia frakcji odpadów innych niż objęte przedmiotem zamówienia oraz
- w przypadku dostawy odpadów w sposób niezgodny z wykazem instalacji bądź stacji przeładunkowych dla poszczególnych rodzajów odpadów, określonym w treści oferty, przy jednoczesnym zobowiązaniu wykonawcy do weryfikacji odpadów przed przyjęcie odpadów do instalacji (przed skierowaniem do rozładunku).

Jednocześnie zamawiający zaznaczył, iż nie uznaje zarzutu w zakresie braku określenia w OPZ procedury reklamacyjnej związanej z jakością odpadów w zakresie umożliwiającym odmowę czy przeklasyfikowanie odpadów.

Niemniej jednak, zarzut nr 2 i żądanie zawiera spójnik „lub” oznaczający możliwość wyboru przez zamawiającego jednego z dwóch zarzutów i żądań i z tego względu tj. ze względu na uwzględnienie jednego z dwóch zarzutów i żądań, postępowanie odwoławcze, w ocenie zamawiającego, podlega umorzeniu,

3) zarzutu nr 3 dotyczącego pkt 13 OPZ dotyczącego uprawnienia zamawiającego do przekierowania do własnej instalacji odpadów zielonych oraz żądanie dokonania zmiany pkt 13 OPZ, poprzez usunięcie zapisu: „***Zamawiający zastrzega możliwość kierowania strumienia odpadów zielonych oraz odpadów wielkogabarytowych do instalacji własnej Zamawiającego. Odpady zielone lub wielkogabarytowe zostaną przekierowane do zagospodarowania w sytuacji wzrostu strumienia odbieranych odpadów tego rodzaju*”.

4) wnosi o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Przystępujący nie zgłosił sprzeciwu wobec uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów ww. zakresie.

Wobec powyższego rozpoznaniu przez Izbę podlega zarzut nr 1 (w zakresie, w jakim nie został uwzględniony przez zamawiającego) i zarzut nr 4.

W trakcie rozprawy strony i przystępujący podtrzymali swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie

i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron i przystępującego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane czynności zamawiającego.

Ponadto Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 dotyczącego kryterium oceny ofert – koszt transportu, w pierwszej kolejności należy przytoczyć właściwe przepisy.

Zgodnie z art. 239 ust. 2 ustawy Pzp:

2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem.

Zgodnie z art. 241 ust. 1 i 2 ustawy Pzp:

1. Kryteria oceny ofert muszą być związane z przedmiotem zamówienia.

2. Związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach oraz w odniesieniu do dowolnych etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.

Zgodnie z art. 242 ust. 1 ustawy Pzp:

1. Najkorzystniejsza oferta może zostać wybrana na podstawie:

- 1) kryteriów jakościowych oraz ceny lub kosztu;
- 2) ceny lub kosztu.

Zgodnie z art. 245 ust. 1- 4 ustawy Pzp:

1. Kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia.

2. Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w odpowiednim zakresie niektóre lub wszystkie koszty ponoszone w czasie cyklu życia produktu, usługi lub robót budowlanych.

3. Do kosztów, o których mowa w ust. 1, należą w szczególności koszty:

- 1) poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników, związane z:
 - a) nabyciem,
 - b) użytkowaniem, w szczególności zużyciem energii i innych zasobów,
 - c) utrzymaniem,
 - d) wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty rozbiórki i recyklingu;

- 2) przypisywane ekologicznym efektom zewnętrznym, związane z produktem, usługą lub robotami budowlanymi w okresie ich cyklu życia, o ile ich wartość pieniężną można określić i zweryfikować, w szczególności koszty emisji gazów cieplarnianych i innych zanieczyszczeń oraz inne związane z łagodzeniem zmian klimatu.
4. W przypadku szacowania kosztów w oparciu o rachunek kosztów cyklu życia, w dokumentach zamówienia określa się dane, które mają przedstawić wykonawcy, oraz metodę, którą zastosuje zamawiający do oszacowania kosztów cyklu życia na podstawie tych danych.

Należy także zwrócić uwagę na okoliczności faktyczne towarzyszące udzieleniu przedmiotowego zamówienia. W 2019 r. Miasto Stołeczne Warszawa zawarło umowę na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości położonych w dzielnicach Ursynów i Wilanów. W umowie tej przewidziano wynagrodzenie obliczane zgodnie ze wskazaną w umowie metodą, uzależniającą wysokość wynagrodzenia od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej, ze szczególnym uwzględnieniem sposobu obliczania wynagrodzenia dla odległości powyżej 40 km. Jednocześnie na podstawie umowy z 2017 r. Miasto Stołeczne Warszawa zobowiązało Zamawiającego, tj. Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o., m.in. do wykonywania zadań związanych z zagospodarowaniem odpadów. Tym samym odbiór odpadów jest zadaniem, które realizuje Miasto Stołeczne Warszawa, natomiast zagospodarowanie tych odpadów jest zadaniem realizowanym przez Zamawiającego. Wykonywanie obu tych zadań się ze sobą wiąże.

Zamawiający ustalił w niniejszym postępowaniu jako kryterium oceny ofert: koszt usługi (100%), obejmujący następujące zsumowane koszty:

- 1) „Cena oferty” za zagospodarowanie odpadów komunalnych, oraz
- 2) „Koszt transportu” odpadów komunalnych ponoszony przez Zamawiającego lub Miasto Stołeczne Warszawa za transport odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowej/-ych wskazanej/-ych przez wykonawcę w ofercie.

W pkt 20.4.1. swz wskazano, że w ramach oceny ofert brane będą pod uwagę koszty transportu odpadów, jakie Zamawiający lub Miasto Stołeczne Warszawa będzie zobowiązane ponieść w związku ze:

20.4.1.1. wskazaniem przez wykonawcę w ofercie adresu instalacji, w których odpady będą zagospodarowane lub adresu stacji przeładunkowej, do której będą one transportowane, odległej o ponad 40 km w linii prostej od granicy zadania, z którego następuje transport odpadów,

20.4.1.2. wynikającą z treści złożonej oferty, koniecznością wypłaty wyższego wynagrodzenia podmiotom odpowiedzialnym za transport odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowej, które zostały wybrane w przetargu organizowanym przez Miasto Stołeczne Warszawa (ogłoszenie o zamówieniu Dz.Urz. UE 2018/S 173-392688), w sytuacji, gdy transport odpadów odbywa się do instalacji lub stacji przeładunkowej odległej o ponad 40 km w linii prostej od granicy zadania, z którego następuje transport odpadów.

Na podstawie zatem umów zawartych z Miastem Stołecznym Warszawa, Zamawiający przyjął, że koszt transportu wyłącznie do instalacji lub stacji przeładunkowej położonej/-ych w odległości do 40 km od granicy zadania wynosi 0 zł, natomiast koszt 1 km transportu 1 Mg odpadów dla poszczególnych zadań, przy odległości ponad 40 km od granic zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej, wynosi brutto:

Zadanie 1(8.1)* - 0,88 zł za 1 km,

Zadanie 2(8.2)* - 0,88 zł za 1 km.

Zamawiający określił także metodę obliczenia kosztu transportu polegającą na pomnożeniu:

- odległości mierzonej w kilometrach w linii prostej od granicy zadania, z którego będą transportowane odpady od instalacji lub stacji przeładunkowej wskazanej/-ych w ofercie, pomniejszonej/-ych o 40 km,
- właściwej dla danego zadania stawki wynagrodzenia za transport 1 Mg odpadów wskazanej w pkt 20.4.7. swz,
- właściwej dla danego zadania lub ilości odpadów lub także frakcji odpadów (w przypadku wskazania w ofercie różnych instalacji/stacji przeładunkowych dla poszczególnych frakcji odpadów) przewidzianych do zagospodarowania określonych w OPZ i przywołanych w pkt 20.4.8. swz.

W stosunku do tak skonstruowanego kryterium oceny ofert w zakresie kosztu transportu, odwołujący sformułował następujące zarzuty:

- a) kryterium to nie jest związane z przedmiotem zamówienia,
- b) Zamawiający przyjął nierynkowe stawki 0,88 zł/km i narzucił wykonawcom ich zastosowanie oraz wskazał na odległości w tzw. „linii prostej”,
- c) wykonawcy nie mają wpływu na koszt transportu,
- d) ww. kryterium narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz uniemożliwia uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych zamówienia.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kryterium kosztu zostało przewidziane

przez ustawodawcę w przytoczonych wyżej przepisach ustawy Pzp, które stanowią implementację do polskiego porządku prawnego przepisów dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Jak słusznie zauważył Zamawiający, w motywie 96 dyrektywy ustawodawca unijny wprost wskazał koszty transportu jako koszty cyklu życia m.in. dla usług. Tym samym należy stwierdzić, że koszty transportu mogą być co do zasady wykorzystywane w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego jako kryterium oceny ofert. Ponadto kryterium kosztu może być oparte na metodzie efektywności kosztowej, jaką jest rachunek kosztów cyklu życia, przy czym zarówno z przepisów ustawy Pzp, jak i z przepisów dyrektywy wynika, że w takim wypadku zamawiający zobowiązany jest wskazać dane wymagane od wykonawców oraz metodę określenia kosztów cyklu życia w oparciu o te dane. W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wymaga od wykonawców wskazania w ofercie adresów instalacji lub stacji przeładunkowych, do których odpady będą wożone, jak też opisał metodę obliczenia kosztów transportu uwzględniającą informacje o adresach ww. instalacji lub stacji przeładunkowych.

W świetle powyższych ustaleń, przede wszystkim stwierdzić należy, że kryterium kosztu transportu jest związane z przedmiotem niniejszego zamówienia. Mimo tego, że zamówienie zostało określone jako usługa zagospodarowania odpadów komunalnych, faktem jest, że odpady w celu ich zagospodarowania muszą być dowieszone do instalacji lub stacji przeładunkowej. Nie można zatem zagospodarowania odpadów rozpatrywać w oderwaniu od kosztów, jakie się z tym zagospodarowaniem wiążą, czyli w tym wypadku – od kosztów transportu. Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, w umowie zawartej przez Miasto Stołeczne Warszawa w 2019 r. określono wynagrodzenie za odbiór odpadów zależny od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeładunkowej, z uwzględnieniem zwłaszcza odległości na ponad 40 km. Z powyższego wynika, że po pierwsze, koszty transportu są częścią kosztów, jakie ponosi Zamawiający i Miasto Stołeczne Warszawa w związku z zagospodarowaniem odpadów, po drugie, że koszty te są generowane przede wszystkim w przypadku dowożenia odpadów do instalacji lub stacji przeładunkowych odległych o ponad 40 km od granicy zadania. Tym samym kryterium kosztu transportu, obliczane m.in. w oparciu o odległość instalacji bądź stacji przeładunkowej od granicy zadania, jest związane z przedmiotem zamówienia. Na powyższe nie ma wpływu kwestia, czy możliwe byłoby zastąpienie tego kryterium innym kryterium w postaci odległości instalacji/stacji przeładunkowej lub w postaci kryterium środowiskowego, zresztą ani zarzut ani żądanie w tym zakresie nie zostało sformułowane w odwołaniu.

Za niezasadną uznała Izba argumentację Odwołującego dotyczącą narzucenia w ramach ww. kryterium nierynkowych stawek 0,88 zł/km i ustalania odległości w „linii prostej“. Pomijając w tym miejscu niekonsekwencję Odwołującego, który z jednej strony uznaje ww. stawkę za nierynkową i przedstawia dowody mające potwierdzać możliwość uzyskania niższych cen, a z drugiej strony zwraca uwagę na wzrost cen oraz podnosi, że w trakcie realizacji tego zamówienia wskazana stawka może być już nieadekwatna, przede wszystkim należy ponownie wskazać na to, co wynika z umowy zawartej w 2019 r. przez Miasto Stołeczne Warszawa. Jak już wyżej wskazano, w umowie tej przewidziano wynagrodzenie obliczane zgodnie ze wskazaną w umowie metodą, uzależniającą wysokość wynagrodzenia od odległości od granicy zadania do instalacji lub stacji przeladunkowej liczonej po najkrótszej drodze w linii prostej i na tej podstawie zamawiający ustalił stawkę 0,88 zł za 1 km transportu 1 Mg odpadów (przy odległości powyżej 40 km). Taki zatem koszt będzie faktycznie ponoszony, gdyż został on ustalony w umowie z 2019 r. Nie ma wobec tego znaczenia, jakie stawki byłyby lepsze wg Odwołującego, gdyż Zamawiającego będzie obowiązywać stawka wynikająca z ww. umowy. To ta stawka, z uwzględnieniem odległości instalacji lub stacji przeladunkowej od granicy zadania oraz ilości odpadów lub ich frakcji, wyznacza realny koszt transportu, jaki poniesie Zamawiający. Tym samym nie można zgodzić się z Odwołującym, że jest to stawka „nierynkowa”, gdyż w tych okolicznościach faktycznych sprawy jest ona jak najbardziej realna.

W ww. umowie z 2019 r. wskazano również, że odległość instalacji lub stacji przeladunkowej od granicy zadania będzie liczona po najkrótszej drodze w linii prostej. Na obecnym etapie Zamawiający nie może zatem obliczać odległości inaczej niż w linii prostej, gdyż prowadziłoby to do oderwania kryterium oceny ofert od realnej metody obliczania kosztów transportu wynikającej z ww. umowy. Przy czym należy zauważyć, że uwzględniając zarzut nr 1b Zamawiający dokonał modyfikacji swz poprzez zmianę sposobu wyliczania odległości w linii prostej.

Nie można się także zgodzić z Odwołującym, że wykonawcy nie mają wpływu na koszt transportu, co wykluczałoby jego zastosowanie jako kryterium oceny ofert. Raz jeszcze należy zauważyć, że kryterium to jest obliczane m.in. w oparciu o odległość instalacji bądź stacji przeladunkowej od granicy zadania, przy czym instalacje lub stacje przeladunkowe wskazuje sam wykonawca w swojej ofercie. Wykonawca ma więc wpływ na koszt transportu obliczony w ramach kryterium oceny ofert poprzez wskazanie w ofercie takich a nie innych instalacji lub stacji. Sposób przyznawania punktów w ww. kryterium ma na celu motywowanie wykonawców do wskazywania jak najbliższych instalacji czy stacji (do 40 km od granicy zadania), co pomniejszałoby koszty ponoszone następnie przez Zamawiającego i Miasto Stołeczne Warszawa, niemniej jednak wykonawcy sami decydują o treści swoich

ofert w tym zakresie, wpływając w ten sposób na obliczony koszt transportu.

Izba nie podzieliła także stanowiska Odwołującego, zgodnie z którym kwestionowane kryterium narusza uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, uniemożliwia uzyskanie najlepszej jakości usług w ramach środków, które Zamawiający może przeznaczyć na jego realizację oraz uniemożliwia uzyskanie najlepszych efektów gospodarczych zamówienia. Niewątpliwie jednym z celów ustalania kryteriów oceny ofert jest wybór oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Jak wskazano już wyżej, zagospodarowanie odpadów pociąga za sobą konieczność ponoszenia kosztów ich transportu, zatem ocenianie ofert m.in. pod kątem generowanego przez nie kosztu transportu służy właśnie temu, by wybrać ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, tj. ofertę przyczyniającą się do ograniczenia wydatków Zamawiającego. Jednocześnie kryterium to nie ogranicza wykonawcom dostępu do zamówienia. Żaden zresztą wykonawca nie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, by poprzeć zarzuty odwołania. Nie ma zatem podstaw do stwierdzenia, że zastosowane w niniejszym postępowaniu kryterium kosztu transportu narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 dotyczącego kar umownych, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że zgodnie z art. 433 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem, a także odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Zamawiający w § 6 ust. 3 pkt 3 projektu umowy przewidział karę umowną za nieosiągnięcie przez wykonawcę w danym roku kalendarzowym poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne zgodnie ze zobowiązaniem Wykonawcy określonym w § 2 ust. 14 – w wysokości stanowiącej iloczyn jednostkowej stawki opłaty za umieszczenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych na składowisku, określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 290 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, i brakującej masy odpadów komunalnych wyrażonej w Mg, wymaganej do osiągnięcia odpowiedniego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Przede wszystkim należy zauważyć, że zgodnie z umową zawartą w 2017 r. między Zamawiającym a Miastem St. Warszawa, Zamawiający przyjął na siebie zobowiązanie, że „w umowach zawartych z podmiotami trzecimi wyłonionymi przez MPO w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie Odpadów zobowiąże te

podmioty w szczególności do działania w sposób zapewniający osiągnięcie wymaganych przez przepisy prawa poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami, ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, o których mowa w art. 3b i 3c Ustawy oraz do poddawania się kontroli przez MPO i Miasto zgodnie z postanowieniami § 4 ust. 2 i 3 oraz § 5”.

Konsekwencją powyższego zobowiązania Zamawiającego do osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, jest zawarte w § 2 ust. 14 postanowienie projektu umowy zobowiązujące wykonawcę do osiągnięcia w każdym roku realizacji zamówienia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, z wyłączeniem innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w szczególności art. 3 b ust. 1 pkt 2, pkt 3 i pkt 4, z zastrzeżeniem ust. 1a i ust. 3, przy czym brak udokumentowania osiągnięcia poziomu uznany zostanie za brak osiągnięcia tego poziomu przez wykonawcę. Analogiczny obowiązek wykonawcy został przewidziany w pkt 30 OPZ.

Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu obowiązku osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu, natomiast uznał wysokość kary umownej za niespełnienie tego wymogu, za wygórowaną.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że kwestionowana kara umowna może być nałożona na wykonawcę w związku z niewykonaniem obowiązku, który wynika z przepisów prawa, a także z ww. umowy zawartej przez Zamawiającego z Miastem Stołecznym Warszawa. Sam też Odwołujący pisze w odwołaniu, że przedmiotowa kara umowna powiela w całości karę pieniężną, jaką może ponieść gmina za nieosiągnięcie poziomów recyklingu zgodnie z art. 9z i 9x ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Również Zamawiający przyznaje, że kara ta została ustalona w proporcji 1:1 biorąc pod uwagę wysokość kary pieniężnej, jaka zostałaby nałożona na gminną jednostkę organizacyjną odbierającą odpady komunalne, jeżeli ta nie wywiązałaby z ustawowego obowiązku osiągnięcia wymaganego poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych.

Zgodnie z orzecznictwem (w tym cytowanym również przez Zamawiającego wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 21.09.2007 r., sygn. akt V CSK 139/07) dla dokonania oceny rażącego wygórowania kary umownej bierze się pod uwagę przede wszystkim stosunek wysokości zastrzeżonej kary umownej do wysokości szkody doznanej przez wierzyciela, a także relację między wysokością zastrzeżonej kary umownej a wysokością wynagrodzenia należnego stronie zobowiązanej do zapłaty kary umownej. Skoro w niniejszej sprawie kwestionowana kara umowna została ustalona w proporcji 1:1 w stosunku do kary, jaką ponosiłby Zamawiający, nie można uznać, że prowadzi to do

zachwiania równowagi pomiędzy wysokością tej kary a ewentualną szkodą, jakiej doznałby Zamawiający w wyniku niewykonania zobowiązania. Wysokość kary nie narusza również wymaganej równowagi w stosunku do wynagrodzenia wykonawcy. Kwestionowana kara spełnia zatem przypisywaną jej funkcję odszkodowawczą i ma na celu motywowanie wykonawców do wypełnienia obowiązków z zakresu osiągnięcia odpowiedniego poziomu recyklingu.

Należy także dodać, że Zamawiający uwzględnił zarzut nr 3 i dokonał zmiany swz poprzez usunięcie treści pkt 13 OPZ przewidującego możliwość kierowania strumienia odpadów zielonych oraz odpadów wielkogabarytowych do instalacji własnej Zamawiającego. Powyższe zmniejsza ryzyko nieosiągnięcia przez wykonawcę odpowiedniego poziomu recyklingu.

W konsekwencji powyższych ustaleń Izba nie stwierdziła naruszenia przepisów wskazanych przez Odwołującego w odwołaniu.

Wobec powyższego, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art. 553 i art. 554 ust. 1 ustawy Pzp.

Orzeczenie Izby zostało wydane w oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz w oparciu o stanowiska stron i przystępującego przedstawione na rozprawie. Izba uznała za nieprzydatne dowody złożone przez odwołującego:

- w postaci dwóch specyfikacji istotnych warunków zamówienia z innych postępowań o udzielenie zamówienia, ponieważ fakt niezastosowania kryterium kosztu w innych postępowaniach nie dowodzi jego niezgodnego z prawem zastosowania w niniejszym postępowaniu,
- w postaci opracowania własnego zawierającego porównanie kosztów transportu oraz dwóch ofert na usługi transportowe, ponieważ treść wynikająca z ww. dokumentów nie wpływa na fakt konieczności stosowania przez Zamawiającego stawek wynikających z ww. umowy z 2019 r.,
- w postaci zdjęć odpadów, ponieważ nie wiadomo, czy przedstawiają one sytuacje dotyczące wykonywania usług na rzecz Zamawiającego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Mając powyższe na uwadze, Izba orzekła, jak w sentencji.

Przewodniczący

.....

.....