

WYROK
z dnia 27 lipca 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 lipca 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2021 r. przez odwołującego: **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu** (ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych) w postępowaniu prowadzonym przez **Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Wałbrzychu** (ul. Kolejowa 4, 58-300 Wałbrzych)

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu w pkt 1) – 3) odwołania, a mianowicie naruszenia: 1) art. 138 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 131 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 Pzp i art. 17 ust. 1 Pzp; 2) art. 134 ust. 1 pkt 13 Pzp i art. 220 ust. 2 Pzp; 3) art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp;
2. W pozostałym zakresie (pkt 4: naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 Pzp w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp oraz art. 16 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp) odwołanie oddala;
3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego: **Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu** i:
 - 2.1. 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;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego: **Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Wałbrzychu** kwotę 3.600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w dniu 28 czerwca 2021 r. przez wykonawcę: Alba Dolny Śląsk Sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Wałbrzychu w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Dostawę pojemników na odpady komunalne”. Numer referencyjny: 5/ZSiZO/PN/2021. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 18 czerwca 2021 r. Nr ogłoszenia 2021/S 117-305069.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 138 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty, w sytuacji, gdy nie zaszły okoliczności uzasadniające skrócenie terminu składania ofert, co wpływa negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i realizację zasady efektywności;
- 2) art. 134 ust. 1 pkt 13 p.z.p. i art. 220 ust. 2 p.z.p., gdyż Zamawiający wadliwie określił termin związania ofertą;
- 3) art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, uniemożliwiający prawidłową identyfikację możliwości ich spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę przejrzystości postępowania;
- 4) art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie opisu kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz ustanowienie kryteriów oceny ofert, w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiający zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zróżnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzi do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Tak jak podał wniosek obejmuje także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia

z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian. Wniósł ponadto o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwoływającego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Wskazał, że (...) Odwoływającemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, uniemożliwiają Odwoływającemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej”.

W uzasadnieniu zarzutów wskazał na następujące okoliczności:

I. Uwagi ogólne

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100 l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240 l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120 l”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 117-305069 w dniu 18 czerwca 2021 r. W tym samym dniu na stronie internetowej postępowania opublikowane zostały dokumenty zamówienia. W Sekcji IV Ogłoszenia o zamówieniu (pkt IV.1.1) Zamawiający wskazał, że mamy do czynienia z procedurą przyspieszoną. Odwołujący jako profesjonalista, którego obowiązuje obowiązek dochowania należytej staranności, zmierza do nadania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia takiego kształtu, który odpowiadał będzie wymogom określonym przepisami ustawy.

II. Uzasadnienie zarzutów

1) Naruszenie przepisu art. 138 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty, w sytuacji, gdy

nie zaszyły okoliczności uzasadniające skrócenie terminu składania ofert, co wpływa negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i realizację zasady efektywności

Zamawiający zdecydował o skróceniu terminu składania ofert poniżej 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 138 ust. 2 p.z.p., tj. z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia i okoliczność, że skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Zamawiający jednakże, w żaden sposób nie wykazał, że te przesłanki są spełnione. Pomimo złożenia wniosku o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący do momentu upływu terminu na wniesienie odwołania nie otrzymał kopii protokołu postępowania. Brak więc realizacji zasady przejrzystości, która obliuguje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania. Wskazał, że Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2021 r. wszczął postępowanie pn. „Długoterminowy (4 lata) wynajem pojemników na odpady komunalne”, które zostało unieważnione w dniu 1 czerwca 2021 r. z uwagi na okoliczność, że jedyna oferta złożona w tym postępowaniu opiewała na sumę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty. dowód: zawiadomienie z dnia 1.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania. Ponadto zwrócił uwagę, że w prowadzonym równoległe do postępowania na najem pojemników postępowaniu przetargowym pn. „Długoterminowy (4 lata) wynajem samochodów ciężarowych z zabudową typu śmieciarka bez limitu kilometrów” nie wpłynęła żadna oferta, co skutkowało unieważnieniem tego postępowania przez Zamawiającego w dniu 23 czerwca 2021 r. Wprawdzie w dniu wysłania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, tj. w dniu 15 czerwca 2021 r. Zamawiający nie miał wiedzy, że postępowanie na dostawę pojazdów zostanie unieważnione, to jednak powinien mieć świadomość istnienia realnego zagrożenia braku rozstrzygnięcia tego postępowania w terminie umożliwiającym realizację usługi odbioru odpadów od dnia 1 listopada 2021 r. dowód: zawiadomienie z dnia 23.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania.

Odwołujący poddał w wątpliwość istnienie potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia w trybie przyspieszonym. Podkreślić należy, że skrócenie terminu składania ofert nie może być nadużywane, gdyż może wpłynąć na konkurencję w postępowaniu. Skrócenie terminu na złożenie oferty skutkuje bowiem utrudnionym dostępem do zamówienia, co w sposób niebudzący wątpliwości przekłada się na wynik postępowania. Wykonawcy muszą bowiem dysponować czasem niezbędnym do przygotowania i skalkulowania oferty. Jeżeli ten czas jest za krótki, wielu wykonawców rezygnuje ze złożenia oferty. Podkreślił, że poprzednie,

unieważnione przez Zamawiającego, postępowanie na dostawę pojemników na odpady miało zupełnie inne założenia – było postępowaniem zakładającym dzierżawę a nie zakup pojemników, a także obejmowało pojemniki o pojemności 60 l, w przedmiotowym postępowaniu nieuwzględnione. Tak istotna zmiana przedmiotu zamówienia powoduje, że potencjalni wykonawcy potrzebują na przygotowanie oferty dodatkowego czasu, gdyż nie mogą bazować na dotychczasowych założeniach i wyliczeniach. W zaistniałym stanie faktycznym istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy nie zdążą przygotować oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Podkreślić należy, że w świetle art. 131 ust. 1 p.z.p. Zamawiający obowiązany jest do ustalenia terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania oferty, czyli w wymiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jego wielkości oraz parametrom technicznym, a także uwarunkowaniom organizacyjnym lub gospodarczym związanym z określonym świadczeniem. Ma to zagwarantować, że do postępowania zdążą zgłosić się wszyscy zainteresowani wykonawcy oraz że będą oni mieli wystarczający czas na przygotowanie oferty, co pozwoli wybrać najkorzystniejszą ofertę i jednocześnie zapewnić najlepszą jakość dostaw oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia. Dalej wskazał, że (...) Istotną okolicznością jest fakt, że Gmina Wałbrzych w dniu 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej opublikowała informację o zamiarze zawarcia umowy, której przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzych, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z Miejskim Zakładem Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu. Umowa w ramach tego postępowania do dnia dzisiejszego nie została zawarta, gdyż podmiot ten nadal nie dysponuje niezbędną infrastrukturą umożliwiającą mu świadczenie usługi odbioru odpadów. Nie dysponuje bowiem ani pojemnikami, ani specjalistycznymi pojazdami, ani też niezbędną liczbą pracowników. Jednocześnie zauważyć należy, że w aktualizowanym na bieżąco planie postępowań Gminy Wałbrzych na rok 2021 nadal figuruje postępowanie na odbiór i transport odpadów z terenu miasta Wałbrzycha (poz. 2.3.19), które ma zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 p.z.p. W planie tym wskazano, że przewidywany termin wszczęcia postępowania to październik 2021. dowód: wydruk z BIP Gminy Wałbrzych – informacja o zamiarze zawarcia umowy dowód: plan postępowań 2021-8 opublikowany w BIP Gminy Wałbrzych. Powyższe okoliczności jednoznacznie – zdaniem wykonawcy - prowadzą do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert, skoro Gmina Wałbrzych

zamierza powierzyć realizację odbioru i transportu odpadów z terenu miasta Wałbrzycha podmiotowi wybranemu w postępowaniu przetargowym.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie dotyczącym terminu składania ofert poprzez przesunięcie tego terminu na dzień przypadający nie krócej niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 13 p.z.p. i art. 220 ust. 2 p.z.p., gdyż Zamawiający wadliwie określił termin związania ofertą

W rozdziale XVI pkt 1 SWZ Zamawiający określił, że termin związania ofertą wynosi 90 dni od dnia składania ofert, który przypada na dzień 6 lipca 2021 r., jednakże wadliwie wskazał, że wykonawca związany będzie ofertą do dnia 03.09.2021 r., podczas gdy w przypadku dziewięćdziesięciodniowego terminu związania ofertą, wykonawca będzie związany ofertą do dnia 03.10.2021 r. Stanowi to naruszenie przepisu art. 220 ust. 2 p.z.p., który obliguje Zamawiającego do określenia w dokumentach postępowania terminu związania ofertą poprzez wskazanie daty.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie prawidłowego terminu związania ofertą.

3) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, uniemożliwiający prawidłową identyfikację możliwości ich spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę przejrzystości postępowania;

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Określone w sekcji III pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 SWZ warunki udziału w postępowaniu dla poszczególnych części zamówienia przewidują, że *„Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady zrealizowaną na podstawie umowy dostawy/sprzedaży lub w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów”*. Odwołujący nie ma jasności, czy wobec tak sformułowanego zapisu Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli dostawa pojemników miała miejsce w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów, jeżeli umowa ta nie przewidywała przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego i sprowadzała się do wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki na czas realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Tego rodzaju usługa jest standardem, dlatego też na rynku jest wielu wykonawców, którzy dysponują używanymi pojemnikami. Odwołujący

wskazał na odmienne rozumienie pojęcia „dostawa” na gruncie kodeksu cywilnego oraz ustawy prawo zamówień publicznych. W świetle art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczania częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 4 p.z.p. przez pojęcie „dostawy” należy rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Okoliczność, czy Zamawiający uzna referencje wykonawcy, który dokonał dostawy pojemników w ramach usługi odbioru i zagospodarowania odpadów bez przenoszenia ich na własność Zamawiającego ma dla wykonawcy istotne znaczenie, gdyż umożliwia ustalenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Brak precyzji w tym zakresie skutkować może naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 p.z.p., w szczególności zasady przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest przede wszystkim to, że wymagania Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, są formułowane jasno i jednoznacznie.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznacznie potwierdzający, że Zamawiający w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu uzna doświadczenie w zakresie realizacji świadczenia polegającego na wyposażeniu nieruchomości w pojemniki bez przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego, jeżeli dostawa pojemników była realizowana w ramach umowy na odbiór (zbieranie i transport) odpadów.

4) Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz ustanowienie kryteriów oceny ofert, w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiający zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zróżnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych

Kryteria oceny ofert określone dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o udziale w postępowaniu, na sposób przygotowania przez niego oferty oraz na treść składanej oferty. Zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami, którym przypisał poniżej określone wagi:

1. ceną – 75 pkt;
2. stanem oferowanych pojemników (nowe lub używane) – 20 pkt;
3. rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach do dnia 29 października 2021 r. – 5 pkt.

Zamawiający dopuszcza zakup pojemników używanych i nowych, przy czym nie dopuszcza mieszania pojemników na używane i nowe w jednym asortymencie pojemnościowym, tj. w ramach złożonej oferty na jedną z 3 części zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że za nowe pojemniki uzna wyłącznie pojemniki nieużywane wyprodukowane w 2021 r. Wskazać należy, że zgodnie z zasadami logiki rok produkcji nie powinien mieć wpływu na ocenę, czy pojemnik jest nowy czy używany, lecz okoliczność uprzedniego wykorzystywania pojemników do gromadzenia odpadów. Pojemniki wyprodukowane wcześniej, jeżeli spełniają normy jakościowe wymagane przez Zamawiającego, tj. normę EN-840, normę CE lub normy równoważne, nie odbiegają jakościowo od pojemników wyprodukowanych w 2021 r. Żywotność pojemników spełniających te normy w zależności od sposobu eksploatacji wynosi między 8-10 lat. Ten pogląd zdaje się także dzielić Zamawiający dopuszczając możliwość zaoferowania pojemników używanych i to bez wprowadzenia jakichkolwiek ograniczeń co do daty produkcji pojemników używanych.

Zgodnie z zapisami rozdziału XVIII SWZ deklaracja dostawy przez wykonawcę wszystkich pojemników w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych punktów. Z kolei deklaracja dostawy pojemników w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt w ramach tego kryterium. Jednocześnie zamawiający zastrzega, że brak deklaracji wykonawcy co do stanu oferowanych pojemników będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt w ramach tego kryterium. Wskazał, że (...) *Zasadą jest, że Zamawiający powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą. Ustawodawca wskazuje, iż ofertą najkorzystniejszą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów jakościowych do ceny lub kosztu, ewentualnie oferta z najniższą ceną lub kosztem. W ocenie Odwołującego Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób prowadzący do możliwości złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Zamawiający dopuścił bowiem złożenie ofert zarówno na nowe, jak i używane pojemniki, a także przewidział fakultatywne rozstawienie pojemników, któremu to kryterium – w ocenie Odwołującego – przyznał zbyt małą wagę, co prowadzić może do sytuacji, która nie doprowadzi do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej w sytuacji gdy kryterium cenowemu przyznano wagę aż 75% możliwych do zdobycia punktów. Przyjęte kryteria oceny ofert uprzywilejowują podmioty oferujące nowe pojemniki – producentów pojemników, co oznacza, że dyskryminują pozostałych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wykonawców oferujących pojemniki używane. Na rynku dostępnych jest wiele pojemników używanych, którymi dysponują przede wszystkim wykonawcy realizujący usługi odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów*

komunalnych wyposażający nieruchomości zlokalizowane w danej gminie w pojemniki w ramach realizacji usług odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów. Takie działanie Zamawiającego narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności, zasadę przejrzystości, a także zasadę efektywności. Zamawiający nie określił maksymalnego wieku pojemników używanych. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał jedynie, że pojemniki używane mają spełniać następujące kryteria: – sprawne mechanicznie; – brak oznak pęknięcia; – sprawne klapy; – sprawne hamulce; – sprawne koła i nieuszkodzone osie; – brak przedziurawień; – brak śladów naprawy np. łatania, spawania. Ponadto Zamawiający zastrzegł, że pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych muszą być szczelne, zamykane, o odpowiedniej wytrzymałości mechanicznej, odporne na działanie promieni UV oraz odpowiadać wymaganiom zawartym w obowiązujących przepisach prawa i normach technicznych (posiadać atest PZH, normę EN-840, normę CE lub normy równoważne)”. Wykonawca podkreślił, że (...) dodatkowo Zamawiający różnicuje zakres przedmiotu zamówienia, nie tylko jeżeli chodzi o wiek pojemników, ale także jeżeli chodzi o okres gwarancji, jaką objęte mają być pojemniki – na pojemniki używane wymaga gwarancji na okres 6 miesięcy, na pojemniki nowe – 12 miesięcy lub więcej, zgodnie z gwarancją producenta. Taki opis przedmiotu zamówienia prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert. Dodatkowo można stwierdzić, że prowadzić to może do dyskryminowania wykonawców oferujących pojemniki używane, którzy w cenie muszą dodatkowo skalkulować ryzyka związane z udzieleniem gwarancji, podczas gdy wykonawcy oferujący nowe pojemniki takiego ryzyka kalkulować nie muszą, gdyż bazują na gwarancji, jakiej udziela producent”. Podkreślił, że (...) przede wszystkim brak możliwości mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert. Za pojemniki używane wykonawca może zaoferować zdecydowanie niższą cenę. Zerojedynkowe podejście, tj. wymóg dostawy wyłącznie nowych albo wyłącznie używanych pojemników zdaje się nie mieć uzasadnienia, skoro Zamawiający dopuszcza nabycie pojemników używanych i nie limituje w żaden sposób ich maksymalnego wieku. Uzasadniona zatem wydaje się być całkowita rezygnacja z tego kryterium oceny ofert z jednoczesnym wprowadzeniem do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r., względnie wprowadzenie stopniowania punktacji w ramach kryterium oceny ofert – stan pojemników poprzez dopuszczenie mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym i wprowadzenie gradacji możliwych do uzyskania punktów. Odwołujący proponuje, by wykonawca mógł uzyskać 5 punktów za deklarację dostawy 25% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 10 punktów za deklarację dostawy 50% nowych

pojemników w ramach określonej części zamówienia, 15 punktów za deklarację dostawy 75% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 20 punktów za deklarację dostawy 100% nowych pojemników, z jednoczesnym wprowadzeniem do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r.” Jednocześnie Odwołujący wskazał, że (...) znacząco niedoszacowana jest waga kryterium rozstawienie pojemników. Rozstawienie pojemników to bowiem czynność, która generuje znaczne koszty po stronie wykonawcy, które – jeżeli zamierza on zaoferować rozstawienie pojemników – powinien skalkulować w cenie. Zgodnie bowiem z rozdziałem XIV ust. 2 SWZ cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją danej części przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w SWZ. Inaczej rozkładają się koszty rozstawienia pojemników o pojemności 1100 l, 240 l oraz 120 l, w zależności od rodzaju pojemnika koszty podstawienia jednego pojemnika wahają się w granicach pomiędzy 10 zł – 50 zł. Rozstawienie pojemników to czynność korzystna dla Zamawiającego, gdyż pozwala na zaoszczędzenie kosztów podstawienia pojemników na rejon w późniejszym terminie. Jeżeli wykonawca nie zaoferuje podstawienia pojemników we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach, Zamawiający będzie dodatkowo musiał ponieść koszty tej usługi. Skoro cena stanowi kryterium o wadze 75% to premiowani mogą być wykonawcy oferujący nowe pojemniki bez usługi podstawienia, gdyż będą mogli zaoferować cenę na dużo niższym poziomie, niż wykonawcy, którzy zaoferują nowe pojemniki wraz z usługą ich podstawienia, która teoretycznie jest najbardziej pożądana przez Zamawiającego, ale przyznana za nią punktacja to jedynie 5 %. Tym samym uprawniony jest wniosek, że Zamawiający konstruując kryteria oceny ofert oraz przypisując im poszczególne wagi naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności”. Wskazując, że Szczegółowe dowody w tym zakresie Odwołujący przedstawi na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą stwierdził, że (...) Kryteria oceny ofert powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien tak określić kryteria oceny ofert, by nie miały one charakteru dyskryminującego, były uzasadnione względami interesu publicznego (uwzględniającymi także efekty społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze), pozwalały na osiągnięcie założonego celu oraz nie wykroczyły poza to, co konieczne dla osiągnięcia tego celu. Proporcjonalne ukształtowanie zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że w świetle art. 17 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem Zamawiającego jest dążenie do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia oraz do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia.

Dotyczy to uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający. Nie chodzi zatem tylko o pozytywny efekt podejmowanych przez Zamawiającego działań (np. że planowany określony zakup został zrealizowany na wyższym poziomie jakościowym czy ilościowym od pierwotnie założonego), ale również o skuteczność w osiągnięciu innych wcześniej postawionych celów, np. w zakresie oddziaływania zrealizowanego zamówienia na środowisko”.

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w zakresie:

- kryteriów oceny ofert poprzez wykreślenie kryterium stan oferowanych pojemników i wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r., a także stosowaną modyfikację wag pozostałych kryteriów poprzez przyznanie kryterium rozstawienie pojemników wagi 25 pkt, względnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku,
- dopuszczenie mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym i jednoczesną modyfikację kryterium oceny ofert – stan pojemników poprzez dopuszczenie przyznania 5 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 25% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 10 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 50% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 15 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 75% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 20 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy 100% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia z jednoczesnym wprowadzeniem w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 20/07/21) oświadczył, że na podstawie art. 521 ust. 1 ustawy Pzp w odpowiedzi na odwołanie, wniesione przez ALBA Dolny Śląsk Sp. z o. o., uwzględnia w części zarzuty w nim zawarte, a w pozostałej części (nieuwzględnionej) wnosi o oddalenie odwołania. Także wniósł o zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania.

W uzasadnieniu wskazał na następujące okoliczności:

1. zarzut naruszenia art. 138 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. (wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty, w sytuacji, gdy nie zaszły okoliczności uzasadniające skrócenie terminu składania ofert, co wpływa negatywnie na

zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i realizację zasady efektywności) - nie zasługuje na uwzględnienie. Podał, co następuje:

„Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie zadania pn.: „Dostawa pojemników na odpady komunalne- zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100L; - zadanie nr 2: Pojemniki o pojemności 240L; - zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120L”. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza tzw. „próg unijny”, tj. kwotę określoną w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r. poz. 2019 ze zm.); zwanej dalej ustawą –tj. kwotę 214 000 euro dla dostaw. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na wykonanie w/w zadania jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a więc w trybie najbardziej konkurencyjnym spośród przewidzianych w ustawie. Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 15 czerwca 2021 r., a opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2021 r. pod nr 2021/S 117-305069. Termin składania ofert w w/w postępowaniu został wyznaczony na dzień 6 lipca 2021 r., do godz. 12:00 (otwarcie złożonych ofert mało odbyć się w tym samym dniu o godz. 12:15). Tym samym, powołany termin został wyznaczony w sposób zgodny z ogólną regułą dotyczącą ustalania minimalnych terminów składania ofert w przypadku zamówień, których wartość osiąga lub przekracza wskazany „próg unijny”. Zgodnie z art. 138 ust. 1 ustawy p.z.p. termin składania ofert nie może być krótszy niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Tym niemniej, jak stanowi przepis szczególny zawarty w art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy: Zamawiający może wyznaczyć termin składania ofert krótszy niż termin określony w ust. 1 art. 138, nie krótszy jednak niż 15 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, w następujących przypadkach: 2) jeżeli zachodzi pilna potrzeba udzielenia zamówienia i skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione”. W ocenie Zamawiającego, w kontekście całokształtu okoliczności faktycznych i prawnych towarzyszących rozpatrywanemu zamówieniu, rozstrzygnięcie w/w postępowania i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego z zachowaniem co najmniej 35 dniowego terminu składania ofert w istotny sposób zagraża interesom Zamawiającego. Wobec powyższego, w istocie zachodzi pilna potrzeba udzielenia przedmiotowego zamówienia, przy czym skrócenie terminu składania ofert w odnośnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego jest w pełni uzasadnione, przez co za spełnione należy uznać przesłanki, od których zależy możliwość skorzystania z uprawnienia do skrócenia terminu składania ofert w przetargu nieograniczonym na wykonanie w/w zadania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że przedmiot zamówienia w w/w postępowaniu obejmuje m. in.

- sukcesywną dostawę pojemników (jeżeli oferta Wykonawcy nie obejmuje rozstawienia pojemników, które stanowy jedno z kryteriów oceny ofert) do 30.09.2021 - rozstawienie pojemników (jeżeli jest w ofercie Wykonawcy) do 29.10.2021 - zakończenie realizacji umowy 30.11.2021 r.
- w sumie w wyniku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego wykonawca winien w wyżej wymienionym terminie (do 30.09.2021r.) dostarczyć na wskazaną lokalizację zamawiającego 20352 szt. pojemników. Jest to ilość niebagatelna i wymagająca od wykonawcy odpowiednio wcześniejszego zaplanowania procesu logistycznego i formalnego dostawy.

Jak wynika z powyższego, terminy realizacji zamówienia są w ocenie Zamawiającego bardzo krótkie i mogą w konsekwencji stanowić podstawę do niezłożenia oferty przetargowej przez Wykonawcę obawiającego się potencjalnych kar umownych z tyt. niezachowania umownych terminów realizacji zamówienia. Sam proces oczekiwania na złożenie ofert przetargowych w standardowej procedurze „unijnej” to 35 dni. Następnie zamawiający powinien przestrzegać odpowiednich terminów wskazanych ustawą na złożenie dokumentów (10 dni), ewentualne uzupełnienie dokumentów lub złożenie wyjaśnień (kolejne 10 dni), oczekiwanie na uprawomocnienie się decyzji zamawiającego dotyczącej wyboru oferty najkorzystniejszej (kolejne 10 dni)- co wydłuża proces zawarcia umowy w sumie o 30 dni w wariacie optymistycznym (zakładającym brak ewentualnych środków odwoławczych). Z prostych wyliczeń wynika, iż Wykonawca dysponowałby zaledwie okresem 30dniowym na wykonanie dostawy. Tak krótki czas przeznaczony na dostawę i transport pojemników na odpady mógłby w ocenie zamawiającego stanowić realną przeszkodę w złożeniu oferty przetargowej przez wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia. Taki wniosek stał się podstawą do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o terminie składania ofert w przedmiotowym postępowaniu. Podkreślenia przy tym wymaga okoliczność, iż zamawiający przeprowadził w dniach 14.04.2021r. do 01.06.2021r. postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na wynajem pojemników na odpady komunalne o tych samych parametrach jak w przedmiotowym postępowaniu. Do upływu wyznaczonego terminu składania ofert do Zamawiającego wpłynęła zaledwie 1 oferta (oferta nr 1 Alba Dolny Śląsk sp. z o. o., ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych, cena brutto: 8.438.113,70 zł). Cena tejże oferty drastycznie przewyższyła kwotę, jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia -w związku z powyższym postępowanie zostało unieważnione. Obiektywnie rzecz biorąc, fakt otrzymania tylko jednej oferty w postępowaniu na wynajem pojemników na odpady komunalne zmusił zamawiającego do zmiany koncepcji realizacji zadania (z wynajmu na zakup) – jednakże zamawiający dysponuje już nieporównywalnie mniejszą pulą czasu na zawarcie umowy niż w pierwotnym postępowaniu na wynajem pojemników. Jednocześnie, Zamawiający nie może dopuścić do sytuacji, w której nie będzie miał

zawartych umów pozwalających mu na dysponowanie zasobami technicznymi koniecznymi do wykonania jego zobowiązań wobec Gminy Wałbrzych. Wobec powyższego, konieczne było skrócenie terminu składania ofert w w/w postępowaniu. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia pociągająca za sobą ową konieczność wynika z potrzeby, zagwarantowania zasobów niezbędnych do realizacji zobowiązań wobec Gminy Wałbrzych. W tym miejscu Zamawiający wskazuje, że jak wynika z treści przepisu art. 138 ust. 2 pkt 2 ustawy p.z.p. niezbędne jest wykazanie, że istnieje pilna potrzeba udzielenia zamówienia, a zaspokojeniu tej potrzeby w odpowiedni sposób służy skrócenie terminu składania ofert. Jak podnosi się w doktrynie „Inaczej niż w przypadku przesłanek zastosowania trybów negocjacyjnych bez ogłoszenia pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie musi wynikać z okoliczności niezależnych od zamawiającego – może to więc być pilność, która wynika z okoliczności co najmniej możliwych do przywidzenia. Wniosek taki potwierdza motyw 46 preambuły dyrektywy 2014/25/UE, w którym wskazano na stworzenie zamawiającym możliwości skracania terminów składania ofert, oraz doprecyzowano, że „nie musi to być wyjątkowo pilna konieczność spowodowana okolicznościami, których instytucja zamawiająca nie może przewidzieć i których nie można jej przypisać”. (...). Wskazał, że (...) zgodnie z umową zawartą z Gminą Wałbrzych w dniu 07.06.2021r. MZUK sp. z o.o. przejmuje z dniem 01.11.2021r. odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha. Termin ten jest terminem granicznym bowiem do tej daty zadanie to realizuje Odwołujący, a jest rzeczą oczywistą, że zadanie to musi być realizowane w sposób ciągły i nieprzerwany W tym celu, Zamawiający potrzebuje nabyć niezbędne wyposażenie m.in. pojemniki do odbioru odpadów. Jak wynika z rozeznania rynkowego minimalny termin na dostarczenie i rozstawienie ww. pojemników to ok. 7-10 tygodni (co jest również uzależnione od tego czy pojemniki są nowe czy używane). Biorąc pod uwagę, że średni czas trwania procedury w tzw. progach unijnych wynosi 96 dni (dane ze sprawozdania Prezesa UZP za 2018r.) oraz przyjęty w SWZ termin realizacji jest bezsporne, że skrócenie terminu było uzasadnione. Na marginesie z uwagi na przyjęty w SWZ sposób komunikacji podstawowy termin składania ofert wynosi nie 35 dni lecz 30. Oznacza to, że Zamawiający skrócił termin o 10 dni. Warto też podkreślić, że Zamawiający był uprawniony do wyznaczenia krótszego tj. 15-dniowego terminu i już sam fakt, że z tego nie skorzystał świadczy o tym, że Zamawiający ustalając datę składania ofert, brał pod uwagę złożoność i specyfikę przedmiotu zamówienia oraz czas niezbędny do przygotowania oferty. W tym, miejscu Zamawiający podnosi, że obecne postępowanie jest drugim, co jest okolicznością nie bez znaczenia, bo pierwsze zostało unieważnione z uwagi na fakt, iż jedyna oferta złożona w postępowaniu (przez Odwołującego) przewyższała kwotę jaką zamawiający mógł przeznaczyć na sfinansowanie

zamówienia. Oznacza to, że Odwołujący ma już ofertę faktycznie przygotowaną, a wymaga ona tylko korekty pod kątem obecnego postępowania. I wreszcie warto zauważyć, że żaden z innych Wykonawców nie podniósł zarzutu zbyt krótkiego terminu na składanie ofert. Nie są zgodne z prawdą twierdzenia Odwołującego dotyczące umowy zawartej z Gminą w dniu 07.06.2021r. MZUK sp. z o.o. na odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzycha: „1. Umowa w ramach tego postępowania do dnia dzisiejszego nie została zawarta”. Umowa została zawarta w dniu 7.06.2021r. - dowód umowa z dnia 07.06.2021r. zwarta pomiędzy Gminą Wałbrzych a MZUK Sp. z o. o. w Wałbrzychu. „2. Umowa w ramach tego postępowania do dnia dzisiejszego nie została zawarta gdyż podmiot ten nadal nie dysponuje niezbędną infrastrukturą umożliwiającą mu świadczenie usługi odbioru odpadów. Nie dysponuje bowiem ani pojemnikami, ani specjalistycznymi pojazdami, ani też niezbędną liczbą pracowników.” Zgodnie z § 4.2 umowy z dnia 7.06.2021 roku przystąpienie do odbioru odpadów komunalnych nastąpi w dniu 1.11.2021 roku. Natomiast zgodnie z § 3.5 tejże umowy obowiązkiem Wykonawcy (MZUK) jest wyposażenie miejsc gromadzenia odpadów oraz wskazanych lokalizacji w pojemniki oraz worki do gromadzenia odpadów, wyposażenie wszystkich lokalizacji w kontenery KP-7. Ponadto w załączniku nr 6 do Umowy OPZ pkt. 3.3 określono szczegółowe wymagania dotyczące specjalistycznych pojazdów przeznaczonych do realizacji przedmiotu zamówienia. Oznacza to, że Wykonawca ma obowiązek wyposażenia w pojemniki i dysponowania pojazdami na dzień świadczenia usługi. Powyższe fakty są znane odwołującemu, bowiem pozyskał on je od Gminy Wałbrzych w trybie dostępu do informacji publicznej przed złożeniem niniejszego Odwołania tj. w dniu 18.06.2021r. Dowód – pismo Urzędu Miejskiego w Wałbrzychu z dnia 18.06.2021r. nr BZP 271.149.2020. Biorąc jednak pod uwagę, że w związku z wniesionym Odwołaniem zamawiający przesunął termin składania ofert na 19.07.2021r. można uznać, że żądanie Odwołującego zostało faktycznie spełnione i dalsze przedłużanie terminu na składanie ofert będzie stanowiło istotne zagrożenie dla rozpoczęcia usługi obioru odpadów z dniem 01.11.2021r.” Reasumując podał, że „Mając powyższe na względzie, wskazane powyżej okoliczności decyzję Zamawiającego o zastosowaniu procedury przyspieszonej należy zakwalifikować jako decyzję podjętą ze względu na ważny interes Zamawiającego, który mieści się w zakresie pojęcia „pilnej potrzeby udzielenia zamówienia” zawartego w art. 138 ust. 2 pkt 2) ustawy”.

W odniesieniu do zarzutu z punktu 2 (naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 13 p.z.p. i art. 220 ust. 2 p.z.p., gdyż Zamawiający wadliwie określił termin związania ofertą) oraz zarzutu z punktu 3 (naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób

niejasny, nieprecyzyjny, uniemożliwiający prawidłową identyfikację możliwości ich spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę przejrzystości postępowania) Zamawiający – jak oświadczył – przychylił się do zarzutu Odwołującego i uwzględnił je w całości. Podał, że „Błędne określenie terminu związania ofertą wynika z omyłkowego wprowadzenia daty w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ co zostało już przez Zamawiającego zmodyfikowane”.

W przypadku zarzutu z pkt 3 podał, że „Zamawiający zmodyfikował zapisy SWZ oraz Ogłoszenia o zamówieniu w tym zakresie w sposób następujący (...). Wg odpowiedzi na odwołanie: „Zapis po modyfikacji z dnia 02.07.2021r.”:

„Dla części I zamówienia (dostawa pojemników o pojemności 1100L): wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej oraz zawodowej musi wykazać, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady zrealizowaną na podstawie umowy dostawy/sprzedaży lub w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów. Dostawa powinna obejmować co najmniej 3.000 szt. pojemników na odpady. Zamawiający uzna za spełniony w/w , gdy Wykonawca wykaże, iż wymagana ilość pojemników na odpady została dostarczona w ramach jednego zamówienia na rzecz jednego Podmiotu. Zamawiający nie wymaga aby pojemniki przeszły na własność tego podmiotu.

Dla części II zamówienia (dostawa pojemników o pojemności 240L): wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej oraz zawodowej musi wykazać, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady zrealizowaną na podstawie umowy dostawy/sprzedaży lub w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów. Dostawa powinna obejmować co najmniej 3.000 szt. pojemników na odpady. Zamawiający uzna za spełniony w/w , gdy Wykonawca wykaże, iż wymagana ilość pojemników na odpady została dostarczona w ramach jednego zamówienia na rzecz jednego Podmiotu. Zamawiający nie wymaga aby pojemniki przeszły na własność tego podmiotu.

Dla części III zamówienia (dostawa pojemników o pojemności 120L): wykonawca w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego zdolności technicznej oraz zawodowej musi wykazać, że należycie wykonał w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady zrealizowaną na podstawie umowy dostawy/sprzedaży lub w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów. Dostawa powinna obejmować co najmniej 6.000 szt. pojemników na odpady. Zamawiający uzna za spełniony w/w , gdy Wykonawca wykaże, iż wymagana ilość pojemników na odpady została

dostarczona w ramach jednego zamówienia na rzecz jednego Podmiotu. Zamawiający nie wymaga aby pojemniki przeszły na własność tego podmiotu.”

Podał także, że „Powyższa modyfikacja została wdrożona Ogłoszeniem zmian lub dodatkowych informacji nr 2021/S 129-342488 z dnia 02.07.2021r. oraz opublikowana na stronie internetowej z przedmiotowym postępowaniem w dniu 06.07.2021r.”

Odnosząc się do zarzutu z punktu 4) (*naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz ustanowienie kryteriów oceny ofert, w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiający zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także różnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych*) stwierdził, że (...) nie znajdują one uzasadnienia. Podał, że *wbrew twierdzeniom Odwołującego (...) Zamawiający nie naruszył wskazanych przez Odwołującego przepisów Prawa zamówień publicznych, przykładowo w żadnym miejscu Odwołania Wykonawca nie wskazuje, pod jakim względem przyjęte kryteria są opisane w sposób niejednoznaczny lub niezrozumiały. Zamawiający zaznacza, co chyba nie jest jasne dla Odwołującego, że ustalenie kryteriów oceny ofert należy do wyłącznych kompetencji zamawiającego. W tym miejscu, Zamawiający zauważa, że „Pojęcie „kryterium” nie zostało zdefiniowane ustawowo. Przyjmuje się, że kryteria oceny ofert to mierniki służące za podstawę oceny ofert złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwiające sprawiedliwe porównanie ofert oraz gwarantujące wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Zgodnie z wypracowanymi na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE) wytycznymi co do ich formułowania nie mogą one przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, a także winny być związane z przedmiotem zamówienia, wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia (SIWZ) lub ogłoszeniu o zamówieniu, zgodne z zasadami podstawowymi prawa wspólnotowego (w szczególności z zasadą niedyskryminacji). Dodatkowo przyjmuje się, że muszą im towarzyszyć wymagania, które pozwalają na efektywną weryfikację dokładności informacji zawartych w ofertach (tak m.in. wyr. TS z 17.09.2002 r., C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, uprzednio Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne, EU:C:2002:495, oraz wyr. TS z 4.12.2003 r., C-448/01, EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republik Österreich, EU:C:2003:651). Określenie na gruncie unijnym uniwersalnej procedury oceny ofert i obiektywnych kryteriów jej dokonywania ma zapewnić przejrzystość tej fazy postępowania, pewność prawną oraz standaryzację wszystkich postępowań o udzielenie zamówień publicznych. Kryteria mają zagwarantować*

wykonawcom już na etapie przygotowywania oferty możliwość jednoznacznego przewidzenia, które aspekty oferty są najważniejsze dla zamawiającego i jak będą one oceniane. Wybór kryteriów nie może być więc dowolny i zależny od nieograniczonego uznania podmiotu zamawiającego. Muszą one mieć charakter obiektywne, nienaruszający zasady równego traktowania wszystkich wykonawców i winny być stosowane dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Nie mogą zatem być subiektywne i uznaniowe i nie mogą też dawać zamawiającemu nieograniczonej swobody arbitralnego wyboru oferty. Związane z przedmiotem zamówienia kryterium oceny ofert powinno co do zasady cechować się zdolnościami pomiarowymi umożliwiającymi wartościowanie poszczególnych propozycji (miernik wystarczająco zobiektywizowany). Celem zapewnienia właściwego obiektywizmu oceny zamawiający powinien skonkretyzować każde z przyjętych kryteriów, wystrzegając w miarę możliwości zdolności pomiarowe, co uchroni go przed zarzutem uznaniowości i tendencyjności przy ocenie ofert (...). Zdaniem Zamawiającego sformułowane w przedmiotowym postępowaniu (SWZ i ogłoszenie), a kwestionowane przez Odwołującego kryteria oceny ofert spełniają ww. wymogi. Są bowiem: obiektywne, wymierne, związane z przedmiotem zamówienia i wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia. W art. 241 Ustawodawca wskazał wyraźnie, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach (a nie we wszystkich) oraz w odniesieniu do dowolnych (a nie poszczególnych) etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia. Z kolei art. 242 ust 2 stanowi, że kryteriami jakościowymi mogą być w szczególności kryteria odnoszące się do jakości, w tym do parametrów technicznych, właściwości estetycznych i funkcjonalnych". Wskazując na argumentację z odwołania stwierdził, że (...) *Po pierwsze. Odwołujący sam sobie przeczy. Z jednej strony domaga się rezygnacji z kryterium premiującego dostawę nowych pojemników uzasadniając to rzekomą nieporównywalnością ofert, a z drugiej, dopuszcza możliwość innego procentowego podziału punktów za dostawę nowych pojemników. Po drugie trudno dociec, gdzie Odwołujący „widzi” możliwość złożenia nieporównywalnych ofert. Opisane w SWZ, a kwestionowane kryteria są jasne, precyzyjne, i w żadnej mierze nie opierają się na subiektywnej ocenie zamawiającego. Przyznanie punktów wynika wprost z opisanych reguł, nie pozostawiając w tym względzie żadnej „swobody decyzyjnej” Zamawiającemu. Opisane kryteria pozwalają na sprowadzenie wszystkich ofert do jednego „mianownika” i pozwalają na porównanie ofert". Zamawiający podkreślił, że Odwołujący złożył ofertę w uprzednim postępowaniu, w którym to zamawiający takich kryteriów (stan pojemników – nowy/używany oraz rozmieszczenie ww. pojemników) nie stosował. W efekcie została złożona tylko oferta Odwołującego i to z ceną*

dwukrotnie przewyższającą budżet zamawiającego (kwoty 4.428.000,00 zł brutto). Oznacza to, że wbrew intencjom Zamawiającego, któremu zależy na jak największej ilości wykonawców zainteresowanych tym zamówieniem, podmioty dostarczające nowe pojemniki nie złożyły oferty, bowiem założyły z góry, że ponieważ ceny za nowe pojemniki są średnio wyższe o około 20% (dowód - załącznik cena nowego i starego pojemnika) ich oferty nie będą konkurencyjne. Dowód: wydruki wycen pojemników nowych i używanych (SSI SHAFER Sp. z o. o., WEBER, PHU IMPEX)". Podkreślił ponadto, że (...) *Odwołujący nie jest producentem/ dostawcą pojemników lecz podmiotem profesjonalnie zajmującym się usługami transportu i odbioru odpadów na terenie Polski, w tym do listopada 2021r. w Wałbrzychu. Odwołujący dysponuje obecnie używanymi przez siebie w Wałbrzychu pojemnikami, które to jak wynika z przebiegu poprzedniego postępowania (zadawane pytania, złożone odwołanie, złożenie oferty) zamierzał zaoferować Zamawiającemu. Powszechna wiedza o tym fakcie, także wśród potencjalnego kręgu podmiotów zainteresowanych ofertowaniem przedmiotu zamówienia miała niestety wybitnie negatywny wpływ na ich zamiar złożenia ofert, bowiem dostawcy nowych pojemników „przegrywali” ceną, a dostawcom używanych przeszkadzał fakt skompletowania tak znaczącej ilości pojemników, oraz konieczność ich rozstawienia na terenie miasta. W efekcie Zamawiający otrzymał tylko jedną ofertę, w której cena (pomimo zaoferowania pojemników używanych) jest dwukrotnie wyższa niż ceny rynkowe za pojemniki nowe. W konsekwencji kierując się przywołaną przez Odwołującego zasadą efektywności zdecydował się na zmianę zasad w obecnie prowadzonym postępowaniu. Na marginesie, Odwołujący we wniesionym odwołaniu nie kryje swoich intencji, podnosząc: „Na rynku dostępnych jest wiele pojemników używanych, którymi dysponują przede wszystkim wykonawcy realizujący usługi odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wyposażający nieruchomości zlokalizowane w danej gminie w pojemniki w ramach realizacji usług odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów”. Powyższe, zdaje się dowodzić, że Odwołującemu nie chodzi o obiektywne kryteria oceny ofert, lecz o takie kryteria, które w sposób nieuzasadniony mają preferować podmioty oferujące nie najlepsze produkty na rynku, lecz podmioty, które mogą zaoferować produkty, którymi aktualnie dysponują, a które to nie odpowiadają obiektywnym kryteriom oceny ofert, oraz oczekiwaniom zamawiającego lub odpowiadają im w mniejszym stopniu. Jak już wyżej wspomniano, w tych konkretnych okolicznościach będzie to tylko i wyłącznie Odwołujący, co jak już pokazał zamawiający nie przekłada się na uzyskanie optymalnej oferty w tym postępowaniu. Trzeba to jednoznacznie podkreślić, Odwołujący właściwie chce, aby Gmina Wałbrzych zapłaciła poniekąd dwukrotnie za to samo (pojemniki) – przecież pierwszy raz Wykonawca ujął koszt ich zakupu w cenie świadczenia usługi odbioru odpadów, a następnie zamierza te same pojemniki zaoferować Gminie (poprzez MZUK sp. o.o.), gwarantując sobie takie sformułowanie kryteriów oceny ofert, które*

przesądzi o braku innych ofert. Zresztą, w postępowaniu prowadzonym przez Urząd Miejski w Wałbrzychu w 2019r. na odbiór odpadów został postawiony warunek, aby wykonawcy zakupili „nowe, fabrycznie pojemniki” (załącznik do SIWZ - OPZ sektor I – Rozdział III Standardy sanitarne i techniczne usługi odbioru odpadów komunalnych pkt 3.1 pkkt 2 Pojemniki) i wtedy Odwołujący nie podnosił, że jest to żądanie nieobiektywne i ogranicza konkurencję poprzez zakaz świadczenia usługi odbioru odpadów za pomocą pojemników używanych. Warto podkreślić, jeden oczywisty fakt. Każdy Zamawiający w każdym postępowaniu ma prawo zażądać aby przedmiotem dostawy były rzeczy nowe, nieużywane. Jest to fakt notoryjnie znany, że rzeczy nowe, są lepsze, trwalsze itd. od rzeczy używanych. W konsekwencji sam fakt, że zamawiający w tym postępowaniu dopuścił możliwość zaoferowania pojemników używanych jest „ponad standardowym” rozszerzeniem kręgu podmiotów zainteresowanych udziałem w tym postępowaniu. Zamawiający godzi się, aby kosztem jakości np. Odwołujący zaoferował pojemniki używane, niemniej jednak nie może to prowadzić do naruszenia zasad uczciwej konkurencji względem dostawców pojemników nowych, a takie konsekwencje miałoby uwzględnienie żądań Odwołującego. Wprowadzenie preferencji dla Wykonawcy, który zadeklaruje że pojemniki były nowe tj. wyprodukowane w 2021r. daje zamawiającemu pewność, że: - pojemniki będą pochodziły od tego samego producenta i z tej samej serii, co powoduje, że będą one w takim samym stanie, zachowają tę samą paletę kolorów (estetycznie i praktycznie niweluje to ryzyko, że na ulicach Wałbrzycha będą stały obok siebie pojemniki, który stan i kolorystyka będą się znacząco różnić), - podczas odbioru pojemników zamawiający ma pewność, że potencjalny nieuczciwy Wykonawca, pomimo przyznania mu punktów podczas oceny ofert, nie wymieszają pojemników nowych i używanych - które wymyte i doprowadzone do stanu „wizualnej” używalności trudno rozróżnić od pojemników nowych, zwłaszcza przy odbiorze kilkunastu tysięcy sztuk, - uwzględniając powyższe, pojemniki „teoretycznie” nowe np. wyprodukowane w 2020r. lub 2019r. mogą być faktycznie wyeksploatowane (chodzi tutaj przede wszystkim o kółka i klapy pojemników), - z uwagi na fakt, że nie wszyscy producenci na swoich pojemnikach uwidoczniają datę ich produkcji, w przypadku sporu z wykonawcą czy dany pojemnik jest nowy, czy używany, ciężko będzie dokonać odbioru takiego produktu. Zamawiający co prawda godzi się na ww. utrudnienia i niższą jakość w przypadku pojemników używanych, oczekując w zamian niższej ceny, nie może to jednak prowadzić do dyskryminacji dostawcy pojemników nowych. Co do wymaganej produkcji pojemników z roku 2021 z uwagi na argumentację odwołania (Cyt.: „Podkreślić należy, że dodatkowo Zamawiający różnicuje zakres przedmiotu zamówienia, nie tylko jeżeli chodzi o wiek pojemników, ale także jeżeli chodzi o okres gwarancji, jaką objęte mają być pojemniki - na pojemniki używane wymaga gwarancji na okres 6 miesięcy, na pojemniki nowe - 12 miesięcy lub więcej, zgodnie z gwarancją producenta. Taki opis przedmiotu zamówienia prowadzić

może do złożenia nieporównywalnych ofert. Dodatkowo można stwierdzić, że prowadzić to może do dyskryminowania wykonawców oferujących pojemniki używane, którzy w cenie muszą dodatkowo skalkulować ryzyka związane z udzieleniem gwarancji, podczas gdy wykonawcy oferujący nowe pojemniki takiego ryzyka kalkulować nie muszą, gdyż bazują na gwarancji, jakiej udziela producent”) podał, że (...) nie zgadza się z ww. zarzutem. Jest on nielogiczny. Jeżeli już, to właśnie takie sformułowanie warunków gwarancji stanowi preferencje dostawy pojemników używanych, bowiem w cenie oferty musi on ująć krótszy okres świadczenia obowiązków gwarancyjnych w stosunku do dostawcy pojemników nowych. Nie ma bowiem czegoś takiego jak „bazowanie” przez wykonawcę na gwarancji producenta. Za to „bazowanie” jak to ujął Odwołujący potencjalny wykonawca (a poprzez przyjęcie oferty – Zamawiający) kupując pojemniki od producenta, kupuje też świadczenie przez niego obowiązków gwarancyjnych. Trzeba też podkreślić, że obowiązki gwarancyjne pełni wykonawca, a nie producent i nie wykonywanie tej usługi przez producenta nie zwalnia wykonawcy ze świadczenia tego obowiązku wobec zamawiającego”.

Co do zarzutu znacząco niedoszacowania wagi kryterium „Rozstawienie pojemników” podał: „Rozstawienie pojemników to bowiem czynność, która generuje znaczne koszty po stronie wykonawcy, które - jeżeli zamierza on zaoferować rozstawienie pojemników - powinien skalkulować w cenie. Zgodnie bowiem z rozdziałem XIV ust. 2 SWZ cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją danej części przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w SWZ. Inaczej rozkładają się koszty rozstawienia pojemników o pojemności 1100 l. 240 l oraz 120 l. W zależności od rodzaju pojemnika koszty podstawienia jednego pojemnika wahają się w granicach pomiędzy 10 zł - 50 zł. Rozstawienie pojemników to czynność korzystna dla Zamawiającego, gdyż pozwala na zaoszczędzenie kosztów podstawienia pojemników na rejon w późniejszym terminie. Jeżeli wykonawca nie zaoferuje podstawienia pojemników we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach. Zamawiający będzie dodatkowo musiał ponieść koszty tej usługi. Skoro cena stanowi kryterium o wadze 75% to premiovani mogą być wykonawcy oferujący nowe pojemniki bez usługi podstawienia, gdyż będą mogli zaoferować cenę na dużo niższym poziomie, niż wykonawcy, którzy zaoferują nowe pojemniki wraz z usługą ich podstawienia, która teoretycznie jest najbardziej pożądana przez Zamawiającego, ale przyznana za nią punktacja to jedynie 5 %. Tym samym uprawniony jest wniosek, że Zamawiający konstruując kryteria oceny ofert oraz przypisując im poszczególne wagi naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności.” Żaden przepis nie narzuca Zamawiającemu, aby waga kryterium oceny ofert odpowiadała wprost jego szacunkowej wartości – tj. wartości ekonomicznej. Wręcz przeciwnie, wola

Ustawodawcy wyrażona wręcz w szeregu przepisów ustawy Pzp, jest często odmienna. Np. art. 246. [Ograniczenie możliwości stosowania kryterium ceny]

1. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%.

2. Zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2, oraz ich związki mogą zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia.

Powyższe w sposób jednoznaczny pokazuje, że istnieje co do zasady wręcz nakaz ograniczenia kryterium ekonomicznego do poziomu (wagi) 60% . Zamawiający przypomina także, że w art. 241 Ustawodawca wskazał wyraźnie, że związek kryteriów oceny ofert z przedmiotem zamówienia istnieje wówczas, gdy kryteria te dotyczą robót budowlanych, dostaw lub usług, będących przedmiotem zamówienia w dowolnych aspektach (a nie we wszystkich) oraz w odniesieniu do dowolnych (a nie poszczególnych) etapów ich cyklu życia, w tym do elementów składających się na proces produkcji, dostarczania lub wprowadzania na rynek, nawet jeżeli elementy te nie są istotną cechą przedmiotu zamówienia.” Reasumując podał, że (...) Zamawiający nie przewiduje modyfikacji tego zapisu w SWZ i Ogłoszeniu o zamówieniu. W ocenie Zamawiającego uwzględnienie zarzutu Odwołującego stanowiłoby jednocześnie preferowanie oferty Odwołującego w postępowaniu i jednocześnie ograniczyłoby konkurencyjność postępowania”.

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Z uwagi na złożone oświadczenia przez Zamawiającego w piśmie z dnia 20 lipca 2021 r. i oświadczenie Odwołującego złożone na posiedzeniu w dniu 22 lipca 2021 r. skutkiem których zarzuty wskazane w odwołaniu odpowiednio w punktach: 3) i 4) zostały uwzględnione a zarzut wskazany w odwołaniu w jego punkcie 1) został cofnięty - Izba stosując odpowiednio art. 522 ust.4 Pzp oraz art. 520 ust. 1 Pzp postanowiła o umorzeniu postępowania odwoławczego w zakresie wskazanych zarzutów.

W myśl wskazanego art. 522 ust. 4 ustawy Pzp: „4. W przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba może umorzyć postępowanie odwoławcze w części dotyczącej tych zarzutów, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden

wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego, nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia tych zarzutów. W takim przypadku Izba rozpoznaje pozostałe zarzuty odwołania. Zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.” W niniejszej sprawie Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie w piśmie z dnia 20 lipca 2021 r. – jak wskazano – uwzględnił częściowo zarzuty. Natomiast do postępowania odwoławczego przystąpienia – także po stronie Zamawiającego - nie zgłosił żaden z wykonawców

Z kolei Odwołujący w odniesieniu do zarzutu z punktu 1 – jak podał - uwzględniając ostateczny termin składania ofert wyznaczony na dzień 26 lipca 2021 r. oświadczył na posiedzeniu, że cofa ten zarzut. Zgodnie z art. 520 ust. 1 ustawy Pzp r.: „Odwołujący może cofnąć odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy”. Przepis ten ma także odpowiednie zastosowanie do podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

Zarzut z punktu 4 odwołania był przedmiotem rozpoznania przez Izbę, a który to zarzut Izba uznała za niezasadny.

W odniesieniu do tego zarzutu Odwołujący wskazał, że Zamawiający zaniechał (...) opisanego kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały (...) oraz ustanowił kryteria oceny ofert, w sposób (...) uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiając zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zróżnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych”.

Zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia (pkt IV SWZ) przedmiotem tego zamówienia jest: „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120l”. W punkcie XVIII SWZ (pn. „Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów 1 sposobu oceny ofert”) wskazał:

„1. Przy wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:

Kryterium 1: „cena”- w którym maksymalną punktacją jest 75 pkt

Kryterium 2: *„stan oferowanych pojemników (nowe lub używane)”- w którym maksymalną punktacją jest 20 pkt*

Kryterium 3: *„rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach do dnia 29.10.2021r.”- w których maksymalną punktacją jest 5 pkt*

** Zamawiający dopuszcza zakup pojemników używanych i nowych.*

Zamawiający nie dopuszcza mieszania pojemników na używane i nowe w jednym asortymencie pojemnościowym tj. w ramach złożonej oferty na jedną z części zamówienia.

Pojemniki o pojemności 120 L mają być w 100 % używane lub w 100 % nowe.

Pojemniki o pojemności 240 L mają być w 100 % używane lub w 100 % nowe.

Pojemniki o pojemności 1 100 L mają być w 100 % używane lub w 100 % nowe.

Poprzez pojemniki nowe Zamawiający uzna takie, które zostały wyprodukowane w 2021 roku nieużywane.

2. Zasady oceny ofert w kryterium 1 : Cena (C): *cena najniższa brutto**: *cena oferty ocenianej brutto x 75 pkt*

** spośród wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu*

Podstawą przyznania punktów w kryterium "cena" będzie cena ofertowa brutto podana przez Wykonawcę w Formularzu Ofertowym, stanowiącym Załącznik nr 1 do SWZ. Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 75 pkt.

Zasady oceny ofert w kryterium 2: *„Stan pojemników” S .*

a) zadanie 1: pojemniki o pojemności 1100L

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 1100l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 1100l w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

b) zadanie 2: pojemniki o pojemności 240L

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 240l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 240l w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

c) zadanie 3: pojemniki o pojemności 120l

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 120l w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych 20 pkt;

- deklaracja dostawy przez Wykonawcę wszystkich pojemników o pojemności 120L w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt;

Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 20 pkt.

Uwaga: brak deklaracji Wykonawcy w wyżej wymienionym kryterium będzie skutkowało przyznaniem „0” pkt w tym kryterium.

Zasady oceny ofert w kryterium 3 rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach” (R):

- jeżeli Wykonawca zaoferuje w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozstawienie pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach do dnia 29.10.2021 r.— oferta otrzyma dodatkowo 5 pkt;

- jeżeli Wykonawca nie zaoferuje w ramach realizacji przedmiotu zamówienia rozstawienia pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach — oferta w tym kryterium otrzyma 0 pkt.

Maksymalną punktacją w tym kryterium jest 5 pkt.

Uwaga: brak deklaracji Wykonawcy w wyżej wymienionym kryterium będzie skutkowało przyznaniem „0” pkt w tym kryterium.

Ofertą najkorzystniejszą będzie ta oferta która uzyska najwyższą sumę punktów w ramach ww. kryteriów: C+S+R

3. Punktacja przyznawana ofertom w kryterium „cena” będzie liczona z dokładnością do dwóch miejsc po przecinku, zgodnie z zasadami arytmetyki.

4. Za ofertę najkorzystniejszą zostanie uznana oferta, która uzyska najwyższą sumaryczną liczbę punktów po zastosowaniu kryteriów oceny ofert (C+S+R).

5. W toku badania i oceny ofert Zamawiający może żądać od Wykonawcy wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty, w tym zaoferowanej ceny.

6. Zamawiający udzieli zamówienia Wykonawcy, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą”.

Uwzględniając te postanowienia SWZ należało zgodzić się z Zamawiającym, że wykonawca nie wskazał, pod jakim względem przyjęte Kryteria 2 i 3 są opisane w sposób niejednoznaczny lub niezrozumiały. Opisane w SWZ, a kwestionowane kryteria są – także zdaniem Izby i jak podał Zamawiający - jasne, precyzyjne, i w żadnej mierze nie opierają się na subiektywnej ocenie Zamawiającego. Przyznanie punktów wynika wprost z opisanych reguł, nie pozostawiając w tym względzie żadnej „swobody decyzyjnej” Zamawiającemu. Opisane kryteria pozwalają na sprowadzenie wszystkich ofert do jednego „mianownika” i pozwalają na porównanie ofert”. Tym samym Odwołujący nie wykazał, że kwestionowane Kryteria, uniemożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia. Ponadto taki opis procedury nie pozostawia Zamawiającemu - przeciwnie do twierdzeń wykonawcy – nadmiernej swobody (w istocie żadnej) wyboru najkorzystniejszej oferty. Także zdaniem Izby niesłuszne są zastrzeżenia, co do

zróznicowania przedmiotu zamówienia, tj. takiego ukształtowania kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Te Kryteria – związane z przedmiotem zamówienia (dostawa pojemników) pozwalają wykonawcom już na etapie przygotowywania oferty przewidzieć jak będą oferty oceniane. Zatem Kryteria mają charakter obiektywny i zdaniem Izby, punktacja związana z dostawą nowych pojemników i fakultatywnością ich rozstawienia nie narusza zasady równego traktowania wykonawców, a jej stosowanie będzie następowało dokładnie w ten sam sposób wobec wszystkich ofert. Zamawiający również miał prawo – ustalając kryterium – różnicować przedmiot dostawy na pojemniki nowe, nieużywane z rokiem produkcji 2021, nie wykluczając jednocześnie możliwości oferowania pojemników używanych. Zdaniem Izby zarówno rok produkcji pojemnika jak i okres gwarancji nie powoduje złożenia nieporównywalnych ofert. O powyższym świadczą także analizy, które Odwołujący opracował uwzględniając różne warianty i jako dowód przedstawił na rozprawie. Co do zarzutu – zdaniem Odwołującego - znaczącego niedoszacowania wagi kryterium „Rozstawienie pojemników” i z tego powodu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności należy zgodzić się z Zamawiającym, że żaden przepis nie narzuca Zamawiającemu, aby waga kryterium oceny ofert odpowiadała wprost jego szacunkowej wartości – wartości ekonomicznej. Niewątpliwie przepisy Pzp (wskazywany przykładowo art. 246) co do zasady wprowadzają nakaz ograniczenia kryterium ekonomicznego do poziomu (wagi) 60% .

Mając na uwadze wskazane ustalenia zarzut naruszenia art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 Pzp. w zw. z art. 99 ust. 1 Pzp. oraz art. 16 Pzp oraz art. 17 ust. 1 Pzp nie zasługiwał na uwzględnienie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437)

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

.....