

sygn. akt KIO 3260/22

POSTANOWIENIE
z dnia 19 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Bienias

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu 19 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2022 r. przez wykonawcę **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świebodzice w Świebodzicach**

postanawia:

1. umorzyć postępowanie odwoławcze,
2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu** kwoty 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Świebodzice w Świebodzicach – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym bez możliwości prowadzenia negocjacji, o którym mowa w art. 275 pkt 1 ustawy PZP pod nazwą: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne z terenu Gminy Świebodzice”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 1.12.2022 r. pod numerem 2022/BZP 00470763/01.

W dniu 6 grudnia 2022 r. wykonawca ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i wobec treści dokumentów zamówienia, w szczególności postanowień Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz niezgodnych z przepisami ustawy pzp projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, zarzucając naruszenie:

1. art. 99 ust. 1, 2 ustawy pzp w zw. z art. 6f ust. 3, ust. 4 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.” w zw. z art. 281 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów zamówienia w sposób niezgodny z przepisami prawa regulującymi zasady określenia ceny za ten konkretny przedmiot zamówienia, tj. poprzez ustalenie wynagrodzenia w formie ryczałtu w pkt 10.4 SWZ oraz w § 3 projektu umowy wbrew ustawowemu obowiązkowi określenia ceny w formie stawki za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych jak nakazuje art. 6f ust. 3, ust. 4 u.c.p.g. W konsekwencji postanowienia dokumentacji przetargowej są niezgodne z przepisami prawa. Zaskarżone w odwołaniu regulacje dot. określenia ceny w formie ryczałtu obarczają całe postępowanie ryzykiem ustalenia, że w skutek tak określonego wynagrodzenia konieczne będzie jego unieważnienie, gdyż tak ustalone wynagrodzenie stanowi wadę niemożliwą do usunięcia na późniejszym etapie postępowania po upływie terminu składania ofert;

2. art. 239 ust. 2 ustawy pzp w zw. z art. 240 ust. 2 ustawy pzp w zw. art. 241 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 16 i art. 17 ustawy pzp poprzez ustalenie w ramach podpkt 3

kryterium oceny ofert „Elektromobilność (EL) – waga kryterium 20%”, takiego kryterium, które nie jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego i nie może być inaczej rozumiane jak stworzenie kryterium oceny ofert, które premiować ma tylko jednego wykonawcę – spółkę zależną od Zamawiającego, tj. ZGK w Świebodzicach Sp. zo.o. (dalej: „ZGK Świebodzice”). ZGK W Świebodzicach jako jedyny w Polsce posiada pojazd napędzany elektrycznie odpowiadający parametrom wskazanym w tym kryterium. Ponieważ pojazd napędzany gazem ziemnym, odpowiadający tym samym parametrom w pozostałym zakresie, co opisany w ramach kryterium oceny ofert pojazd napędzany elektrycznie, w taki sam sposób odpowiadał będzie potrzebom Zamawiającego i przepisom dot. elektromobilności (art. 35 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych, dalej „ustawa o elektromobilności”) jak pojazd napędzany elektrycznie. W konsekwencji tak skonstruowane postanowienia dokumentacji postępowania naruszają zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia, a zastosowane kryterium oceny ofert Elektromobilność nie zmierza do podniesienia jakości świadczenia usługi ani nie odpowiada uzasadnionym potrzebom Zamawiającego w większym stopniu lub w lepszy sposób, niż realizacja przedmiotu zamówienia za pomocą pojazdu spełniającego te same normy, jednak napędzanego gazem ziemnym. Skonstruowanie przez Zamawiającego kwestionowanych postanowień dot. kryterium Elektromobilność jest jednocześnie sprzeczne z art. 17 ustawy Pzp w zw. z art. 44 ust. 3 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (dalej: „ufs”) bowiem wydatki Zamawiającego na realizację przedmiotu zamówienia muszą być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań, natomiast ustalenie kryterium oceny ofert premiuje wykonawcę ZGK w Świebodzicach, co ogranicza dostęp do realizacji przedmiotu zamówienia, konkurencję, wbrew uzasadnionym potrzebom Zamawiającego, a tym samym przeczy zasadzie efektywności.

Opierając się na przedstawionych zarzutach wykonawca wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia, projektowanych postanowień umowy, formularza ofertowego oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez nakazanie Zamawiającemu:

1) ustalenia wynagrodzenia za odbiór i zagospodarowanie wg stawki za 1 Mg odebranych i zagospodarowanych odpadów komunalnych zamiast wynagrodzenia ryczałtowego;

2) rozszerzenie w ramach podkryterium „Elektromobilność” katalogu pojazdów spełniających to wymaganie o pojazd napędzany gazem ziemnym.

W przedmiotowym postępowaniu po stronie zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca.

W odpowiedzi na odwołanie w dniu 16 grudnia 2022 r. Zamawiający uwzględnił zarzut 1 odwołania, oświadczając, iż w dniu 14 grudnia 2022 r. dokonał zmiany w dokumentacji postępowania, przyjmując za podstawę ustalenia wynagrodzenia Wykonawcy cenę jednostkową za IMg poszczególnych kategorii odpadów:

- w pkt 3.4.1 Ogłoszenie o przetargu
- w pkt 10.4 Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) i w rozdziale 12 SWZ
- w pkt I.1. formularza ofertowego (załącznik nr 1 do SWZ);
- w § 3 ust. 1 i 2 projektu umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

Ponadto Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu 2, ewentualnie o umorzenie postępowania odwoławczego w zakresie zarzutu 2.

W ocenie Izby, pomimo tego, że Zamawiający nie uwzględnił zarzutu 2 zawartego w odwołaniu, dokonał zmiany w dokumentacji postępowania, w ten sposób, że w kryterium oceny ofert (kryterium 3) zamiast „Elektromobilność” wprowadził „Pojazd elektryczny lub pojazd napędzany gazem”, co w konsekwencji czyni zadość żądaniu Odwołującego poprzez rozszerzenie w ramach tego kryterium o pojazd napędzany gazem ziemnym (Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia opublikowane pod nr 2022/BZP 00494225/01 z dnia 14 grudnia 2022 r.).

W związku z powyższym, Izba na podstawie art. 568 pkt 3 w zw. z art. 522 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu 1 oraz umorzyła postępowanie odwoławcze na podstawie art. 568 pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) w zakresie zarzutu 2 jako zarzutu bezprzedmiotowego.

W tej sytuacji dalsze postępowanie stało się zbędne, a Izba orzekła w formie postanowienia na podstawie art. 553 zd. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę art. 574 ustawy PZP: „Do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wpis i uzasadnione koszty stron i uczestników postępowania odwoławczego wnoszących sprzeciw” oraz art. 575 ustawy PZP: „Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku”, Izba postanowiła znieść koszty wzajemnie między stronami.

Przewodniczący: