

Sygn. akt: KIO 2521/22

WYROK

z dnia 10 października 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 września 2022 r. przez wykonawcę **RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Czarnia**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Prawo zamówień publicznych.**
- 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Czarnia i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Czarnia na rzecz wykonawcy RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.**

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 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**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Czarnia, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym (wariant II) pn. *Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Czarnia w 2023 r.* Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 21 września 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00358319/01.

W dniu 26 września 2022 r. wykonawca RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp przez opisanie w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia, co może prowadzić do takiej sytuacji, że Zamawiający będzie oczekiwał od wykonawców ubiegających się o zamówienie posiadania zezwolenia na przetwarzanie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, co z kolei stanowiłoby o tym, że taki warunek udziału w postępowaniu w istocie nie stanowiłby minimalnego poziomu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, byłby nieproporcjonalny, i w praktyce ograniczałby w sposób nadmierny i niezasadniony potrzebami Zamawiającego konkurencję w postępowaniu;
2. art. 240 ust. 2 ustawy Pzp przez wprowadzenie opisu sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert – Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej, który nie pozwala na weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, bowiem różnicuje oferty, które w istocie gwarantują bardzo zbliżoną do siebie jakość czy poziom ochrony środowiska, co równocześnie świadczy o naruszeniu;
3. art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, tj. zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji i zasady proporcjonalności, na skutek wprowadzenia takiego sposobu przyznawania punktów w Kryterium - Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej, że prowadzi on do preferencji określonego wykonawcy w sytuacji, gdy wykorzystanie do realizacji zamówienia instalacji komunalnej tego wykonawcy daje podobny efekt środowiskowy, jak wykorzystanie instalacji, z której zamierza korzystać Odwołujący, bowiem odległość pomiędzy tymi instalacjami jest zbliżona.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób określony w odwołaniu, a następnie na posiedzeniu wniósł o unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 5 października 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

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

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 października 2022 r. wraz z przedłożonymi dowodami.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Czarnia w 2023 r. Stosownie do rozdziału 3 pkt 2 specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ” zakres przedmiotu zamówienia obejmuje zagospodarowanie odpadów komunalnych z podziałem na następujące frakcje:

- zmieszane (niesegregowane) odpady komunalne 20 03 01 w ilości 124,82 Mg,
- odpady ulegające biodegradacji 20 02 01, 20 01 08 w ilości 0,62 Mg,
- papier i tektura, opakowania z papieru i tektury 20 01 01 15 01 01 w ilości 8,58 Mg,
- tworzywa sztuczne, opakowania z tworzyw sztucznych 15 01 02, 20 01 39 w ilości 34,46 Mg
- szkło, opakowania ze szkła 20 01 02, 15 01 07 w ilości 34,62 Mg,
- odpady wielkogabarytowe 20 03 07 w ilości 16,14 Mg,
- zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 21*, 20 01 23, 20 01 34, 20 01 35, 20 01 36 w ilości 2,34 Mg,
- zużyte opony 16 01 03 w ilości 3,6 Mg,

- zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06 17 01 07 w ilości 2,7 Mg,
- leki inne niż wymienione w 20 01 31 20 01 32 w ilości 0,1 Mg.

Zgodnie z rozdziałem 10 pkt 2 lit. b) SWZ, o udzielenie zamówienia może ubiegać się Wykonawca, który posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 699, 1250.).

Jak stanowi rozdział 19 pkt 1 SWZ Zamawiający przyjął w postępowaniu dwa kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej - Cena (60 pkt) oraz Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej (40 pkt). Zamawiający określił w rozdziale 19 pkt 1.2 SWZ, że:

ODLEGŁOŚĆ SIEDZIBY ZAMAWIAJĄCEGO DO INSTALACJI KOMUNALNEJ

W przedmiotowym kryterium można uzyskać maksymalnie 40 pkt. Oferta wskazująca najkrótszą odległość otrzyma 40 pkt, pozostałe proporcjonalnie mniej.

PO = najkrótsza odległość do instalacji komunalnej spośród złożonych ofert/odległość do instalacji komunalnej badanej oferty x 40 pkt

UWAGA: Długość trasy należy zmierzyć od siedziby Zamawiającego (Czarnia 41. 07-431 Czarnia) do miejsca instalacji komunalnej na podstawie aplikacji Google Maps z zaokrągleniem do 1 km, przy zastosowaniu dróg umożliwiających dojazd pojazdów o wadze powyżej 3,5 t.

Izba ustaliła, że Zamawiający otworzył oferty w dniu 30 września 2022 r.

Izba, uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym

samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Dalej, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wiedząc o złożonym odwołaniu, przed wyznaczonym na 6 października 2022 r. terminem posiedzenia Krajowej Izby Odwoławczej, w dniu 30 września 2022 r. dokonał otwarcia ofert. Powyższy fakt powoduje, że w przypadku uwzględnienia przez Izbę któregokolwiek z zarzutów odwołania, nie jest już możliwe dokonanie przez Zamawiającego żadnych czynności nakazanych przez Izbę, ponieważ nie jest dopuszczalne dokonywanie modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia po upływie terminu składania ofert, stosownie do art. 137 ust. 1 ustawy Pzp. W konsekwencji, zachodzi konieczność unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Dlatego też, uwzględniając zarzuty odwołania, wobec faktu otwarcia ofert przez Zamawiającego, Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie postępowania.

Izba uznała, że zastosowanie znajdzie przesłanka, wynikająca z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, nakazująca unieważnienie postępowania w przypadku gdy w jego toku wystąpiła niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Spełnione zostały bowiem wszystkie przesłanki uprawniające do zastosowania tego przepisu. Stwierdzić należy, że w postępowaniu doszło do naruszenia przez zamawiającego przepisów regulujących jego prowadzenie (wada postępowania). Wada ta polega na tym, że Zamawiający w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny określił warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia oraz wprowadził opis sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert – Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej, który nie pozwala na weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, bowiem różnicuje oferty, które w istocie gwarantują bardzo zbliżoną do siebie jakość czy poziom ochrony środowiska, a także prowadzi on do preferencji określonego wykonawcy.

Nie ulega również wątpliwości, że naruszenie to stanowi wadę niemożliwą do usunięcia, gdyż na tym etapie postępowania, kiedy została złożona oferta, nie można dokonać zmiany postanowień SWZ, w których doprecyzowany zostanie warunek udziału w postępowaniu oraz zmieniony zostanie sposób przyznawania punktów w pozacenowym kryterium oceny ofert. Należy też stwierdzić, że owa wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nieważność taka może zostać stwierdzona zarówno w oparciu o art. 58 kodeksu cywilnego, w trybie art. 189 kodeksu postępowania cywilnego, jak i w oparciu o możliwość przewidzianą w art. 705 kodeksu cywilnego. Jednocześnie nie stoi na przeszkodzie stwierdzenia nieważności umowy w

oparciu o ww. przepisy, brak wystąpienia przesłanek zawartych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowym przypadku. Jak zauważono w Komentarzu do PZP wydanym w 2021 r., pod. red. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych H. Nowaka (strony 1230-1231) *enumeratywne wyliczenie wad powodujących nieważność względną umowy (wzruszalność) w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 Pzp nie wyklucza natomiast możliwości zaistnienia wad czynności prawnej, powodujących nieważność bezwzględną, w szczególności w świetle art. 58 Kc. Powództwo przewidziane w art. 189 Kpc można wnosić w każdym przypadku, w którym zachodzi nieważność bezwzględna umowy w sprawie zamówienia publicznego. (...)* Pojęcie aukcji albo przetargu, o którym mowa w art. 705 kodeksu cywilnego, należy przy tym definiować niezależnie, na podstawie ogólnych uregulowań Kodeksu cywilnego. Te ostatnie nie wskazują szczegółowych rozwiązań proceduralnych, a wynika z nich jedynie, że aukcja lub przetarg to postępowania otwarte, konkurencyjne, poprzedzone ogłoszeniem. Mając to na uwadze, należy wskazać, że dyspozycja art. 705 kodeksu cywilnego znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 1, tj. zarzutu dotyczącego opisanego warunku posiadania uprawnień niezbędnych do realizacji zamówienia, należy przytoczyć treść art. 112 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym 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. Przepis ma na celu przede wszystkim niedopuszczenie do sytuacji, w której zamawiający formułowałiby nadmierne w stosunku do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu, tj. takie warunki, których spełnienie nie jest niezbędne do należytego wykonania zamówienia i które w efekcie – w sposób nieuzasadniony ograniczają dostęp do zamówienia niektórym wykonawcom.

Przedmiotem ww. zarzutu było rozstrzygnięcie, czy warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień niezbędnych do wykonania zamówienia został przez Zamawiającego opisany w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny. Odwołujący podnosił, że opis warunku udziału w postępowaniu jest tak ogólny, że może być rozumiany co najmniej dwojako: albo jako wymóg posiadania zezwolenia na przetwarzanie jakichkolwiek odpadów objętych przedmiotem zamówienia albo wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Oba możliwe sposoby rozumienia warunku są nieakceptowalne w świetle przepisów Pzp. Pierwszy, powoduje, że warunek w istocie nie weryfikuje zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia. Drugi, powoduje, że warunek byłby nadmierny (nieproporcjonalny), naruszający konkurencję i w praktyce niemożliwy do spełnienia.

W zakresie przedmiotowego zarzutu Izba przychyliła się do stanowiska Odwołującego, który argumentował, że okoliczność, że warunek udziału w postępowaniu może być różnie rozumiany powoduje, że tak skonstruowany warunek udziału w postępowaniu narusza podstawowe zasady prowadzenia postępowania, w tym zasadę przejrzystości. Ponadto, Odwołujący wskazywał, że oczekiwanie, aby wykonawca dysponował zezwoleniem na przetwarzanie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia jest nieracjonalne i niecelowe oraz nie stanowi minimalnego poziomu zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, jak również jest nieproporcjonalny.

Zgodnie z ustawą Pzp prawem zamawiającego jest wybór i skonkretyzowanie warunków udziału w postępowaniu. Prawo to nie oznacza jednak, że zamawiający obowiązany jest opisać wszystkie potencjalnie możliwe kwalifikacje i uprawnienia niezbędne do należytej realizacji zamówienia. Wskazać również należy, że to zamawiający jest odpowiedzialny za prawidłowe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia i dokonanie wyboru oferty wykonawcy zdolnego do jego wykonania. Nie ulega również wątpliwości, iż zamawiający korzystając ze swojego prawa w zakresie opisanego warunków udziału w postępowaniu ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zamówienia. Tym samym konkretyzacja warunków udziału w postępowaniu winna zostać dokonana przez zamawiającego z poszanowaniem naczelných zasad udzielania zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 ustawy Pzp oraz zgodnie z wytyczną z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba wskazuje, że należy odróżnić etap weryfikacji podmiotowej wykonawcy dokonywany w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego zamawiający bada spełnianie przez wykonawców minimalnych poziomów zdolności od etapu realizacji zamówienia wymagającego od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień. Nie sposób też twierdzić, że należyte wykonanie przedmiotowego zamówienia możliwe jest tylko przez takiego wykonawcę, który już na etapie postępowania o udzielenie zamówienia posiada decyzję zezwalającą na przetwarzanie wszystkich rodzajów odpadów objętych zamówieniem. Wskazać zresztą należy, iż zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia obowiązek zagospodarowania (przetworzenia) dotyczy różnych odpadów, a ilości odpadów poszczególnych rodzajów przewidziane do zagospodarowania są zróżnicowane. Odpady objęte przedmiotem zamówienia będą więc musiały zostać zagospodarowane w instalacjach różnego rodzaju. Zatem, wykonawca, który chciałby samodzielnie przetworzyć wszystkie odpady objęte przedmiotem zamówienia, musiałby posiadać co najmniej kilka różnych, wysoko wyspecjalizowanych instalacji.

Równocześnie niezrozumiałe są twierdzenia Zamawiającego, że mając świadomość, że wymaganie od jednego wykonawcy zezwoleń na zagospodarowanie wszystkich rodzajów odpadów jest wymogiem wygórowanym, Zamawiający daje możliwość współpracy z innymi

podmiotami, którzy posiadają odpowiednie zezwolenia na zagospodarowanie konkretnych frakcji. Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 118 ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych. Wykonawca może zatem polegać na zasobach podmiotów trzecich w zakresie zdolności technicznych i zawodowych oraz sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wykonawca nie może polegać na zdolnościach podmiotu trzeciego w zakresie warunków określonych w art. 112 ust. 2 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, czyli zdolności do występowania w obrocie gospodarczym albo posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej czy zawodowej.

W kontekście powyższego, należy stwierdzić, że wniosek Odwołującego o doprecyzowanie rozdz. 10 pkt 2 lit. b SWZ przez wskazanie, że wykonawcy ubiegający się o niniejsze zamówienie winni posiadać aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów w zakresie kilku kodów, a nie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, nie jest niezasadny, ale jest właśnie proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i określony na minimalnym poziomie niezbędnej zdolności wykonawcy.

W zakresie zarzutu nr 2 i 3, Odwołujący podnosił, że w jego ocenie doszło do naruszenia konkurencji nie tyle przez samo przyjęcie kryterium oceny ofert odnoszącego się do odległości instalacji wykorzystywanej do realizacji zamówienia do siedziby zamawiającego, ile na skutek przyjętego sposobu przyznawania punktów w tym kryterium. Zamawiający wyliczając punkty przez porównanie odległości wskazanej w badanej ofercie instalacji do odległości najbliższej z wszystkich zaoferowanych instalacji, w powiązaniu z innymi wymogami dotyczącymi składanych ofert, doprowadził do uprzywilejowania jednej konkretnej instalacji – jednego wykonawcy.

Zgodnie z art. 240 ust. 2 ustawy Pzp 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.

Odwołujący wskazywał, czemu Zamawiający nie zaprzeczył, że do instalacji spółki Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o. o. znajdującej się w Ostrołęce, przy ul. Komunalnej 8 odległość od siedziby Zamawiającego wynosi 50,9 km. Do instalacji, z której zamierza skorzystać Odwołujący zlokalizowanej w miejscowości Ławy, ul. Przemysłowa 45, odległość wynosi 52,80 km. Różnica w odległościach pomiędzy

wskazanymi instalacjami wynosi niespełna 2 km, co w praktyce oznacza, że Odwołujący musi z założenia złożyć ofertę niższą, by móc „nadrobić” punkty stracone w omawianym kryterium.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, że w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający stwierdził, że grono potencjalnych oferentów jest otwarte i mogą oni składać oferty wskazując instalacje znajdujące się w dalszej odległości od Gminy Czarnia niż wskazane w odwołaniu przedsiębiorstwa. Tymczasem faktem jest, że w niniejszym postępowaniu została złożona tylko jedna oferta, co przeczy powyższemu twierdzeniu Zamawiającego (przy czym sam Zamawiający doprowadził do ujawnienia tego faktu dokonując otwarcia ofert przed wyznaczonym terminem posiedzenia i rozprawy).

Następnie, należy wskazać, że Zamawiający nie wykazał, aby celem tak określonego kryterium była ochrona środowiska naturalnego. Po pierwsze, jak słusznie zauważył Odwołujący, jeżeli różnica ma sprowadzać się do aspektów środowiskowych, związanych np. z ilością zużywanego paliwa i emisjami do środowiska związanymi z transportem odpadów, to mówimy o różnicach minimalnych i pomijanych. Po drugie, kwestionowane kryterium odnosi się tylko do jednej frakcji odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, a więc w praktyce może się zdarzyć, że pozostałe odpady objęte przedmiotem zamówienia będą musiały być wożone na dłuższe odległości. Po trzecie, odpady nie będą transportowane z siedziby Zamawiającego, lecz będą przekazywane przez podmiot odbierający odpady albo bezpośrednio po zakończeniu objazdu gminy po danej trasie albo z wykorzystaniem stacji przeładunkowej. Zatem, efekt środowiskowy jest w zasadzie zerowy. Izba nie dopatrzyła się w postanowieniach dokumentacji jakichkolwiek wymogów środowiskowych, odnoszących się chociażby do norm emisji spalin.

Skład orzekający przyznał rację Odwołującemu, że gdyby celem kryterium oceny ofert była ochrona środowiska, Zamawiający zagwarantowałby, że wszyscy wykonawcy oferujący wykonanie zamówienia przy użyciu instalacji komunalnych zlokalizowanych względem gminy w podobnej odległości (np. w odległości do 60 km) uzyskają taką samą liczbę punktów w kryterium oceny ofert.

W konsekwencji powyższego, Izba uznała, że wprowadzenie opisu sposobu przyznawania punktów w kryterium oceny ofert – Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji komunalnej nie pozwala na weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach oraz prowadzi do preferencji określonego wykonawcy. Zgodnie zaś z wyrokiem TSUE z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 kryteria oceny ofert muszą być zgodne z podstawowymi zasadami prawa wspólnotowego, w szczególności z zasadą swobody

świadczenia usług i z zasadą niedyskryminacji. Ponadto, przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (vide wyrok TSUE z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C – 448/01).

Jednocześnie, jak już wyżej wskazano, uwzględnienie odwołania w zakresie ww. zarzutów i dokonanie otwarcia ofert przez Zamawiającego, powoduje, że niemożliwe jest zmodyfikowanie specyfikacji warunków zamówienia w zakresie ww. warunku oraz kryterium pozacenowego, zatem zachodzi konieczność unieważnienia niniejszego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy 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 od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: