

Sygn. akt: KIO 245/20

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 20 lutego 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania w Warszawie w dniu 20 lutego 2020r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 7 lutego 2020r. przez **wykonawcę SUEZ ZACHÓD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jerzmanowska 13** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” z siedzibą w Poznaniu, ul. Św. Michała 43**

przy udziale **FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie, ul. Siedmiogrodzka 9** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 245/20 po stronie odwołującego

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie,**

**2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 13 500zł. 00 gr.** (słownie: trzynaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **SUEZ Zachód spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jerzmanowska 13** tytułem zwrotu 90% wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz.1986) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Poznaniu**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i transport niesegregowanych odpadów komunalnych i bioodpadów oraz odbiór i zagospodarowanie pozostałych odpadów komunalnych zbieranych selektywnie z nieruchomości objętych działaniem Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej” położonych na terenie sektorów I-VII zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w dniu 7 stycznia 2020r. za numerem 2020/S 004-004877.

W dniu 31 stycznia 2020r. zamawiający sprostował treść ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S 022-049476.

W dniu 7 lutego 2020r. odwołanie wniósł wykonawcę SUEZ ZACHÓD spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, ul. Jerzmanowska 13 – zwany dalej odwołującym. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 16 stycznia 2020r. udzielonego przez prezesa i członka zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie ze złożonym odpisem. W dniu 7 lutego 2020r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ustawy przez nakazanie wykonawcom uwzględnienia w cenie za odbiór i transport 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych oraz w cenie za odbiór i transport 1 Mg Bioodpadów kosztów wynikających z konieczności transportowania tych odpadów na odległość do 30 km od granic Związku (por. pkt III. ppkt 3.3.1. (xiii) Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia - dalej jako „SOPZ” w brzmieniu nadanym przez zamawiającego w dniu 28 stycznia 2020 roku), mimo że z uwagi na rozległość terytorium Związku, odległość ta może w praktyce sięgać nawet 100 km od granic danego Sektora, z którego wykonawca ma odbierać odpady, co powoduje ukształtowanie kryteriów oceny ofert w sposób niejednoznaczny, prowadzący do nieporównywalności ofert, a co za tym idzie naruszający uczciwą konkurencję,

2. art. 29 ust. 1 i 2 oraz art. 36 ust. 1 pkt 12) ustawy w zw. z art. 353(1) KC w zw. z art. 14 ust. 1 i art. 139 ust. 1 ustawy przez określenie w pkt III. ppkt 3.3.1. (xiii) SOPZ w brzmieniu nadanym przez zamawiającego w dniu 28 stycznia 2020 roku, iż: w szczególnych sytuacjach (m.in. awaria Instalacji Związku lub wyczerpanie się mocy przerobowych) zamawiający ma prawo wskazać inne miejsce oddalone do 30 km od granic Związku, zgodnie z zasadą bliskości, do której wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć Odpady zmieszane lub Bioodpady w ramach zaoferowanej ceny ofertowej, co z uwagi na rozległość terytorium Związku uniemożliwia wykonawcom rzetelne oszacowanie kosztów świadczenia usługi, w

tym przewidzenie niezbędnego potencjału technicznego i osobowego niezbędnego do świadczenia usługi, powodując niemożliwość skalkulowania ceny oferty i stanowi rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego, znaczne przekroczenie zasady swobody umów oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny;

3. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy oraz art. 353(1) KC w zw. z art. 14 i art. 139 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz dostęp do zamówienia tj. określenie w:

a. pkt 2.1.3 SOPZ w brzmieniu nadanym przez zamawiającego w dniu 28 stycznia 2020 roku obowiązku wykonawcy dysponowania deklarowanym potencjałem technicznym określonym w pkt. 3.3.3 (iv) SOPZ tj. pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowego świadczenia Usługi w terminie 60 dni poprzedzających termin rozpoczęcia świadczenia Usługi,

b. pkt 3.3.3. SOPZ w brzmieniu nadanym przez zamawiającego w dniu 28 stycznia 2020 roku obowiązku wykonawcy zrealizowania czynności związanych z przygotowaniem się do realizacji umowy w zakresie poczynienia prac organizacyjno-technicznych przez dysponowanie pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowego świadczenia usługi oraz obowiązku wykonawcy przekazania zamawiającemu szczegółowej specyfikacji pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SOPZ nie później niż w terminie 60 dni przed rozpoczęciem świadczenia Usługi,

4. art. 91 ust. 2d w zw. z art. 7 ustawy przez niejednoznaczne, niewyczerpujące i naruszające zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców opisanie przez zamawiającego zasad dotyczących udziału przy realizacji zamówienia pojazdów niskoemisyjnych zadeklarowanych przez danego wykonawcę w ramach ustanowionego przez zamawiającego nowego pozacenowego kryterium oceny ofert „Aspekty środowiskowe” (por. Rozdział 10 pkt 1.3. SIWZ w brzmieniu nadanym przez zamawiającego w dniu 28 stycznia 2020 roku), tj. brak sformułowania w ramach przedmiotowego kryterium ograniczenia możliwości deklarowania w ramach ww. kryterium tylko jednego (tego samego) pojazdu przy obsłudze maksymalnie 2 Sektarów objętych postępowaniem; powyższe powoduje, że cel, który co do zasady miał przyświecać zamawiającemu przy formułowaniu przedmiotowego kryterium - w postaci doprowadzenia do wykonywania umowy o zamówienie przy pomocy ekologicznej floty - nie zostaje zabezpieczony a jednocześnie przedmiotowe kryterium w sposób nieuzasadniony preferuje wykonawcę — spółkę Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., która jako jedyny podmiot na rynku poznańskim dysponuje rozbudowaną flotą pojazdów elektrycznych lub gazowych i może zadeklarować w ramach przedmiotowego kryterium te same samochody nawet na wszystkie Sektory w ramach postępowania i uzyskać z tego tytułu najwyższą liczbę punktów w ramach przedmiotowego kryterium, zaś ostatecznie wykorzystywać te samochody w poszczególnych

Sektorach jedynie w minimalnym zakresie, co narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Wniósł o:

1. uwzględnienia odwołania;
2. nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ przez:
  - a. zmianę pkt 3.3.1 (xiii) SOPZ przez nadanie mu następującego brzmienia: „(xiii) w szczególnych sytuacjach (awaria Instalacji Związku lub Biokompostowni albo wyczerpanie się ich mocy przerobowych) zamawiający ma prawo wskazać inne miejsce oddalone do 30 km od granic danego Sektora, zgodnie z zasadą bliskości, do której wykonawca będzie zobowiązany dostarczyć odpady zmieszane lub bioodpady w ramach zaoferowanej ceny ofertowej (koszt zagospodarowania pokrywa zamawiający, natomiast koszt transportu do wskazanej instalacji pokrywa wykonawca)”,
  - b. zmiany pkt 2.2.3 SOPZ oraz pkt 3.3.3 (iv) SOPZ w ten sposób, aby wykonawca zobowiązany był do: i) dysponowania deklарowanym potencjałem technicznym tj. pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowego świadczenia Usługi, ii) przekazania zamawiającemu szczegółowej specyfikacji pojazdów wykorzystywanych do realizacji usługi, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SOPZ nie później niż w terminie 30 dni przed rozpoczęciem świadczenia Usługi,
  - c. uzupełnienie opisu kryterium „Aspekty środowiskowe” (Rozdział 10 pkt 1.3. SIWZ) przez wskazanie, że pojedynczy pojazd może być zadeklarowany przez wykonawcę w ramach przedmiotowego kryterium na maksymalnie 2 Sektory,
3. nakazanie zamawiającemu zmiany terminu składania ofert o czas niezbędny do wprowadzenia zmian z zachowaniem terminu określonego w art. 12a ust. 2 pkt 1 ustawy ;
4. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów niniejszego postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że jest legitymowany do wniesienia odwołania, stosownie do wymagań określonych w art. 179 ust. 1 ustawy, jako wykonawca zainteresowany udziałem w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i uzyskaniem tego zamówienia oraz jako aktualny wykonawca świadczący na rzecz zamawiającego usługi z zakresu odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych.

W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w petitum niniejszego odwołania, interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku. Niniejsze odwołanie dotyczy bowiem zapisów SIWZ kształtujących kryteria oceny ofert oraz obowiązków wykonawcy i zasad świadczenia usług objętych zamówieniem. W konsekwencji interes odwołującego wyraża się w dążeniu do zmiany zasad dotyczących kryteriów oceny ofert oraz zmiany obowiązków wykonawcy i zasad świadczenia usługi, które — gdyby zostały pozostawione w niezmienionym kształcie - stanowiłyby realną przeszkodę dla obrony

interesów odwołującego jako wykonawcy przygotowującego ofertę oraz kolejno realizującego umowę o zamówienie. Pozostawienie SIWZ w obecnym brzmieniu rodzi, w ocenie odwołującego, realne ryzyko poniesienia przez wykonawcę szkody polegającej na nieuzyskaniu zamówienia lub przynajmniej na braku możliwości osiągnięcia zysku związanego z realizacją zamówienia.

W dniu 10 lutego 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

W dniu 13 lutego 2020r. do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego przystąpił wykonawca FBSerwis Spółka Akcyjna z siedzibą w Warszawie wskazując, że posiada interes w rozstrzygnięciu na korzyść odwołującego, gdyż zamierza złożyć ofertę, a zakwestionowane postanowienia SIWZ ograniczają mu możliwość złożenia prawidłowej oferty na korzystnych warunkach i realizację zamówienia. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 20 stycznia 2020r. udzielonego przez wiceprezesa i członka zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z załączonym odpisem z KRS. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu w dniu 13 lutego 2020r.

W dniu 19 lutego 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

W dniu 19 lutego 2020r. Odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w związku z potencjalnym naruszeniem przez zamawiającego przepisów ustawy, czym została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Przepis art. 187 ust. 8 ustawy stanowi, iż odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy; w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze, przy czym, jeżeli cofnięcie nastąpiło przed otwarciem rozprawy, odwołującemu zwraca się 90 % wpisu.

Uwzględniając powyższe, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 187 ust. 8 zdanie pierwsze ustawy, na posiedzeniu umorzyła postępowanie odwoławcze.

Zgodnie z art. 187 ust. 8 zdanie drugie ustawy, orzeczono o zwrocie odwołującemu 90% kwoty uiszczzonego wpisu.

Izba postanowiła nie zasądzić na rzecz zamawiającego zwrot kosztów postępowania odwoławczego z tego względu, że wycofanie odwołania nastąpiło na więcej niż jeden dzień niż wyznaczony termin posiedzenia.

**Przewodniczący: .....**