

WYROK
z dnia 23 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 23 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2020 r. przez **wykonawcę Mike Recycling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nad Drwiną 33** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Krzeszowice z siedzibą w Krzeszowicach, ul. Grunwaldzka 4**

orzeka:

- 1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 41 pkt. 9 ustawy dotyczącego nieokreślenia w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, w pozostałym zakresie oddala odwołanie**
 - 2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Mike Recycling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nad Drwiną 33 i:**
 - 2.1. zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczonej przez **wykonawcę Mike Recycling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Nad Drwiną 33** tytułem wpisu od odwołania.
- Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok -
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 2613/20

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Krzeszowice” zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym pod nr: 2020/5 190-459259 z dnia 30 września 2020r.

W dniu 12 października 2020r. wykonawca Mike Recycling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 9 października 2020r. udzielonego przez prezesa i viceprezesa zarządu, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 12 października 2020r.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec

1. Braku określenia w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 30 września 2020 roku kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, zgodnie z bezwzględnie obowiązującymi wymogami stawianymi treścią art. 41 pkt. 9) ustawy;
2. ustaleniu pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci odległości od siedziby zamawiającego do Instalacji - pkt. XX SIWZ str. 23-24, co jawnie narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców;
3. nie wprowadzeniu do dokumentacji przetargowej, w szczególności do projektu umowy stanowiącej załącznik do SIWZ, wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 41 pkt 9) ustawy przez nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, pozostając wyłącznie przy odesłaniu do dokumentacji zamówienia, podczas gdy przepis art. 41 pkt 9) ustawy wprost wskazuje, że warunkiem sine qua non prawidłowej treści ogłoszenia o zamówieniu jest to aby ogłoszenie to bezwzględnie określało nie tylko kryteria oceny ofert ale również ich znaczenie;
2. Art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci odległości siedziby zamawiającego od instalacji fpkt. XX SIWZ str. 23-24), zawiązując tą odległość do trzech okręgów, przyznając dodatkowe punkty - do 30 km (40 pkt.), od 31 km do 45 km (20 pkt.), od 46 do 60 km (10 pkt.) oraz ponad 61 km (0 pkt.)- podczas gdy, brak jest jakichkolwiek podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych do wprowadzenia tego dodatkowego kryterium, które w oczywisty i jawny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców.
3. Art. 36 ust. 1 pkt, 16) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak ustalenia wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa, co stwarza zapisy dokumentacji przetargowej, w tym SIWZ oraz wzoru umowy, za iluzoryczne w tym zakresie oraz pozwala na dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie jest w stanie spełnić wymogów stawianych przez przepisy ochrony środowiska co jest kluczowe w zamówieniach związanych z gospodarką odpadami.

Wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą niniejszego odwołania i jego uwzględnienie,
2. nakazanie zamawiającemu zmianę treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ poprzez wyeliminowanie kryterium oceny ofert w postaci odległości siedziby zamawiającego od instalacji, tj. pkt. XX SIWZ str. 23-24, punktów II.2.5) dotyczących każdego z zadań opisanych w ogłoszeniu o zamówieniu,
3. nakazanie zamawiającemu zmiany treści wzoru umowy przez dodanie zapisów dotyczących wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa, ewentualnie
4. w miejsce żądań określonych w pkt. 2 i 3 powyżej unieważnienie postępowania, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy,
5. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów

zastępstwa prawnego oraz zwrotu kosztów według spisu przedłożonego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania, a to dlatego, iż zostały spełnione przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy. Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań zamawiającego odwołujący doznaje ograniczenia w możliwości uzyskania zamówienia z uwagi na fakt, iż jego siedziba znajduje się w odległości 38 km od siedziby zamawiającego, co z góry przesądza o tym, że na wstępie otrzyma o 20 pkt mniej niż wykonawcy, których siedziba znajduje się w odległości mniejszej niż 30 km od siedziby zamawiającego. Takie ukształtowanie dodatkowych kryteriów oceny ofert sprawia, że odwołujący może doznać uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy i nie ograniczał w sposób nieuzasadniony uczciwej konkurencji przez bezzasadne zróżnicowanie pozycji wykonawców to odwołujący miałby równe szanse z innymi na udzielenie zamówienia - co przesądza o naruszeniu interesu odwołującego. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności zamawiającego (w tym jego zaniechań) odwołujący może zostać pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o możliwości powstania po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia).

W ogłoszeniu o zamówieniu zamawiający podał m.in., że: „Cena nie jest Jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia” Informacja ta pojawiała się w pięciu miejscach ogłoszenia, tj.:

- pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 2,
- pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 3,
- pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 4 dwukrotnie,
- pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 5,

Kolejno w treści SIWZ, w pkt. XX na stronach 23-24, zamawiający wprowadził pozacenowe kryterium oceny ofert polegające na przyznaniu dodatkowych punktów Wykonawcom, których siedziba znajduje się najbliżej siedziby zamawiającego. I tak zamawiający ustalił następujące kręgi odległościowe wraz z ich dodatkową punktacją:

- Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą maksymalnie 30 km uzyska 40 pkt.

- Wykonawca, który wykaże odległość Instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału 31 km do 45 km uzyska 20 pkt.

- Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału 46 km do 60 km uzyska 10 pkt.

- Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą powyżej 61 km uzyska 0 pkt.

Maksymalna liczba punktów, jaką może uzyskać wykonawca w kryterium odległość siedziby zamawiającego od instalacji wynosi 40 pkt.

Jest to zatem w ocenie odwołującego kryterium, które w oczywisty sposób faworyzuje instalacje znajdujące się w pierwszym kręgu ustalonym przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 41 pkt. 9) ustawy ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art. 40 ust 1, zawiera co najmniej kryteria oceny ofert i ich znaczenie.

Powyższe oznacza, że przepisy ustawy nie pozostawiają dowolności zamawiającym w przypadku chęci ustalenia dodatkowych, poza cenowych kryteriów zamówienia, co do sposobu wprowadzenia tego typu ograniczeń do zamówienia publicznego. Ustawa nakłada bowiem na zamawiającego wyraźny i jednoznaczny obowiązek dokładnego określenia kryteriów oceny ofert i ich znaczenia. W niniejszym stanie faktycznym zamawiający poprzestał wyłącznie na stwierdzeniu, że: „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia. Oczywistym jest dla odwołującego natomiast to, że takie ogólne stwierdzenie stoi w oczywistej sprzeczności z treścią art. 41 pkt. 9) ustawy.

Dowód:

- Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 30 września 2020 roku - pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 2, pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 3, pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 4 dwukrotnie oraz pkt. II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia - strona 5.

Powyższa wadliwość postępowania zamawiającego była wielokrotnie przedmiotem rozważań KIO oraz doktryny prawnej. Wynika ona zapewne z automatyzmu zamawiającego, który wykorzystując wzory ogłoszeń po najmniejszej linii oporu skorzystał z tego co mu zostało podane w gotowcu a nie sięgnął do powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Szeroko na ten temat wypowiedział się Daniel Szczyński, który komentując w/w przepis stwierdził, że: „We wzorze ogłoszenia o zamówieniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, kryteria i ich znaczenie podaje się Sekcji II w pkt II.2.5). W tym miejscu zamawiający powinien podać kryteria oceny ofert i ich znaczenie. Brak wskazania tych kryteriów i zaznaczenie „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia: wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”, w świetle ww. przepisów ustawy jest niedozwolone. Zwrócić należy uwagę; iż wzory ogłoszeń, publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dotycząc wszystkich państw należących do UE. Stąd wzory te muszą być tak dostosowane, aby możliwe były do zastosowania dla zamawiających ze wszystkich krajów z UE. Być może w niektórych krajach UE przepisy krajowe pozwalają kryteria podać dopiero w dokumentacji zamówienia, a nie w ogłoszeniu o zamówieniu (dyrektywy dotyczące zamówień na to pozwalają). W przypadku ustawy jak wskazano wyżej. Istnieje jednak obowiązek wskazania kryteriów oceny ofert ich znaczenie) w treści ogłoszenia o zamówieniu”. To samo stanowisko zostało zaprezentowane przez KIO w wyroku z dnia 7 czerwca 2011 roku, sygn. akt KIO 1085/11, w wyroku z dnia 8 lipca 2013 roku, sygn. akt KIO 1512/13. Odwołujący podniósł, że orzecznictwo traktuje opisywane naruszenie niezmiernie poważnie z punktu widzenia prawidłowości dokumentacji przetargowej, co przejawia się nawet w konieczności unieważnienia całego postępowania przez zamawiającego.

Co więcej KIO zauważyło bezpośredni związek wadliwości ogłoszenia o zamówieniu z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców np. wyroku z dnia 26 czerwca 2014 roku, sygn. akt KIO 1169/14. Odwołujący uważa, że zamawiający popełnił błąd tworząc dokumentację przetargową, która sprawia, że jest ona nieakceptowalna w obecnej treści.

Odwołujący podniósł, że zamawiający w sposób zupełnie nieuzasadniony naruszył zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców przez wprowadzenie dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci odległości siedziby zamawiającego od instalacji (pkt XX SIWZ str. 23-24).

Dowód;

- SIWZ pkt XX, str. 23-24.

Zamawiający ustalił następujące kręgi odległościowe wraz z ich dodatkową punktacją:

- Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą maksymalnie 30 km uzyska 40 pkt.

• Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału 31 km do 45 km uzyska 20 pkt.
• Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału 46 km do 60 km uzyska 10 pkt.
- Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą powyżej 61 km uzyska 0 pkt.

Prosta analiza w/w kryterium według odwołującego już na pierwszy rzut oka znacznie preferuje wykonawców, których siedziba znajduje się w odległości nie większej niż 30 km od siedziby zamawiającego. Zupełnie niezrozumiałym, zdaniem odwołującego i nie mającym żadnego uzasadnienia faktycznego i celowościowego jest wprowadzanie takiego podziału, a już w szczególności dziwi dlaczego jest, aż tak duża dysproporcja pomiędzy pierwszym a drugim kręgiem. Mamy tutaj bowiem różnicę aż 20 punktów podczas gdy różnica pomiędzy kolejnymi kręgami wynosi jedynie punktów 10. Co więcej bezspornym i obiektywnym jest to, że w odległości do 30 km od siedziby zamawiającego znajdują się wyłącznie dwie Instalacje, tj. Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Salinie oraz Zakład Gospodarki Komunalnej „Bolesław” Sp. z o.o. w Bolesławiu. Zamawiający posiadając tą informację wiedział podczas tworzenia dokumentacji przetargowej, że wyłącznie każda z tych dwóch w/w Instalacji uzyska maksymalną ilość punktów w kryterium odległości siedziby zamawiającego od instalacji. Takie faworyzowanie wykonawców świadczy o oczywistym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji i równości wykonawców, czyli bezspornie narusza treść art. 7 ust. 1 ustawy.

Powyższe stanowisko potwierdziła KIO w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 roku, sygn. akt KIO 1611/18. Sama już powyższa argumentacja związana z wiedzą zamawiającego o istnieniu wyłącznie dwóch podmiotów, które można uzyskać maksymalną ilość punktów za dodatkowe, pozacenowe kryterium przesadza o tym, że kryterium to, jako sprzeczne z zasadami wyrażonymi w art. 7 ust. 1 PZP, nie może się według odwołującego ostać.

Ponadto ustalanie zupełnie nieuzasadnionych, dodatkowych, poza cen owych kryteriów oceny ofert sprawia, że zamawiający dopuszcza się jawnego i jaskrawego naruszenia zasad uczciwej konkurencji. W niniejszym stanie faktycznym nie ma bowiem, żadnego znaczenia z punktu widzenia możliwości prawidłowego wykonania zamówienia jaka będzie odległość siedziby wykonawcy od siedziby zamawiającego. Oczywiście jest bowiem, że to kryterium jest tutaj użyte sztucznie i wpływa na preferencyjne traktowanie wyłącznie dwóch w/w instalacji. Powszechnie przyjętym jest bowiem, że dodatkowe kryteria powinny służyć zminimalizowaniu ryzyka wyboru oferty wykonawcy, który nie będzie mógł prawidłowo wykonać zamawiania, a co za tym idzie dokonanie wyboru takiego wykonawcy, który daje rękojmię należytego wykonania zamówienia. Kryterium odległości nie ma zatem żadnego znaczenia w aspekcie oceny rzetelności wykonawcy. Zamawiający natomiast nie wykazał nigdzie, że wprowadzenie dodatkowego kryterium w postaci odległości siedziby zamawiającego od instalacji, a w szczególności pierwszego kręgu do 30 km, ma dla niego jakiegokolwiek dodatkowe znaczenie, które mogłoby uzasadnić nierówne traktowanie wykonawców. Lakoniczne wskazywanie natomiast na to, że odległość siedziby zamawiającego od instalacji ma bezpośrednie przełożenie na koszt dojazdu do instalacji, z całą pewnością nie może uzasadniać naruszenia zasady równości wykonawców. Nie można bowiem uzależniać jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego od jakiegoś innego, hipotetycznego, które nawet nie wiadomo czy dojdzie do skutku. Ponadto oczywistym jest, że nawet jeśli zamawiający planuje kolejne zamówienia na transport odpadów, to wykonawcy będą kalkulować cenę zgodnie ze swoją strategią biznesową, a zamawiający ma bardzo silną pozycję, która przejawia się w tym, że przed otwarciem ofert określa maksymalną kwotę jaką może przeznaczyć na dane zamówienie. Tak KIO w wyroku z dnia 29 czerwca 2016 roku, sygn. akt KIO 1029/16.

KIO, która jako priorytet traktuje wyrażoną w art. 7 ust. 1 PZP zasadę uczciwej konkurencji. W wyroku z dnia 13 stycznia 2020 roku, sygn. akt KIO 2615/19, wyroku z dnia 4 lipca 2014 roku, sygn. akt KIO 1211/14.

Co więcej zasada uczciwej konkurencji i równości wykonawców jest tak istotna, że jej naruszenie nie wymaga udowodnienia, a zupełnie wystarczającym jest wykazanie możliwości jej naruszenia. Oznacza to, że z punktu widzenia sprawiedliwego i uczciwego traktowania wykonawców, którzy są w stanie wykonać zamówienie, aspekt równego traktowania jest jednym z najważniejszych wyrażonych w przepisach ustawy. Tak też uznała KIO w wyroku z dnia 28 września 2012 roku, gdzie przesądzone, że:

„Przepis art. 29 ust. 2 ustawy nie wymaga pełnego udowodnienia naruszenia konkurencji - wystarczające jest udowodnienie możliwości takiego naruszenia, a więc tylko prawdopodobieństwa. Powyższe osłabienie "celu dowodowego" nie oznacza jednak braku obowiązku udowodnienia okoliczności, do których hipoteza przepisu referuje - powołane prawdopodobieństwo niedozwolonego ograniczenia uczciwej konkurencji musi być rzeczowe, realne i przede wszystkim wykazane". W niniejszej sprawie odwołujący uważa, że ponad wszelką wątpliwość co najmniej uprawdopodobnił, że nieracjonalne zachowanie zamawiającego, uwidocznione we wprowadzeniu dodatkowego kryterium oceny ofert, narusza przepis art. 7 ust. 1 ustawy.

Odwołujący ze zdumieniem stwierdził, że ani SIWZ, ani OPZ, a tym bardziej wzór umowy nr RKG.272....2020.... milczy w kwestii wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa. Wprawdzie zamawiający wskazuje w pkt. IV Opis przedmiotu zamówienia 3.2. W zakresie postępowania z odpadami, że wykonawca ma dołożyć wszelkich starań celem osiągnięcia najlepszych efektów procesów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, jednakże nie wprowadza żadnych wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa.

Takie ujęcie odpowiedzialności za środowisko oznacza, że zamawiający wprost dopuszcza aby ewentualny wykonawca mógł bez żadnych sankcji nie przestrzegać powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Szeroko pojęta ochrona środowiska jest natomiast jednym z priorytetów organów administracji publicznej, zarówno na szczeblu państwowym jak i samorządowym. KIO w wyroku z dnia 17 października 2018 roku, sygn. akt KIO 1985/18, potwierdziła, że:

„Występowanie w roli gospodarza postępowania nie oznacza, że zamawiający w sposób jednostronny, działając wyłącznie we własnym interesie może stworzyć wzorzec umowy bez uwzględniania okoliczności, które dotyczyć mogą przyszłego kontrahenta i samego zobowiązania umownego. Działania zamawiającego, co oczywiste, muszą czynić zadość przepisom bezwzględnie obowiązującym, ale uwzględniać także powinny zasady gospodarki wolnorynkowej, sytuację panującą na rynku w danej branży, zachodzące przemiany społeczno-polityczne". Podobnie w wyroku z dnia 6 czerwca 2018 roku, sygn. akt 980/18. Wskazując na powyższe odwołujący stwierdził, że zamawiający naruszył art. 36 ust. 1 pkt. 16) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak ustalenia wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa, co stwarza zapisy dokumentacji przetargowej, w tym SIWZ oraz wzoru umowy, za iluzoryczne w tym zakresie oraz pozwala na dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie jest w stanie spełnić wymogów stawianych przez przepisy ochrony środowiska, co jest kluczowe w zamówieniach związanych z gospodarką odpadami.

Zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania w dniu 13 października 2020r.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 20 października 2020r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że :

1) Uznaje odwołanie w zakresie zarzutu 1 i modyfikuje treść ogłoszenia o zamówieniu, przez wysłanie ogłoszenia o sprostowaniu, zgodnie ze zmianami wskazanymi w pkt. 2.

Zamawiający poinformował, że formularz ogłoszenia o zamówieniu umieszczony na portalu simap.ted.europa.eu skonstruowany jest w ten sposób, że w zakresie kryteriów oceny ofert jest możliwość wypisania kryteriów lub zaznaczenie informacji, że „wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”, zgodnie z poniższym:

II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia

- Kryteria określone poniżej:

- Kryterium jakości – Nazwa: / Waga: 1, 2, 20

- Kryterium kosztu – Nazwa: / Waga: 1, 20

- Cena – Waga: 21

- Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia zamawiający wybrał opcję zaznaczenia informacji „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”.

W ocenie zamawiającego, jeśli formularz ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dopuszcza takie rozwiązanie i jednocześnie jest wyraźne odniesienie do strony internetowej, na której znajduje się kompletna dokumentacja, to takie działanie jest prawidłowe.

W ocenie zamawiającego jest to uchybienie nie mającego żadnego wpływu na prawidłowość i przebieg postępowania.

Jednocześnie, z uwagi na tak postawiony przez odwołującego zarzut, który w ocenie zamawiającego jest nieistotny i wynika jedynie z braku życzliwości odwołującego, zamawiający uzupełnia ogłoszenie o zamówieniu poprzez doprecyzowanie kryteriów oceny ofert także w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie, zamawiający wyjaśnia, że dokonane zmiany uwzględniają modyfikację SIWZ w zakresie kryteriów oceny ofert - zgodnie ze zmianami wskazanymi w pkt. 2) poniżej.

2) Uznaje w części odwołanie w zakresie zarzutu 2 i modyfikuje treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w zakresie kryteriów oceny ofert wskazanych w Rozdziale XX.

Zamawiający poinformował, że dobór kryteriów oceny ofert dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest powiązany przede wszystkim z rozpoznaniem zapotrzebowania zamawiającego na określone świadczenie, czyli z ustaleniem co jest zamawiającemu potrzebne i w jakim celu. Nie tylko działania wewnętrzne zamawiającego, ale także przeprowadzenie rozpoznania rynku w zakresie dostępności usługi są potrzebne do właściwego ustalenia i opisanie kryteriów oceny ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Przemysłane przygotowanie opisu przedmiotu zamówienia i podjęcie decyzji w oparciu o jakie procedury będzie dokonywany wybór wykonawcy są punktem wyjścia dla określenia kryteriów oceny ofert służących wyborowi oferty najkorzystniejszej. W celu właściwego doboru i opisu kryteriów oceny ofert powinny być brane pod uwagę także inne czynniki oddziałujące na zamówienie jak: priorytety strategiczne, biznesowe, czy polityczne zamawiającego, które wiążą się z przyszłym zakupem. Zadaniem zamawiającego po podjęciu decyzji co do przeprowadzenia postępowania w celu udzielenia zamówienia publicznego jest ustalenie jak najbardziej optymalnego dla przedmiotu zamówienia i własnych uwarunkowań sposobu wyboru wykonawcy zamówienia, w tym również ustalenie kryteriów oceny ofert najbardziej optymalnych dla wyboru oferty najkorzystniejszej. Na prawidłowość takiego postępowania wypowiadało się także orzecznictwo oraz doktryna. Warto w tym miejscu powołać orzeczenia i stanowisko doktryny

- Sąd Okręgowy w Warszawie wyrok z dnia 17 listopada 2015 r. (sygn. akt: XXIII Ga 1401/15)

- B. Brańko „Kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych – wprowadzenie w przykładowe społeczne i środowiskowe kryteria oceny ofert w zamówieniach publicznych, red. M. Olejarski UZP Warszawa 2018.

W ocenie zamawiającego nie ma żadnej wątpliwości, że zastosowane kryterium „Odległość instalacji od siedziby zamawiającego” odnosi się jak najbardziej do przedmiotu zamówienia, zwłaszcza w zakresie możliwości korzystania z tej usługi. Zamawiający ponosząc koszty całego systemu odpadów w sposób profesjonalny podchodzi do wyboru wykonawcy świadczącego usługę zagospodarowania odpadami. W momencie wyboru wykonawcy, którego instalacja będzie najbliższa, kolejne koszty będą istotnie mniejsze, gdyż są bezpośrednio zależne od odległości instalacji. Odległość instalacji ma bezpośrednie przełożenie na koszty całego systemu. Instalacja znacznie oddalona od siedziby zamawiającego powoduje generowanie dodatkowych kosztów związanych m.in. z:

Transportem – rozumianym jako koszty paliwa

Liczbą potrzebnego sprzętu do obsługi terenu gminy

Liczbą personelu potrzebnego do obsługi pojazdów i sprzętu.

Powołał wyrok z dnia 12 sierpnia 2020 r., KIO 1430/20 i wyrok z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt: KIO 2158/17

Zdaniem zamawiającego, zastosowanie takiego kryterium nie jest sprzeczne z ustawą. Jednak z uwagi na zastosowanie w SIWZ spornego kryterium o wadze 40% , w celu uniknięcia zarzutu ograniczenia konkurencji zamawiający zmniejsza wagę kryterium i dodaje dodatkowe kryterium zgodnie z poniższymi wskazaniem.

Zamawiający na podstawie art. 38 ust.4 ustawy modyfikuje treść SIWZ w sposób opisany poniżej:

Rozdział XX SIWZ otrzymuje brzmienie:

XX. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania.

2. Oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryterium i jego wagę:

1. Cena oferty 60 % 60 punktów

2. Koszt eksploatacji zamówienia związany z dojazdem do instalacji (odległość siedziby Zamawiającego od instalacji) 20 % 20 punktów

3. Jakość usługi (godziny otwarcia instalacji) 20 % 20 punktów

3. Każda oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikającą z działania matematycznego.

4. Do obliczenia punktów dla kryterium nr 1 cena oferty Zamawiający zastosuje następujący wzór:

$P_i(C) = (C_{min} / C_i) \times 60$ (waga kryterium)

gdzie:

$P_i(C)$ liczba punktów, jakie otrzyma oferta "i" za kryterium nr 1. cena oferty

Cmin najniższa cena oferty spośród wszystkich ważnych i nieodrzuconych ofert

Ci cena oferty oferty "i"

5. Do obliczenia łącznej ilości punktów dla kryterium nr 2 kosztu eksploatacji zamówienia związanego z dojazdem do instalacji, punkty będą przyznawane według następujących zasad:

Przez koszt eksploatacji zamówienia związany z dojazdem do instalacji rozumie się odległość mierzoną drogami publicznymi (za drogę publiczną nie uznaje się dróg wewnętrznych, dróg polnych itp.; pomiaru nie dokonuje się w linii prostej) od siedziby zamawiającego tj. ul. Grunwaldzka 4 w Krzeszowicach do siedziby – adresu instalacji. Celem ujednolicenia pomiarów oraz uzyskania ofert możliwych do porównania, zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich wykonawców odległości instalacji od siedziby zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targeo.pl: w zakładce „Wyznaczanie trasy”, według parametrów: dla samochodów osobowych, wybierając trasę krótką, bez zaznaczania dodatkowych Opcji. Powyższe dane zamawiający będzie weryfikował także przy użyciu portalu mapa.targeo.pl. Wymaga się załączenia do oferty wydruku z ww. portalu z naniesionymi adresami jak wyżej obu lokalizacji i wyliczoną trasą.

Wynik pomiaru musi stanowić liczbę całkowitą, w tym celu należy dokonać stosowanych zaokrągleń (jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 0, 1, 2, 3, albo 4, to zaokrąglamy w dół; jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 5, 6, 7, 8, albo 9, to zaokrąglamy w górę.)

1) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą maksymalnie do 30 km uzyska 20 pkt.

2) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału od 31 km do 60 km uzyska 10 pkt.

3) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą powyżej 61 km uzyska 0 pkt.

Maksymalna liczba punktów, jaką można uzyskać wykonawca w kryterium związanym z kosztami eksploatacji zamówienia związanym z dojazdem do instalacji wynosi 20 pkt.

6. Do obliczenia punktów dla kryterium nr 3. dotyczącego jakości usługi – godziny otwarcia instalacji, punkty będą przyznawane według następujących zasad:

1) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów od godziny 8:00 – 18:00 – uzyska 20 pkt.

2) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów od godziny 8:00 - 17:00 – uzyska 10 pkt.

3) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów w wymaganych godzinach od 8:00 - 16:00 – uzyska 0 pkt.

Maksymalna liczba punktów, jaką można uzyskać wykonawca w kryterium wynosi 20 pkt.

W zaoferowanych godzinach otwarcia instalacji wykonawca zobowiązany jest przyjmować odpady będące przedmiotem zamówienia.

Wykonawca w formularzu ofertowym wskaże godziny, w jakich odpady będą mogły być przyjmowane do instalacji. W przypadku, gdy wykonawca nie zaoferuje dłuższego otwarcia instalacji, zamawiający przyjmie, że wykonawca odpady będzie przyjmował wyłącznie w godzinach od 8.00 do 16.00.

7. Zamawiający przynajmniej raz poinformuje wykonawcę, który spełniając warunki określone w SIWZ otrzyma największą łączną liczbę punktów za kryterium „cena oferty”, „koszty eksploatacji zamówienia związane z dojazdem do instalacji” oraz „Jakość usługi (godziny otwarcia instalacji)”.

3) Zamawiający nie uznał odwołania w zakresie zarzutu 3.

Niezbędną zawartość specyfikacji istotnych warunków zamówienia reguluje art. 36 ustawy. Przywołany artykuł nie obciąża zamawiającego do powielania w specyfikacji, bądź w treści projektu umowy dotyczącej danego zamówienia, przepisów obowiązującego prawa. Jak sam odwołujący wskazuje wymogi odnośnie minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych są stawiane przez przepisy prawa. Są to: Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji oraz Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych. Wskazane rozporządzenia stanowią akty wykonawcze do ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Wystosowanie żądania za strony odwołującego polegającego na nakazaniu zamawiającemu zmianę treści umowy poprzez dodanie zapisów dotyczących wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa, są więc kuriozalne.

W specyfikacji istotnych warunków zamówienia publicznego dla przetargu nieograniczonego na usługę „Zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu gminy Krzeszowice” jasno wskazano w części IV „Opis przedmiotu zamówienia” pkt 2 ppkt 2) zamawiający zobowiązuje się do przekazywania wykonawcy odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności ustawy o odpadach (...), a także w pkt 3.2. pkt 1) Wykonawca doloży wszelkich starań, celem osiągnięcia najlepszych efektów procesów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji – w zakresach, których zamówienie dotyczy, a w pkt 2) Zagospodarowanie odpadów będzie realizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości w gminach, ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska oraz przepisami wykonawczymi do ww. ustaw.

Co więcej, w umowie w § 1 określającym przedmiot umowy zamawiający zaznaczył w ustępie 3: „Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania Przedmiotu umowy zgodnie z zasadami wiedzy technicznej, obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa oraz wymaganiami zawartymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia i ofercie przetargowej Wykonawcy w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, stanowiącymi integralną część Umowy, przy zachowaniu najwyższej staranności oraz w sposób jak najmniej uciążliwy dla osób trzecich, adekwatnie do zaistniałych warunków realizacji Umowy.” Na tej podstawie powinno być oczywistym dla potencjalnych wykonawców, iż określone przepisami poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku, a także poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji są wiążące dla wszystkich adresatów ww. aktów prawnych i

zbędnym jest powielanie obowiązujących przepisów w dokumentacji dotyczącej zamówienia publicznego. W związku z modyfikacją SIWZ wskazaną w pkt. 2), zamawiający oświadczył, że wysłał ogłoszenie o sprostowaniu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w zakresie określenia kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 12 a ust. 2 pkt. 1) ustawy zamawiający przesługuje termin składania ofert na dzień 6 listopada 2020 r., termin składania ofert do godziny 9.00, otwarcie ofert o godzinie 11. W tym zakresie również wysłał ogłoszenie o sprostowaniu. W związku z wprowadzeniem dodatkowego kryterium oceny ofert, zamawiający dołączył Nowy wzór Załącznika nr 1 – Oferta – Formularz Ofertowy.

Powyższe pismo wraz z potwierdzeniem wysłania ogłoszenia o sprostowaniu zostaje wysłane do Krajowej Izby Odwoławczej, do odwołującego Miki Recykling Sp. z o.o. oraz umieszczone na stronie internetowej zamawiającego.

Na rozprawie zamawiający stwierdził, że uznał zarzut drugi jedynie częściowo w takim zakresie w jakim uznał, że waga kryterium oceny ofert "Odległość siedziby zamawiającego od instalacji" była nadmierna.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz, modyfikacji siwz oraz wydruków map Targeo złożonych przez odwołującego.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

W ogłoszeniu o zamówieniu zawarto następujące postanowienia:

II.2.5. Kryteria udzielenia zamówienia dla każdej z 5 części zamówienia

Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia

III. 2.2. Warunki realizacji umowy:

1. Wzór umowy wskazano w części II SIWZ.

2. W § 13 oraz 14 wzoru umowy przewidziano możliwość zmiany umowy, w tym również w zakresie wysokości wynagrodzenia.

3. Wykonawca składając ofertę akceptuje wszystkie warunki zawarte we wzorze umowy.

4. Zamawiający zawrze umowy oddzielnie na każdą część zamówienia / zakres.

W siwz, w tym we wzorze umowy – część 2 siwz zawarto następujące postanowienia:

Rozdział IV.

1. Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających na terenie nieruchomości położonych na terenie gminy Krzeszowice oraz pochodzących z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Krzeszowicach, ul. Poprzeczna 7.

Odpady komunalne będą odbierane z terenu gminy Krzeszowice przez Operatora – podmiot wyłoniony w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz zbierane przez Zamawiającego w PSZOK. Poprzez zagospodarowanie odpadów komunalnych rozumie się: sortowanie, odzysk, kompostowanie, składowanie odpadów komunalnych oraz inne zgodne z prawem metody gospodarowania odpadami.

Tabela 1 przedstawia jakie odpady zostaną objęte zagospodarowaniem.

Zamawiający zastrzega, iż jeśli wykonawca zagospodarowuje wskazane wyżej odpady pod innymi kodami, wynikającymi z rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r w sprawie katalogu odpadów, niż podano w tabeli, winien brać pod uwagę odpady scharakteryzowane opisem rodzaju odpadu.

Wskazane w Tabeli 1 szacowane ilości odpadów komunalnych, stanowią wielkości wyliczone na podstawie posiadanych danych z ostatnich 2 lat. Zamawiający zastrzega sobie prawo zmniejszenia lub zwiększenia ilości przekazywanych odpadów komunalnych w ramach Zamówienia, w zależności od faktycznej ilości odpadów, wytwarzanych przez mieszkańców gminy Krzeszowice.

Przedmiotowe zamówienie zostało podzielone na 5 ZAKRESÓW:

ZAKRES 1. Zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych (o kodzie odpadów 200301) i/lub zagospodarowanie pozostałości z sortowania odpadów na nieruchomościach – odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach (o kodzie odpadów 200399) przetransportowanych z terenu gminy Krzeszowice do instalacji komunalnej.

ZAKRES 2. Zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji (o kodach odpadów 200201, 200108) w workach oraz luzem przetransportowanych z terenu gminy Krzeszowice do instalacji komunalnej.

ZAKRES 3. Zagospodarowanie segregowanych odpadów frakcji PMTS, tj. opakowania z papieru i tektury / papier tektura; opakowania metali, tworzyw sztucznych i opakowania wielomateriałowe / metal, tworzywa sztuczne; opakowania szkła / szkło (o kodach odpadów 150101, 200101, 150104, 200140, 150102, 200139, 150105, 150107, 200102) selektywnie zebranych i przetransportowanych z terenu gminy Krzeszowice do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

Przedsiębiorca prowadzący recykling lub inny niż recykling proces odzysku odpadów opakowaniowych będzie obowiązany wystawić dokument DPO lub dokument DPR, o którym mowa w ustawie z 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi. Wniosek o wystawienie ww. dokumentu będzie składała Gmina, nie później niż w terminie 30 dni od upływu kwartału, w którym odpady opakowaniowe zostały przekazane do recyklingu lub innego niż recykling procesu odzysku. Przedsiębiorca będzie zobowiązany do przekazywania co najmniej kwartalnych informacji o odpadach opakowaniowych przekazywanych do recyklingu, ze wskazaniem ewentualnych recyklerów.

ZAKRES 4. Zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych (o kodzie odpadów 200307) przetransportowanych z terenu gminy Krzeszowice do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

ZAKRES 5. Zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych (inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe) w postaci między innymi: gruzu, szkła, tworzyw sztucznych, materiałów izolacyjnych, ceramiki sanitarnej oraz zmieszanych odpadów z remontów (o kodach odpadów 170101, 170102, 170103, 170107, 170202, 170203, 170604, 170904) selektywnie zebranych i przetransportowanych z terenu gminy Krzeszowice do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

2. Pozostałe szczegóły dotyczące zamówienia:

1) Odpady będą dostarczane do Wykonawcy przez Operatora wyłonionego w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

2) Zamawiający zobowiązuje się do przekazywania Wykonawcy odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności ustawy o odpadach oraz do stosowania się Operatora, dostarczającego odpady, do zasad korzystania z infrastruktury, do przepisów bezpieczeństwa i przepisów ruchu drogowego, a także respektowania przepisów sanitarnych.

3) W przypadku wystąpienia awarii lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów Wykonawca

poinformuje o tym fakcie Zamawiającego niezwłocznie telefonicznie i mailowo oraz wskaże Zamawiającemu instalację zastępczą, a także pokryje ewentualne koszty wynikające z różnicy cen przyjęcia odpadów do instalacji zastępczej.

4) Wykonawca zabezpieczy odbiór odpadów w dni robocze minimum w godzinach od 8.00 do 16.00.

5) Wykonawca oświadcza, że w przypadku cofnięcia lub ograniczenia posiadanych uprawnień, niezbędnych do wykonywania usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia, niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Zamawiającego.

2.1. W zakresie ewidencji i rozliczania ilości odpadów :

1) W celu kalkulacji wynagrodzenia odpady będą ważone wstępnie na certyfikowanej wadze najazdowej na Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w Krzeszowicach przy ul. Poprzecznej 7 (PSZOK). Następnie, po przewiezieniu do instalacji odpady będą ważone na certyfikowanej wadze Wykonawcy. Ważenie każdorazowo musi być potwierdzone wystawieniem kwitu wagowego. Do rozliczenia przyjęta będzie waga Wykonawcy. Na żądanie Zamawiającego Wykonawca przedstawi kopię legalizacji wagi.

2) Wykonawca po weryfikacji dostarczonych odpadów oraz ich zważeniu, wskaże miejsce rozładunku.

3) Ilość odpadów ma być każdorazowo potwierdzana w dokumentach ewidencji odpadów, prowadzonej zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (KPOK, KPO).

4) Po zakończeniu każdego miesiąca, w terminie 7 dni roboczych, Wykonawca prześle Zamawiającemu drogą elektroniczną zestawienie wagowe przyjętych odpadów (raport wagowy); zestawienie wagowe będzie zawierać: kody i rodzaje odpadów, ilości – wagi odpadów każdej frakcji, nr rejestracyjne pojazdów dostarczających odpady oraz daty i godziny dostarczenia odpadów.

Zestawienie wagowe sporządzane będzie na podstawie kwitów wagowych, pokrywających się z wystawionymi kartami przekazania odpadów, wygenerowanymi w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami (BDO).

Każdorazowo, w celu weryfikacji i kontroli Zamawiający może wymagać przedłożenia kwitów wagowych, na podstawie których sporządzone zostało zestawienie przyjętych odpadów (kwity wagowe w postaci kopii podpisanych przez osobę upoważnioną ze strony Wykonawcy do stwierdzenia własnoręcznym podpisem zgodności kopii z wystawionym oryginałem).

5) Raport wagowy Wykonawcy, podlegał będzie weryfikacji i stanowić będzie protokół odbioru usługi za miesiąc poprzedni. Informację dotyczącą akceptacji raportu wagowego bez uwag Zamawiający prześle Wykonawcy drogą elektroniczną.

6) Wykonawca prześle Zamawiającemu wszystkie wymagane sprawozdania określone obowiązującymi przepisami w sprawie zagospodarowania odpadów, w terminach wskazanych w tych przepisach – m.in. informację zgodnie z art. 90a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

7) Wykonawca zapewni zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych objętych zakresem zamówienia wytworzonych w okresie jego realizacji.

8) Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności za większą lub mniejszą ilość odpadów rzeczywiście przekazanych do zagospodarowania Wykonawcy.

3.2. W zakresie postępowania z odpadami:

1) Wykonawca doloży wszelkich starań, celem osiągnięcia najlepszych efektów procesów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji – w zakresach, których zamówienie dotyczy.

2) Zagospodarowanie odpadów będzie realizowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w szczególności ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości w gminach, ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska oraz przepisami wykonawczymi do ww. ustaw.

XX. Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone przez Zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania.

2. Oferty zostaną ocenione przez Zamawiającego w oparciu o następujące kryterium i jego wagę:

1. Cena 60 % 60 punktów

2. Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji 40 % 40 punktów

3. Każda oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikającą z działania matematycznego.

4. Do obliczenia punktów dla kryterium nr 1 „Cena” Zamawiający zastosuje następujący wzór:

$Pi(C) = (C_{min} / C_i) \times 60$ (waga kryterium)

gdzie:

$Pi(C)$ liczba punktów, jakie otrzyma oferta "i" za kryterium nr 1 cena

5. Do obliczenia łącznej ilości punktów dla kryterium nr 2 „Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji”, Zamawiający będzie przyznawał punkty według następujących zasad:

Przez odległość siedziby Zamawiającego od instalacji rozumie się odległość mierzoną drogami publicznymi (za drogę publiczną nie uznaje się dróg wewnętrznych, dróg polnych itp.; pomiaru nie dokonuje się w linii prostej) od siedziby Zamawiającego tj. ul. Grunwaldzka 4 w Krzeszowicach do siedziby – adresu instalacji. Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji ma bezpośrednie przełożenia na koszt dojazdu do instalacji. Celem ujednolicenia pomiarów Zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich Wykonawców odległości instalacji od siedziby Zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targo.pl. (opcja trasy najkrótsza, drogi publiczne dla pojazdów o masie całkowitej 10 t i więcej). Powyższe dane Zamawiający będzie weryfikował także przy użyciu portalu mapa.targo.pl. Wymaga się załączenia do oferty wydruku z ww. portalu z naniesionymi adresami jak wyżej obu lokalizacji i wyliczoną trasą.

Wynik pomiaru musi stanowić liczbę całkowitą, w tym celu należy dokonać stosowanych zaokrągleń (jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 0, 1, 2, 3, albo 4, to zaokrąglamy w dół; jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 5, 6, 7, 8, albo 9, to zaokrąglamy w górę.)

1) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby Zamawiającego wynoszącą maksymalnie 30 km uzyska 40 pkt.

- 2) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby Zamawiającego z przedziału od 31 km do 45 km uzyska 20 pkt.
- 3) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby Zamawiającego z przedziału od 46 km do 60 km uzyska 10 pkt.
- 4) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby Zamawiającego wynoszącą powyżej 61 km uzyska 0 pkt. Maksymalna liczba punktów, jaką można uzyskać Wykonawca w kryterium Odległość siedziby Zamawiającego od instalacji wynosi 40 pkt.
6. Zamawiający przyzna zamówienie Wykonawcy, który spełniając warunki określone w SIWZ otrzyma największą łączną liczbę punktów za kryterium „cena” oraz „odległość siedziby Zamawiającego od instalacji”.
- Z wzoru umowy wynika, że:
- § 2 [Warunki realizacji Przedmiotu umowy]
- Strony ustalają następujące warunki realizacji Przedmiotu umowy:
1. Odpady będą dostarczane do Wykonawcy przez Operatora wyłonionego w odrębnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.
 2. Zamawiający zobowiązuje się do przekazywania Wykonawcy odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności przepisami ustawy o odpadach oraz zapewnienia/zobowiązania Operatora, dostarczającego odpady, do stosowania zasad korzystania z infrastruktury, do przepisów bezpieczeństwa i przepisów ruchu drogowego, a także respektowania przepisów sanitarnych.
 3. W przypadku wystąpienia awarii lub innej przyczyny uniemożliwiającej przyjmowanie odpadów Wykonawca poinformuje o tym fakcie Zamawiającego niezwłocznie telefonicznie i mailowo oraz wskaże Zamawiającemu instalację zastępczą, a także pokryje ewentualne koszty wynikające z różnicy cen przyjęcia odpadów do instalacji zastępczej.
 4. Wykonawca zabezpieczy odbiór odpadów w dni robocze w godzinach od 8.00 do 16.00.
 5. Wykonawca zobowiązuje się do rozładunku dostarczonych przez Operatora odpadów maksymalnie w ciągu 1 godziny.
 6. Wykonawca oświadcza, że w przypadku cofnięcia lub ograniczenia posiadanych uprawnień, niezbędnych do wykonywania usług będących przedmiotem niniejszego zamówienia, niezwłocznie powiadomi o tym fakcie Zamawiającego.
- § 4 [Obowiązki Wykonawcy]
1. Wykonawca zobowiązany jest do wykonywania Przedmiotu umowy zgodnie z przepisami ustawy Prawo ochrony środowiska, ustawy o odpadach, ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz aktów wykonawczych do tych ustaw.
 2. Wykonawca jest zobowiązany do posiadania aktualnych zezwoleń, umów, wpisów i polis, koniecznych do realizacji Przedmiotu umowy, a w przypadku, gdy wyżej wymienione uprawnienia/dokumenty tracą moc obowiązującą w czasie realizacji Umowy, Wykonawca zobowiązuje się do uzyskania nowych uprawnień/dokumentów oraz przekazania ich kopii Zamawiającemu w ciągu 14 dni przed upływem terminu ich ważności pod rygorem odstąpienia od Umowy przez Zamawiającego z winy Wykonawcy i naliczenia stosownych kar umownych. Prawo do odstąpienia od Umowy z tej przyczyny przysługuje Zamawiającemu w całym okresie obowiązywania Umowy jednak nie dłużej niż do dnia 30 listopada 2023 roku.
 3. Wykonawca zobowiązany jest, przez cały okres realizacji Przedmiotu umowy dysponować lub posiadać:
 - a) aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie gospodarowania odpadami o kodach odpadów ujętych w niniejszej umowie, wydane w drodze decyzji przez organ właściwy ze względu na miejsce prowadzenia działalności, na podstawie ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., tj. pozwolenie zintegrowane lub/i sektorowe na prowadzenie działalności w zakresie zagospodarowania odpadów w zakresie objętym Przedmiotem umowy,
 - b) opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z Przedmiotem umowy, na kwotę nie mniejszą niż zł (słownie: złotych 0/100) – adekwatnie do realizowanego zakresu Przedmiotu umowy.
 4. Wykonawca zobowiązuje się wyznaczyć do realizacji Umowy osoby posiadające wiedzę i doświadczenie oraz uprawnienia do wykonywania przewidzianych Umową czynności, o ile przepisy prawa nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień.
 5. Wykonawca zobowiązany jest do złożenia pisemnych wyjaśnień w zakresie wszelkich nieprawidłowości w realizacji Umowy w ciągu 24 godzin od wezwania go przez Zamawiającego co może nastąpić w formie korespondencji elektronicznej na podane przez Strony adresy poczty elektronicznej.
 6. Postanowienia niniejszego paragrafu dotyczą odpowiednio również Podwykonawcy/Dalszego Podwykonawcy przy pomocy, którego Wykonawca realizuje Przedmiot umowy.
 7. W trakcie realizacji Umowy, Wykonawca jest zobowiązany do przestrzegania zasad BHP i p.poż.
 8. Zamawiający wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę/Podwykonawcę/Dalszych Podwykonawców na podstawie umowy o pracę, osób wykonujących usługi bezpośrednio związane z Przedmiotem umowy, czyli czynności w ramach procesu przetwarzania odpadów – obsługa zakładu., tj. czynności osób obsługujących instalację przetwarzania odpadów komunalnych, a w szczególności, osób przyjmujących odpady, obsługujących legalizowaną wagę przemysłową przez cały okres trwania Umowy.
 9. Wykonawca w dniu podpisania Umowy, przedstawi Zamawiającemu pisemne oświadczenie potwierdzające, że osoby wykonujące pracę zgodnie z ust. 8 są zatrudnione na podstawie umowy o pracę wraz z listą zatrudnionych osób.
 10. Na każde żądanie Zamawiającego w terminie do 10 dni licząc od daty pisemnego wezwania, Wykonawca będzie zobowiązany do przedstawienia Zamawiającemu dokumentów potwierdzających zatrudnienie osób wykonujących czynności określone w ust. 8, tj.: poświadczonych za zgodność z oryginałem przez Wykonawcę/Podwykonawcę/Dalszego Podwykonawcę kopii umów o pracę osób wykonujących w trakcie realizacji zamówienia czynności, których dotyczy ww. oświadczenie Wykonawcy. Kopie umów powinny być zanonimizowane w sposób zapewniający ochronę danych osobowych pracowników, zgodnie z przepisami ustawy o ochronie danych osobowych z dnia 10 maja 2018 r. Informacje takie jak: data zawarcia umowy, rodzaj umowy o pracę i wymiar etatu, powinny być możliwe do zidentyfikowania.
 11. Zamawiający zastrzega sobie możliwość kontroli zatrudnienia osób wykonujących wskazane czynności przez cały okres realizacji czynności wykonywanych przez Wykonawcę, w szczególności poprzez wezwanie do okazania dokumentów potwierdzających bieżące opłacanie składek i należnych podatków z tytułu zatrudnienia ww. osób. Kontrola może być przeprowadzona bez wcześniejszego uprzedzenia Wykonawcy.

12. W przypadku rozwiązania umowy o pracę z osobą wykonującą usługi określone w ust. 8, Wykonawca zobowiązany jest do zatrudnienia, w sytuacji zaistnienia takiej potrzeby, niezwłocznie, nie później niż w terminie 7 dni od rozwiązania umowy, innej osoby spełniającej kryteria.

W modyfikacji siwz z dnia 5 października 2020r. dokonano następującej zmiany:

2) W SIWZ w Rozdziale XX. „Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” w pkt. 5 zmienia się wskazanie sposobu obliczenia odległości instalacji od siedziby Zamawiającego:

Wskazano:

Celem ujednolicenia pomiarów Zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich Wykonawców odległości instalacji od siedziby Zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targeo.pl. (opcja trasy najkrótsza, drogi publiczne dla pojazdów o masie całkowitej 10 t i więcej).

Zmienia się na:

Celem ujednolicenia pomiarów oraz uzyskania ofert możliwych do porównania, Zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich Wykonawców odległości instalacji od siedziby Zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targeo.pl: w zakładce „Wyznaczanie trasy”, według parametrów: dla samochodów osobowych, wybierając trasę *krótką*, bez zaznaczania dodatkowych *Opcji*.

W dniu 16 października 2020r. zamawiający dokonał następującej zmiany treści ogłoszenia i siwz:

II.2.5) Kryteria udzielenia zamówienia

- Kryteria określone poniżej:

- Kryterium jakości – Nazwa: / Waga: 1, 2, 20

- Kryterium kosztu – Nazwa: / Waga: 1, 20

- Cena – Waga: 21

- Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia zamawiający wybrał opcję zaznaczenia informacji „Cena nie jest jedynym kryterium udzielenia zamówienia; wszystkie kryteria są wymienione tylko w dokumentacji zamówienia”.

Rozdział XX SIWZ otrzymuje brzmienie:

XX. Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

1. Zamawiający oceni i porówna jedynie te oferty, które nie zostaną odrzucone przez zamawiającego w trakcie prowadzenia postępowania.

2. Oferty zostaną ocenione przez zamawiającego w oparciu o następujące kryterium i jego wagę:

1. Cena oferty 60 % 60 punktów

2. Koszt eksploatacji zamówienia związany z dojazdem do instalacji (odległość siedziby Zamawiającego od instalacji) 20 % 20 punktów

3. Jakość usługi (godziny otwarcia instalacji) 20 % 20 punktów

3. Każda oferta otrzyma zaokrągloną do dwóch miejsc po przecinku liczbę punktów wynikającą z działania matematycznego.

4. Do obliczenia punktów dla kryterium nr 1 cena oferty Zamawiający zastosuje następujący wzór:

$$Pi(C) = (C_{min} / C_i) \times 60 \text{ (waga kryterium)}$$

gdzie:

Pi(C) liczba punktów, jakie otrzyma oferta "i" za kryterium nr 1. cena oferty

C_{min} najniższa cena oferty spośród wszystkich ważnych i nieodrzuconych ofert

C_i cena oferty "i"

5. Do obliczenia łącznej ilości punktów dla kryterium nr 2 kosztu eksploatacji zamówienia związanego z dojazdem do instalacji, punkty będą przyznawane według następujących zasad:

Przez koszt eksploatacji zamówienia związany z dojazdem do instalacji rozumie się odległość mierzoną drogami publicznymi (za drogę publiczną nie uznaje się dróg wewnętrznych, dróg polnych itp.; pomiaru nie dokonuje się w linii prostej) od siedziby zamawiającego tj. ul. Grunwaldzka 4 w Krzeszowicach do siedziby – adresu instalacji. Celem ujednolicenia pomiarów oraz uzyskania ofert możliwych do porównania, zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich wykonawców odległości instalacji od siedziby zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targeo.pl: w zakładce „Wyznaczanie trasy”, według parametrów: dla samochodów osobowych, wybierając trasę *krótką*, bez zaznaczania dodatkowych *Opcji*. Powyższe dane zamawiający będzie weryfikował także przy użyciu portalu mapa.targeo.pl. Wymaga się załączenia do oferty wydruku z ww. portalu z naniesionymi adresami jak wyżej obu lokalizacji i wyliczoną trasą.

Wynik pomiaru musi stanowić liczbę całkowitą, w tym celu należy dokonać stosowanych zaokrągleń (jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 0, 1, 2, 3, albo 4, to zaokrąglamy w dół; jeśli następna cyfra po tej, którą zaokrąglamy to: 5, 6, 7, 8, albo 9, to zaokrąglamy w górę.)

1) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą maksymalnie do 30 km uzyska 20 pkt.

2) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego z przedziału od 31 km do 60 km uzyska 10 pkt.

3) Wykonawca, który wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego wynoszącą powyżej 61 km uzyska 0 pkt.

Maksymalna liczba punktów, jaką można uzyskać wykonawca w kryterium związanym z kosztami eksploatacji zamówienia związanych z dojazdem do instalacji wynosi 20 pkt.

6. Do obliczenia punktów dla kryterium nr 3. dotyczącego jakości usługi – godziny otwarcia instalacji, punkty będą przyznawane według następujących zasad:

1) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów od godziny 8:00 – 18:00 – uzyska 20 pkt.

2) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów od godziny 8:00 - 17:00 – uzyska 10 pkt.

3) Wykonawca, który zadeklaruje godziny otwarcia instalacji, z możliwością przyjęcia odpadów w wymaganych godzinach od 8:00 - 16:00 – uzyska 0 pkt.

Maksymalna liczba punktów, jaką można uzyskać wykonawca w kryterium wynosi 20 pkt.

W zaoferowanych godzinach otwarcia instalacji wykonawca zobowiązany jest przyjmować odpady będące przedmiotem zamówienia.

Wykonawca w formularzu ofertowym wskaże godziny, w jakich odpady będą mogły być przyjmowane do instalacji. W przypadku, gdy wykonawca nie zaoferuje dłuższego otwarcia instalacji, zamawiający przyjmie, że wykonawca odpady będzie przyjmował wyłącznie w godzinach od 8.00 do 16.00.

7. Zamawiający przyzna zamówienie wykonawcy, który spełniając warunki określone w SIWZ otrzyma największą łączną liczbę punktów za kryterium „cena oferty”, „koszty eksploatacji za-mówienia związane z dojazdem do instalacji” oraz „Jakość usługi (godziny otwarcia instalacji)”.

W dniu 23 października 2020r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień wobec treści siwz:

„W związku z ukazaniem się modyfikacji ogłoszenia i SIWZ dokonanej przez Zamawiającego wnosimy o zmianę kryterium oceny ofert w zakresie odległości Instalacji od budynku Urzędu Miasta i Gminy poprzez zmianę odległości i punktacji na następującą (Celem ujednolicenia pomiarów oraz uzyskania ofert możliwych do porównania, Zamawiający wymaga wskazania przez wszystkich Wykonawców odległości instalacji od siedziby Zamawiającego przy wykorzystaniu serwisu mapa.targeo.pl: w zakładce „Wyznaczanie trasy”, według parametrów: dla samochodów osobowych, wybierając trasę krótką, bez zaznaczania dodatkowych Opcji.):

- odległość do 40 km – 20 pkt
- odległość od 40,01 km do 60,00 km – 10 pkt
- odległość powyżej 60 km – 0 pkt”

Odpowiedź: Zamawiający po ponownym przeanalizowaniu zapisów podtrzymuje swoje stanowisko.

Z wydruku map Targeo wynika, że w odległości do 30 km od siedziby zamawiającego znajdują się instalacje ZGK Bolesław i Zakład Utylizacji Odpadów Balin, natomiast w odległości do 40km znajdują się Składowisko Odpadów Komunalnych Oświęcim, instalacja odwoławczego i instalacja Remondis.

Izba dokonała następującej oceny materiału dowodowego:

Izba oceniła, że na datę wyrokowania nie ma już spornego kryterium oceny ofert „Odległość siedziby zamawiającego od instalacji”, jest wprowadzone kryterium „Koszty eksploatacji zamówienia związany z dojazdem do instalacji (odległość siedziby zamawiającego od instalacji)” o wadze 20% 20pkt., za które wykonawca może otrzymać 20 pkt. gdy wykaże odległość instalacji od siedziby zamawiającego maksymalnie do 30km, 20 pkt gdy wykaże odległość od 31 do 60km i powyżej 61km – 0 pkt. Izba ustaliła, że w pierwotnym jak i w obecnym kryterium maksymalną ilość punktów otrzymują wykonawcy, których instalacja znajdują się w odległości od siedziby zamawiającego najwyżej 30km, co nie dotyczy odwoławczego, a także Remondis i Składowiska Odpadów Komunalnych Oświęcim. Zamawiający nie przedstawił jakichkolwiek dowodów na tezę, że zwiększenie odległości o 10 km znacząco wpływa na koszty transportu odpadów do instalacji. Odwołujący tej tezie przeczył. Izba ustaliła, że zamawiający nawet nie uprawdopodobnił istnienia związku postawionego kryterium pozacenowego z przedmiotem zamówienia, oraz realności oszczędności jaką mógłby osiągnąć przy tak postawionym kryterium. Jednocześnie Izba ustaliła, że treść postanowień, które były przedmiotem zaskarżenia nie istnieje na datę wyrokowania.

Izba zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał istnienie przesłanki materialnoprawnej dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 41 pkt 9) ustawy przez nieokreślenie w ogłoszeniu o zamówieniu kryteriów oceny ofert i ich znaczenia, pozostając wyłącznie przy odesłaniu do dokumentacji zamówienia, podczas gdy przepis art. 41 pkt 9) ustawy wprost wskazuje, że warunkiem sine qua non prawidłowej treści ogłoszenia o zamówieniu jest to aby ogłoszenie to bezwzględnie określało nie tylko kryteria oceny ofert ale również ich znaczenie;

Zarzut został uwzględniony przez zamawiającego w całości. Tym samym konieczne stało się umorzenie postępowania w tej części przez zastosowanie odpowiednio art. 186 ust. 3a ustawy. Przedmiot sporu bowiem wygasł w tym zakresie pomiędzy stronami i konieczne stało się umorzenie postępowania, tak aby każdy zarzut podniesiony w odwołaniu został przez Izbę rozstrzygnięty stosownie do stanu faktycznego sprawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 2 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez wprowadzenie dodatkowego, pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci odległości siedziby zamawiającego od instalacji pkt. XX SIWZ str. 23-24), zawężając tą odległość do trzech okręgów, przyznając dodatkowe punkty - do 30 km (40 pkt.), od 31 km do 45 km (20 pkt.), od 46 do 60 km (10 pkt.) oraz ponad 61 km (0 pkt.)- podczas gdy, brak jest jakichkolwiek podstaw zarówno faktycznych jak i prawnych do wprowadzenia tego dodatkowego kryterium, które w oczywisty i jawny sposób narusza zasadę uczciwej konkurencji i równości wykonawców.

Zarzut został przez zamawiającego uwzględniony częściowo, to jest tylko w części dotyczącej wagi kryterium „Odległość siedziby zamawiającego od instalacji” i zamawiający dokonał zmiany treści siwz przed wydaniem orzeczenia w przedmiotowej sprawie w sposób nie uwzględniający żądań odwołania tj. przez zmianę nazwy kryterium i obniżenie wagi tego kryterium. Tym samym pierwotna treść siwz, która była zaskarżona na datę wyrokowania nie istniała. Izba musiała wziąć pod uwagę tę okoliczność z mocy art. 191 ust. 2 ustawy, który nakazuje Izbie wydając wyrok brać pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Izba oceniając zarzut uznała zarzut za zasadny. W ocenie Izby kryterium „Odległości siedziby zamawiającego od instalacji” jest kryterium dyskryminującym. Odwołujący przedstawiając wydruki map Targeo uprawdopodobnił, że nie ma szansy podobnie jak inni dwaj wykonawcy uzyskać maksymalnej ilości punktów w tym kryterium. Takie maksimum osiągnął natomiast dwie instalacje w Bolesławiu i w Balinie. Zamawiający powoływał się na koszty transportu odpadów do instalacji, jednak istnienia znaczących różnic w tych kosztach wraz ze wzrostem odległości siedziby zamawiającego od instalacji nie wykazał. Odwołujący zaś kalkulacjom zamawiającego przeczył przedstawiając własne dziesięciokrotnie niższe przy koszcie jednostkowego kursu. Izba ma też wątpliwości co do celowości ustalenia kryterium odnoszącego się do odległości od siedziby zamawiającego, gdyż z treści dokumentacji postępowania nie wynika, że punkt ten będzie punktem mających znaczenie dla rozpoczęcia kursu przewozu odpadu do instalacji. W ocenie Izby trudno jest zatem ocenić to kryterium jako związane z przedmiotem zamówienia. Izba w tym miejscu wskazuje na zasady jakimi powinien się kierować zamawiający przy doborze kryteriów oceny ofert, które wynikają z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej :

Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 2003 r. (C-448/01)

Kryteria oceny ofert wymienione w dyrektywach mają wyłącznie charakter przykładowy, zamawiający może przyjąć również inne kryteria dla wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia, oraz powinny gwarantować zasadę równego traktowania; Zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem, że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji

(wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów. Odnosnie każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej) w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie w tym zakresie przyjęte kryteria powinny gwarantować przejrzystość i obiektywność procedury udzielania zamówienia oraz zasadę równego traktowania (powinny być stosowane jednakowo do wszystkich oferentów).

A zatem:

- przyjęte kryteria nie mogą ograniczać konkurencji i wprowadzać nieuzasadnionych preferencji dla określonych grup dostawców (np. dla dużych firm);
- przyjęte przez zamawiającego kryteria nie muszą konieczności odnosić się wyłącznie do bezpośrednio ekonomicznie wymiernych (finansowych) aspektów ofert, pod warunkiem jednak, że:
- są związane z przedmiotem zamówienia,
- nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (nie zakładają arbitralnego wyboru),
- są wskazane w dokumentacji przetargowej i w ogłoszeniu o przetargu,
- są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji;
- zamawiający dysponuje nie tylko swobodą określenia kryteriów oceny ofert, lecz również swobodą określenia ich wagi (znaczenia), pod warunkiem że wagi przypisane poszczególnym kryteriom służą identyfikacji (wyborowi) oferty najkorzystniejszej w świetle przyjętych kryteriów;
- odnośnie do każdego kryterium zamawiający musi określić (i podać do wiadomości oferentom w dokumentacji przetargowej), w jaki sposób będzie weryfikował prawdziwość informacji zawartych w ofercie, inaczej mówiąc – odnośnie do każdego wprowadzonego kryterium zamawiający musi być w stanie i musi mieć zamiar sprawdzać, na ile poszczególne oferty rzeczywiście spełniają wymagania, do których odnosi się dane kryterium (na ile oferty są wiarygodne pod tym względem);
- każde kryterium (i opis jego stosowania) musi być sformułowane jednoznacznie i precyzyjnie, tak żeby każdy poprawnie/należycie poinformowany oferent, który dołoży należytej staranności, mógł interpretować je w jednakowy sposób;
- każde kryterium oceny ofert musi odnosić się do danego przedmiotu zamówienia (być z nim związane);
- kryteria oceny ofert nie podlegają zmianie w toku postępowania, przez cały czas trwania procedury powinny być interpretowane przez zamawiającego w jednakowy sposób;

Jeżeli w toku procedury odwoławczej któreś z kryteriów zostaje uchylone jako bezprawne, to złożone oferty nie mogą być oceniane tylko pod względem pozostałych kryteriów i wtedy całość procedury musi być unieważniona.

Izba przede wszystkim zaś wzięła pod uwagę Wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. (C-234/03), zgodnie z którym:

Art. 49 WE sprzeciwia się temu, aby instytucja zamawiająca zawarła w dokumentacji zamówienia na świadczenie usług zdrowotnych terapii oddechowej w miejscu zamieszkania i innych wspomagających technik oddechowych, po pierwsze, przesłanki dopuszczenia, która zobowiązuje przedsiębiorstwo oferenta do posiadania w chwili składania oferty biura dostępnego dla klientów w stolicy prowincji, w której mają być świadczone te usługi, i po drugie, kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od tej prowincji lub biur dostępnych dla klientów w innych miejscowościach tam określonych oraz temu, aby w przypadku równej ilości punktów pomiędzy kilkoma ofertami, i które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez więcej ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło daną usługę, w zakresie, w jakim kryteria te stosowane są w sposób dyskryminujący, nie są uzasadnione względami interesu publicznego, nie są odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu służą lub wykraczają poza to, co jest konieczne dla jego osiągnięcia, które to okoliczności powinny zostać zbadane przez sąd krajowy. Dyskryminujące jest ustalenie kryteriów oceny ofert, które uwzględniają, poprzez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych produkujących tlen, uzdatniających i napełniających butle tlenem, usytuowanych w odległości mniejszej niż 1000 km od prowincji oraz aby w przypadku równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzować przedsiębiorstwo, które wcześniej świadczyło takie usługi. Izba zatem stwierdziła, że skoro zamawiający nie wykazał ani związku kryterium z przedmiotem zamówienia, ani realnej możliwości osiągnięcia korzyści ekonomicznej z ustanowionego kryterium, a odwołujący uprawdopodobnił, że postawione kryterium ma charakter dyskryminujący, to należało uznać, że zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy w związku z art. 7 ust. 1 ustawy.

Jednakże Izba zobowiązana jest ocenić stwierdzone naruszenie także przez pryzmat postanowień art. 192 ust. 2 ustawy, który stanowi, że Izba może uwzględnić odwołanie tylko, jeżeli stwierdzone naruszenie miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. W przedmiotowej sprawie postanowienie siwz, które skarżył odwołujący nie istnieje już w brzmieniu zaskarżonym, gdyż zamawiający w toku procedury odwoławczej dokonał zmiany treści siwz. Tym samym na datę wyrokowania nowa treść tego postanowienia nie jest przedmiotem odwołania i z mocy art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Na zarzut składa się tak postawa faktyczna – w tym przypadku skarżone postanowienie siwz i podstawa prawna. Zatem jeśli uległa zmianie podstawa faktyczna zarzutu, to nie można uznać że jest to zarzut tożsamy z zarzutem odwołania. W konsekwencji odwołanie należało mimo stwierdzonego naruszenia oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy. Odwołujący zaś, aby jego zarzut w odniesieniu do nowego brzmienia postanowienia siwz mógł być rozpoznany musi skorzystać ze środków ochrony prawnej w dalszym toku procedury postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 36 ust. 1 pkt. 16) ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy przez brak ustalenia wymogów stawianych przez przepisy prawa odnośnie wymaganych prawem minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa, co stwarza zapisy dokumentacji przetargowej, w tym SIWZ oraz wzoru umowy, za iluzoryczne w tym zakresie oraz pozwala na dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie jest w stanie spełnić wymogów stawianych przez przepisy ochrony środowiska co jest kluczowe w zamówieniach związanych z gospodarką odpadami.

Zarzut nie potwierdził się. W ocenie Izby zamawiający opracował wzór umowy, który zawiera istotne dla zamawiającego postanowienia umowne. Ustawodawca jedynie w przypadku umów na roboty budowlane w art. 143d ustawy określił minimalny zakres tych postanowień, natomiast przy zamówieniach na usługę takich wymagań nie zawarł. Również obowiązku wprowadzenia takich postanowień nie zawierają przepisy ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, czy też ustawy Prawo ochrony środowiska. Brak jest zatem podstawy prawnej, którą naruszyłby zamawiający

przez zaniechanie wprowadzenia postanowień umownych dotyczących minimalnych rocznych poziomów odzysku i recyklingu oraz zakazów składowania odpadów biodegradowalnych powyżej limitów stawianych przepisami prawa. Sam zaś odwołujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że brak tych postanowień umownych utrudnia lub uniemożliwia mu przygotowanie oferty lub udział w postępowaniu, czy też godzi w jego interes. Odwołujący na rozprawie stwierdził jedynie, że wprowadzanie tych postanowień jest standardem w zamówieniach na zagospodarowanie odpadów i nie jest wystarczające zobowiązanie wykonawców do przestrzegania przepisów prawa. Jednak w ocenie Izby taka argumentacja nie jest wystarczająca dla uznania, że na zamawiającym ciążył obowiązek wprowadzenia żądanych postanowień do wzorca umownego. Tym samym zarzut należało oddalić.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47) obciążając odwołującego kosztami wpisu.

Przewodniczący:.....