

**WYROK**  
**z dnia 4 sierpnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Emil Kuriata**

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 sierpnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 lipca 2022 r. przez wykonawcę **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Łazy, ul. Traugutta 15; 42-450 Łazy**,

**orzeka:**

1. **Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu nr 5 odwołania.**
2. **Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 odwołania i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ, w sposób określony przez odwołującego.**
3. **W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.**
4. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza** w części  $\frac{3}{4}$  oraz zamawiającego **Gmina Łazy, ul. Traugutta 15; 42-450 Łazy** w części  $\frac{1}{4}$  i:
  - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza**, tytułem wpisu od odwołania,
  - 4.2. zasądza od zamawiającego **Gmina Łazy, ul. Traugutta 15; 42-450 Łazy** na rzecz wykonawcy **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2; 41-300 Dąbrowa Górnicza**, kwotę 4 650 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćset pięćdziesiąt złotych, zero groszy) stanowiącą  $\frac{1}{4}$  kosztów

postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania oraz 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) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łazy, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Usługa odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości gminy Łazy, na których zamieszkują mieszkańcy*”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2022/S 128-364925.

Dnia 18 lipca 2022 roku, wykonawca ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, wobec:

- czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny ofert nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz ustalenie sposobu oceny w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert a także sprzeczny z opisem sposobu rozpatrywania reklamacji opisanym w OPZ zawartym w § 1 ust 1 Wzoru umowy;

- czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu w ramach kryterium oceny ofert nr 3 „Aspekt środowiskowy” jednorodnej punktacji z tytułu dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 co powoduje, że kryterium nie promuje użycia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi zrównując punktację z tytułu zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu takich pojazdów z punktacją za użycie pojazdów spalinowych spełniających normę EURO 6, które nie zostały uznane za pojazdy ekologiczne i których użycie szkodzi środowisku w większym stopniu, niż użycie pojazdów na paliwo alternatywne;

- czynności sporządzenia w treści formularza oferty, tabeli pozwalającej na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3 w sposób utrudniający weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów, co utrudnia ocenę ofert w ramach kryterium nr 3 oraz nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

- zaniechanie czynności ustalenia kryterium oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji powodując, że o udzielenie zamówienia obok podmiotów odpowiednio doświadczonych, na jednakowych zasadach mogą ubiegać się podmioty pozbawione jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia;

- zaniechanie czynności ustalenia kryterium oceny spełniania warunków dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, podczas gdy realizacja zamówienia wymaga dysponowania szeregiem pojazdów, czego potwierdzeniem są zapisy SWZ zawierające opis kryterium oceny ofert „Aspekt ekologiczny”, a także całkowita rezygnacja z weryfikacji spełniania takiego warunku;

- umieszczenie w treści SWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

Odwolujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, na skutek czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny ofert nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz ustalenie sposobu oceny w ramach tego kryterium w sposób nie pozostający w żadnym stopniu w związku z możliwością różnicowania złożonych ofert, czemu służyć powinny pozacenowe kryteria oceny ofert a także sprzeczny z opisem sposobu rozpatrywania reklamacji opisanym w OPZ zawartym w § 1 ust 1 Wzoru umowy, przez co kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;
2. art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy na skutek czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu w kryterium oceny ofert nr 3 „Aspekt środowiskowy” jednorodnej punktacji z tytułu dysponowania i realizowania zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6 co powoduje, że kryterium to nie promuje użycia pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi zrównując punktację z tytułu zaoferowania realizacji zamówienia przy użyciu takich pojazdów z punktacją za użycie pojazdów spalinowych spełniających normę EURO 6, które nie zostały uznane za pojazdy ekologiczne i których użycie szkodzi środowisku w większym stopniu, niż użycie pojazdów na paliwo alternatywne a także sporządzenia w treści formularza oferty, tabeli pozwalającej na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium

nr 3 w sposób utrudniający weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów, co utrudnia ocenę ofert w ramach kryterium nr 3 oraz jej weryfikację na skutek czego kryterium to nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach;

3. art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy na skutek zaniechania czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków wiedzy i doświadczenia wykonawcy, co narusza zasadę uczciwej konkurencji powodując, że o udzielenie zamówienia obok podmiotów odpowiednio doświadczonych, na jednakowych zasadach mogą ubiegać się podmioty pozbawione jakiegokolwiek doświadczenia w realizacji usług objętych przedmiotem zamówienia;
4. art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy na skutek zaniechania czynności zamawiającego polegającej na ustaleniu kryterium oceny spełniania warunków dysponowania potencjałem technicznym pozwalającym na realizację zamówienia, podczas gdy realizacja zamówienia wymaga dysponowania szeregiem pojazdów, czego potwierdzeniem są zapisy SWZ zawierające opis kryterium oceny ofert „Aspekt ekologiczny”, a także całkowita rezygnacja z weryfikacji spełniania takiego warunku;
5. art. 436 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc oraz w zw. z art. 5 kc poprzez umieszczenie w treści SWZ postanowień wykraczających poza dopuszczoną ustawowo granicę swobody umów poprzez ukształtowanie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się jego właściwości oraz zasadom współżycia społecznego, w tym także nadużycie pozycji zamawiającego jako silniejszej strony stosunku cywilnoprawnego wynikającego z zawarcia umowy o charakterze adhezyjnym, poprzez wprowadzenie w treści Wzoru umowy, nadmiernie szykanującego systemu kar umownych, oderwanych od wysokości możliwych do poniesienia szkód poprzez zaniechanie ustalenia łącznej wysokości kar umownych co jest okolicznością narażającą wykonawców na nieproporcjonalne do wielkości zamówienia szkody, co powoduje, że kary umowne mogą zostać wykorzystane w sposób sprzeczny z funkcją naprawienia powstałej szkody, jaką powinna pełnić kary umowne oraz w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. Powtórzenia czynności sporządzenia SWZ i ogłoszenia o zamówieniu;
2. Wprowadzenie zmian SWZ w zakresie kryterium nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji” oraz w zakresie kryterium nr 3 „Aspekt środowiskowy” w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;

3. Ustalenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;

4. Ustalenie warunku dysponowania udziału w postępowaniu potencjałem technicznym w sposób określony w uzasadnieniu zarzutów;

5. Wprowadzenie we wzorze umowy górnej granicy kar umownych;

6. Przesunięcia terminu do złożenia ofert w sposób umożliwiający ich przygotowanie po dokonaniu zmian.

Odwołujący wskazał, że interes odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia może doznać uszczerbku w wyniku wadliwych czynności i zaniechania dokonania przez zamawiającego czynności prawem przepisanych, do wykonania których był zobowiązany. Odwołujący zamierza złożyć ofertę w przedmiotowym postępowaniu. W obecnym stanie sprawy, czynność ta może być w znacznym stopniu utrudniona. Odwołujący może w ten sposób ponieść szkodę wynikającą z braku możliwości uczciwego konkurencyjnego uzyskania przedmiotowego zamówienia. Powyższe wyczerpuje materialno-prawną przesłankę do wniesienia środka ochrony prawnej, o której mowa w przepisie art. 505 pkt 1 ustawy.

Odwołujący wskazał, co następuje.

1. Zarzut naruszenia Art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

Sposób oceny oferty w ramach kryterium „Termin rozpatrzenia reklamacji” został opisany w punkcie XVIII SWZ: „*Termin rozpatrzenia reklamacji (T) (dla zadania nr 1 i zadania nr 2). W ramach danego kryterium Wykonawca otrzyma punkty za rozpatrzenie reklamacji w zakresie zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) wg poniższego schematu:*

- *za rozpatrzenie reklamacji w terminie 1 roboczego od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego- 20,00 punktów*

- *za rozpatrzenie reklamacji w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego – 10,00 punktów*

- *za rozpatrzenie reklamacji w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego - 0,00 punktów*

*Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji zamieszczonej przez Wykonawcę w formularzu oferty. Wykonawca zobowiązany jest zadeklarować w formularzu oferty, oferowany termin rozpatrzenia reklamacji. Brak informacji w formularzu ofertowym będzie traktowany jako termin 3 dni i oferta otrzyma 0,00 pkt.”.*

Jak wynika z przytoczonych zapisów SWZ, zamawiający zamierza przyznać 20 punktów za zadeklarowanie rozpatrzenia reklamacji w terminie 1 dnia roboczego od dnia otrzymania zgłoszenia od zamawiającego. Zamawiający nie zdefiniował w SWZ określenia „rozpatrzenie

reklamacji”. Odwołujący posłużył się zatem wykładnią językową tego terminu. Zgodnie z definicją Wielkiego Słownika Języka Polskiego Instytutu Języka Polskiego PAN, rozpatrzyć oznacza: „*dokładnie zapoznać się z czymś i przeanalizować w celu oceny lub podjęcia jakiejś decyzji*”.

W treści kryterium zamawiający nie zażądał poinformowania w określonym terminie o wyniku takiego rozpatrzenia reklamacji. Z treści kryterium nie wynika również jakoby wykonawca był zobowiązany do podjęcia w zaoferowanym terminie jakichkolwiek czynności w celu usunięcia wad stanowiących podstawę reklamacji. Kryterium w obecnej treści, nie posiada zatem żadnego związku z rzeczywistym poziomem realizacji przyszłego zamówienia. Nie umożliwia weryfikacji i porównania poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Niezależnie bowiem od zaoferowanej liczby dni takowego „rozpatrzenia reklamacji”, nadal nie wiadomo, kiedy zostanie naprawione uchybienie objęte reklamacją.

Powyższe zapisy SWZ stoją w jawnej sprzeczności z zapisami OPZ zawartego w § 1 ust 1 Wzoru umowy. W punkcie VII. Reklamacje (odpowiednio dla Zadania nr 1 i Zadania nr 2), Zamawiający zawarł następujące dyspozycje:

*„1. W przypadku zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) zgodnie z uzgodnionym harmonogramem, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowości w trybie reklamacyjnym maksymalnie w ciągu 3 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca poinformuje e-mail Zamawiającego o zrealizowaniu zgłoszenia. W przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany”.*

Przytoczone wyżej zapisy OPZ wprost zakładają usunięcie nieprawidłowości w terminie co najwyżej trzech dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od zamawiającego, zaś w przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany. Po usunięciu nieprawidłowości wykonawca ma obowiązek poinformowania zamawiającego pocztą elektroniczną o zrealizowaniu zgłoszenia. Tymczasem z treści opisu kryterium oceny ofert nie wynikają obowiązku podejmowania żadnych działań ani informowania zamawiającego. Wynika tylko termin rozpatrzenia reklamacji. Opis przedmiotu zamówienia w punkcie XVIII SWZ oraz w punkcie VII.1 OPZ są wzajemnie rozbieżne. Opis jest zatem niejednoznaczny.

Odwołujący wnosi o zmianę opisu oraz sposobu oceny w ramach kryterium nr 2 „Termin rozpatrzenia reklamacji”. Wnosimy o zmianę nazwy kryterium na „Termin załatwienia reklamacji” a także o jednoznaczne podanie w treści kryterium, że zaoferowany termin

odnosi się nie jak obecnie, do samego procesu decyzyjnego u wykonawcy, lecz do usunięcia nieprawidłowości objętych reklamacją oraz powiadomienia zamawiającego pocztą elektroniczną o sposobie i terminie zakończenia usuwania wad.

2. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy Pzp.

Pierwsza część zarzutu dotyczy sposobu przyznawania punktacji za poszczególne rodzaje zaoferowanych pojazdów. Sposób oceny w ramach kryterium nr 3 „Aspekt środowiskowy” został opisany następująco:

*„Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) – (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6) – max 20 pkt (A)” (dla zadania nr 1).*

*W kryterium „aspekt środowiskowy” - ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach).*

*Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:*

*Wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi w/w normy:*

- 0 pojazdów- 0,00 punktów*
- 1 pojazd -5,00 punktów*
- 2 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki) – 10,00 punktów*
- 3 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki i 1 szt. samochód specjalistyczny – śmieciarko-myjka) – 15,00 pkt*
- 4 pojazdy i więcej (w tym co najmniej 1 szt. śmieciarki i 1 szt. samochód specjalistyczny – śmieciarko-myjka i 1 samochód skrzyniowy) - 20,00 punktów.*

*Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.*

*Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów elektrycznych lub pojazdów napędzanych gazem ziemnym lub pojazdów spełniających normę emisji spalin EURO 6) (A) (dla zadania nr 2).*

*W kryterium „aspekt środowiskowy” – ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez*



*emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy).*

*Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:*

*Wykonawca skieruje do realizacji zamówienia pojazd spełniający w/w normy:*

- 0 pojazdów- 0,00 punktów
- 2 pojazdy (w tym co najmniej 1 szt. Śmieciarka i 1 szt. samochód skrzyniowy) – 20,00 punktów.

*Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.*

Zamawiający w jednakowym stopniu promuje zarówno pojazdy niskoemisyjne jak również pojazdy spalinowe spełniające normę spalania EURO 6. Tymczasem z punktu widzenia ochrony środowiska, pojazdy spalające paliwa ciekłe nie są uważane za proekologiczne.

Powyższa problematyka została uregulowana przepisami ustawy z dnia 11 stycznia 2018 r. o elektromobilności i paliwach alternatywnych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1083, 1260 ) (uoiepa).

W art. 2 pkt 11 uoiepa zdefiniowano pojęcie paliw alternatywnych:

*11) paliwa alternatywne – energię elektryczną lub paliwa wykorzystywane do napędu silników:*

*a) pojazdów silnikowych w rozumieniu art. 2 pkt 32 ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. – Prawo o ruchu drogowym,*

*b) pojazdów szynowych,*

*c) jednostek pływających*

*– stanowiące substytut dla paliw pochodzących z ropy naftowej lub otrzymywanych w procesach jej przetwórstwa, w szczególności wodór, biopaliwa ciekłe, paliwa syntetyczne i parafinowe, sprężony gaz ziemny (CNG), w tym pochodzący z biometanu, skroplony gaz ziemny (LNG), w tym pochodzący z biometanu, lub gaz płynny (LPG).*

Opisane w kryterium nr 3 pojazdy to pojazdy elektryczne lub pojazdy napędzane gazem ziemnym lub pojazdy spełniające normę emisji spalin EURO 6. Zamawiający błędnie przyjął, że wpływ na środowisko wszystkich trzech rodzajów pojazdów, napędzanych zarówno paliwami alternatywnymi, jak też olejem napędowym, jest taki sam. Ustawodawca w treści uoiepa wyraźnie oddzielił i zróżnicował energię elektryczną i wodór, biopaliwa ciekłe, paliwa syntetyczne i parafinowe, sprężony gaz ziemny (CNG), w tym pochodzący z biometanu, skroplony gaz ziemny (LNG), w tym pochodzący z biometanu, lub gaz płynny (LPG),

wskazując je jako paliwa alternatywne, od paliw pochodzących z ropy naftowej lub otrzymywanych w procesach jej przetwórstwa.

Przywołana ustawa w zakresie swojej regulacji wdraża dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/94/UE z dnia 22 października 2014 r. w sprawie rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych (Dz. Urz. UE L 307 z 28.10.2014) oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1161 z dnia 20 czerwca 2019 r. zmieniającą dyrektywę 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego (Dz. Urz. UE L 188 z 12.07.2019). Zgodnie z przywołanymi dyrektywami, paliwa alternatywne oznaczają paliwa lub źródła energii, które służą, przynajmniej częściowo, jako substytut dla pochodzących z surowej ropy naftowej źródeł energii w transporcie i które mogą potencjalnie przyczynić się do dekarbonizacji transportu i poprawy ekologiczności sektora transportu.

Wpływ na środowisko pojazdów elektrycznych i CNG jako zasilanych paliwami alternatywnymi, jest znacznie mniejszy, niż pojazdów spalinowych nawet spełniających normę EURO 6. Różnica ta powinna znaleźć odzwierciedlenie w treści opisu kryterium nr 3.

W obecnym kształcie, kryterium oceny ofert nr 3 deprecjonuje wykonawców dysponujących pojazdami z napędem elektrycznym i CNG zaś premiuje wykonawców obsługujących się pojazdami spalinowymi EURO 6. Jakkolwiek wpływ na środowisko pojazdów na paliwa alternatywne jest znacznie mniejszy, to zamawiający zrównuje je w punktacji z nie uznawanymi za ekologiczne w takim samym stopniu pojazdami spalinowymi EURO6.

Odwołujący podnosi, że istniejący obecnie opis Kryterium nr 3 nie zapewnia odpowiedniego wyróżnienia użycia do realizacji zamówienia pojazdów z napędem uznanym instytucjonalnie (uoepa) za proekologiczny od użycia pojazdów z silnikami spalającymi pochodne ropy naftowej (benzynę i olej napędowy).

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosi o zmianę opisu kryterium nr 3 i nadanie mu brzmienia:

#### Dla Zadania nr 1

Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) – dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów:

- a) spełniających normę emisji spalin EURO 6 – max 10 pkt
- b) pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym – max 20 pkt (A)

W kryterium „aspekt środowiskowy” - ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisję spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie

wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

a) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka– 2,5 punktu

1 pojazd specjalistyczny śmieciarko-myjka – 2,5 punktu

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 2,5 punktu

1 pojazd hakowiec lub bramowiec – 2,5 punktu

b) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym:

0 pojazdów - 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka – 5 punktów

1 pojazd specjalistyczny śmieciarko-myjka - 5 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 5 punktów

1 pojazd hakowiec lub bramowiec - 5 punktów

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

#### Dla Zadania nr 2

Kryterium: Aspekt środowiskowy (A) – dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów:

a) spełniających normę emisji spalin EURO 6 – max 10 pkt

b) pojazdów elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym – max 20 pkt (A)

W kryterium „aspekt środowiskowy”– ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania odpadów komunalnych wielkogabarytowych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których Wykonawca realizował będzie zamówienie. Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy).

Punkty będą przyznawane wg poniższych zasad:

a) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6:

0 pojazdów- 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka – 5 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 5 punktów.

b) wykonawca dysponuje celem realizacji zamówienia pojazdami elektrycznych lub napędzanych gazem ziemnym:

0 pojazdów - 0,00 punktów

1 pojazd śmieciarka – 10 punktów

1 pojazd skrzyniowy/dostawczy - 10 punktów

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w formularzu oferty.

Przyjęcie zaproponowanego rozwiązania zapewni promowanie ofert zawierających rozwiązania prośrodowiskowe a co za tym idzie, zbuduje prokonkurencyjny charakter przedmiotowego zamówienia.

Druga część zarzutu dotyczy sposobu weryfikacji zaoferowanych pojazdów. W treści formularza oferty, zamawiający sporządził tabelę pozwalającą na zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium nr 3. W kolumnie drugiej tabeli zamawiający żąda podania: marki i numeru rejestracyjnego pojazdu (dowód: Formularz oferty (Załącznik nr 2 do SWZ)).

Podanie wyłącznie marki i numeru rejestracyjnego pojazdu utrudnia weryfikację tożsamości oraz faktycznych parametrów pojazdów. Zatem ocena ofert w ramach kryterium nr 3, jej weryfikacja oraz porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach są znacząco utrudnione.

Odwołujący podnosi, że wszyscy uczestnicy postępowania a także sam zamawiający powinni posiadać możliwość weryfikacji informacji dotyczących zaoferowanych pojazdów. Powyższe informacje można znaleźć na oficjalnej stronie internetowej: <https://historiapojazdu.gov.pl>.

Obecnie, nie posiadając trzech powiązanych ze sobą danych (numer rejestracyjny, VIN, data pierwszej rejestracji), ani zamawiający, ani wykonawcy, nie będą posiadać możliwości weryfikacji zaoferowanych pojazdów.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenie zmiany do opisu kolumny drugiej tabeli w Formularzu oferty (punkt 6) i wprowadzenie następującego: „Marka i typ pojazdu, numer rejestracyjny, numer VIN, data pierwszej rejestracji pojazdu oraz podstawa dysponowania”.

Powyższe pozwoli na weryfikację złożonej oferty i przyznanie punktacji za pojazdy realnie istniejące oraz będące w dyspozycji składającego ofertę wykonawcy.

3. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią przepisu art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Zamawiający ma zatem obowiązek dokonać określenia warunków udziału w postępowaniu.

Wobec całkowitego nieustalenia przedmiotowego warunku udziału nastąpiło dopuszczenie do realizacji zamówienia podmiotu, który nigdy nie realizował usług odbioru odpadów w podobnej skali to jest o podobnej rozpiętości geograficznej, ilości odpadów do odbioru i zagospodarowania, asortymentu odpadów a także o podobnym wolumenie finansowym. Zamawiający pozbawił się możliwości uzyskania zapewnienia rzetelnej realizacji przez podmiot odpowiednio do tego przygotowany. Odwołujący podnosi, że warunki udziału powinny być ustalane na poziomie proporcjonalnym do przedmiotu zamówienia. Proporcjonalność warunków do przedmiotu zamówienia oznacza zatem, że mają one być adekwatne do osiągnięcia celu, a więc wyboru wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania przedmiotu zamówienia (por. KIO 697/17). Proporcjonalność w kontekście warunków udziału w postępowaniu wyraża się takim ich sformułowaniem, które - z jednej strony - zabezpiecza zamawiającego przed wykonawcami, którzy ze względu na sytuację podmiotową lub stopień skomplikowania zamówienia nie dają rękojmi jego należytego wykonania, z drugiej - nie stanowi nadmiernej bariery uniemożliwiającej ubieganie się o udzielenie zamówienia wykonawcom dającym rękojmię prawidłowej realizacji zamówienia (por. KIO 2368/15). Legitymowanie się przez wykonawcę ubiegającego się o zamówienie publiczne wiedzą i doświadczeniem ma być związane z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalne, potwierdzające, że wykonawca posiada wystarczającą zdolność, wiedzę i doświadczenie, aby z pozytywnym skutkiem mógł podjąć się realizacji zamówienia publicznego (por. KIO 2005/14).

Wskazując na powyższe, odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu wprowadzenia warunku udziału o następującym brzmieniu:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonali lub wykonuje co najmniej jedną usługę obejmującą odbieranie odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych o wartości brutto nie mniejszej niż 3 000 000,00 zł, o czasie świadczenia nie krótszym niż przez kolejne 12 miesięcy”.

4. Zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 oraz art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający nie ustalił warunku udziału w postępowaniu dysponowania potencjałem technicznym. Nie żąda także złożenia stosownego wykazu sprzętu technicznego. Tymczasem w punkcie XVIII SWZ, w treści opisu kryterium oceny ofert nr 3, dla Zadania nr 1 zamawiający podał: „*Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 5 samochodów (1 szt. śmieciarki, 1 szt. samochód specjalistyczny - śmieciarko-myjka, 2 szt. samochodów skrzyniowych przystosowanych do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach, 1 szt. pojazdu hakowego lub bramowego przystosowanego do odbioru odpadów w kontenerach)*”.

Dla Zadania nr 2 podał: „*Na podstawie obecnie wykonywanej usługi Zamawiający przyjmuje, że do wykonania usługi wymagane jest minimum 2 samochody (1 szt. śmieciarka, 1 szt. samochód skrzyniowy)*”.

Powyższe oznacza, że w istocie rzeczy zamawiający postawił wymagania odnoszące się do niezbędnego potencjału technicznego który powinien znajdować się w dyspozycji wykonawcy. Pomimo że wymagania te zostały opisane w SWZ, jednak nie spełniają stawianej im przez ustawodawcę roli. Nie służą do weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zamówienia. Zamawiający powinien był wyartykułować je w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SWZ żądając w celu potwierdzenia spełniania takiego warunku, złożenia stosownego wykazu sprzętu, którym dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia. Niepełnienie warunku udziału skutkować powinno odrzuceniem oferty. Warunek postawiony przez zamawiającego niejako „obok” jego miejsca w systemie, wbrew swojej roli, nie podlega weryfikacji. To prowadzić może do dopuszczenia do realizacji zamówienia przez wykonawców nie posiadających nawet minimalnego potencjału, o którym w treści kryterium oceny ofert napisał zamawiający.

5. Zarzut naruszenia art. 436 pkt 3 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 483 § 1 kc w zw. z art. 353<sup>1</sup> kc oraz w zw. z art. 5 kc.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, iż uwzględni zarzut nr 5 odwołania, w pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania.

Zamawiający wskazał, co następuje.

Niezasadny jest zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 16 pkt 1, art. 99 ust 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, dotyczący terminu rozpatrzenia reklamacji jako kryterium oceny ofert. Nie są znane zamawiającemu reguły logiki i języka, za pomocą których wykonawca wysnuwa wnioski dotyczące sprzeczności pomiędzy zapisami SIWZ i umowy. Oświadczenia woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje (art. 65 § 1). Jedną z dyrektyw dotyczących wykładni jest zasada *per non est*. Odwołanie traktuje część

oświadczeń zamawiającego tak, jakby były one pozbawione znaczenia i nie widzi związku między nimi, podczas gdy związek pomiędzy nimi ma charakter normatywny (stanowią one treść oświadczenia woli zamawiającego) jak i logiczny, tj. zostały złożone w toku tego samego postępowania. Zarzut odwołania jest więc sprzeczny sam w sobie, gdyż jako założenie traktuje, że oświadczenia zamawiającego nie są komplementarne tylko składane w oderwaniu od pozostałych treści zawartych w dokumentacji zamówienia. Trudno zrozumieć intencje odwołania dotyczące definicji słownikowych słowa rozpatrzyć, skoro dokumentacja zamówienia pozwala w jasny sposób wytłumaczyć na czym polega rozpatrzenie reklamacji. Kryteria oceny ofert są opisane w SWZ zaś umowa wyjaśnia, na czym ma polegać rozpatrzenie reklamacji wyraźnie wskazując, że termin jest ruchomy i zależny od oferty wykonawcy tj. *„W przypadku zgłoszonych nieprawidłowości związanych odbiorem odpadów komunalnych (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) zgodnie z uzgodnionym harmonogramem, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowości w trybie reklamacyjnym maksymalnie w ciągu 3 dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca poinformuje e-mail Zamawiającego o zrealizowaniu zgłoszenia. W przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany”*.

Zamawiający, biorąc uwagę utrwalone znaczenie słowa reklamacja w języku prawnym, oraz zapisy SWZ nie widzi podstaw logicznych do twierdzenia, że rozpatrzenie reklamacji ma polegać wyłącznie na zapoznaniu się z treścią reklamacji, chyba że wykonawca twierdzi, że jego możliwości percepcyjne są takie, że przyjęcie do wiadomości reklamacji i jej zrozumienie ma trwać 24 godziny.

W ocenie zamawiającego, zarzut ten jest faktycznie pusty, bo odnosi się wyłącznie do rozumowania będącego wyłącznie projekcją wykonawcy, podczas gdy dokumentacja zamówienia wyraźnie określa jakie czynności składają się na rozpatrzenie reklamacji.

Nadto podnoszę, że mechanizm reklamacji opisany w SWZ jako kryterium oceny ofert funkcjonuje w chwili obecnej, a składający odwołanie jest wykonawcą, z którym zamawiający zawarł w 2021 r. umowę w wyniku rozstrzygnięcia przetargu z identycznymi warunkami oceny ofert jak w niniejszym postępowaniu (dowód: SWZ z 2021 r., informacja o wyborze najkorzystniejszej ofert z 2021 r.). Identyczne warunki były przewidziane w 2020 r. w toku, którego odwołujący złożył ofertę, która nie została wybrana (dowód: SWZ z 2020 wraz z informacją o wyborze najkorzystniejszej oferty). Marginalnie podnoszę, że to postępowanie zakończyło się wyrokiem KIO z 7 września 2020 r. sygn. akt KIO 1513/20 oddalającym odwołanie.

Odwołując się do reguł interpretacji oświadczeń woli z art. 65 § 1 kc, która nakazuje brać pod uwagę także zwyczaje, przyjęć trzeba, że taki system oceny ofert został zwyczajowo przyjęty, a nadto stanowi on treść aktualnego zobowiązania łączącego odwołującego się z zamawiającym. Nie ma więc podstaw do twierdzenia, że przyjęty sposób oceny ofert nie odpowiada wymogom prawa. Trudna także do zrozumienia jest motywacja odwołania w tym zakresie, skoro w dotychczasowej praktyce zamawiającego i wykonawcy, zapisy te nie budziły żadnych wątpliwości i są praktycznie stosowane do chwili obecnej.

Ad. 2) Bezzasadny jest zarzut naruszenia art. 16 pkt 1, art. 99 ust. 1, ust. 4, art. 240 ust. 2 ustawy Pzp w zakresie kryterium oceny ofert - Aspektu środowiskowego.

Przypomnieć trzeba, że zamawiający jest „gospodarzem postępowania”. Regulacje odrębnych ustaw obowiązują go w tym sensie, że stwarzają minimum normatywne i instytucjonalne w zakresie parametrów postępowania. Opis kryterium oceny ofert spełnia wymogi prawa, zaś zarzuty wykonawcy dotyczą jego subiektywnej oceny w zakresie oceny kryterium oceny ofert - aspektów środowiskowych. Zamawiający jako podmiot publiczny musi się jednak kierować zasadą zrównoważonego rozwoju, tj. bilansować wymogi ochrony środowiska oraz kosztów ponoszonych przez obywateli. W zakresie normatywnym opis kryteriów oceny ofert spełnia wymogi przepisów prawa w zakresie ochrony środowiska, zaś przeświadczenie wykonawcy o tym, które rozwiązania są lepsze nie może przesądzać o konieczności ich zastosowania przez zamawiającego, bo to zamawiający określa jakie usługi chce uzyskać a nie odwrotnie. Zarzut odwołania dotyczący deprecjonowania niektórych wykonawców kosztem innych jest oczywiście pusty bowiem wykonawcy preferowani w mniemaniu wykonawcy, mogliby postawić dokładnie ten sam zarzut w przypadku uwzględnienia zarzutu wykonawcy. Zamawiający przy obecnych regulacjach nie ma możliwości zupełnej eliminacji pojazdów spalinowych z postępowania, bo w istocie do tego sprowadzałoby się uwzględnienie zarzutu odwołania. Marginalnie, jako akademicki spór można podnieść, kwestię ekologiczności pojazdów napędzanych elektrycznie w kontekście kosztów utylizacji baterii zużytych do ich napędzania.

Bezzasadne są także zarzuty dotyczące marki i numeru pojazdu, za pomocą których wykonawca ma wykonywać zamówienie. Z sobie tylko znanych powodów wykonawca wywodzi, że dane te są niezbędne do weryfikacji prawdziwości oświadczeń wykonawcy i przedstawia wywód dotyczący weryfikacji tych danych z danymi CEPIK. Zamawiający w tym zakresie stwierdza, że wywody ze str. 15 i 16 odwołania są wyłącznie projekcją wykonawcy, bo z żadnych zapisów SWZ nie wynika, aby zamawiający chciał wykorzystać te dane w taki sposób jak chce wykonawca. Zamawiający na podstawie normy sankcjonowanej z art. 296 Kodeksu karnego zakłada, że wszystkie dane zawarte w ofercie są prawdziwe. W razie wątpliwości co do prawdziwości tych danych zamawiający posiada odpowiednie środki



prawne do weryfikacji, z występowaniem w roli oskarżyciela posiłkowego w procesie karnym włącznie.

Niezależnie od powyższego zamawiający podnosi, że tak sformułowany zarzut stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, albowiem wykonawca wyraźnie twierdzi, że sam zamierza weryfikować dane pochodzące od innych wykonawców. Uwzględnienie zarzutu prowadzić więc będzie do uzyskania dostępu przez wykonawcę do danych i informacji przedstawionych przez innych wykonawców, do których dostępu zamawiający nie żąda. Jeżeli wykonawca chce mieć dostęp do takich danych, to powinien wybrać inną legalną drogę niż powodowanie postępowań w toku których te dane jako kwestia wpadkowa mogą być ujawnione,

Ad. 3) i 4) Zarzuty 3 i 4 zostaną potraktowane zbiorowo z uwagi na ich zbieżność.

Zamawiający podkreśla kolejny raz, że to on jest gospodarzem postępowania i w jego kompetencji leży ustalanie zarówno warunków stawianych wykonawcom w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału technicznego. W zakresie warunków wiedzy i doświadczenia stawianego wykonawcom zamawiający nie postawił żadnych warunków szczególnych. Tym samym wymaganiom SWZ nie można stawiać zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, bo skoro nie przewidziano żadnych kryteriów szczególnych to nie można oceniać tego z punktu widzenia zasad uczciwej konkurencji. Nieskrępowany, poza wymogami wynikającymi z przepisów prawa publicznego (zezwoenia, koncesje) dostęp do rynku relewantnego w żaden sposób nie narusza zasad konkurencji. To ingerencja w postaci wprowadzenia wymogów doświadczenia zgodnie z żądaniem dowołania naruszałaby reguły konkurencji i wymagałby oceny pod kątem uczciwości i równego traktowania konkurentów. W przypadku braku takich wymagań zarzut staje się pusty.

Identycznie należy odnieść się do zarzutu 4 dotyczącego potencjału technicznego. Zamawiający nie ma obowiązku wprowadzania dodatkowych warunków w zakresie potencjału technicznego, bo nie musi tego robić. Uznaniu zamawiającego pozostawiono kwestię czy i w jakim stopniu to uczyni.

Odnosząc się końcowo do zarzutu 3 i 4 podnieść trzeba, że zgodnie z art. 57 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu i spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Przesłanki wykluczenia określa ustawa, a warunki udziału zamawiający. Znamienne jest, że ustawodawca pozostawił zamawiającemu swobodę w podjęciu decyzji o ustaleniu warunków udziału posługując się zwrotem „o ile zostały one określone przez zamawiającego”. Zamawiający nie ma więc obowiązku wprowadzania żadnych warunków udziału w postępowaniu. Zarzuty 3 i 4 są więc oczywiście bezzasadne.

Ad 5) W zakresie zarzutu 5 podnoszę, że zamawiający uznał go za słuszny i w tym zakresie uwzględnił go poprzez zmianę SWZ.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie w części, zasługuje na uwzględnienie.**

Jako niepodlegający merytorycznemu rozpoznaniu Izba uznała zarzut nr 5 odwołania, gdyż zamawiający uwzględnił ten zarzut i dokonał stosownej zmiany SWZ.

W zakresie zarzutu nr 1, Izba uznała ten zarzut za niezasadny.

Wskazać bowiem należy, że zgodnie z przepisem art. 240 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający opisuje kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały. Zgodnie z ust. 2 powołanego przepisu kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach.

Zamawiający w SWZ w rozdziale XVIII podał, że jednym z kryteriów oceny ofert będzie „Termin rozpatrzenia reklamacji” z przypisaną mu wagą 20%. Ponadto zamawiający opisując to kryterium podał, iż *„W ramach danego kryterium Wykonawca otrzyma punkty za rozpatrzenie reklamacji w zakresie zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji, niepozostawienie worków na odpady segregowane, pozostawienie niewystarczającej liczby worków na odpady segregowane itp.) wg poniższego schematu:*

- *za rozpatrzenie reklamacji w terminie 1 roboczego od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego - 20,00 punktów,*

- za rozpatrzenie reklamacji w terminie 2 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego – 10,00 punktów,
- za rozpatrzenie reklamacji w terminie 3 dni roboczych od dnia otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego - 0,00 punktów.

Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji zamieszczonej przez Wykonawcę w formularzu oferty. Wykonawca zobowiązany jest zadeklarować w formularzu oferty oferowany termin rozpatrzenia reklamacji. Brak informacji w formularzu ofertowym będzie traktowany jako termin 3 dni i otrzyma 0,00 pkt”.

Dodatkowo zamawiający w rozdziale III projektowanych postanowieniach umownych dotyczących Reklamacji wyraźnie wskazał, co rozumie pod tym pojęciem, cyt.:

„III. Reklamacje:

1. W przypadku zgłoszonych nieprawidłowości związanych z odbiorem odpadów komunalnych (takich jak np.: nieodebranie odpadów z posesji) zgodnie z uzgodnionym harmonogramem, Wykonawca zobowiązany jest do usunięcia nieprawidłowości w trybie reklamacyjnym maksymalnie w ciągu trzech dni roboczych od otrzymania zgłoszenia od Zamawiającego. Po usunięciu nieprawidłowości Wykonawca poinformuje e-mail Zamawiającego o zrealizowaniu zgłoszenia. W przypadku zaoferowania w formularzu oferty terminu krótszego na realizację reklamacji, obowiązuje termin zaoferowany.
2. Realizacja reklamacji nie może powodować żadnych zakłóceń w realizacji bieżącego harmonogramu.
3. Wykonawca zobowiązany jest również do naprawy lub ponoszenia kosztów naprawy szkód wyrządzonych podczas wykonywania usługi wywozu odpadów komunalnych w gminie (np. uszkodzenia chodników osiedlowych, punktów do składowania odpadów, uszkodzenia mienia osób trzecich itp.)”.

Biorą powyższe pod uwagę, zdaniem Izby, zamawiający opisał proces reklamacyjny w sposób prawidłowy, niebudzący wątpliwości. Tym samym, kwestionowanie przez odwołującego prawidłowo dokonanego opisu tego kryterium uznać należało za niezasadne. Odwołujący posiadając bowiem wiedzę przekazaną mu przez zamawiającego, a wynikającą z dokumentacji postępowania rozumianej jako całość informacji niezbędnych wykonawcy do przygotowania oferty, nie może mieć wątpliwości, w jaki sposób należy rozumieć „Termin rozpatrzenia reklamacji”.

Zarzut nr 2 odwołania, Izba uznała za zasadny.

W ocenie Izby, ustalone przez zamawiającego kryterium nr 3 „Aspekt środowiskowy” w brzmieniu ustalonym przez zamawiającego, nie wypełnia celu w jakim został postawiony.

Zamawiający bowiem, mając na względzie aspekt środowiskowy, winien skonstruować kryterium w taki sposób, który odpowiadałby założeniom przyjętym przez zamawiającego. Zamawiający w opisie tego kryterium *de facto* zrównał różny sposób napędu pojazdów przez wpływ na środowisko naturalne poprzez emisje spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w formularzu ofertowym, za pomocą których wykonawca realizował będzie zamówienie, stawiając znak równości pomiędzy ekologicznymi źródłami napędu, tj. pojazdami elektrycznymi lub pojazdami napędzanymi gazem ziemnym z pojazdami napędzanymi nieekologicznymi źródłami napędu, tj. pojazdami spełniającymi normę emisji spalin EURO 6. Tym samym wypaczony został cel ustanowionego kryterium.

W powyższym zakresie Izba w całości podziela argumentację prezentowaną przez odwołującego, wskazując, iż skoro zamawiający zdecydował się na takie kryterium, to winno ono odzwierciedlać założenia, jakie temu przyświecały. Biorąc zatem pod uwagę dyspozycję przepisu art. 240 ust. 2 ustawy Pzp, która stanowi, iż kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, zamawiający winien dokonać rozróżnienia sposobu napędu pojazdów odzwierciedlając w ten sposób ekologiczny aspekt środowiskowy przy wykorzystaniu pojazdów wykonawcy przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Konsekwencją powyższego ustalenia jest przyjęcie, że zamawiający powinien mieć możliwość zweryfikowania, czy zaoferowane przez wykonawcę pojazdy, zostały prawidłowo zakwalifikowane do odpowiedniej grupy związanej z rodzajem napędu. Dlatego też Izba za zasadną uznała argumentację odwołującego o sposobie takiej weryfikacji, opartej o jak się wydaje, najbardziej wiarygodne źródła, poprzez podanie przez wykonawców numeru rejestracyjnego pojazdu, numeru VIN, pierwszej rejestracji dla pojazdów, którymi będą wykonywali usługę. Informacje takie, podlegające weryfikacji przez zamawiającego dadzą bowiem wiarygodne i jednoznaczne źródło wiedzy oraz zagwarantują zamawiającemu prawidłowość dokonanego wyboru oferty najkorzystniejszej. W przeciwnym razie wystąpić może sytuacja, w której mimo złożonego przez wykonawcę oświadczenia, będzie on świadczył usługę przy użyciu innych pojazdów, niespełniających efektów jakie zamierzał osiągnąć zamawiający. Tym samym zamawiający, działający w imieniu lokalnej społeczności, jak też działając z poszanowaniem zasad właściwej gospodarki finansowej, będzie miał zapewnioną prawidłową realizację przedmiotu zamówienia, zgodną z ustalonymi warunkami przetargu, czyli zgodnie z ustalonymi przez siebie kryteriami oceny ofert.

Warunki udziału w postępowaniu – zarzuty 3 i 4 odwołania, Izba uznała za bezzasadne.

Jak słusznie wskazał zamawiający, który jest gospodarzem postępowania, to on znający realia związane z przedmiotem zamówienia, ma wiedzę czy i ewentualnie w jaki sposób należy ustanowić warunki udziału w postępowaniu. Swoboda określenia przez zamawiających warunków zamówienia obejmuje nie tylko swobodę kształtowania treści warunków, ale również swobodę decydowania, czy warunki zostaną w ogóle określone (Prawo zamówień publicznych – komentarz pod redakcją H. Nowaka, M. Winiarza, Warszawa 2021).

Powyższe zgodne jest z przepisem art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, iż o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Zamawiający zatem może, ale nie musi, określać warunki udziału w postępowaniu. Decyzje w tym zakresie ustawodawca pozostawił zamawiającemu.

Niemniej jedynie na marginesie wskazać należy na brzmienie przepisu art. 6d ust. 4 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 roku, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1297), który stanowi, iż wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który znajduje zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 7 ust. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....