

Warszawa, dnia 8 października 2020 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Strzelno
ul. Cieślewicza 2, 88-320 Strzelno
e-mail: miasto@strzelno.pl, j.waszak@strzelno.pl

Odwołujący:

PreZero Service Centrum sp. z o.o.
ul. Łąkoszyńska 127, 99-300 Kutno
reprezentowany przez r.pr. Rafała Zygmunta
Kancelaria Prawna Rafał Zygmunt
ul. Puławska 111A lok. 86, 02-707 Warszawa
e-mail: rkz@rkz.pl, fax: 22 849 97 43

ODWOŁANIE

Na podstawie art. 182 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, działając w imieniu PreZero Service Centrum sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie (dalej również jako „Odwołujący” lub „PreZero”), niniejszym wnoszę odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia („SIWZ”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Strzelno*” znak sprawy: ROR-3041-09-2020 („Postępowanie”), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2020 r. pod nr 2020/S 189-456701.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

1. **art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp** poprzez dokonanie opisu kryterium oceny ofert „Odległości instalacji komunalnej/siedziby przeładunkowej od siedziby Zamawiającego” w sposób nieproporcjonalny i nieprzejrzysty, a także w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, oraz poprzez ustalenie przedmiotowego kryterium w sposób, który nie prowadzi do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej,
2. **art. 91 ust. 2d i ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp** poprzez określenie sposobu oceny ofert w kryterium „Odległości instalacji komunalnej/siedziby przeładunkowej od siedziby Zamawiającego” w sposób niejednoznaczny i nieprzejrzysty oraz odnoszący się do właściwości wykonawcy.

W wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku doznał interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia (został on pozbawiony możliwości złożenia ważnej i konkurencyjnej oferty), a tym samym Odwołujący został narażony na znaczną szkodę.

Wobec powyższego Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian w SIWZ oraz w ogłoszeniu o zamówieniu - zgodnie z żądaniami wynikającymi z uzasadnienia odwołania.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 września 2020 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

UZASADNIENIE

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Strzelno z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, a także świadczenie usług towarzyszących związanych z utrzymaniem czystości i porządku na obszarze Gminy w okresie 12 miesięcy od zawarcia umowy.

Zamawiający w rozdziale 19 pkt 3 SIWZ jak i w sekcji VI.3. ogłoszenia o zamówieniu wprowadził następujące kryteria oceny ofert: kryterium ceny z wagą 60 % oraz kryterium odległości instalacji komunalnej/stacji przeładunkowej od siedziby Zamawiającego z wagą 40 %.

Zamawiający opisał kryterium odległości instalacji komunalnej w podpunkcie 5 rozdziału 19 SIWZ wskazując, że:

„Oferta w kryterium odległości instalacji komunalnej/stacji przeładunkowej od siedziby Zamawiającego może uzyskać od 0 do 40 punktów. Odległość należy zmierzyć jako najkrótszą długość trasy drogami publicznymi (nie drogami wewnętrznymi, polnymi itp.) dla pojazdów o masie całkowitej 10t i więcej od instalacji komunalnej od siedziby Zamawiającego (Urzędu Miejskiego w Strzelnie).

Oferta z instalacją komunalną/stacją przeładunkową z najkrótszą odległością otrzyma maksymalną ilość punktów – 40. Pozostałe oferty zostaną przeliczone według wzoru podanego poniżej.

$$O = Ob./On \times 40$$

O – ilość punktów uzyskanych przez ofertę w kryterium odległości instalacji komunalnej/stacji przeładunkowej od siedziby Zamawiającego

Ob – odległość instalacji/stacji przeładunkowej badanej oferty

On – najkrótsza odległość instalacji/stacji przeładunkowej spośród badanych ofert”.

W ocenie Odwołującego tak skonstruowane kryterium oceny ofert przeczy zasadzie przejrzystości oraz proporcjonalności postępowania wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Wyżej przytoczone kryterium jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, gdyż nie daje żadnych realnych korzyści Zamawiającemu i nie prowadzi do uzyskania zamówienia o lepszej jakości. Podnieść bowiem trzeba, iż owe kryterium miałoby swoje uzasadnienie, gdyby przedmiotowe postępowanie dotyczyło wyłącznie usługi zagospodarowania odpadów, a nie usługi kompleksowej jaką jest odbiór i zagospodarowanie. W postępowaniu na zagospodarowanie odpadów to Zamawiający zapewnia transport odpadów. Wówczas Zamawiającemu mogłoby zależeć na bliższym położeniu instalacji komunalnej od siedziby Zamawiającego, do której miałyby być przekazywane odpady, gdyż nawet jeśli jej usługi byłyby

droższe, to różnicę niwelowałby niższy koszt dostarczenia. Niemniej z taką sytuacją nie mamy do czynienia w niniejszej sprawie, ponieważ przedmiotem niniejszego postępowania jest usługa kompleksowa, gdzie transport odpadów do instalacji komunalnej leży po stronie wykonawcy i jest objęty całą łączną. Wykonawca w takim postępowaniu oferuje zryczałtowaną stawkę jednostkową za odbiór i zagospodarowanie poszczególnych odpadów, kalkulując także w tej stawce wydatki logistyczne. W postępowaniu na usługę kompleksową położenie instalacji komunalnej nie daje zatem Zamawiającemu w żadnych realnych korzyści, gdyż to nie Zamawiający przewozi rzeczony odpady, lecz wykonawca. Gdyby bowiem to Zamawiający bezpośrednio sam ponosił koszty transportu (tak jak ma to miejsce w postępowaniu wyłącznie na zagospodarowanie odpadów), wówczas przedmiotowe kryterium byłoby uzasadnione. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia w stanie faktycznym niniejszej sprawy.

Przedmiotowe kryterium nie można sklasyfikować także jako odnoszącego się do aspektów środowiskowych, gdyż lokalizacja instalacji komunalnej nie stanowi żadnych działań „proekologicznych”, a do których można przykładowo zaliczyć preferowanie najnowszych technologii niwelujących oddziaływanie na środowisko, wpływających na poziom emisji zanieczyszczeń tak jak np. kryterium dotyczące normy spalin pojazdów wykorzystywanych do transportu odpadów (por. Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91 ustawy, LEX/el. 2020).

Trudno jest zatem w niniejszej sytuacji mówić o przygotowaniu przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia, gdyż jak widać rzeczony kryterium nie ma realnego wpływu na jakość realizowanego przedmiotu zamówienia, a także nie można go zakwalifikować do aspektów środowiskowych. W swoim orzecznictwie Krajowa Izba Odwoławcza potwierdza, iż Zamawiający nie może określać kryteriów oceny ofert, które nie odnoszą się do względów nie mających znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego: *„Przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie może być interpretowany w oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. Zamawiający ma prawo swobodnie określić jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.”* (wyrok z dnia 13 stycznia 2020 r. o sygn. KIO 2615/19).

Dodatkowo zaakcentowania wymaga, iż celem kryteriów oceny ofert, w myśl art. 91 ust. 1 Pzp jest wybór oferty rzeczywiście najkorzystniejszej. Jak wskazuje się w doktrynie: *„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 TSUE wytycznymi co do formułowania kryteriów oceny nie mogą one przyznawać zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru, a także powinny być związane z przedmiotem zamówienia.*

wyraźnie wskazane w dokumentacji zamówienia (SIWZ) lub ogłoszeniu o zamówieniu, zgodnie z podstawowymi zasadami 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. Określenie na gruncie unijnym uniwersalnej procedury oceny ofert i obiektywnych kryteriów, według których ocena ma być dokonywana, ma na celu zapewnienie przejrzystości 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. (tak Skubiszak-Kalinowska Irena, Wiktorowska Ewa w: Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 91 ustawy, LEX/el. 2020).

Powyższe potwierdza orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej: „Zasadą jest, że zamówienia powinny być udzielane na podstawie ustalonych obiektywnych kryteriów zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania wykonawców oraz gwarantujących, że oferty będą oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. Dobór kryteriów oceny ofert należy do zamawiającego i bezsporne jest, że ustawa przyznaje mu w tym zakresie swobodę, która jednak doznaje ograniczenia przede wszystkim ze względu na treść art. 7 ust. 1 oraz treść art. 91 ust. 2 ustawy Pzp. Za wyrokiem SO w Warszawie z 16 marca 2003 r., sygn. akt V Ca 1213/02 wskazać należy, że kryteria oceny ofert powinny preferować rzeczy istotne dla zamawiającego, związane z przedmiotem zamówienia. Ustalone przez zamawiającego kryteria pozacenowe winny być uzasadnione nie tylko z punktu widzenia preferencji zamawiającego, ale także jego uzasadnionych potrzeb. Powyższe oznacza, że wybrany w oparciu o ustalone kryteria oceny ofert wykonawca, oferuje dla zamawiającego lepsze wykonanie przedmiotu zamówienia w odróżnieniu od innych wykonawców. (wyrok KIO z 15.03.2018 r., KIO 365/18).

Tymczasem wprowadzone przez Zamawiającego kryterium odległości instalacji komunalnej nie zmierza do wyboru oferty najkorzystniejszej, a wręcz przeciwnie, zachęca wykonawców posiadających blisko ulokowane instalacje komunalne do zaoferowania **zawyżonych cen** odbioru i zagospodarowania odpadów. Wszak przedsiębiorca zainteresowany maksymalizacją zysków, widząc iż ma znaczną przewagę punktową nad innymi wykonawcami, w związku z korzystnym położeniem instalacji komunalnej, niewątpliwie będzie mógł pozwolić sobie na zaoferowanie wyższej marży. Przełoży się to zatem na droższą ofertę, która i tak będzie wygrywająca. Jednocześnie z punktu widzenia Zamawiającego usługa będzie praktycznie identycznie realizowana, jak przez wykonawcę tańszego, dowożącego odpady na większą odległość. Trudno zatem mówić w takim przypadku o ofercie obiektywnie najkorzystniejszej.

W związku z tym, niewątpliwie zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp jest zasadny, gdyż tak postawione kryterium oceny ofert jest nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i zmierza do nierównego traktowania wykonawców, nie prowadząc jednocześnie do wyboru oferty najkorzystniejszej. Można również zarzucić, że aktualnych uwarunkowaniach kryterium ma charakter podmiotowy, odnosi się bowiem do właściwości wykonawcy (miejsca prowadzenia działalności gospodarczej), a nie przedmiotu zamówienia.

Dodatkowo Zamawiający opisał przedmiotowe kryterium w sposób niejednoznaczny co narusza przepis art. 91 ust. 2d Pzp, oraz naruszając przy tym zasadę przejrzystości wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp.

Podnieść należy, że w formularzu ofertowym, w punkcie 2, Zamawiający wymaga wpisania przez wykonawcę instalacji, do których będą dostarczane zarówno odpady niesegregowane (zmieszane) jak i odpady selektywnie zbieranie. Opis przedmiotowego kryterium nie uwzględnia tej sytuacji. Nie wiadomo bowiem, którą instalację komunalną Zamawiający przyjmie do oceny oferty w przedmiotowym kryterium, w przypadku gdy w ofercie wskaże się dwie lub więcej instalacji komunalnych. Prowadzi to do wniosku, że opis kryterium oceny ofert jest niejednoznaczny, ponieważ nie wiadomo, którą instalację i dla jakiego rodzaju odpadów, Zamawiający wybierze do oceny przedmiotowego kryterium. **Wzór obliczenia wysokości kryterium odległości podany przez Zamawiającego przyjmuje tylko jedną odległość, a nie dwie lub więcej.**

Zaakcentowania wymaga, iż wykonawca może w ofercie wskazać kilka instalacji komunalnych dla poszczególnych rodzajów odpadów, do których będą przewożone odpady. Zgodnie bowiem z art. 6d ust. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r. poz. 1439) Zamawiający w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów zobowiązuje wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnej lub instalacji komunalnych (liczba mnoga), do których zamierza przekazywać odpady. Nie zawsze wykonawca może przewieźć odpady do jednej instalacji. Nie wiadomo zatem, co w przypadku gdy wykonawca wskaże w ofercie kilka, alternatywnych instalacji komunalnych. Tym samym Odwołujący nie wie, którą instalację Zamawiający przyjmie do oceny oferty w kontekście ww. kryterium oceny ofert.

Dodatkowo zaznaczyć należy, iż opis rzeczzonego kryterium nie wskazuje za pomocą jakich narzędzi Zamawiający będzie weryfikował odległość instalacji komunalnych od siedziby Zamawiającego, czy będzie używał jakichś map satelitarnych, a jeżeli tak, to których.

Orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej jest przy tym zgodne, iż: „Zamawiający ma obowiązek określić kryteria oceny ofert w sposób jasny i precyzyjny, są to bowiem postanowienia, które bezpośrednio przekładają się na szanse na uzyskanie zamówienia. Doprecyzowywanie tych postanowień, czy tym bardziej nadawanie im znaczenia niewyrażonego w SIWZ, dopiero na etapie oceny ofert, jest niedopuszczalne i godzi w wyrażone w art. 7 ust. 1 p.z.p. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.” (wyrok z dnia 28 sierpnia 2018 r. o sygn. KIO 1611/18).

Bez wątpienia zatem opis ww. kryterium jest niejednoznaczny, co jest sprzeczne z art. 91 ust. 2d Pzp. Tym samym nie została zachowana zasada przejrzystości określona w art. 7 ust. 1 Pzp.

W świetle powyższego Odwołujący wnosi o nakazanie Zamawiającemu wykreślenia z rozdziału 19 SIWZ, formularza ofertowego jak i z sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu kryterium odległości instalacji komunalnej/stacji przeładunkowej od siedziby Zamawiającego i zastąpienie przedmiotowego kryterium innym kryterium pozacenowym, bądź przyjęcie kryterium ceny z wagą 100 %, w przypadku uznania, iż wszystkie standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich istotnych cech przedmiotu zamówienia zostały już opisane.

Załączniki:

- 1) pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową;
- 2) wydruk z KRS Odwołującego;
- 3) dowód uiszczenia wpisu w wymaganej wysokości;
- 4) dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu.

RADCA PRAWNY

Rafał Zygmunt