

Sygn. akt: KIO 3165/22

WYROK

z dnia 13 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Andrzej Niwicki**

Protokolant: **Piotr Cegłowski**

po rozpatrzeniu na rozprawie w dniu 13 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 listopada 2022 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gmina Września, ul. Ratuszowa 1, 62-300 Września**.

orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), na niniejszy wyrok, w terminie 14 dnia od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Warszawie.

.....

Zamawiający: Gmina Września prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w części II o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta i Gminy Września w 2023 roku”,

numer referencyjny: ZP271/65/WP/2022, ogłoszenie opublikowano w Dz. Urz. UE 2.11.2022 r. nr 2022/S 211-607669.

Odwołujący: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z/s we Wrocławiu wniósł dnia 28 listopada 2022 r. odwołanie w postępowaniu wobec zmiany treści ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia dla części II z dnia 16.11.2022 r. oraz z dnia 28.11.2022 r.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z wielokrotną modyfikacją formularza ofertowego i opisu przedmiotu zamówienia w udzielonych odpowiedziach na zapytania i mimo tego, w związku z:

a) brakiem jednoznacznego wskazania w dokumentacji postępowania czy wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września spełnia warunki zamówienia;

b) brakiem jednoznacznego wskazania czy wykonawca może przyjmować od Zamawiającego odpady wskazane w cz. II zamówienia bezpośrednio w instalacji przetwarzającej te odpady oddalonej do 55 km od gminy Września (tak jak ma to miejsce w przypadku cz. I zamówienia);

c) w przypadku przyjęcia jednej z możliwych wersji interpretacji, tj. gdyby wykonawca nie spełniał warunków zamówienia w rozumieniu dokumentacji postępowania z uwagi na brak posiadania bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, to Odwołujący podnosi, że postanowienia dokumentacji postępowania stanowią o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców; co w konsekwencji doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zdecydowanie wpływa na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czym jednocześnie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sam zaś fakt powstania po stronie wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ww wątpliwości, co do tego jak interpretować postanowienia dokumentacji

przesądza o braku jednoznaczności i precyzji i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia;

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia warunków zamówienia, poprzez ustalenie, że wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, ale posiada instalację w odległości 55 km od gminy Września spełnia warunki zamówienia.

Wnioski o dokonanie modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia obejmują także zmiany wprost w żądaniu niewskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

W przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia zostały opublikowane dnia 2.11.2022 r., a następnie zmodyfikowane przez Zamawiającego w dniu 16.11.2022 r. oraz w dniu 28.11.2022 r. Odwołujący podaje, że dopiero modyfikacja postanowień dokumentacji postępowania z dnia 16.11.2022 r. oraz z dnia 28.11.2022 r. doprowadziła do ustalenia takiego brzmienia dokumentacji, która stanowi naruszenie przepisów ustawy Pzp, a zatem termin na wniesienie odwołania wobec brzmienia art. 509 ust. 2 p.z.p. został zachowany.

Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w Postępowaniu. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść dokumentacji Postępowania, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty.

UZASADNIENIE

1. Sposób sformułowania przez Zamawiającego dokumentów zamówienia, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia narusza przepisy ustawy.
2. Zamawiający w pkt 4 lit. c OPZ dla części II zamówienia pierwotnie opisał przedmiot zamówienia: „stacja przeładunkowa/baza magazynowo-transportowa, z której Wykonawca zamierza skorzystać podczas realizacji niniejszej części zamówienia musi znajdować się w granicach administracyjnych gminy Września”. Następnie na skutek udzielenia odpowiedzi na pytania wykonawców w dniu 16.11.2022 r. ww postanowienie zostało zmodyfikowane, ponieważ Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie nr „odpady objęte częścią II SWZ (wykonawca) zobowiąże się dostarczyć wyłącznie do stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej lub bezpośrednio do instalacji, w której nastąpi odzysk odpadów, położonych na terenie gminy Września. Zamawiający modyfikuje załącznik nr 1 – formularz oferty część II, który stanowi załącznik do niniejszego pisma”.

3. Wobec powyżej zmiany Odwołujący natychmiast skierował do Zamawiającego pytanie:

W nawiązaniu do zmiany SWZ (wprowadzonej odpowiedzią na pytania z dnia 16.11.2022 r.) polegającej na ograniczeniu instalacji, do których mogą być bezpośrednio przekazywane odpady objęte cz. II postępowania tj. tylko do instalacji znajdujących się na terenie gminy Września (w opublikowanej SWZ takiego ograniczenia co do instalacji nie było) wnioskujemy o wprowadzenie obiektywnego kryterium odległościowego dot. instalacji, do której wykonawca może dostarczyć odpady np. do 26 km od centralnego punktu gminy tj. Urzędu Miasta i Gminy Września. Takie rozwiązanie rozszerzy nie tylko krąg potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu ale jest też kryterium obiektywnym ze względu na fakt, iż miasto Września jest największą miejscowością na terenie gminy, a co za tym idzie największym wytwórcą odpadów. Podobne kryteria odległościowe w przetargach na zagospodarowanie odpadów są powszechnie stosowane przez inne Gminy np. Gmina Oborniki czy Gmina Kórnik. Argumentacja Zamawiającego wyjaśniająca, iż wprowadzenie ograniczenia do terenu gminy Września wynika z realizacji umowy na odbiór i transport odpadów od właścicieli nieruchomości nie jest zasadna z tego względu, iż aktualna umowa wskazuje 1 konkretne miejsce, gdzie wykonawca ma dostarczać odpady, także w przypadku wyboru innej instalacji niż dotychczasowa, umowa i tak będzie musiała ulec zmianie.

4. W odpowiedzi Zamawiający w dniu 28.11.2022 r. udzielił odpowiedzi:

„Zamawiający wyjaśnia, iż odpowiedź opublikowana dnia 16.11.2022 r. nie wprowadziła ograniczenia w zakresie instalacji, w której nastąpi zagospodarowanie odpadów objętych II częścią zamówienia. Zamawiający dopuszcza zagospodarowanie tych odpadów poza terenem gminy Września (55 km), jednak w dalszym ciągu zastrzega, że stacja przeładunkowa lub baza magazynowo-transportowa, z której zamierza skorzystać Wykonawca przed finalnym zagospodarowaniem odpadów selektywnych musi znajdować się na terenie gminy Września. Natomiast takiego warunku nie zastrzega do miejsca zagospodarowania tych odpadów. Wykonawca jest zobowiązany wskazać w ofercie adres stacji przeładunkowej lub bazy magazynowo-transportowej, do której Zamawiający dostarczy odpady objęte II częścią zamówienia. Wskazać należy, iż zarówno zapisy SWZ jak i OPZ nie zastrzegają obowiązku osobistego wykonania przez Wykonawcę przedmiotu zamówienia. Zamawiający dopuszcza podwykonawstwo również w zakresie posiadania stacji przeładunkowej lub bazy magazynowo-transportowej na terenie gminy Września.”

5. W konsekwencji powyższej zmiany, Zamawiający wprowadził także zmianę w treści formularza ofertowego o treści: „3. Adres miejsca (stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej), z którego Wykonawca zamierza skorzystać podczas realizacji Zamówienia.....”.

6. Mając na uwadze sekwencje powyżej opisanych zmian wprowadzonych przez Zamawiającego Odwołujący nie jest w stanie, w oparciu o aktualną w chwili składania odwołania treść dokumentacji Postępowania ustalić, czy wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września spełnia warunki zamówienia czy też nie. Dodatkowo w przypadku przyjęcia jednej z możliwych wersji interpretacji, tj. gdyby wykonawca nie spełniał warunków zamówienia w rozumieniu dokumentacji postępowania z uwagi na brak posiadania bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, to Odwołujący podnosi, że postanowienia dokumentacji postępowania stanowią o dokonaniu przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

7. Zakaz negatywnego wpływu na konkurencję nie oznacza konieczności nabywania przez zamawiającego dostaw, usług czy robót budowlanych nieodpowiadających jego potrzebom zarówno co do jakości, jak i funkcjonalności czy wymaganych parametrów technicznych. Jednocześnie wiąże się z nim nakaz dopuszczenia konkurencji między wykonawcami mogącymi spełnić postawione wymogi w odniesieniu do przedmiotu zamówienia bez ograniczania dostępu do zamówienia. Istotną czynnością zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia przez wskazanie tych jego cech, które mają dla zamawiającego kluczowe znaczenie. Odwołujący podaje, że o ile jest w stanie zrozumieć zasadność pierwotnych postanowień OPZ: pkt 4 lit c dla części II zamówienia: „stacja przeładunkowa/baza magazynowo-transportowa, z której Wykonawca zamierza skorzystać podczas realizacji niniejszej części zamówienia musi znajdować się w granicach administracyjnych gminy Września”, o tyle zastrzeżenie tego wymogu w taki sposób, by wykonawca musiał mieć stację przeładunkową lub bazę magazynowo-transportową na terenie gminy Września, nie ma uzasadnienia w racjonalnych potrzebach Zamawiającego, ponieważ do prawidłowego wykonania zamówienia wystarczy bezpośrednio dostarczenie odpadów do instalacji, która – jak w dniu 28.11.2022 r. doprecyzował Zamawiający – także dla części II zamówienia, musi znajdować się 55 km od granic gminy Września.

8. Jednocześnie Zamawiający ma ograniczoną swobodę precyzowania wymagań, w tym sensie, że muszą one mieć uzasadnienie; osiągnięcie określonego celu uzasadnionego potrzebami zamawiającego jest przeciwwagą dla ograniczenia konkurencji. Formułując SWZ, Zamawiający musi mieć na uwadze dobra chronione tą ustawą i zachować równowagę pomiędzy rozwiązaniami preferującymi poszczególne interesy”.

9. Ograniczeniem konkurencji będzie dokonywanie opisu w sposób wskazujący na jeden produkt, usługę lub wykonawcę lub też opisanie przedmiotu zamówienia zbyt szczegółowo, nie pozostawiając miejsca dla przedstawienia ofert zróżnicowanych co do świadczenia, bez uzasadnienia potrzebami zamawiającego.

10. Gdyby Zamawiający wymagał posiadania przez wykonawcę stacji przeładunkowej lub bazy magazynowo-transportową na terenie gminy Września, to wskazać należy, że tylko jeden Wykonawca w stanie wykonać tak opisany przedmiot zamówienia. Zgodnie z publicznie dostępną informacją jedyną stacją przeładunkową na terenie Gminy Września jest stacja w Bardzie. Dlatego załadunek i transport tych odpadów na terenie tej stacji ogranicza wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do jednego podmiotu, tj. firmy Urbis sp. z o.o. Wyłącznie bowiem Urbis sp. z o.o. posiada tytuł do tej nieruchomości i decyzje administracyjne uprawniające do gospodarowania odpadami na jej terenie. Zgodnie z Regulaminem przyjmowania odpadów w Zakładzie Zagospodarowania Odpadów w Lulkowie oraz w Stacji Przeładunkowej Odpadów Bardo gospodarka odpadami na terenie Stacji Przeładunkowej w Bardzie odbywa się na podstawie zezwolenie udzielonego w dniu 30 marca 2015 r. decyzją WBS.6233.13.2015 Starosty Wrzesińskiego firmie Urbis sp. z o.o. z/s w Gnieźnie. Stąd też w takim przypadku potwierdza się zarzut naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia.

11. Konsekwencją istnienia wątpliwości, co do tego w jaki sposób rozumieć postanowienia dokumentacji, wielokrotnie zadawanych pytań, jest fakt, że aktualna treść OPZ nie jest jednoznaczna i wyczerpująca. Wykonawcy nie mają pewności, czy Zamawiający nie uzna ich oferty za niezgodnej z warunkami zamówienia jeśli złożą ofertę nie mając stacji przeładunkowej lub bazy magazynowo-transportową na terenie gminy Września lecz posiadają instalację do przetwarzania odpadów w odległości 26 km od centrum Miasta Września.

12. Rozpatrując możliwość ograniczenia uczciwej konkurencji w opisie przedmiotu zamówienia, nie sposób abstrahować od warunków rynku właściwego dla usług tożsamy z przedmiotem zamówienia. Otóż m.in. dokonywanie opz w taki sposób, by ofertę w postępowaniu mógł złożyć tylko jeden wykonawca, który posiada stacji przeładunkowej lub bazy magazynowo-transportową na terenie gminy Września stanowi dokonanie opz, tak by całość zamówienia była poddana mniejszej konkurencji (a w zasadzie żadnej konkurencji, bo tylko jeden wykonawca jest w stanie zrealizować usługę na takich warunkach), dlatego zmiana postanowień SWZ dokonana przez Zamawiającego jest działaniem utrudniającym uczciwą konkurencję zawierającą niejednoznaczny i nieprecyzyjnie określony przedmiot zamówienia.

13. Podobnie jest w przedmiotowej sprawie. Zamawiający poprzez nieuzasadnione wyłączenie konkurencyjności i skonstruowanie postanowień dokumentacji w taki sposób, że można ją interpretować na różne sposoby doprowadził do braku możliwości złożenia oferty wykonawcom w sytuacji określenia jednoznacznych, wyczerpujących i kompletnych warunków realizacji usługi. Jednocześnie przy dokonaniu skrajnie niekorzystnej interpretacji

postanowień SWZ, i przyjęciu, że tylko wykonawca, który posiada stacji przeladunkowej lub bazy magazynowo-transportową na terenie gminy Września spełnia warunek zamówienia określony w dokumentacji Postępowania, to dochodzi do ewidentnego naruszenia zasad przygotowania i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Wobec powyższych zarzutów Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez zmianę opisu przedmiotu zamówienia jak we wniosku.

Zamawiający: Gmina Września, w odpowiedzi na odwołanie, wskazał, iż w dniu 02.12.2022 r. Zamawiający opublikował sprostowanie do odpowiedzi z dnia 28.11.2022 r. o następującej treści:

„Zamawiający wyjaśnia, iż odpowiedź opublikowana dnia 16.11.2022 r. oraz w dniu 28.22.2022 r. nie wprowadziła ograniczenia w zakresie lokalizacji (położenia) instalacji, w której ma nastąpić zagospodarowanie odpadów objętych II częścią zamówienia. Zamawiający dopuszcza zagospodarowanie tych odpadów poza terenem gminy Września, w tym zakresie nie wprowadzając żadnego ograniczenia. Zamawiający w dalszym ciągu zastrzega się, że miejsce do przeladunku odpadów selektywnych przed finalnym ich zagospodarowaniem musi znajdować się na terenie gminy Września. Natomiast warunku takiego nie zastrzega do docelowego miejsca zagospodarowania tych odpadów. Zamawiający modyfikuje treść formularza ofertowego dla części II....”.

Tym samym mając na uwadze powyższe zmiany doprecyzowujące zapisy SWZ oraz OPZ uznaje zarzuty Odwołującego się za niezasadne.

Niemniej jednak, ze względu na fakt złożenia odwołania w dniu 28.11.2022 r. (przed dokonaniem wyżej opisanych i przywołanych zmian treści SWZ i OPZ) Zamawiający poniżej przedstawia własne racje/ argumenty i ustosunkowuje się do poszczególnych zarzutów Odwołującego.

W pierwszej kolejności ustosunkowując się do zarzutu Odwołującego stwierdza, iż nieprawdą jest jakoby Zamawiający jednoznacznie nie wskazał w dokumentacji postępowania czy wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeladunkowej na terenie gminy Września, spełnia warunki zamówienia.

Zamawiający jednoznacznie zapisał w (OPZ), II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ust. 2 pkt 4 (część II), iż Wykonawca musi posiadać na terenie gminy stację, bazę lub instalację (miejsce służące do przeladunku odpadów).

Zapis treści:

„Wykonawca zobowiązany będzie przyjmować selektywne odpady komunalne wchodzące w skład części II zamówienia, od podmiotu realizującego na terenie gminy Września usługę odbioru selektywnych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, wskazanego przez Zamawiającego:

a. dopuszcza się skorzystanie przez Wykonawcę z własnej stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej przed finalnym przetransportowaniem odpadów komunalnych do zagospodarowania;

b. w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia najpierw poprzez przyjęcie odpadów do stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, a następnie przetransportowanie ich do miejsca zagospodarowania Wykonawca zapewni, by miejsca zbierania, magazynowania oraz przetwarzania odpadów, a także sama usługa załadunku, transportu i zagospodarowania odpadów odpowiadały wymaganiom określonym we właściwych przepisach prawa. Wykonawca musi posiadać wszelkie wymagane prawem decyzje, zezwolenia itd. niezbędne do wykonania usługi objętej niniejszą częścią zamówienia;

c. stacja przeładunkowa/baza magazynowo-transportowa, z której Wykonawca zamierza skorzystać podczas realizacji niniejszej części zamówienia musi znajdować się w granicach administracyjnych gminy Września.”

Zapis jest jednoznaczny, klarowny i przejrzysty, nie budzi wątpliwości interpretacyjnych stąd w ocenie Zamawiającego nie wymaga doprecyzowania. Niemniej jednak udzielając skarżącemu odpowiedzi w dniu 28.11.2022 r., a dalej precyzując ją dnia 02.12.2022 r., na jego zapytanie z dnia 18.11.2022 r. dodatkowo Zamawiający wyjaśnił powyższą kwestię stwierdzając, iż:

„Zamawiający wyjaśnia, iż odpowiedź opublikowana dnia 16.11.2022 r. oraz w dniu 28.11.2022 r. nie wprowadziła ograniczenia w zakresie lokalizacji (położenia) instalacji, w której ma nastąpić zagospodarowanie odpadów objętych II częścią zamówienia. Zamawiający dopuszcza zagospodarowanie tych odpadów poza terenem gminy Września, w tym zakresie nie wprowadzając żadnego ograniczenia. Zamawiający w dalszym ciągu zastrzega, że miejsce do przeładunku odpadów selektywnych przed finalnym ich zagospodarowaniem musi znajdować się na terenie gminy Września. Natomiast warunku takiego nie zastrzega do docelowego miejsca zagospodarowania tych odpadów.,,

Ustosunkowując się do kolejnego zarzutu Odwołującego jakoby Zamawiający nie wskazał jednoznacznie, czy Wykonawca może przyjmować od Zamawiającego odpady wskazane w cz. II zamówienia bezpośrednio w instalacji przetwarzającej te odpady oddalonej do 55 km od gminy Września (tak jak ma to miejsce w przypadku cz. I zamówienia) stwierdza się, że powyższe twierdzenie jest nieprawdą, co wyjaśniono powyżej na potwierdzenie powyższego wskazując na zapis w OPZ II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ust. 2 pkt 4 (część

II) oraz na udzielone odpowiedzi z dnia 16.11.2022 r. (pytanie 1), z dnia 28.11.2022 r. (pytanie 1) oraz sprostowanie opublikowane dnia 02.12.2022 r.

Dodatkowo należy wskazać, że Zamówienie zostało podzielone na 3 odrębne części, a Zamawiający nie ograniczył dla kluczowego zakresu rzeczowego udziału podwykonawców, a zapisy OPZ ust. 1 pkt 3 i 5 mają zastosowanie do wszystkich części zamówienia.

W kwestii kolejnego zarzutu Odwołującego jakoby Zamawiający dokonał naruszenia przepisów art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy pzp przez sporządzenie OPZ i innych dokumentów zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z wielokrotną modyfikacją formularza ofertowego i opisu przedmiotu zamówienia w udzielonych odpowiedziach na zapytania wyjaśnia się, że zgodnie z treścią art. 137 pzp Zamawiającemu przysługuje (z ustawowo określonymi ograniczeniami) prawo zmiany treści SWZ.

Zamawiający skorzystał z przysługującego mu prawa swobody precyzowania i zmiany swoich wymagań co do przedmiotu zamówienia przy jednoczesnym zachowaniu ograniczeń wynikających min. z treści art. 99 ust. 4 pzp i w dniach: 16.11.2022 r., 28.11.2022 r. oraz 02.12.2022 r. (daty udzielonych odpowiedzi) po zadanych pytaniach w toku postępowania przetargowego dokonał doprecyzowania zapisów SWZ w sposób wyżej opisany.

Powyższe zmiany skutkowały jednoznacznym wskazaniem w dokumentacji postępowania, że:

- wykonawca, który nie posiada: bazy magazynowo-transportowej, stacji przeładunkowej lub instalacji na terenie gminy Września, a które to mają posłużyć mu do przeładunku odpadów selektywnych (przed ich finalnym zagospodarowaniem w dowolnej instalacji) nie spełnia warunków zamówienia określonego w OPZ;
- wykonawca jest zobowiązany przyjmować (odebrać) od Zamawiającego odpady wskazane w cz. II zamówienia ze: stacji, bazy lub instalacji posadowionej na terenie Gminy Września, (którą dysponuje/będzie dysponował wykonawca), przy czym Zamawiający dopuszcza skorzystanie przez Wykonawcę ze stacji, bazy lub instalacji nie będącej własnością Wykonawcy na zasadzie podwykonawstwa.

W tym miejscu uznaje się żądanie Odwołującego zmiany SWZ poprzez zapis, „że wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września ale posiada instalację w odległości 55 km od gminy Września spełnia warunki zamówienia, za niezastługujące na uwzględnienie.

Podkreślić bowiem należy, iż Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do miejsca zagospodarowania tej frakcji odpadów. Nie stawia się wymogu odległościowego miejsca zagospodarowania w/w odpadów od Gminy Września. Gmina nie jest zainteresowana transportem kilkudziesięciu kilometrów przedmiotowych odpadów do docelowego miejsca ich zagospodarowania. W sporze istotne jest, że Zamawiający nie wprowadza ograniczeń co do

istotnego aspektu przedmiotu zamówienia tj. miejsca zagospodarowania selektywnych odpadów. Nieprawdą jest twierdzenie Odwołującego się, że „tylko jeden Wykonawca jest w stanie wykonać tak opisany przedmiot zamówienia.” Jak twierdzi mylnie Odwołujący „Zgodnie z publicznie dostępną informacją jedyną stacją przeładunkową na terenie Gminy Września jest stacja w Bardzie. Dlatego załadunek i transport tych odpadów na terenie tej stacji ogranicza wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia wyłącznie do jednego podmiotu, tj. firmy Urbis sp. z o.o. „.

Wyjaśnia się, że Zamawiający nie wprowadza warunku posiadania na terenie Gminy stacji przeładunkowej (instalacji) i nie wskazuje jej jako jedyne miejsca „przeładunku” odpadów selektywnych przed finalnym ich zagospodarowaniem. Zamawiający dopuszcza bowiem także inne bazy położone w granicach administracyjnych gminy. W tym miejscu należy wskazać, iż na terenie Gminy Września funkcjonuje kilka miejsc posiadających zezwolenia na zbieranie odpadów, a potencjalny Wykonawca może (na zasadzie podwykonawstwa) z nich skorzystać.

Odwołujący oczekuje od Zamawiającego by ten wprowadził zdaniem Odwołującego obiektywne kryterium odległościowe dot. instalacji, do której wykonawca może dostarczyć odpady np. [zadane w pytaniu z dnia 18.11.2022 r.] do 26 km od centralnego punktu gminy tj. Urzędu Miasta i Gminy Września. Takie rozwiązanie rozszerzy nie tylko krąg potencjalnych wykonawców mogących wziąć udział w postępowaniu ale jest też kryterium obiektywnym ze względu na fakt, iż miasto Września jest największą miejscowością na terenie gminy, a co za tym idzie największym wytwórcą odpadów [a później w odwołaniu do 55 km od gminy dnia 28.11.2022 r.].

Argumentacja Zamawiającego wyjaśniająca, iż wprowadzenie ograniczenia do terenu gminy Września wynika z realizacji umowy na odbiór i transport odpadów od właścicieli nieruchomości nie jest zasadna z tego względu, iż aktualna umowa wskazuje 1 konkretne miejsce, gdzie wykonawca ma dostarczać odpady, także w przypadku wyboru innej instalacji niż dotychczasowa, umowa i tak będzie musiała ulec zmianie.,,

Strony przedstawiły stanowiska na rozprawie

Odwołujący podkreślił aktualność zarzutów i żądań w pomimo wyjaśnień Zamawiającego w piśmie z 02.12.2022. Istotne okoliczności sporu to wymóg doprecyzowania OPZ. Porównał treść sprostowania z 02.12.2022 z treścią odpowiedzi na odwołanie uznając je za wzajemnie sprzeczne. Nadal oczekuje dopuszczenia wykonawcy dysponującego instalacją do 55 km, odległość ta jest analogią dopuszczenia w takiej samej wielkości w części I. Wskazał na treść sprostowania, w tym stwierdzenie, iż wykonawca będzie zobowiązany w terminie nie krótszym niż 3 dni przed rozpoczęciem świadczenia usługi powiadomić Zamawiającego o miejscu, do jakiego mają trafić odpady komunalne zbierane selektywnie. Ta treść mogłaby

być uznana za prawidłową przy życzliwej dla wykonawcy interpretacji. Natomiast w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający powołał treść OPZ ust. 2 pkt 4 gdzie opisano sposób przyjmowania odpadów od podmiotu realizującego na terenie gminy usługę odbioru odpadów z jednoczesnym wskazaniem, że wykonawca musi posiadać na terenie gminy stację, bazę lub instalację (miejsce służące do przeładunku odpadów). Przypomniał, że postanowienia specyfikacji muszą być zrozumiałe i precyzyjne, a w aktualnym stanie tego warunku nie spełniają. Podkreślił racjonalność rozwiązania polegającego na bezpośrednim dowozie odpadów do instalacji.

Złożył decyzje dot. jego instalacji oddalonej ok. 20 km od granicy gminy, zdolnej do przyjęcia i przetwarzania odpadów. Wykorzystanie jej byłoby korzystniejsze ze względów ekonomicznych, logistycznych i ekologicznych. Stanowisko Zamawiającego uznaje za nieuzasadnione. Wskazał na złożoność i długotrwałość procedury założenia nowej bazy przeładunkowej na terenie gminy zgodnie z wymogami specyfikacji.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Popiera stanowisko przedstawione w odpowiedzi na odwołanie. Stwierdził, że wprost określił, iż miejsce przeładunku odpadów musi się znajdować na jego terenie (zdanie 2 wyjaśnienia). Stwierdził, iż obecnie, od 2021 r. jest realizowana do roku 2024 umowa zbierania odpadów selektywnych przez inny podmiot, trafiających do jednego miejsca na terenie gminy i taki warunek co do miejsca gromadzenia odpadów na tym terenie wykonawca ma zagwarantowany. Powyższe ma związek z warunkami przewidzianymi w niniejszym przetargu.

Przypomniał warunki poprzedniego postępowania z 2021 r. dotyczącego zbierania odpadów. Zauważył, że nie formułował szczególnych warunków co do składania ofert niezależnie od obowiązków wykonawcy na etapie wykonywania umowy i bezpośrednio przed jej zawarciem. Stwierdził, że na terenie gminy jest więcej miejsc, które mogą być użytkowane jako baza przeładunkowa na potrzeby tego postępowania. Oceniał, że Odwołujący oczekuje rozwiązań dla siebie korzystnych.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie z udziałem stron stwierdza, uwzględniając dokumentację postępowania, w szczególności postanowienia specyfikacji warunków zamówienia obejmujące opis przedmiotu zamówienia, a także stanowiska stron przedstawione na piśmie i do protokołu rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Wobec braku przeszkód formalnych oraz uznaniu, że niesporny jest interes wykonawcy w rozumieniu art. 505 ustawy pzp, sprawa została rozpatrzona merytorycznie

Odwołujący zarzucił naruszenie art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy pzp przez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i innych dokumentów zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w związku z wielokrotną modyfikacją formularza ofertowego i opisu przedmiotu zamówienia w udzielonych odpowiedziach na zapytania i mimo tego, w związku z:

a) brakiem jednoznacznego wskazania w dokumentacji postępowania czy wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września spełnia warunki zamówienia,

b) brakiem jednoznacznego wskazania czy wykonawca może przyjmować od Zamawiającego odpady wskazane w cz. II zamówienia bezpośrednio w instalacji przetwarzającej te odpady oddalonej do 55 km od gminy Września (tak jak ma to miejsce w przypadku cz. I zamówienia).

Jednocześnie Odwołujący stwierdził, że: w przypadku przyjęcia jednej z możliwych wersji interpretacji, tj. gdyby wykonawca nie spełniał warunków zamówienia w rozumieniu dokumentacji postępowania z uwagi na brak posiadania bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, to Odwołujący podnosi, że postanowienia dokumentacji postępowania stanowią o dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego powyższe doprowadziło do dokonania przez Zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który zdecydowanie wpływa na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców i jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, czym jednocześnie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący twierdzi, że sam fakt powstania po stronie wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu ww wątpliwości, co do tego jak interpretować postanowienia dokumentacji przesądza o braku jednoznaczności i precyzji i wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia, opisu przedmiotu zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu poprzez nakazanie Zamawiającemu jednoznacznego określenia warunków zamówienia, poprzez ustalenie, że wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, ale posiada instalację w odległości 55 km od gminy Września spełnia warunki zamówienia.

Skład orzekający zauważa, że w dokumentacji postępowania wskazane zostały wymogi co do posiadania na terenie gminy miejsca nazwanego stacją, bazą lub instalacją, służących do przeładunku odpadów zbieranych selektywnie. Powyższe wynika z treści opisu przedmiotu

zamówienia, gdzie w cz. II. Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia ust. 2 pkt 4 (część II), wskazano: „Wykonawca zobowiązany będzie przyjmować selektywne odpady komunalne wchodzące w skład części II zamówienia, od podmiotu realizującego na terenie gminy Września usługę odbioru selektywnych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, wskazanego przez Zamawiającego.

Ponadto wskazano, że dopuszcza się skorzystanie przez Wykonawcę z własnej stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej przed finalnym przetransportowaniem odpadów komunalnych do zagospodarowania;

a w przypadku realizacji przedmiotu zamówienia najpierw poprzez przyjęcie odpadów do stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, a następnie przetransportowanie ich do miejsca zagospodarowania Wykonawca zapewni, by miejsca zbierania, magazynowania oraz przetwarzania odpadów, a także sama usługa załadunku, transportu i zagospodarowania odpadów odpowiadały wymaganiom określonym we właściwych przepisach prawa. Wykonawca musi posiadać wszelkie wymagane prawem decyzje, zezwolenia itd. niezbędne do wykonania usługi objętej niniejszą częścią zamówienia;

- stacja przeładunkowa/baza magazynowo-transportowa, z której Wykonawca zamierza skorzystać podczas realizacji niniejszej części zamówienia musi znajdować się w granicach administracyjnych gminy Września.”

Powyższe stanowi warunki realizacji zamówienia, a nie warunki wymagane od wykonawców w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tj. w celu złożenia ważnej i niepodlegającej odrzuceniu, oferty.

Jednakże treść postanowień OPZ w tym zakresie może podlegać ocenie, jak to wskazał odwołujący, pod kątem ich jasności, klarowności, jednoznaczności i zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powołany, zapis jest w ocenie Izby zrozumiały, w szczególności co do podstawowej metody tj. odbioru od podmiotu realizującego na terenie gminy Września usługę odbioru selektywnych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, wskazanego przez Zamawiającego. Alternatywnie dopuszczono korzystanie przez Wykonawcę z własnej stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej przed finalnym przetransportowaniem odpadów komunalnych do zagospodarowania (vide opz).

Za niesporne uznać należy, że nie ma wątpliwości co do braku ograniczeń w zakresie umiejscowienia instalacji przetwarzania odpadów, co zamawiający potwierdził kilkakrotnie w dokumentacji np., „Zamawiający wyjaśnia, iż odpowiedź opublikowana dnia 16.11.2022 r. oraz w dniu 28.11.2022 r. nie wprowadziła ograniczenia w zakresie lokalizacji (położenia) instalacji, w której ma nastąpić zagospodarowanie odpadów objętych II częścią zamówienia. Zamawiający dopuszcza zagospodarowanie tych odpadów poza terenem gminy Września, w tym zakresie nie wprowadzając żadnego ograniczenia. Zamawiający w dalszym ciągu

zastrzega, że miejsce do przeładowania odpadów selektywnych przed finalnym ich zagospodarowaniem musi znajdować się na terenie gminy Września. Natomiast warunku takiego nie zastrzega do docelowego miejsca zagospodarowania tych odpadów.”

Skład orzekający uznaje prawo zamawiającego co do swobody precyzowania i zmiany swoich wymagań co do przedmiotu oczywiście przy zachowaniu ograniczeń wynikających z treści art. 99 ust. 4 pzp.

Powyższe zmiany skutkowały wskazaniem w dokumentacji postępowania, że:

- wykonawca, który nie posiada: bazy magazynowo-transportowej, stacji przeładunkowej lub instalacji na terenie gminy Września, a które to mają posłużyć mu do przeładunku odpadów selektywnych (przed ich finalnym zagospodarowaniem w dowolnej instalacji) nie spełnia warunków zamówienia określonego w OPZ;

- wykonawca jest zobowiązany przyjmować (odebrać) od Zamawiającego odpady wskazane w cz. II zamówienia ze: stacji, bazy lub instalacji posadowionej na terenie Gminy Września, (którą dysponuje/będzie dysponował wykonawca), przy czym Zamawiający dopuszcza skorzystanie przez Wykonawcę ze stacji, bazy lub instalacji nie będącej własnością Wykonawcy na zasadzie podwykonawstwa.

Skład orzekający uznaje za uzasadnione warunkami realizowanej umowy dotyczącej selektywnej zbiórki odpadów od mieszkańców wsi, oczekiwanie, by odbiór tych odpadów zgromadzonych w uzgodnionym z zamawiającym miejscu na terenie gminy Września, z takiego miejsca następował. Związek umowy o zagospodarowanie z umową o zbiórkę odpadów jest całkowicie zrozumiały i logicznie uzasadniony. Zatem żądanie Odwołującego zmiany SWZ poprzez zapis, „że wykonawca, który nie posiada bazy magazynowo-transportowej lub stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, ale posiada instalację w odległości 55 km od gminy Września spełnia warunki zamówienia, jako abstrahujące od rzeczywistego uwarunkowania wskazanego wyżej, nie może zasługiwać na uwzględnienie.

Nie bez znaczenia jest też okoliczność, a terenie Gminy Września funkcjonuje kilka miejsc posiadających zezwolenia na zbieranie odpadów, a potencjalny Wykonawca może (na zasadzie podwykonawstwa) z nich skorzystać.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono, jak w sentencji nie stwierdzając, by zamawiający naruszył w prowadzonym postępowaniu w zakresie przedstawionym w odwołaniu, przepisy ustawy pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego,

ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania
(Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: