

Sygn. akt: KIO 1668/18

WYROK

z dnia 30 sierpnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Luiza Łamejko

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 sierpnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 sierpnia 2018 r. przez wykonawcę **LOTOF System Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Połczyn-Zdrój, ul. Plac Wolności 42433, 78-320 Połczyn-Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., Wardyń Górny 35, 78-320 Połczyn Zdrój** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **LOTOF System Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **LOTOF System Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy **LOTOF System Sp. z o.o., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec** na rzecz **Gminy Połczyn-Zdrój, ul. Plac Wolności 42433, 78-320 Połczyn-Zdrój** kwotę **4 602 zł 66 gr** (słownie: cztery tysiące sześćset dwa złote sześćdziesiąt sześć groszy) poniesioną tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący :

Uzasadnienie

Gmina Połczyn-Zdrój (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i transport odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Połczyn- Zdrój do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Wardyniu Górnym oraz wyposażenie nieruchomości zamieszkałych w pojemniki i/lub worki do gromadzenia odpadów komunalnych. Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 20 lutego 2018 r. pod pozycją 520564-N-2018.

W dniu 17 sierpnia 2018 r. wykonawca LOTOF System Sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o. o. w Wardyniu Górnym, zarzucając Zamawiającemu następujące naruszenie prawa:

1) art. 94 ust. 3 ustawy Pzp poprzez przyjęcie, iż skoro Odwołujący, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, uchylił się od zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, to należy dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., tj. innej oferty niż pierwotnie wybrana w przedmiotowym postępowaniu, w sytuacji, w której Odwołujący zabiegał o zmianę wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zachowania okresu świadczenia usługi (9 miesięcy) zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, opisem przedmiotu zamówienia oraz złożoną w postępowaniu ofertą, a Zamawiający odmówił dokonania wskazanej zmiany umowy, czym naruszył również art. 144 ust. 1 (poprzez jego niezastosowanie) w zw. z art. 140 ustawy Pzp (poprzez jego niezastosowanie), co świadczy o tym, że Odwołujący nie uchylił się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, zatem niesłusznie została podjęta przez Zamawiającego

czynność na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp,

2) art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ustawy Pzp poprzez niedokonanie zmian w umowie zgodnie z propozycją Odwołującego, tj. niezachowanie okresu realizacji zamówienia, na który została przygotowana oferta Odwołującego - 9 miesięcy; użyte w opisie przedmiotu zamówienia pojęcie „w okresie” powinno być rozumiane jako określona miara czasu, która odpowiada długości realizacji zamówienia, wykonawca zatem w następstwie wskazania przez Zamawiającego określonej jednostki czasu odpowiadającej okresowi 9 miesięcy przewidywał, że zamówienie zostanie udzielone na taki właśnie okres i na tej podstawie przygotował ofertę; na obecnym etapie nie budzi wątpliwości, że nie jest możliwa realizacja zamówienia (świadczenie niemożliwe) w terminie określonym w SIWZ, tj. od 1 kwietnia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r., z przyczyn, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności; ograniczenie zatem okresu zamówienia nie znajduje podstaw prawnych, a rzeczą Zamawiającego jest dostosowanie okresu realizacji zamówienia o charakterze ciągłym do konkretnych dat kalendarzowych, tym bardziej, że dokonanie zmian w projekcie umowy, który był integralną częścią dokumentacji przetargowej, nie spowodowałoby naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem termin wykonania zamówienia nie został ujęty w kryteriach oceny oferty, co oznacza, że nie miał on wpływu na ocenę ofert, tym bardziej zatem byłaby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak, aby umowa w sprawie zamówienia publicznego zawierała realny termin jej wykonania, zgodny z okresem świadczenia usługi wskazanym w SIWZ; co więcej, sam projekt umowy zawiera w § 2 ust. 3 postanowienie przewidujące wprowadzenie istotnych zmian w umowie w przypadku, gdy występują uzasadnione okoliczności niezależne od Zamawiającego lub wykonawcy, powodujące konieczność zmiany terminu realizacji zamówienia.

3) art. 7 ustawy Pzp poprzez przygotowanie i prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, polegające na zorganizowaniu postępowania przetargowego na tak krótki okres świadczenia usługi zamówienia, w sytuacji, w której charakter i przedmiot zamówienia przemawia za tym, aby okres świadczenia przedmiotowej usługi wynosił przynajmniej 9 miesięcy, przez co znacząco ogranicza konkurencyjność i promuje podmiot dotychczas świadczący usługę

objętą przedmiotem niniejszego postępowania, którym jest Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.

4) art. 29 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ustawy Pzp poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia wszystkich okoliczności i wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję - rozdział III punkt 2 SIWZ „Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Połczyn-Zdrój w okresie od 1 kwietnia 2018 roku do 31 grudnia 2018 roku i transport tych odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Wardyniu Górnym dla Regionu Wschodniego”, polegające na określeniu przez Zamawiającego krótkiego okresu realizacji zamówienia, który to nadto według Odwołującego uległ skróceniu z uwagi na przedłużające się postępowanie przetargowe, z przyczyn, za które Odwołujący nie ponosi odpowiedzialności (świadczenie niemożliwe); zatem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający, aby zachować zobowiązanie wykonawcy wynikające z oferty, winien dokonać zmiany umowy w zakresie wskazania terminu realizacji zamówienia przy jednoczesnym zachowaniu okresu ujętego w SIWZ tj. 9 miesięcy, czego Zamawiający odmówił Odwołującemu.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 94 ust. 3 ustawy Pzp Odwołujący zauważył, że przedmiotowe postępowanie w sprawie zamówienia publicznego uległo przedłużeniu z przyczyn nieleżących po stronie Odwołującego. Odwołujący wskazał, że oferta Odwołującego przygotowana zgodnie z postanowieniami SIWZ, została wybrana przez Zamawiającego jako oferta najkorzystniejsza. Jak podał Odwołujący, z uwagi na znaczne przedłużenie postępowania należało zmienić w projekcie umowy w sprawie zamówienia publicznego termin realizacji usługi, zachowując jednocześnie okres realizacji świadczenia wskazany w rozdziale III punkt 2 SIWZ. W związku z tym, Odwołujący, w celu zachowania tożsamości zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem świadczenia, który ma wynikać z umowy, podjął pertraktacje z Zamawiającym, w toku których przedstawił propozycję zmiany umowy wraz z argumentacją merytoryczną uzasadniającą zmiany w tym zakresie. Odwołujący podkreślił, że umowa w formie zaproponowanej przez Zamawiającego w zakresie terminu realizacji świadczenia, który obejmować miał okres zamówienia publicznego na jedynie 5 miesięcy - od 1 sierpnia 2018 r. do dnia 31 grudnia 2018 r., nie

pokrywała się z ofertą złożoną przez Odwołującego, ani nie była zgodna z postanowieniami SIWZ. Odwołujący zaznaczył, że umowa na krótszy okres, niż wynikający z SIWZ, stanowi zmianę przedmiotu zamówienia - co jest niedopuszczalne - oraz jest niezgodna z ofertą złożoną przez wykonawcę. Jak zauważył Odwołujący, Zamawiający w SIWZ jednoznacznie określił, że „przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbierania odpadów komunalnych (...) w okresie (...)”. Powyższy opis jednoznacznie wskazuje, zdaniem Odwołującego, że użyte pojęcie „w okresie” powinno być rozumiane jako określona miara czasu, która odpowiada długości realizacji zamówienia. Wykonawca zatem w następstwie wskazania przez Zamawiającego określonej jednostki czasu odpowiadającej okresowi 9 miesięcy przewidywał, że zamówienie zostanie udzielone na taki właśnie okres. Odwołujący zauważył ponadto, że w udzielonej odpowiedzi na pytania dotyczące treści SIWZ Zamawiający wskazał jedynie, że „nie planuje przesunięcia terminu rozpoczęcia zamówienia”, co jednak musiało nastąpić z uwagi na upływ pierwotnie zakładanego terminu rozpoczęcia realizacji usługi.

Odwołujący stwierdził, że zawarcie umowy w kształcie proponowanym i oczekiwanym przez Zamawiającego byłoby również sprzeczne z art. 140 ustawy Pzp. Istotne jest nadto, w ocenie Odwołującego, że w całym postępowaniu mowa była o okresie, a nie o terminie rozumianym jako wyłącznie daty kalendarzowe, których wykonanie nie było możliwe na etapie podpisania umowy. Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia był okres czasowy, w którym wykonawca byłby zobowiązany do świadczenia usług na rzecz Zamawiającego. Wykonawca na tej podstawie dokonał oszacowania ceny ujętej w ofercie - okres 9 miesięcy stanowił wielkość, która była podstawą szacowania i określenia budżetu wykonania zamówienia. Zaplanowany przez Zamawiającego wolumen odpadów stanowił istotę przedmiotowego zamówienia, a co za tym idzie, ustalenia ceny wskazanej w ofercie. Jak wskazał Odwołujący, biorąc pod uwagę krótszy okres świadczenia zamówienia, wykonawca nie uzyskałby przewidywanego w chwili składania oferty obrotu z odebranych odpadów, a co za tym idzie, przewidywanego zysku. Odwołujący zaznaczył, że w niniejszym zamówieniu to nie okres samego odbierania odpadów jest przedmiotem umowy, ale ilość odpadów przewidziana do odebrania i transportu w danym czasie, i na tej podstawie była konstruowana oferta wykonawcy. Odwołujący wyjaśnił, że odpady te - mając na względzie to, że przedmiotem zamówienia jest usługa ciągła - są wytwarzane przez mieszkańców

(właścicieli nieruchomości) sukcesywnie, w określonych odstępach czasu, a zatem do odebrania przewidywanej i wskazanej na etapie składania ofert ilości odpadów konieczny jest upływ pierwotnie zakładanego okresu, tj. 9 miesięcy. Zamawiający nie jest w stanie przekazać do odbioru i transportu zakładanej na etapie konstruowania oferty ilości odpadów w krótszym czasie, ponieważ nie mogą one być w krótszym czasie wytworzone. Odwołujący podkreślił, że konstruując ofertę brał pod uwagę również zapisy płynące z załącznika nr 1 do SIWZ II. Charakterystyka Gminy Połczyn Zdrój pkt 3 „Przewidywana ilość odpadów komunalnych w czasie trwania umowy (01.04.2018 r. - 31.12.2018 r.) wyniesie około 2574,928 [Mg]”.

Powołując się na powyższą argumentację Odwołujący podtrzymał stanowisko, że nie uchylał się on od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tylko dbał o to, aby umowa zgodna była ze zobowiązaniem ujętym zgodnie z SIWZ w jego ofercie. Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, niesłusznie została podjęta przez Zamawiającego skarżona czynność na podstawie art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, Zamawiający nie miał podstaw, aby uznać, że Odwołujący uchyla się od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, tym bardziej, że w kierowanej do Zamawiającego korespondencji zawarł jednoznaczne oświadczenie o woli zawarcia umowy na warunkach wskazanych w SIWZ i złożonej ofercie.

Argumentując naruszenie przez Zamawiającego art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ustawy Pzp Odwołujący wyraził przekonanie, że podjęcie skarżonej czynności przez Zamawiającego związane jest bezpośrednio z wcześniejszym dokonaniem naruszeń w postaci nie wprowadzenia zmian w projekcie umowy zgodnie z propozycją Odwołującego, tj. niezachowanie okresu realizacji zamówienia, na który została przygotowana oferta Odwołującego - 9 miesięcy. Ponownie Odwołujący wskazał, że użyte w opisie przedmiotu zamówienia pojęcie „w okresie” powinno być rozumiane jako określona miara czasu, która odpowiada długości realizacji zamówienia. Wykonawca zatem w następstwie wskazania przez Zamawiającego określonej jednostki czasu odpowiadającej okresowi 9 miesięcy przewidywał, że zamówienie zostanie udzielone na taki właśnie okres i na tej podstawie przygotował ofertę. Zdaniem Odwołującego, z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego nastąpiło ograniczenie okresu zamówienia ujętego w przedmiocie zamówienia, stąd rzeczą

Zamawiającego jest dostosowanie okresu realizacji zamówienia do konkretnych, możliwych obecnie dat kalendarzowych, o co zabiegał Odwołujący. Odwołujący wskazał, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dokonanie postulowanych przez Odwołującego zmian w projekcie umowy nie doprowadziłoby do naruszenia art. 144 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem „nieujęcie terminu wykonania zamówienia w kryteriach oceny ofert oznacza, że nie ma on wpływu na postępowanie zamawiającego w trakcie oceny ofert, nie może zatem spowodować takiej wady postępowania, która świadczyłaby o jego nieprawidłowym wyniku. Zmiana umowy w tym zakresie nie podlega zakazowi zawartemu w art. 144 ust. 1 p.z.p. Tym bardziej byłaby dopuszczalna zmiana wzoru umowy po wyborze najkorzystniejszej oferty, tak aby zawarta umowa w sprawie zamówienia zawierała realny termin jej wykonania (arg. a maiori ad minus)” (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 7 lutego 2013 r., sygn. akt 154/13). Odwołujący podkreślił, że w przedmiotowym postępowaniu przetargowym termin wykonania zamówienia nie był jednym z kryteriów wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem zmiana terminu wykonania umowy nie miała znaczenia istotnego w rozumieniu art. 144 ust. 1 ustawy Pzp oraz nie prowadziłaby do nieważności umowy. Istotne jest także, zdaniem Odwołującego, że zmiana umowy o treści proponowanej przez Odwołującego nie wpłynęłaby na krąg podmiotów ubiegających się o to zamówienie, czy też na wynik postępowania (Wyrok Sądu Rejonowego w Zambrowie, sygn. akt I C 255/15).

W ocenie Odwołującego, należy mieć na względzie, że podpisanie umowy w kształcie postulowanym przez Zamawiającego wiązałoby się z naruszeniem art. 140 ustawy Pzp. Odwołujący przywołał wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r., w który stwierdzono, że „Wykonawca wycenia ofertę w oparciu o zakres przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób zastrzega sobie możliwość zmiany (zmniejszenia) przedmiotu zamówienia na etapie realizacji zamówienia, może to wskazywać na naruszenie przez niego w przyszłości, w toku realizacji zamówienia, art. 140 ust. 1 p.z.p., który stanowi, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy jest tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. (...) Jeśli zamawiający w nieograniczony sposób przewiduje możliwość ograniczenia zakresu przedmiotu zamówienia, powyższe czyni opis przedmiotu zamówienia niejednoznacznym. Wykonawca bowiem w tym zakresie może mieć uzasadnione problemy z wyceną swojej oferty”. Odwołujący stwierdził, że postępowanie Zamawiającego doprowadziłoby do tego, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający

z umowy nie byłby tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie. Odwołujący podkreślił, że skrócenie okresu świadczenia usługi i tym samym ograniczenie wolumenu odpadów objętych odbiorem i transportem powoduje zasadniczą zmianę przedmiotu umowy, co stoi w sprzeczności z podstawowymi zasadami ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał ponadto na słuszność tezy wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 stycznia 2014 r. (sygn. akt KIO 24/14), w której ustalono, iż „zamawiający ma obowiązek uwzględnić i podać wszystkie informacje, mające wpływ na sporządzenie ofert i skalkulowanie ceny. Jeżeli nawet istnieje pewne ryzyko co do zakresu usługi w całym okresie jej realizacji, to nie może ono być w całości przerzucane na wykonawcę, który powinien mieć pewność w odniesieniu do stałych elementów, pozwalających na przyjęcie założeń kalkulacyjnych ekonomiczności kontraktu za zaoferowaną cenę”. Odwołujący podniósł, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający postępował wbrew wskazanym regułom - próbując ograniczyć okres trwania zamówienia doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący wykonywałby zamówienie niezgodnie z założeniem obranymi w trakcie kalkulowania ceny wskazanej w ofercie wybranej za najkorzystniejszą.

Wskazując na naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp Odwołujący argumentował, że prowadzenie postępowania w sprawie zamówienia publicznego przez Zamawiającego zmierzało do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego, przedmiot i charakter usługi stanowiącej zamówienie publiczne przemawia za tym, aby okres świadczenia usługi wynosił co najmniej 9 miesięcy. Odwołujący stwierdził, że zorganizowanie przedmiotowego przetargu na dość krótki okres z założeniem, które ujawniło się w trakcie działań Zamawiającego zmierzających do podpisania umowy w sprawie zamówienia, przez Zamawiającego jego skrócenia, nasuwa wątpliwości co do rzeczywistych intencji Zamawiającego, który przez całe postępowanie niejako promował Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarko Odpadami Sp. z o.o., w którym posiada największą ilość udziałów spośród wszystkich współników. Odwołujący wyraził przekonanie, że przedstawione postępowanie Zamawiającego nie jest zgodne z nadrzędnymi zasadami kierującymi zamówieniami publicznymi.

Stawiając zarzut dotyczący prowadzenia postępowania z powyżej wskazanym naruszeniem Odwołujący zarzucił ponadto Zamawiającemu, iż przesyłając Odwołującemu

zawiadomienie o wyborze oferty bez ponownego badania i ponownej oceny ofert o godzinie 13.55 dnia 13 sierpnia 2018 r. (wtorek), gdzie na dzień 15 sierpnia wypada dzień ustawowo wolny od pracy, mając na uwadze 5 - dniowy termin do wniesienia odwołania, po raz kolejny dał wyraz wyjątkowo nieprzychylnego nastawienia wobec Odwołującego. Zamawiający mógł podjąć skarżoną czynność już w pierwszym tygodniu sierpnia br., bowiem ostatnia korespondencja pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym pochodzi z dnia 27 lipca b.r.

Zdaniem Odwołującego, dla oceny sposobu prowadzenia postępowania przez Zamawiającego nie bez znaczenia ma okoliczność, iż prowadzone jest ono wyjątkowo opieszale. Możliwość dokonania wyboru oferty istniała już po wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 kwietnia 2018 r. (sygn. akt KIO 692/18, KIO 693/18), którym to wyrokiem Izba unieważniła czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. oraz wykluczenia Odwołującego, jak również innego wykonawcy, tj. spółki ATF z niniejszego postępowania. Pomimo takiego rozstrzygnięcia, wybór oferty Odwołującego został dokonany dopiero w dniu 20 czerwca 2018 r., czym ponownie prowadził Zamawiający do skrócenia okresu zamówienia. Analogicznie Zamawiający postąpił w przypadku pierwszego wyboru najkorzystniejszej oferty, co miało miejsce w dniu 6 kwietnia 2018 r., podczas gdy stosowne wyjaśnienia przez wykonawców zostały złożone do dnia 13 marca 2018 r. Takie działanie Zamawiającego niewątpliwie doprowadziło do znacznego ograniczenia okresu zamówienia. W ocenie Odwołującego, takie zachowanie prowadzić może do wniosku, że Zamawiający celowo dążył do ograniczenia zakresu (okresu) zamówienia, co miało wpływ na pozbawianie Odwołującego rentowności usługi, którego cena zawarta w ofercie została ukształtowana w oparciu o długość trwania usługi (9 miesięcy) i przewidzianej do odbioru w tym czasie ilości odpadów.

Uzasadniając zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 29 ustawy Pzp w zw. z art. 140 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że dokonanie opisu przedmiotu zamówienia winno być wykonane z uwzględnieniem okoliczności i wymagań mających wpływ na sporządzenie oferty przez potencjalnych wykonawców. Jak zaznaczył Odwołujący, wpływ na sporządzenie oferty w niniejszym postępowaniu miał okres realizacji przedmiotu zamówienia, który został wskazany jako czasookres 9 miesięczny. Jak zauważył Odwołujący, działania

Zamawiającego na etapie zmierzającym bezpośrednio do sfinalizowania zamówienia publicznego, tj. podpisania umowy, ujawniły, iż opis przedmiotu zamówienia został przez Zamawiającego skonstruowany w sposób niejasny, bowiem Zamawiający dokonał jego interpretacji w sposób zmierzający do zmiany przedmiotu zamówienia, co jest niemożliwe na omawianym etapie postępowania. Zamawiający dokonał wykładni postanowień dotyczących przedmiotu zamówienia ze względu na własne potrzeby, w oderwaniu od przedmiotu zamówienia i założeń ofert konstruowanych nie tylko przez Odwołującego, ale i pozostałych wykonawców. Odwołujący podkreślił, że „to obowiązkiem zamawiającego zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp jest szczegółowe, jednoznaczne i kompletne opisanie przedmiotu zamówienia” (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2017 r., sygn. akt KIO 1939/17), czemu - jak wynika z etapu zawierania umowy z Odwołującym - nie podołał Zamawiający.

Odwołujący zauważył, że zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, dla określenia okresu realizacji zamówienia bez znaczenia są okoliczności związane z ujęciem zamówienia wyłącznie w danym roku budżetowym; decydujące znaczenie ma opis przedmiotu zamówienia. Co więcej, odbiór odpadów komunalnych stanowi przejęte od mieszkańców zadanie własne gminy, które nie jest ograniczone do jednorazowej usługi, a jest świadczone w sposób ciągły. Odwołujący zwrócił ponadto uwagę, że Gmina Połczyn-Zdrój jest zobowiązana do zorganizowania systemu odbierania odpadów w każdym kolejnym roku. W planie postępowań przetargowych na IV kwartał 2018 r. Gmina Połczyn-Zdrój uwzględniła postępowanie przetargowe dotyczące odbioru i transportu odpadów w roku 2019, co oznacza, że planuje zabezpieczyć środki finansowe na realizację tożsamego zadania.

Odwołujący wniósł o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o. o.,
2. Nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w projekcie umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego na zasadzie art. 144 ust. 1 ustawy Pzp z uwzględnieniem okresu opowiadającego opisowi przedmiotu zamówienia, tj. 9 miesięcy świadczenia zamówienia publicznego i podpisanie umowy z Odwołującym, jako podmiotem,

którego oferta została uznana za najkorzystniejszą.

3. Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenie na rzecz Odwoływającego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów koniecznych do celowego dochodzenia praw.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również stanowiska stron postępowania zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie Odwoływającego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych przez Odwoływającego zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba stwierdziła, że w poszczególnych dokumentach składających się na dokumentację postępowania Zamawiający jednoznacznie wskazał, że przedmiotem postępowania jest odbiór i transport odpadów w ściśle określonych ramach czasowych, tj. w okresie od 1 kwietnia 2018 r. do 31 grudnia 2018 r. Taki czas trwania umowy został wskazany w Rozdziale III oraz w Rozdziale VII Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w pkt II ppkt 3 Załącznika nr 1 do SIWZ, w § 2 pkt 17 Załącznika nr 1 do SIWZ, w § 2 Załącznika nr 3 do SIWZ Projekt umowy, a także w Załączniku nr 5 do SIWZ. Taki termin został również wskazany w ofercie złożonej przez Odwoływającego (strona 2 oferty). Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący posiadał wiedzę co do czasu, jaki obejmuje przedmiotowe zamówienie. W żadnym z ww. dokumentów przedmiot zamówienia nie został określony jako odbiór i transport odpadów przez okres 9 miesięcy, przeciwnie, jak wskazano

powyżej, przedmiot zamówienia został opisany przez podanie konkretnych dat. Tak opisanego przedmiotu zamówienia, a co za tym idzie, świadomości Odwołującego na temat czasu zaangażowania wykonawcy w realizację przedmiotu zamówienia, nie zmienia odpowiedź Zamawiającego na pytanie nr 5 z dnia 27 lutego 2018 r., gdzie Zamawiający wyjaśnił, że oczekuje dezynfekcji pojemników do gromadzenia odpadów komunalnych raz w miesiącu, bądź 2 razy w ciągu 9 miesięcy, w zależności od koloru pojemników. Udzielona w ten sposób odpowiedź na pytanie do SIWZ nie modyfikuje ram czasowych usługi stanowiącej przedmiot zamówienia. Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że brak jest podstaw do modyfikacji warunków realizacji przedmiotowego zamówienia na obecnym etapie. Izba miała na względzie okoliczność, że treść projektu umowy dopuszcza możliwość wprowadzenia zmian do umowy w zakresie terminu realizacji zamówienia, jednak taka zmiana została obwarowana zaistnieniem uzasadnionych okoliczności niezależnych od Zamawiającego i wykonawcy, oraz obopólną zgodą stron umowy, której w przedmiotowej sprawie nie osiągnięto. Izba rozpoznając przedmiotowe odwołanie dostrzegła racjonalność działania Odwołującego, jednak z uwagi na jednoznaczne określenie przez Zamawiającego ram czasowych przedmiotu zamówienia, brak podstaw do jakichkolwiek wątpliwości w tym zakresie, Izba uznała, że działanie Odwołującego zmierzające do modyfikacji owych ram na obecnym etapie postępowania, nie zasługuje na uwzględnienie. Izba zważyła przy tym, że Odwołujący nie kwestionował tak opisanego przedmiotu zamówienia na właściwym etapie, tj. na etapie opublikowania przez Zamawiającego treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo, Izba wzięła pod uwagę okoliczność, że na przeszkodzie w realizacji umowy nie stoją zasady rozliczania usługi, bowiem podstawą rozliczenia będzie iloczyn liczby ton odpadów odebranych i przekazanych oraz zaoferowanej przez wykonawcę stawki za odbiór i transport tony odpadów (§ 9 ust. 4 Załącznika nr 3 do SIWZ Projekt umowy). Argumentem przemawiającym za zasadnością podniesionych przez Odwołującego zarzutów nie mogą być ramy czasowe uprzednio ogłoszonych przez Zamawiającego postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazano powyżej, czas objęty usługą został jednoznacznie określony, nie budził wątpliwości, a zatem brak jest podstaw do jego zmiany na obecnym etapie postępowania.

Biorąc pod uwagę stan faktyczny zaistniały w przedmiotowym postępowaniu Izba stwierdziła, że Zamawiający w sposób uprawniony uznał, że Odwołujący uchyla się od podpisania umowy. Zamawiający kilkakrotnie wzywał Odwołującego do podpisania umowy (pisma Zamawiającego z dnia 13 lipca 2018 r. oraz z dnia 25 lipca 2018 r.), zastrzegając w piśmie z dnia 25 lipca 2018 r., że jeśli Odwołujący nie przystąpi do jej zawarcia, Zamawiający wybierze kolejną ofertę. Wobec braku niejednoznaczności w opisie przedmiotu zamówienia, stanowisk przedstawionych przez Odwołującego w pismach z dnia 19 lipca 2018 r., 27 lipca 2018 r., oraz nie przystąpienia Odwołującego do podpisania umowy, brak jest podstaw do stwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego art. 94 ust. 3 ustawy Pzp. Z uwagi na powyższe, nie znalazł potwierdzenia również zarzut naruszenia art. 144 ust. 1 w zw. z art. 140 ustawy Pzp.

Jednocześnie, za spóźniony Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 29 w zw. z art. 140 ustawy Pzp. Zarzut ten został podniesiony z uchybieniem ustawowych terminów na wniesienie odwołania.

Wobec powyższego, nie potwierdził się również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ustawy Pzp. Odwołujący nie wykazał skutecznie, że Zamawiający w prowadzonym postępowaniu „promował” Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o. Stan faktyczny sprawy przeczy takiemu twierdzeniu, bowiem to oferta Odwołującego została wybrana jako najkorzystniejsza, a dopiero w wyniku działania Odwołującego, Zamawiający wybór ten zmienił.

Z uwagi na powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

Przewodniczący :