

**Sygn. akt: KIO 1782/19**

**POSTANOWIENIE  
z dnia 26 września 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron postępowania w dniu 26 września 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 września 2019 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów

**postanawia:**

1. odrzuca odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:.....**

## Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Sianów, ul. Armii Polskiej 30, 76-004 Sianów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm.), zwanej ustawą Pzp prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe oraz innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe jedynie przez część roku, znajdujących się na terenie gminy i miasta Sianów oraz zapewnienie pojemników i worków na wszystkie odpady komunalne w roku 2020-2023”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 lipca 2019 roku pod numerem 2019/S 135-332510.

Nie zgadzając się z niektórymi postanowieniami ogłoszenia Odwołujący: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin w dniu 24 lipca 2019r. wniósł pierwsze odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od czynności podjętych przez Zamawiającego i zaniechał przez Zamawiającego czynności w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- art. 31 c ustawy Pzp, gdyż Zamawiający nie zamieścił informacji o zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog techniczny,
- art. 96 ust. 2a ustawy Pzp, gdyż informacja o zastosowaniu dialogu technicznego i o podmiotach, które w nim uczestniczyły, oraz o wpływie dialogu na opis przedmiotu zamówienia powinna znaleźć się w protokole postępowania o udzielenie zamówienia, a Zamawiający nie sporządził i nie przekazał protokołu uczestniczącemu w nim Odwołującemu,
  - art. 29 ust. 1 ustawy Pzp gdyż:
    - w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wskazał ilości odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany odebrać,
    - nie wskazał ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odebrać odpady, t.j. objętych przedmiotem zamówienia,
    - nie wskazał masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie wykonawca będzie

zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych w ramach umowy i w zamian za wynagrodzenie ryczałtowe, a także liczby i lokalizacji domków letniskowych,

- nie wskazał instalacji, do której Wykonawca będzie zobowiązany dostarczać odpady od dnia 1 stycznia 2021 roku,

- w punkcie VI.7 OPZ wskazał godziny odbioru odpadów w zabudowie jednorodzinnej jako 7.00 - 21.00, zaś w projekcie umowy § 1 ust. 4 znajdują się godziny 7.00 - 20.00. W przypadku zabudowy wielorodzinnej godziny odbioru odpadów w ogóle nie zostały przez Zamawiającego wskazane.

- w pkt VI.8. wprowadził podział nieruchomości na wielorodzinne osiedlowe i wielorodzinne inne niż osiedlowe oraz uzależnił częstotliwość odbioru odpadów od rodzaju nieruchomości przy czym OPZ nie zawiera definicji ani wykazu tych nieruchomości,

- wprowadził zapis: „Niezależnie od podanych wyżej częstotliwości wywozu odpadów winny one być zgodne z przepisami prawa obowiązującego w trakcie realizacji zamówienia”,

- w pkt VI.8.c) wprowadził zapis: „w przypadku przepełnienia się pojemników Wykonawca dokonuje odbioru odpadów w terminie 3 dni od zgłoszenia lub w tym samym terminie wyposaża altankę śmietnikową / wyznaczone miejsce w dodatkowy pojemnik”,

- w pkt VI. 11.b) Zamawiający wymaga, aby Wykonawca realizował przedmiot zamówienia również wtedy, gdy dojazd jest utrudniony lub uniemożliwiony np. przez remont dróg lub trudne warunki atmosferyczne.

- W pkt VI.11.d) Zamawiający wprowadził zapis: „W przypadku trzykrotnego nieuzyskania akceptacji ze strony Zamawiającego, prawo do zaplanowania harmonogramy przechodzi na Zamawiającego”.

- naruszenie art, 7 ust. 1 i art. 22 ust 1 i 4 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający wymaga wyposażenia wszystkich pojazdów wykorzystywanych do realizacji zamówienia w kamery rejestrujące trasy poszczególnych pojazdów oraz ilości wystawiony i opróżnionych pojemników i odebranych worków przez cały okres realizacji zamówienia.

- naruszenie art. 29 ust 3a ustawy Pzp, gdyż SIWZ nie obejmuje wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez Zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia,

- naruszenie art. 140 ustawy pzp, gdyż:

- § 1 ust. 3.4 jest sprzeczny z punktem VI.3 OPZ - Zamawiający wymaga wyposażenia w pojemniki (worki) w terminie do dwóch tygodni od dnia wejścia umowy w życie, a w OPZ w terminie do dwóch tygodni od dnia podpisania umowy,

- w § 1 ust. 9 pkt 3) Zamawiający nie doprecyzował zasad realizacji usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami,

- § 1 ust. 10 zawiera informację odnośnie nieruchomości niezamieszkałych, zgodnie z którą „szczegółowe ustalenia w zakresie świadczenia usług na nieruchomościach,

na których znajdują się domki letniskowe lub z innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno - wypoczynkowe jedynie przez część roku, strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”,

- brak § 2 w projekcie umowy,
- w § 4 ust. 2 Zamawiający wymaga, aby na etapie zawierania umowy Wykonawca wskazał wszystkie instalacje, do których przekazane zostaną odebrane odpady komunalne,
- w § 6 ust. 5 i 6 Zamawiający wprowadził do projektu umowy nieprecyzyjne zapisy odnośnie zmiany wysokości wynagrodzenia,
- § 6 ust. 5 punkt 4) jest sprzeczny z §6 ust. 6 punkt 4)
- naruszenie art. 180 ust. 4 ustawy Pzp, gdyż odwołanie również można wnosić w formie pisemnej w postaci papierowej, tymczasem Zamawiający w rozdziale XIV ust. 3 SIWZ wskazał, że odwołanie wnosi się w formie elektronicznej, co zawęża ustawowe uprawnienia wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie przedmiotowego postępowania oraz wnosił o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego na rzecz Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Koszalinie.

Wyrokiem z dnia 6 sierpnia 2019r.(sygn. akt KIO 1426/19) Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu, co następuje:

1.1.wskazanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia maksymalnej ilości odpadów, które wykonawca będzie zobowiązany odebrać w okresie obowiązywania umowy,

1.2.wskazanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej ilości osób, od których wykonawca będzie zobowiązany odbierać odpady objęte przedmiotem zamówienia,

1.3.opisanie w treści ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia szacunkowej masy poszczególnych rodzajów odpadów, jakie wykonawca będzie zobowiązany odebrać i zagospodarować z domków letniskowych, a także szacunkowej liczby i lokalizacji domków letniskowych,

1.4.zdefiniowanie w pkt VI.8.c) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pojęcia nieruchomości wielorodzinnych osiedlowych i wielorodzinnych innych niż osiedlowe,

1.5.uregulowanie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia warunków świadczenia usługi, gdy dojazd do punktu odbioru jest utrudniony oraz wykreślenie z postanowienia pkt VI.11.b) wymagania świadczenia, gdy dojazd jest uniemożliwiony,

1.6.określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego lub wykreślenie tego postanowienia,

1.7. opisanie w § 1 ust.9 pkt 3 usługi porządkowania terenu zanieczyszczonego odpadami lub wykreślenia tego postanowienia.

W pozostałym zakresie Izba oddalił odwołanie.

W dniu 16 lipca 2019 r. Zamawiający opublikował na miniportalu Urzędu Zamówień Publicznych termin składania i otwarcia ofert na dzień 21 sierpnia 2019 r.

W dniu 13 września 2019 r. Odwołujący wniósł drugie odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej Odwołujący od czynności i zaniechań zarzucając Zamawiającemu:

1. naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowiącego zasadę przygotowania i przeprowadzania postępowania o udzielenie zamówienia i nakazującego zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje przedmiot zamówienia opisywać się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty gdyż Zamawiający wskazał różne terminy składania i otwarcia ofert w zamieszczanych i ogłaszanych przez Zamawiającego dokumentach. W miniportalu Urzędu Zamówień Publicznych termin składania ofert to 21 sierpnia 2019 roku godz. 12.00, termin otwarcia ofert to 21 sierpnia 2019 roku godz 12.15, a w ogłoszeniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej data składania ofert to 27 września 2019 roku godz. 12.00.

2. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż Opisie przedmiotu zamówienia będącego składową SIWZ, t.j. w § 1 ust. 10 SIWZ zawiera informację odnośnie nieruchomości niezamieszkałych, zgodnie z którą „Do świadczenia usług na nieruchomościach, na których znajdują się domki letniskowe lub z innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe jedynie przez część roku stosuje się odpowiednio postanowienia umowy dotyczące zabudowy jednorodzinnej albo wielorodzinnej stosownie do charakteru zabudowy na danej nieruchomości, przy czym szczegółowe ustalenia w tym zakresie strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”, co oznacza, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny pozostawiając do dowolnych ustaleń między stronami umowy nieokreślony bliżej przedmiot umowy, a ponadto niewykonanie zobowiązania podjętego przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie, która odbyła się w dniu 6 sierpnia 2019 roku, który zobowiązał się wykreślić w SIWZ postanowienia w § 1 ust. 10 zaczynającego się od słów „przy czym szczegółowe ustalenia w

tym zakresie strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”.

3. naruszenie przepisu art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż wpkt VI.II.d) Opisu przedmiotu zamówienia będącego częścią składową SIWZ Zamawiający wprowadził zapis: „W przypadku trzykrotnego nieuzyskania akceptacji ze strony Zamawiającego, prawo do zaplanowania harmonogramy przechodzi na Zamawiającego, z zastrzeżeniem, że Zamawiający zaakceptuje harmonogram uwzględniający wszystkie nieruchomości objęte ww. wykazem nieruchomości oraz, w przypadku wątpliwości, po wykazaniu przez Wykonawcę, że harmonogram jest uzasadniony pod względem ekologicznym i ekonomicznym (zoptymalizowanie trasy przejazdów), co oznacza, że Zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób precyzyjny, a ponadto nie wykonał wyroku KIO z dnia 6 sierpnia 2019 roku, w którym Izba, uznając za trafny zarzut Odwołującego odnoszący się do postanowień w/w punktu, nakazała Zamawiającemu określenie w SIWZ okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego lub wykreślenie tego postanowienia.

Wskazując na powyższe zarzuty wnosił o uwzględnienie odwołania i unieważnienie postępowania.

W dniu 3 września 2019 r. Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej informację o terminie składania i otwarcia ofert na dzień 27.09.2019 r.

W dniu 18 września 2019 r. Zamawiający dokonał kolejnej zmiany treści SIWZ.

Pismem z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie wnosząc między innymi o umorzenie postępowania lub oddalenie odwołania.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.**

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dokumentacyjnego przedmiotowego postępowania przetargowego, w tym akt sprawy odwoławczej, Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania na podstawie art. 189 ust.2 pkt. 3, 4, 5 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności, Izba ustaliła, że Odwołujący powziął lub mógł powziąć wiadomość o okoliczności stanowiącej podstawę do wniesienia odwołania w zakresie zarzutu 1 już w dniu 16 lipca 2019 r.( data publikacji informacji w miniportalu Urzędu Zamówień

Publicznych o terminie składania i otwarcia ofert na dzień 21 sierpnia 2019 r.), zaś o zmianie tego terminu Odwołujący dowiedział się w dniu 3 września 2019 r. z ogłoszenia o sprostowaniu tych terminów.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art.182 ust.3 pkt 1 ustawy Pzp odwołanie wobec czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 - w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia.

Jednocześnie w myśl przepisu art.182 ust.2 ustawy Pzp odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się w terminie:

1) 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Rozważając ten przypadek, nie uszło uwadze Izby, że zarzut sformułowany przez Odwołującego dotyczył tych dwóch terminów publikacji informacji o terminie składania i otwarcia ofert.

Izba stwierdziła, że Odwołujący zgłaszając zarzut nr 1 spóźnił się, bowiem mając zastrzeżenia do informacji o terminie składania i otwarcia ofert opublikowanym w miniportalu Urzędu Zamówień Publicznych, powinien to uczynić w powyższym ustawowym terminie liczonym od dnia następującego po dacie 16 lipca 2019 r., czego nie uczynił.

Jeżeli zaś chodzi o ten drugi termin – 3 września 2019r., to należy zwrócić uwagę, że został o zakwestionowany przez Odwołującego w związku z tym pierwszym – 16 lipca 2019 r., co oznacza, że zarzut nr 1 zgłoszony łącznie w oparciu o te dwie daty należało potraktować również za spóźniony.

Wymaga podkreślenia, że Odwołujący nie sformułował przy tym tezy, że z jakiś względów termin składania ofert na dzień 27 września 2019 r. mu nie odpowiada, zatem należało przyjąć, że w tym względzie w ogóle nie było zarzutu.

Wobec powyższego Izba uznała, że zaszła przesłanka z przepisu art.189 ust.2 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Na marginesie, Izba stwierdziła również, że Zamawiający dodatkowo wydłużył termin składania i otwarcia ofert na dzień 21 października 2019 r., co daje wszystkim wykonawcom na równych zasadach odpowiedni czas na przygotowanie jak najlepszych ofert.

Izba orzekła również na podstawie przepisu art.189 ust.2 pkt 5 ustawy Pzp, zgodnie, z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W ocenie Izby – w odniesieniu do zarzutu nr 3, Zamawiający w modyfikacji SIWZ z dnia 18 września 2019 r. wykonał ostatecznie wyrok KIO z dnia 6 sierpnia 2019 r. w zakresie spornego postanowienia z punktu 1.6., gdzie Izba nakazała określenie w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego lub wykreślenie tego postanowienia.

W pkt VI.11.d SIWZ po zmianie z 18 września 2019 r. Zamawiający opisał, że Zamawiającemu przysługuje prawo odmowy akceptacji harmonogramu jeżeli nie przewiduje on świadczenia usług na wszystkich nieruchomościach objętych ww. wykazem nieruchomości oraz w przypadku gdy zaproponowany harmonogram ustala niejednorodną częstotliwość odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości objętych ww. wykazem.

Wymaga wskazania, że na poprzednim etapie postępowania odwoławczego Odwołujący nie formułował jakichkolwiek propozycji szczegółowych okoliczności uzasadniających brak akceptacji harmonogramu przez Zamawiającego.

Natomiast, Izba stwierdziła, że Odwołujący w ogóle nie podniósł w poprzednim postępowaniu odwoławczym kwestii braku wskazania terminów, w jakich będzie podejmował Zamawiający decyzje o zaakceptowaniu harmonogramu, terminów do wniesienia zastrzeżeń, terminów rozstrzygnięcia spraw spornych, co czyni ten zarzut zgłoszony w ramach zarzutu 3 za spóźniony w oparciu o powołane wyżej przepisy prawa.

Ostatecznie, Izba stwierdziła również, że pełnomocnik Zamawiającego w poprzednim postępowaniu przed KIO oświadczył, że deklaruje wykreślenie w SIWZ postanowienia w § 1 ust. 10 zaczynającego się do słów „przy czym szczegółowe ustalenia w tym zakresie strony dokonywać będą w trakcie realizacji umowy w drodze protokołów uzgodnień”.

W związku z tak złożonym oświadczeniem Odwołujący złożył w toku postępowania odwoławczego oświadczenie, że cofa zarzut nr 17 dotyczący protokołów uzgodnień.

Z powyższych względów należało przyjąć, że Odwołujący ponownie powołuje się na te same, zgłaszane okoliczności, podczas gdy w tym względzie zachodzi res iudicata.

Stosownie do przepisu art. 189 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołujący powołuje się wyłącznie na te same okoliczności, które były przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w sprawie innego odwołania dotyczącego tego samego postępowania wniesionego przez tego samego odwołującego się.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że w modyfikacji z dnia 18 września 2019 r. Zamawiający wykonał wskazaną wyżej deklarację i wykreślił sporne sformułowania.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. Nr 41, poz. 238 ze zm.).

**Przewodniczący:.....**