

Kielce, dnia 13 czerwca 2022 r.

Do: Prezesa Karowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17A
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Konsorcjum:

ENERIS Surowce S.A. - Lider konsorcjum

ul. Zagnańska 232a, 25 – 563 Kielce

KRS: 0000064208; NIP: 5272098636

ENERIS Kielce Sp. z o.o. – Partner konsorcjum

ul. Zagnańska 232 a, 25-563 Kielce

KRS: 0000727536, NIP: 9592006419,

Adres do korespondencji:

Centrum Usług Wspólnych

ul. Koszykowa 65; 00-667 Warszawa

tel. +48 22 331 83 75

fax: +48 22 331 90 40

e-mail: przetargi@eneris.pl

Pełnomocnik: Marta Małąg

Zamawiający:

Gmina Zagnańsk

ul. Spacerowa 8; 26-050 Zagnańsk

tel. 41 300-13-22, fax 41 300-13-73

e-mail: sekretariat@zagnansk.pl;

Adres strony prowadzonego postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/pn/zagnansk>

NIP: 959-16-71-296, Regon: 291-01-08-66

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm., dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego – Gminy Zagnańsk (dalej: „**Zamawiający**”) w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, pn.: „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Zagnańsk oraz zagospodarowanie odebranych odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami. Przedmiot zamówienia obejmuje również odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK) zlokalizowanego w miejscowości Kołomań zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (bez prowadzenia i obsługi GPSZOK) oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenów niezamieszkałych na terenie Gminy Zagnańsk w terminie 12 miesięcy począwszy od 1 września 2022” (dalej: „**Postępowanie**”) w zakresie warunków zamówienia, w szczególności w zakresie treści specyfikacji warunków zamówienia (dalej „**SWZ**”) wraz z załącznikami.

Interes w uzyskaniu zamówienia:

W ocenie Odwołującego wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ustawy PZP, tj. posiadanie przez Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP. Obecna treść warunków zamówienia, w szczególności treść SWZ wraz z załącznikami, w zakresie warunków udziału w postępowaniu uniemożliwia Odwołującemu złożenie oferty, a w pozostałym zakresie oferty racjonalnie skalkulowanej w Postępowaniu, co w zasadzie uniemożliwia mu wzięcie udziału w Postępowaniu. Odwołujący może zatem ponieść szkodę w postaci utraconych korzyści, które mógłby uzyskać, w przypadku udzielenia mu zamówienia.

Zamawiającemu zarzucam naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. Art. 112 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 115 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej opisanej w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 2) SWZ w brzmieniu: „2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną na kwotę ubezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż całkowita wartość oferty zadania do którego realizacji przystępuje” w sposób nieproporcjonalny i naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez odniesienie kwoty ubezpieczenia nie od obiektywnych czynników związanych z wartością zamówienia określoną przez zamawiającego, ale ceną oferty, co w efekcie prowadzi do tego, że w miernik spełniania warunku jest różny w odniesieniu do różnych wykonawców;
2. Art. 112 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 114 ust. 1 pkt 1) ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności określonych w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 1) tiret pierwsze SWZ w brzmieniu: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Wykonawca musi posiadać: • wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2021r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.), w sposób, nieproporcjonalny i niezwiązany z przedmiotem zamówienia, niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;
3. Art. 112 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 116 ustawy PZP poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego określonych w Rozdziale VII pkt 2 ppkt 2) lit b) SWZ w brzmieniu: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej i zawodowej: (...) b) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wykonawca musi dysponować min. • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów

komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, • co najmniej 1 pojazdem zastępczym do odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, GPSZOK, • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z GPSZOK Kołomań; • najmniej 2 pojazdami typu hakowce przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z GPSZOK Kołomań oraz niesegregowanych odpadów bazy zlokalizowanej w msc. Samsnów 24 G,” w sposób, nieproporcjonalny, niepozwalający na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia;

4. naruszenie przepisu art. 433 pkt 2 i art. 431 ustawy PZP w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy PZP i art. 17 ust. 1 w zw. z art. 353¹ k.c., w zw. z art. 471 k.c., w zw. z art. 483 § 1 k.c., w zw. z art. 484 § 1 i 2 k.c., w zw. z art. 473 § 1 i 2 k.c. oraz w zw. z art. 3b i 9z ust. 2 ustawy z dnia 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888 j.t. ze zm.), dalej jako „u.c.p.g.”, poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych 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, biorąc pod uwagę opisany przedmiot zamówienia. Ustalenie kary umownej w zakresie każdej części zamówienia, w wysokości równej karze jaka zostaje nałożona na zamawiającego (obliczonej wg. wzoru określonego w przepisach prawa), oznacza, że w razie nałożenia takiej kary, zamawiający otrzyma jej „zwrot” piętnastokrotnie (w ramach każdej części zamówienia odrębnie), co jest nieadekwatne do okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność, i co za tym idzie rażąco wygórowane, a wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które są wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, wbrew celom należytej realizacji zamówienia objętej przedmiotem zamówienia i które narzucają wykonawcy odpowiedzialność za osiągnięcie poziomów recyklingu i ponownego użycia w zakresie, w jakim wykonawca nie odpowiada za nie, powoduje, że działanie Zamawiającego jest niezgodne z przepisami PZP i innymi opisanymi w odwołaniu, w tym nieproporcjonalne, i obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania;
5. naruszenie art. 99 ust. 1 w zw. a art. 16 ust. 2 ustawy PZP poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, tj. określenie konkretnych kodów odpadów jakie wykonawca ma odbierać w ramach konkretnej części zamówienia, a następnie wskazanie w Rozdziale IV pkt 1 SWZ, że: „Zamawiający zastrzega sobie (...) prawo do zmiany rodzaju odpadów komunalnych w zależności od faktycznych potrzeb i ilości, bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu”, co powoduje, że Zamawiający przyznaje sobie prawo jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia (rodzaju odpadów) czyniąc udział na części zupełnie bezzasadnym; co więcej wykonawca w takich okolicznościach nie jest w stanie ustalić ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów jeśli możliwa będzie zmiana rodzaju odbieranych odpadów, które determinuje cenę.

6. naruszenie art. 99 ust. 1, w zw. z art. 16 ust. 2 ustawy PZP poprzez wskazanie w Rozdziale IV pkt 3 ppkt 1.3, że: Obowiązkiem Wykonawcy jest monitorowanie podczas odbioru odpadów, jakości selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez właścicieli nieruchomości i postępowanie zgodnie z niżej wskazanymi wytycznymi: a) gdy w workach/pojemnikach przeznaczonych do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów znajdują się odpady, które zgodnie z przeznaczeniem worka/pojemnika nie powinny się w nich znaleźć, Wykonawca nie odbiera odpadów do czasu przesegregowania ich w odpowiedni sposób przez właściciela nieruchomości i powiadamia o tym właściciela nieruchomości. W celu powiadomienia właściciela nieruchomości Wykonawca nalepia na pojemniku, worku lub innym widocznym miejscu przy posesji informację w formie minimum A5 o wystąpieniu nieprawidłowości. Następnie, w przypadku przesegregowania ich w odpowiedni sposób przez właściciela nieruchomości, odbiera je w następnym terminie wynikającym z harmonogramu wywozu odpadów segregowanych lub w przypadku niedokonania przesegregowania odbiera je jako odpady zmieszane w następnym terminie wynikającym z harmonogramu wywozu tych odpadów”, bez jednoznacznego wskazania, do której części zamówienia przypisany jest ww. obowiązek, co powoduje, że zgodnie z obecnym brzmieniem SWZ, wykonawca, który złoży ofertę w każdej części zobowiązuje się do spełnienia obowiązku, który jest niezwiązany z częścią zamówienia na którą składa ofertę.

Wskazując na powyższe wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadniania w zakresie poszczególnych zarzutów.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03.06.2022 r. pod numerem 2022/S 107-300103. Tym samym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w ustawowo przewidzianym terminie.

UZASADNIENIE

I. W zakresie warunków udziału w Postępowaniu:

1. Warunek sytuacji ekonomicznej

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 2 ppkt 2) SWZ: „2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej: Dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną **na kwotę ubezpieczenia w wysokości nie mniejszej niż całkowita wartość oferty zadania do którego realizacji przystępuje**”.

Odniesienie wartości ubezpieczenia do ceny oferty, oznacza de facto, że każdy z Wykonawców zobowiązany jest do spełniania innego warunku udziału w postępowaniu, co powoduje nieporównywalność ofert. Warunek tak sformułowany nie wypełnia też wymogu przejrzystości i nie zapewnia równego traktowania wykonawców.

Jak wskazuje KIO w wyroku z dnia 05.07.2021 r., KIO 1669/21: Należy rozróżnić etap kwalifikacji podmiotowej wykonawców i etap oceny złożonych przez nich ofert. **Podczas pierwszego etapu ocenie podlega spełnianie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu, czyli minimalnego zakresu wymagań, które muszą spełnić wykonawcy, aby mogli ubiegać się o dane zamówienie publiczne.** Ocena spełniania tych wymagań ma charakter zero-jedynkowy, co oznacza, że można je spełniać lub nie, a spełnianie wymogów w stopniu wyższym niż minimalny nie jest na tym etapie co do zasady dodatkowo punktowane (z wyjątkiem tzw. kryteriów selekcji).

Wspomniany w orzeczeniu minimalny poziom zdolności, oznacza obowiązek określenia takiego poziomu jednoznacznie. Odniesienie go do ceny oferty nie spełnia takiego wymogu, przez co narusza przepisy ustawy PZP.

W związku z tym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku poprzez jednoznaczne wskazanie kwoty ubezpieczenia OC jaką musi wykazać wykonawca w celu spełnienia warunku udziału w postępowania dla każdej części zamówienia, uwzględniając szacunkową wartość zamówienia ustaloną przez Zamawiającego.

2. W zakresie warunku dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 2 ppkt 1 tiret pierwsze SWZ: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Wykonawca musi posiadać: • wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2021r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.).

Zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2021r. o odpadach: Marszałek województwa prowadzi rejestr podmiotów:

- 1) wprowadzających produkty,
- 2) wprowadzających produkty w opakowaniach,
- 3) prowadzących jednostki handlu detalicznego lub hurtowego, w których są oferowane torby na zakupy z tworzywa sztucznego, objęte opłatą recyklingową, o której mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz.U. z 2020 r. poz. 1114 oraz z 2021 r. poz. 2151),

- 4) gospodarujących odpadami

- zwany dalej „rejestrem”.

Tak szeroki zakres oznacza, że wpis do rejestru BDO obejmuje również przedsiębiorców prowadzących sklepy, w których są oferowane torby na zakupy z tworzywa sztucznego, objęte opłatą recyklingową, warsztaty samochodowe, firmy budowlane, remontowe, gabinety lekarskie i stomatologiczne i wiele innych.

Warunek określony przez Zamawiającego, poprzez odniesienie się jedynie do obowiązku wpisu bez wskazania zakresu tj. konkretnej kategorii podmiotów np. podmiot transportujący odpady, oznacza, że warunek zostanie spełniony przez wykonawcę, który zostanie wpisany do BDO jako zakład fryzjerski, pomimo, że zakres jego uprawnień związanych z gospodarowaniem odpadami nie ma nic wspólnego z przedmiotem zamówienia. Tak określony warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz niezdatny do oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia stając się nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia. Nie weryfikuje on także uprawnień do wykonywania działalności związanej z przedmiotem zamówienia, odrywając zupełnie wymóg od tej działalności. Jak wyjaśnia KIO adekwatność, konieczność i wystarczalność to wyznaczniki zasady proporcjonalności, które muszą być brane pod uwagę przy kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu (zob. uchwała KIO 24 kwietnia 2018 r., KIO/KU 15/18).

W związku z tym Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany ww. warunku poprzez jednoznaczne wskazanie, że dotyczy on wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2021r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 779 z późn. zm.) w dziale dotyczącym podmiotów transportujących odpady.

3. W zakresie warunku dotyczącego potencjału technicznego

Zgodnie z Rozdziałem VII pkt 2 ppkt 2) lit b) SWZ: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej i zawodowej: (...) b) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Wykonawca musi dysponować min. • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, • co najmniej 1 pojazdem zastępczym do odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Zagnańsk, GPSZOK, • co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z GPSZOK Kołomań; • co najmniej 2 pojazdami typu hakowce przystosowanymi do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z GPSZOK Kołomań oraz niesegregowanych odpadów bazy zlokalizowanej w msc. Samsnów 24 G,”

W przeciwieństwie do warunku doświadczenia, Zamawiający nie odniósł tego warunku do poszczególnych części zamówienia. Oznacza to, że Wykonawca, który złoży ofertę wyłącznie na jedną część zamówienia, musi wykazać się spełnianiem warunku w całości. Powoduje to, że warunek jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, w zakresie wszystkich części. Traktując bowiem każdą część jako osobne zamówienie, warunki udziału w postępowaniu należy odnosić do każdego z takich zamówień osobno. Brak takiego odniesienia powoduje, że Wykonawca nie może samodzielnie interpretować SWZ w taki sposób, który pozwoli na dopasowanie elementu spełniania warunku do danej części.

Nie może tego czynić również na podstawie Rozdziału IV ppkt 2.17 gdzie Zamawiający wymagając dysponowania pojazdami na etapie realizacji umowy, dodał że: Wykonawca składający ofertę częściową zobowiązany jest wykazywać pojazdy jedynie dla poszczególnej części zamówienia - należy wykazać dysponowanie pojazdami przyporządkowanymi do danej części zamówienia.

Po pierwsze takie dookreślenie nie zostało jednoznacznie wskazane przy warunkach udziału w postępowaniu, a jedynie w części dotyczącej realizacji zamówienia. Jednak gdyby nawet potraktować je jako wskazówkę w zakresie spełniania warunku, to również ona nie jest jednoznaczna i nie pozwala na precyzyjne określenie w jaki sposób należy wykazać spełnianie warunku. Przykładowo, z treści warunku nie wynika czy wykonawca, który składa ofertę na jedną tylko spośród części 6-13, do wykonywania której wystarczy jeden pojazd, przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych z GPSZOK Kołomań, w ramach warunku musi wykazać, że dysponuje jednym takim pojazdem, czy dwoma. Podobnie, w przypadku dwóch części i większej liczby. Przykład ten obrazuje, że brak jednoznacznego określenia w jakim zakresie warunek ma być spełniony w razie składania ofert na poszczególne (konkretnie określone) części zamówienia powoduje, że wykonawca nie ma jednoznacznie określonego minimalnego poziomu zdolności jaki ma być spełniony – bo ten jest bardzo ocenny i niejednoznaczny.

W wyroku z dnia 09.08.2021 r. KIO 2068/21 KIO wyjaśnia, że: Zgodnie z art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Postawione wymogi nie mogą być jednak nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, ograniczać uczciwej konkurencji, czy wykraczać poza cel weryfikacji podmiotowej. Każdy warunek udziału w postępowaniu musi również zostać merytorycznie uzasadniony i znajdować usprawiedliwienie w specyfice przedmiotu zamówienia. Nie można bowiem mówić o potencjale do wykonania zamówienia w sposób hipotetyczny, bez powiązania go z konkretnym świadczeniem, które ma zostać zrealizowane w ramach wykonania danej umowy, tak by możliwa była rzeczywista weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia, o które się ubiega. (...) Co do zasady, każdy warunek udziału w postępowaniu prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia w nim udziału. Tym niemniej, ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelných określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Zatem o określeniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do należytego zrealizowania umowy.

II. W zakresie kary umownej

Zgodnie z § 6 ust. 1 i 2 Wzoru umowy (DLA KAŻDEJ CZĘŚCI ZAMÓWIENIA): 1. Wykonawca zobowiązany jest świadczyć usługę w sposób zapewniający osiągnięcie poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych oraz poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania zgodnie z aktualnie obowiązującymi zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktualnie obowiązującymi aktami wykonawczymi do powyższej ustawy. Osiągnięte poziomy zostaną obliczone na podstawie aktów wykonawczych ww. ustawy.

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

Zgodnie z § 9 ust. 2 pkt 17) Wzoru umowy (DLA KAŻDEJ CZĘŚCI ZAMÓWIENIA): Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w poniższych przypadkach i wysokościach: 17) za niewywiązanie się z obowiązku określonego w § 6 ust. 1 - w wysokości równej karze naliczonej Gminie Zagnańsk przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska.

Zgodnie z uzasadnieniem do wprowadzenia regulacji dot. art. 433 ustawy PZP (wyrażonym w uzasadnieniu do projektu ustawy PZP): *„Skutkiem tego przepisu jest jasna dyrektywa dla zamawiających, aby postanowień umownych nie kształtować w sposób rażąco nieproporcjonalny, a co za tym idzie nie przerzucać wszystkich ryzyk realizacji zamówienia na wykonawcę. Wprowadzenie tej zasady nie ma na celu uniemożliwienie zamawiającym takiego ukształtowania treści umowy, który jest uzasadniony specyfiką, rodzajem, wartością, sprawną realizacją zamówienia, a jedynie eliminację postanowień umowy rażąco naruszających interesy wykonawców. Wykonawcy mający zastrzeżenia do zaproponowanych postanowień umownych będą mogli je zweryfikować przez skorzystanie z odwołania w tym zakresie”.*

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 691):

pkt 22) przygotowanie do ponownego użycia – rozumie się przez to odzysk polegający na sprawdzeniu, czyszczeniu lub naprawie, w ramach którego produkty lub części produktów, które wcześniej stały się odpadami, są przygotowywane do tego, aby mogły być ponownie wykorzystywane bez jakichkolwiek innych czynności wstępnego przetwarzania;

pkt 23) recykling – to odzysk, w ramach którego odpady są ponownie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje wykorzystywane w pierwotnym celu lub innych celach; obejmuje to ponowne przetwarzanie materiału organicznego (recykling organiczny), ale nie obejmuje odzysku energii i ponownego przetwarzania na materiały, które mają być wykorzystane jako paliwa lub do prac ziemnych.

Możliwość uzyskania określonych poziomów recyklingu odpadów komunalnych w systemie gospodarowania odpadami jest uzależniona szeregu czynników, w pierwszej kolejności jednakże od udziału zmieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych w całym strumieniu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

W praktyce średnio ok. 50% całości odpadów przetwarzanych w instalacjach komunalnych to odpad nienadający się do recyklingu. W najbardziej efektywnych instalacjach ze zmieszanych odpadów komunalnych można wyodrębnić kilka procent odpadów surowcowych nadających się do odzysku (czyli nie do recyklingu). Średnio instalacje komunalne zdolne są do wysortowania ze strumienia zmieszanych odpadów komunalnych surowców wtórnych ok. 12-14 %. Zamawiający takimi danymi dysponuje, otrzymując sprawozdania od wykonawców obecnie realizujących usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Najbardziej pełnowartościowe surowce do ponownego przetworzenia, które zostaną odebrane przez recyklerów, uzyskamy jeśli będziemy poprawnie zbierać „u źródła” osobno papier, szkło, tworzywa sztuczne wraz z metalem i oddzielimy je od odpadów biodegradowalnych.

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). Rozporządzenie w sprawie recyklingu weszło w życie w dniu 4 września 2021 r.

Wprowadza ono nowy, niekorzystny dla gmin, a w konsekwencji dla wykonawcy (jak podkreślano w toku prac legislacyjnych), sposób obliczania poziomu recyklingu **w odniesieniu do wszystkich wytworzonych odpadów komunalnych**.

Zgodnie z Rozporządzeniem :

§ 3. 1. Poziomy przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się zgodnie ze wzorem:

$$P = Mr / Mw \times 100\%$$

gdzie:

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

Mr – oznacza łączną masę odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, wyrażoną w Mg,

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

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

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

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

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

4. Grupy oraz kody odpadów są określane zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

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

1) odebrane z terenu danej gminy zarówno przez gminę, jak i przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

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

6. W przypadku obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych przez podmiot, o którym mowa w art. 9g ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, uwzględnia się odpady komunalne odebrane z terenu danej gminy.

7. Masę bioodpadów stanowiących odpady komunalne posegregowanych i poddanych recyklingowi u źródła, obliczoną zgodnie z art. 4 ust. 3 decyzji 2019/1004, uwzględnia się zarówno w łącznej masie odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi, oznaczonej symbolem „Mr”, jak i w łącznej masie wytworzonych odpadów komunalnych, oznaczonej symbolem „Mw”

Oznacza to, że poziomy te odnoszone są do całego strumienia odpadów jakie odbierane są z terenu gminy. To z kolei oznacza, że ewentualna kara jaka zostanie nałożona na Zamawiającego jest wypadkową działań wszystkich wykonawców, a w efekcie do zapłaty jej równowartości zobowiązany jest każdy wykonawca, również ten, który odbiera tylko odpady jednej frakcji i nie ma żadnego wpływu na to jak działa inny wykonawca. Kara umowna odnosi się bowiem do sumy tych działań.

Dodatkowo określa nowy sposób obliczania masy odpadów komunalnych poddanych recyklingowi:

- Zgodnie z § 4 ust. 3 Rozporządzenia 2021, *masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się jako masę odpadów, które po przejściu wszystkich niezbędnych czynności sprawdzania, sortowania i innych czynności wstępnych mających na celu usunięcie materiałów i substancji, które nie są przedmiotem dalszego powtórnego przetwarzania, są wprowadzane do procesu recyklingu, w którego wyniku te odpady są powtórnie przetwarzane na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami.*
- W § 5 ust. 1 wskazanego aktu podkreśla się, że *masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi oblicza się w momencie wprowadzenia do procesu recyklingu.*
- Ustawodawca w § 5 ust. 2 Rozporządzenia 2021 wskazał, że *„masę odpadów komunalnych poddanych recyklingowi można obliczać na wyjściu z procesu sortowania, jeżeli: odpady po sortowaniu zostaną następnie poddane recyklingowi oraz masa materiałów lub substancji usuwanych w następujących po sortowaniu procesach poprzedzających recykling i niepoddawanych następnie recyklingowi nie zostanie zaliczona do masy odpadów komunalnych zgłaszanych jako poddane recyklingowi”.*
- Natomiast zgodnie z § 7 ust. 1 *„w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi uwzględnia się masę odpadów, które utraciły status odpadów, pod warunkiem że zostały przetworzone na produkty, materiały lub substancje, które nie są odpadami, używane do celów pierwotnych lub innych celów”.* Natomiast ust. 2 przytoczonego przepisu wskazuje, że *„w masie odpadów komunalnych poddanych recyklingowi nie uwzględnia się odpadów, które utraciły status odpadów, i zostały użyte jako paliwa lub inne środki wytwarzania energii, termicznie przekształcone, użyte do wypełniania wyrobisk lub składowane”.*

Oznacza to, że zasadniczym czynnikiem w osiągnięciu poziomów recyklingu jest należyte segregowanie odpadów „u źródła” i wybór instalacji do, której zostaną przekazane odpady. W zakresie wpływu na segregację u źródła, wykonawca, które składa ofertę na części obejmujące wyłącznie odbiór odpadów w ramach części 6 – 15 nie ma żadnego wpływu na korygowanie zachowań mieszkańców, w tym zakresie. Wykonawcy, który odbierają odpady w ramach części 1-5 mają ograniczony wpływ, jednak sposób postępowania w razie nieprawidłowej segregacji został opisany niejednoznacznie o czym mowa wyżej. Co więcej, wykonawca składający ofertę na

poszczególne części, nie mają żadnego wpływu na wybór instalacji przez innych wykonawców, których oferty mogą zostać wybrane w innych częściach, zatem wpływu i drugi istotny czynnik wpływający na uzyskanie wymaganych poziomów.

Wreszcie obowiązek zapłaty kary w wysokości kary jaka zostanie nałożona na zamawiającego dotyczy każdej części, zatem w razie, gdy wypadkowa działań wszystkich wykonawców nie przyniesie pożądaných efektów, a na zamawiającego zostanie nałożona kara, to do zapłaty jej równowartości zobowiązany jest wykonawca w ramach każdej części, więc będzie ona piętnastokrotności, kary nałożonej na zamawiającego. Poniosą ją także wykonawcy, który w ramach swojej części osiągną wymagane poziomy – np. w zakresie szkła. Taki kształt postanowienia umownego powoduje, że jest ono sprzeczne ze wskazanymi na wstępie przepisami ustawy PZP.

O ile w przypadku, gdy postępowanie obejmuje odbiór i zagospodarowanie wszystkich rodzajów odpadów w ramach jednego zamówienia (niepodzielonego na części) w orzecznictwie KIO można spotkać orzeczenia, o dopuszczalności przerzucenia odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów na wykonawcę, o tylko w przypadku postępowania, gdzie każdy rodzaj odpadów stanowi osobną część, a w ramach zamówienia zostanie podpisanych 15 umów w sprawie zamówienia, skorzystanie z tej konstrukcji nie znajduje uzasadnienia.

W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia kary określonej w § 9 ust. 2 pkt 17) Wzoru umowy, jako sprzecznej z art. 433 pkt 2 ustawy PZP.

III. W zakresie opisu przedmiotu zamówienia

1. W zakresie braku jednoznacznego określenia zakresu zamówienia

Zgodnie z Rozdziałem IV pkt 1 SWZ: „Zamawiający zastrzega sobie (...) prawo do zmiany rodzaju odpadów komunalnych w zależności od faktycznych potrzeb i ilości, bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu”.

W ten sposób Zamawiający przyznaje sobie prawo jednostronnej zmiany przedmiotu zamówienia (rodzaju odpadów) czyniąc podział na części zupełnie bezzasadnym; co więcej wykonawca w takich okolicznościach nie jest w stanie ustalić ceny za odbiór i zagospodarowanie odpadów jeśli możliwa będzie zmiana rodzaju odbieranych odpadów, które determinuje cenę.

Takie określenie przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów opisanych w art. 99 ust. 1 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Zobowiązanie wykonawcy do odebrania, zbierania, transportu i zagospodarowania bliżej nie określonych frakcji odpadów, nie jest możliwe, gdyż działalność taka wymaga odpowiednich zezwoleń. Ich pozyskanie wymaga spełniania określonych wymagań i czasu. W związku z tym oczekiwanie, że Wykonawca, że będzie działał w granicach prawa i jednocześnie zobowiąże się do tego, że będzie odbierał, transportował i zagospodarowywał odpady, co do których może nie mieć odpowiednich zezwoleń nie spełnia wymogów określoności przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo odbiór, transport i zagospodarowanie różnych frakcji odpadów są różnie wyceniane, a zagospodarowanie niektórych frakcji jest bardzo kosztowne, z uwagi na ich specyfikę, wymogi prawne itp. W ramach określonej części zamówienia wykonawca określa cenę za odbiór transport i zagospodarowanie określonego kodu odpadów (który wskazuje na rodzaj odpadów). Zmiana rodzaju odpadów powoduje, że wycena staje się nieadekwatna, instalacja wskazana do oferty, może nie mieć zezwoleń na zagospodarowanie tego rodzaju odpadów, a wykonawca możliwości ich transportu. Takie uprawnienie czyni ofertę nieadekwatną do obowiązków.

W związku z tym wnosimy o nakazanie Zamawiającemu usunięcie tego postanowienia SWZ.

2. W zakresie monitorowania odpadów:

Zgodnie Rozdziałem IV pkt 3 ppkt 1.3: Obowiązkiem Wykonawcy jest monitorowanie podczas odbioru odpadów, jakości selektywnej zbiórki odpadów prowadzonej przez właścicieli nieruchomości i postępowanie zgodnie z niżej wskazanymi wytycznymi: a) gdy w workach/pojemnikach przeznaczonych do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów znajdują się odpady, które zgodnie z przeznaczeniem worka/pojemnika nie powinny się w nich znaleźć, Wykonawca nie odbiera odpadów do czasu przesegregowania ich w odpowiedni sposób przez właściciela nieruchomości i powiadamia o tym właściciela nieruchomości. W celu powiadomienia właściciela nieruchomości Wykonawca nalepia na pojemniku, worku lub innym widocznym miejscu przy posesji informację w formacie minimum A5 o wystąpieniu nieprawidłowości. **Następnie, w przypadku przesegregowania ich w odpowiedni sposób przez właściciela nieruchomości, odbiera je w następnym terminie wynikającym z harmonogramu wywozu odpadów segregowanych lub w przypadku niedokonania przesegregowania odbiera je jako odpady zmieszane w następnym terminie wynikającym z harmonogramu wywozu tych odpadów**”.

Zamawiający nie dookreślił jednak, jakiej części zamówienia dotyczy ww. obowiązek. Formalna i literalna wykładania oznacza, że obowiązek ten dotyczy każdej części, co jest nieuzasadnione w przypadku części 6-15. Jednak nawet gdyby uznać, że celowościowo należy przyjąć, że obowiązek ten dotyczy części 1-5 SWZ nie wskazuje, w ramach której części zamówienia należy odebrać odpady jako zmieszane.

Przykładowo, wykonawca, który realizuje zamówienie w zakresie części 3 Papier, tektura i opakowania z papieru i tektury, stwierdza, że w worku niebieskim, przeznaczonym na tego rodzaju odpady znajdują się odpady zmieszane lub odpady np. ze szkła – nakleja na worek ostrzeżenie i nie dokonuje odbioru. Następnie w razie „dosegregowania” odbiera odpady jako Papier, tektura i opakowania z papieru i tektury. Jeśli jednak mieszkaniec nie dokona właściwego „dosegregowania” odbiera odpady jako zmieszane. Oznacza to, że ma obowiązek zrealizowania osobnego transportu dla tych odpadów (wykonawca nie może mieszać odpadów), ma także obowiązek przekazania odpadów do instalacji komunalnej, która może być inną instalacją, niż ta do której przekazuje Papier, tekturę i opakowania z papieru i tektury. Oznacza to dodatkowe, znacznie wyższe koszty niż dla odbioru odpadów na które składał ofertę, bez możliwości ich rozliczenia po stawce adekwatnej do kosztów.

W związku z tym wnosimy o wykreślenie obowiązku odebrania odpadów jako zmieszane w ramach części 2-5 i pozostawienie tego obowiązku z ramach części 1 na wyraźne

zgłoszenie Zamawiającego, co do konieczności dokonania odbioru odpadów, które są wynikiem niewłaściwej segregacji.

Odwołujący podkreśla, że sposób prowadzenia postępowania jaki przyjął Zamawiający tj. podział zamówienia na części, z których każda stanowi odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów różnych rodzajów, wymaga dostosowania zasad wykonywania umów do takiej szczególnej i niełatwej sytuacji. Obowiązkiem Zamawiającego jest w takiej sytuacji skoordynowanie działań wykonawców, gdyż powinien się spodziewać, że może zawrzeć 15 umów z 15 różnymi wykonawcami. Tymczasem Zamawiający potraktował części zamówienia, jak cząstkowe elementy tej samej umowy, licząc, że w związku z podziałem podpisze umowy z wykonawcami, który oferują najniższe ceny za każdy rodzaj odpadów, a nie z tym, który oferuje najniższą ceną za wykonanie całego przedmiotu zamówienia. Ta korzyść okupiona jest jednak znacznym nakładem sił i środków na koordynację umów i takie określenie przedmiotu zamówienia i warunków umów, który będzie dostosowany do przyjętego modelu, czemu Zamawiający nie podołał.

Wnosimy o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmian wskazanych w żądaniu oraz wszystkich innych koniecznych do dostosowania treści dokumentacji do obowiązujących przepisów.

W imieniu Odwołującego:

Marta Małąg – Pełnomocnik /-podpis elektroniczny/

Załączniki:

1. Wydruk KRS;
2. Potwierdzenie uiszczenia wpisu;
3. Pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową;
4. Potwierdzenie przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.