

POSTANOWIENIE
z dnia 6 kwietnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: Przewodniczący: Piotr Kozłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania odwoławczego **6 kwietnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **27 marca 2023 r.**

przez wykonawcę: **REMLI A. M., Śmigiel** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu gmin – uczestników Związku Międzygminnego „Obra” (Wolsztyn – sektor nr 3)* [nr ZMO.GO.271.1.2023]

prowadzonym przez zamawiającego: **Związek Międzygminny „OBRA” z siedzibą w Berzynie** [„Zamawiający”]

orzeka:

- 1. Odrzuca odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 15000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z U. z 2022 r. poz. 1710 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.**

Uzasadnienie

Związek Międzygminny „OBRA” z siedzibą w Berzynie {dalej: Zamawiający} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp” lub „ppz”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości z terenu gmin – uczestników Związku Międzygminnego „Obra” (Wolsztyn – sektor nr 3)* [nr ZMO.GO.271.1.2023]. Wartość tego zamówienia jest większa niż progi unijne. Ogłoszenie o tym zamówieniu 21 lutego 2023 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2023/S_037 pod poz.108377.

27 marca 2023 r. REMLI A. M. ze Śmigła {dalej: „Remli” lub „Odwołujący”} wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu dokonanie 22 marca 2023 r. zmian treści SWZ w sposób naruszający przepisy ustawy pzp:

1. Art. 99 ust 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust 1 i 2 – przez połączenie w jednym postępowaniu usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wraz z uruchomieniem PSZOK-u w ciągu 90 dni od daty podpisania umowy, przy jednoczesnym postawieniu wymogu zawartego w pkt 5 OPZ, aby PSZOK zlokalizowany był na terenie miasta Wolsztyn lub w miejscowościach Berzyna, Niałek Wielki, Adamowo lub Karpicko, przy czym brak uruchomienia PSZOK-u w zastrzeżonym terminie obwarowany jest nałożeniem kar w wysokości 1000,00 zł za każdy dzień zwłoki.
2. Art. 137 pkt 6 – przez zmianę istotnych treści SWZ bez przedłużenia terminu składania ofert.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący podniósł, że utworzenie PSZOK stanowi potężne wyzwanie finansowe oraz logistyczne i trudno wyobrazić sobie, aby jakikolwiek wykonawca poniósł nakłady na zorganizowanie PSZOK-u przed rozstrzygnięciem postępowania i podpisania umowy w sprawie tego zamówienia. Z uwagi na obowiązujące regulacje prawne utworzenie PSZOK-u jest przedsięwzięciem trwającym kilkanaście miesięcy. Oprócz pozyskania odpowiedniej nieruchomości, czego wymaga Zamawiający w pkt 5.2 OPZ, wymagane są prace dostosowawcze, w tym budowlano-adaptacyjne itp., oraz uzyskanie szeregu zezwoleń administracyjnych i prawnych. Proces taki trwa minimum kilkanaście miesięcy, więc niemożliwa jest realizacja wymagań stawianych w SWZ, aby PSZOK zaczął działalność w dniu podpisania umowy lub najpóźniej w ciągu 90 dni.

Odwołujący zaznaczył, że aktualny wykonawca odbioru odpadów z terenu Gminy Wolsztyn (PGK Wolsztyn) posiada nieruchomość, na której znajduje się obecnie PSZOK,

zatem nie musi ponosić celem jego uruchomienia żadnych działań w nierealnym do dochowania terminie.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonania podziału zamówienia na dwie części, z których pierwsza obejmowałaby odbiór odpadów komunalnych a druga utworzenie i prowadzenie PSZOK-u, oraz umożliwienie wykonawcom złożenie ofert częściowych.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy pzp, który to przepis stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. Przy czym zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub konkurs lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Z kolei art. 515 ust. 3 ustawy pzp wynika, że odwołanie należy wnieść się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne.

Izba stwierdziła, że istotą głównego zarzutu odwołania jest połączenie w jednym postępowaniu usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz uruchomienia i prowadzenia PSZOK-u, przy braku podzielenia zamówienia na dwie części z dopuszczeniem składania ofert na jedną z nich.

Choć Odwołujący twierdzi, że nastąpiło to w wyniku zmian treści SWZ dokonanych 22 marca 2023 r. i od tej właśnie daty liczy bieg terminu na wniesienie odwołania, nie znajduje to oparcia w ustalonym przez Izbę stanie rzeczy.

Odwołujący przemilczał, że obowiązek uruchomienia i prowadzenia PSZOK-u został sformułowany już w pierwotnym brzmieniu SWZ, o czym świadczą następujące postanowienia, które znalazły się w dokumentach opublikowanych 21 lutego 2023 r.:

1. Rozdział III SWZ (Termin wykonania zamówienia) pkt 1.1 SWZ: Świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych oraz prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki odpadów Komunalnych (PSZOK) począwszy od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia

2024 r., z zastrzeżeniem wcześniejszego zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w tym zakresie, w przypadku, gdy wynagrodzenie z tytułu realizacji przedmiotu zamówienia przekroczy kwotę zaoferowaną przez Wykonawcę.

2. Załącznik do formularza ofertowego, w którym Zamawiający wymaga podania ceny za prowadzenie PSZOK-u (przez 20 miesięcy).
3. Pkt 5 załącznika nr 1 do SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) – Organizacja PSZOK, w którym Zamawiający wskazał, że *Wykonawca zobowiązany jest zorganizować oraz wyposażyć Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych /PSZOK/. PSZOK swoją działalność musi rozpocząć w dniu rozpoczęcia trwania umowy oraz musi być zlokalizowany na terenie miasta Wolsztyn lub miejscowości: Berzyna, Niałek Wielki, Adamowo, Karpicko, oraz szczegółowo opisał wymagania dotyczące PSZOK-u (obowiązek dysponowania nieruchomością o określonych cechach, minimalne wyposażenie PSZOK, dni i godziny jego pracy itp.).*

Z kolei 22 marca 2023 r. Zamawiający dokonał wyłączenie następujących zmian:

1. W rozdz. III SWZ (Termin wykonania zamówienia) dodał pkt 1.2 w brzmieniu: *Zamawiający uwzględni możliwość otwarcia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) najpóźniej w terminie 90 dni od dnia opublikowania informacji z otwarcia ofert. Wówczas, za okres, w którym nie prowadzono PSZOK nie zostanie naliczona opłata za jego prowadzenie w danym miesiącu.*
2. W § 2 wzoru umowy dodał ust. 1.2 w brzmieniu: *Prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w terminie od dnia podpisania umowy do dnia 31 grudnia 2024 r. z zastrzeżeniem wcześniejszego zakończenia realizacji przedmiotu Umowy w tym zakresie, w przypadku gdy wynagrodzenie z tytułu realizacji niniejszej umowy przekroczy kwotę całkowitą zamówienia podaną w ust.1.1. Wprowadza się możliwość otwarcia PSZOK-u w terminie do 90 dni, liczonym od dnia opublikowania informacji z otwarcia ofert.*
3. W § 9 ust. 1 wzoru umowy dodał pkt 17, wprowadzający obowiązek zapłaty na rzecz Zamawiającego kary umownej w wysokości 1000 zł za każdy dzień zwłoki w otwarciu PSZOK po terminie, o którym mowa w par. 2 ust. 1.2

Jak wynika z powyższego, obowiązek uruchomienia i prowadzenia PSZOK-u istniał od wszczęcia postępowania o udzielenie tego zamówienia. Stąd odwołanie kwestionujące połączenie w jednym postępowaniu usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz uruchomienia i prowadzenia PSZOK, bez możliwości składania ofert częściowych, mogło i powinno być wniesione w terminie 10 dni od zamieszczenia 21 lutego 2023 r. dokumentów zamówienia na stronie internetowej, stosownie do art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy pzp.

Zmiana treści SWZ z 22 marca 2023 r. nie zmieniła powyższego zakresu zamówienia, a polegała jedynie na dopuszczeniu uruchomienia PSZOK-u w terminie 90 dni od opublikowania informacji z otwarciem ofert i wprowadzeniu kar umownych za niedotrzymanie tego terminu. W istocie polegała więc na złagodzeniu wcześniejszego wymagania, dzięki wydłużeniu terminu na uruchomienie PSZOK-u, który według pierwotnego brzmienia SWZ miał być uruchomiony w dniu podpisania umowy. Skoro zdaniem Odwołującego obowiązek uruchomienia PSZOK-u w ciągu 90 dni od opublikowania informacji z otwarciem ofert narusza przepisy ustawy pzp, tym bardziej mógł i powinien zakwestionować obowiązek jego uruchomienia w dniu podpisania umowy. W konsekwencji za spóźnione należy uznać odwołanie wniesione w terminie liczonym od modyfikacji SWZ, która nie zmieniła obowiązków w zakresie PSZOK-u, a jedynie umożliwiła przesunięcie terminu jego uruchomienia.

O tym, że zasadniczy zarzut i żądanie mogły być podniesione w odwołaniu wobec pierwotnej treści SWZ, najlepiej świadczy pismo Remli z 10 marca 2023 r. w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy pzp, polegające właśnie na połączeniu w jednym postępowaniu usługi odbioru odpadów komunalnych z usługą utworzenia i prowadzenia punktu PSZOK, przy jednoczesnym wymaganiu, aby PSZOK został uruchomiony w dniu podpisania umowy oraz w konkretnym miejscu wskazanym w SWZ i pkt 5 OPZ, co w rzeczywistości oznacza, że krąg potencjalnych wykonawców ograniczony zostanie do aktualnego i wieloletniego wykonawcy, jakim jest Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Wolsztynie

Natomiast zarzut naruszenia art. 137 pkt 6 ustawy pzp przez istotną zmianę treści SWZ i nieprzedłużenie terminu składania ofert jest wyłącznie konsekwencją zaniechania uczynienia powyższego zarzutu przedmiotem odwołania, więc nie stanowi przeszkody do odrzucenia odwołania w całości, jako wniesionego po upływie ustawowego terminu.

Z uwagi na powyższe Izba – działając na podstawie art. 529 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – orzekła jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku – jak w pkt 2. sentencji – na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy pzp oraz § 8 ust. 1 w zw. z § 5 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając tymi kosztami, na które złożył się wpis, Odwołującego.