

sygn. akt: KIO 3183/21

WYROK

z dnia 17 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 listopada 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 października 2021 r. przez wykonawcę TRANSPRZĘT sp. z o.o. sp.k., Zabłotce 51; 38-500 Sanok, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Baligród, Pl. Wolności 13; 38-606 Baligród,

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów opisanych w pkt 1, 4 i 6 odwołania.
2. Oddala odwołanie.
3. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę TRANSPRZĘT sp. z o.o. sp.k., Zabłotce 51; 38-500 Sanok i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę TRANSPRZĘT sp. z o.o. sp.k., Zabłotce 51; 38-500 Sanok, tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

sygn. akt: KIO 3183/21

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Baligród, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Baligród i ich zagospodarowanie w 2022 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP z dnia 22 października 2021 r., pod nr 2021/BZP 00242568/01.

Dnia 27 października 2021 roku wykonawca wykonawcę TRANSPRZĘT sp. z o.o. sp.k. (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na: niezgodnym z przepisami ustawy opisie przedmiotu zamówienia, niezgodnym z przepisami ustawy ustaleniu warunków udziału w postępowaniu, niezgodnym z przepisami ustawy ustaleniu kryteriów oceny ofert.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 434 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie możliwości wypowiedzenia umowy przez zamawiającego w każdym czasie i bez żadnych przyczyn,
2. art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala wykonawcom na ustalenie przedmiotu zamówienia oraz kalkulację ofert, poprzez brak wskazania ilości nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej, wolnostojącej i zagrodowej oraz ilości rodzaju pojemników i worków, które będą opróżniane/odbierane z nieruchomości,
3. art. 99 ust. 1 i art. 101 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala wykonawcom na ustalenie przedmiotu zamówienia oraz kalkulację ofert, poprzez brak podania ilości odpadów podlegających odbiorowi,
4. art. 99 ust. 1 i art. 101 ust. 2 ustawy Pzp, z uwagi na niejednoznaczny, nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala wykonawcom na ustalenie przedmiotu zamówienia oraz kalkulację ofert, poprzez brak wskazania, w jakie urządzenia pomiarowe (do mierzenia czego) powinny być wyposażone samochody służące do odbioru odpadów,
5. art. 433 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie do projektu umowy postanowienia przerzucającego na wykonawcę odpowiedzialność z powodu zdarzeń nie pozostających po jego stronie (odpowiedzialność za stan dróg dojazdowych do posesji),
6. art. 112 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie nieproporcjonalnego wymogu udziału w postępowaniu, dot. lokalizacji bazy magazynowo - transportowej,
7. art. 264 ustawy Pzp, poprzez brak określenia kryterium pozacenowego w przedmiotowym postępowaniu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany ogłoszenia/SWZ i załączników do tych dokumentów w następujący sposób:
 - a) wykreślenia z projektu umowy (załącznik nr 4 do ogłoszenia) § 11,
 - b) wskazania masy poszczególnych rodzajów odpadów, które będą objęte przedmiotem zamówienia (odbiorem i zagospodarowaniem), wraz z podaniem kodu odpadów wg. rozporządzenia Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów,
 - c) wskazania ilości nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej, wolnostojącej i zagrodowej oraz cmentarzy,
 - d) wskazania ilości i rodzaju pojemników/worków, które będą opróżniane/odbierane w ramach realizacji zamówienia, w tym w szczególności z cmentarzy,
 - e) wykreślenie pkt. II. 13) f) w załączniku nr 1 do SWZ,
 - f) zmianę pkt. V.4. Ogłoszenia poprzez wskazanie, że do udziału w postępowaniu dopuszczony zostanie wykonawca dysponujący bazą magazynowo- transportową

w odległości nie większej niż 60 km od gminy,

g) wprowadzenie jakościowego kryterium oceny ofert, odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, to jest np. wprowadzenie punktacji za niskoemisyjny odbiór i transport odpadów to jest np. za dysponowanie przez wykonawcę na cele realizacji zamówienia samochodami spełniającymi normy emisyjnej euro-6, w następujący sposób:

- 0 pojazdów - 0 pkt,
- 1 pojazd - 10 pkt,
- 2 pojazdy - 20 pkt,
- 3 pojazdy - 30 pkt,
- 4 pojazdy - 40 pkt.

3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania.

Odwołujący wskazał, że jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (dowód KRS). Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w przedmiotowym postępowaniu. Warunki przetargu określone przez zamawiającego w dokumentach zamówienia uniemożliwiają mu złożenie konkurencyjnej oferty, a także jej prawidłową ocenę. Nieprawidłowe czynności zamawiającego narażają zatem odwołującego na szkodę w postaci możliwości utraty zarobku - spodziewanego zysku z uzyskania i realizacji zamówienia. Celem odwołania jest nie tylko umożliwienie złożenia prawidłowej oferty w postępowaniu, ale również złożenie oferty atrakcyjnej cenowo i najkorzystniejszej dla zamawiającego.

Odwołujący na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy oświadczył, iż wycofuje zarzuty nr 1, 4 i 6 odwołania.

Odwołujący, w zakresie zarzutów podtrzymanych wskazał, co następuje.

Zarzut 2. Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych. W dokumentach zamówienia: SWZ i Opisie przedmiotu zamówienia brak jest informacji o:

- ilości nieruchomości jednorodzinnych,
- ilości nieruchomości wielorodzinnych,
- z których mają być odbierane odpady.

Brak jest również wskazania ilości i rodzajów pojemników, jakie są na terenie nieruchomości wielorodzinnych.

W pkt. II ust. 1 SWZ zamawiający określił, że odbiór odpadów ma odbywać się spod każdej posesji (nie podał ilości tych posesji). Zgodnie z aktualnym stanem prawnym właściciele nieruchomości mogą wybrać, czy pozostają w gminnym systemie zbiórki i zagospodarowania odpadów, czy zawrą umowę poza gminnym systemem zbiórki. Oznacza to, że wykonawca nie może zweryfikować danych, których brak jest w SWZ samodzielnie (np. poprzez wizję lokalną). Danymi tymi dysponuje jedynie gmina, jako upoważniona do przetwarzania danych osobowych wynikających z deklaracji składanych przez właścicieli nieruchomości. Wykonawca nie może zebrać ich samemu. Natomiast odbiór odpadów wygląda przedmiotowo inaczej, przy zabudowie wielorodzinnej i jednorodzinnej. Przy zabudowie wielorodzinnej należy rozplanować trasę, inny jest koszt odbioru, zaangażowania pracownika itp. Odbiór 1 Mg inaczej wygląda z osiedla mieszkaniowego, a inaczej z zabudowy jednorodzinnej, w tym gospodarskiej (o małym skoncentrowaniu). Natomiast ryczałt cenowy w umowie jest ten sam. Oznacza to, że brak jest danych jednoznacznie pozwalających na oszacowanie ofert. Brak danych uprzywilejowuje wykonawcę, który dotychczas wykonywał umowę w zakresie tożsamej usługi względem pozostałych wykonawców. Ponadto, w SWZ nie ma informacji o ilości i lokalizacji cmentarzy, z których mają być odbierane odpady. Brak jest wskazania ilości i rodzajów pojemników jakie mają być odbierane z cmentarzy. Załącznik nr 1 do SWZ wskazuje, że w 2021 r. z terenu gminy Baligród odebrano 20 Mg odpadów cmentarnych. Brak tego typu odpadów w katalogu odpadów określonym rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. w sprawie katalogu odpadów. Natomiast wiele gmin prowadzi selektywną zbiórkę odpadów

z cmentarzy. Wykonawca nie jest w stanie należycie skalkulować ceny, a także swoich obowiązków (obwarowanych karami umownymi) bez znajomości ilości posesji, a także ilości i rodzajów pojemników i worków (w szczególności ich wielkości), które będzie opróżniał i zbierał w trakcie realizacji zamówienia. Prawidłowy opis zamówienia jest warunkiem koniecznym dla podjęcia decyzji o złożeniu oferty i kalkulacji oferty.

Zarzut 3. Zamawiający zaniechał wskazania ilości odpadów, podlegających odbiorowi i zagospodarowaniu odpadów w ramach zamówienia, a w odniesieniu do pewnych danych pojawiają się rozbieżności. Przedmiotem zamówienia jest odbiór wszystkich odpadów

komunalnych z okresie od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2022 r. Zgodnie z pkt 11.3. OPZ: Wykonawca odbiera od właścicieli nieruchomości - spod każdej posesji - każdą zebraną ilość wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia odpadów komunalnych według opracowanego przez Wykonawcę harmonogramu odbioru, uzgodnionego z Zamawiającym.

W dokumentach zamówienia brak jest jakichkolwiek danych dot. ilości poszczególnych odpadów, które będą podlegały odbiorowi i zagospodarowaniu w 2022. W związku z powyższym nie wiadomo, co jest przedmiotem zamówienia: odbiór jakiego rodzaju odpadów i w jakiej ilości. Koszt odbioru i zagospodarowania poszczególnych frakcji odpadów (niesegregowanych, bio, szkła, papieru, metalu, tworzyw sztucznych, itd. jest różny). W ramach realizacji założeń gospodarki cyrkularnej, należy wskazać, że niektóre z odpadów, po przygotowaniu, stanowią surowiec, który można sprzedać. Posiadają zatem pewną wartość. Dlatego dokładne określenie przez zamawiającego, jakiego rodzaju odpady i w jakiej wielkości będą odbierane i zagospodarowywane, jest kluczowe z punktu widzenia złożenia oferty przez wykonawcę. Brak danych lub nieścisłości w danych oznaczają, że każdy z wykonawców może przyjąć, do kosztorysu, inną wartość. Ogłoszenie, SWZ i załączniki do tych dokumentów w żaden sposób nie wskazują tych ilości. Dokumenty zamówienia nie określają ani minimalnego zakresu zamówienia ani maksymalnego zakresu zamówienia. Dokumenty zamówienia wskazują na pewne szacunkowe dane historyczne, które mogą dawać wskazówkę wykonawcom, co będzie przedmiotem zamówienia w roku 2022. Są to:

- pkt. II ust. 2 SWZ, zgodnie z którym, do szacowania wartości zamówienia przyjęto 350 Mg odpadów zmieszanych i 250 Mg odpadów zebranych selektywnie,
- formularz oferty, który sformułowany jest w ten sposób, że wykonawca podaje cenę za 1 Mg odpadów zmieszanych i bio oraz 1 Mg odpadów zebranych selektywnie; a nadto należy podać cenę za 400 Mg odpadów zebranych i bio i 200 Mg odpadów zebranych selektywnie,
- dane z 2021 r.

Żadne z powyższych danych nie pokrywają się ze sobą. Dane te nie mogą stanowić podstawy szacowania oferty, ponieważ poddają się różnej interpretacji. Przykładowo, dokumenty zamówienia nie wskazują w ogóle, czy w roku 2021 zebrano zużyte baterie i akumulatory. W roku 2022 te odpady są wymienione do zbierania - brak jest jednak wskazania ich ilości, które wykonawca miałyby zagospodarować w roku 2022. Przetworzenie baterii jest bardzo kosztowne z uwagi na ich skład oraz konieczność przechowywania - nieprawidłowości grożą pożarem. Dokumenty zamówienia powinny zatem wskazywać, co najmniej maksymalny wolumen tego typu odpadów. Formularz ofertowy skonstruowany jest w oparciu o inne dane, niż przyjęte do szacowania wartości zamówienia (pkt. II ust. 2 SWZ). Natomiast dane z pkt. II ust. 2 SWZ nie pokrywają się z danymi z załącznika nr 1 (dane historyczne).

Zgodnie z formularzem ofertowym (załącznik 2 do Ogłoszenia) wykonawca ma podać cenę za odbiór i zagospodarowanie 400 Mg odpadów zmieszanych i biodegradowalnych. Natomiast w SWZ zamawiający nie podał żadnych ilości dot. odpadów biodegradowalnych, których odbiór i zagospodarowanie ma być przedmiotem zamówienia. W roku 2021 r. odebrano 0 (zero) Mg takich odpadów. W SWZ podana jest ilość 350 Mg odpadów zmieszanych jako „podstawa przyjęta do kalkulacji wartości zamówienia”. Czy oznacza to, że wykonawca dla szacowania łącznej stawki za zagospodarowanie 1 Mg odpadów zmieszanych i biodegradowalnych powinien założyć, że odpadów biodegradowalnych będzie 0 Mg czy 50 Mg w łącznym wolumenie 400 Mg? Odpady biodegradowalne („bio”) zbiera się selektywnie. Zagospodarowanie odpadów bio jest niedrogie. Najdroższe jest zagospodarowanie odpadów zmieszanych (cena za składowanie). Zaproponowany przez zamawiającego podział w formularzu ofertowym cenę ryczałtową za 1 Mg zagospodarowania odpadów zmieszanych i biodegradowalnych powoduje, przy braku podania ilości odpadów zmieszanych objętych umową, braku podania ilości odpadów bio objętych umową, zupełną nieporównywalność ofert wykonawców, bowiem nie wiadomo, jaką proporcję odpadów przyjął do oferowanej stawki ryczałtowej. W formularzu ofertowym (załącznik 2 do Ogłoszenia) wskazano 200 Mg odpadów segregowanych natomiast w pkt. II ust. 2 SWZ

wskazano, że do szacowania wartości zamówienia przyjęto 250 Mg odpadów segregowanych. Z SWZ nie wynikają maksymalne limity odpadów przekazanych do odbioru i zagospodarowania wykonawcy. Jaką ilość odpadów zebranych selektywnie ma przyjąć do kalkulacji oferty wykonawca? Wskazane błędy nie pozwalają na prawidłowe przygotowanie oferty.

Zarzut 5. Odpowiedzialność za stan dróg dojazdowych do posesji (str. 4 załącznika nr 1 do SWZ, pkt. 13) f):

Utrzymanie dróg gminnych jest zadaniem własnym gminy. Utrzymanie dróg gminnych nie jest objęte niniejszym postępowaniem. Tymczasem, zamawiający przerzuca na wykonawcę odpowiedzialność, za brak/opóźnienie w odbiorze opadów z powodu braku dojazdu do nieruchomości:

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ (str. 4 pkt. 11. 1 3) f): Wykonawca jest zobowiązany do odbioru i transportu odpadów komunalnych również w przypadku, kiedy dojazd do nieruchomości, z których będą odbierane odpady będzie znacznie utrudniony, w szczególności z powodu remontu dróg, dojazdów itp. W takich przypadkach Wykonawcy nie przysługują roszczenia z tytułu wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy.

W szczególności w przypadku remontu drogi gminnej, to na zarządcy drogi powinny spoczywać koszty wywołane tym remontem przez czas trwania robót budowlanych, do czasu uprzątnięcia placu budowy i oddania drogi do użytkowania. Gmina (zamawiający) będzie również dysponował odpowiednimi narzędziami egzekwowania od wykonawców robót odpowiedniego wykonania umów obejmujących remonty.

Zgodnie z art. 433 ustawy Pzp [Zakazane postanowienia umowy] - Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać:

- 1) odpowiedzialności wykonawcy za opóźnienie, chyba że jest to uzasadnione okolicznościami lub zakresem zamówienia
- 2) naliczania kar umownych za zachowanie wykonawcy niezwiązane bezpośrednio lub pośrednio z przedmiotem umowy lub jej prawidłowym wykonaniem;
- 3) odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający;
- 4) możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron.

W dokumentach zamówienia brak jest wskazania danych nieruchomości ani trasy dojazdu do posesji, z których mają być odbierane odpady. Nie wiadomo czy do każdej posesji prowadzi przejezdna droga, czy jest to droga gminna, czy prywatna. Nie można stwierdzić tego przez wizję lokalną gdyż nie wiadomo, które nieruchomości pozostają w gminnym systemie zbiórki i zagospodarowania odpadów.

Zarzut 7. Kryteria oceny ofert. Zgodnie z OPZ kryteriami oceny ofert są cena, oraz aż w 40% termin płatności faktury, to jest zdolność do kredytowania zamawiającego przez ten okres, co należy uznać również za kryterium cenowe. Ustalenie na poziomie aż 40% terminu płatności faktury, oraz ustalenie jako maksymalny termin, który jest dopuszczalny zgodnie z prawem i na ogół i tak stosowany w transakcjach handlowych jest kryterium zastrzeżonym dla pozor, w celu omięcia przepisów ustawy Pzp - art. 246. Jest bowiem pewne, że wszyscy wykonawcy zaoferują maksymalny czas płatności (30 dni). Jest to postanowienie sprzeczne z ustawą, a więc niewiążące z mocy prawa (art. 58 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Kryteria oceny ofert powinny być zatem ustalone na nowo.

Zgodnie z art. 246 ustawy Pzp zw. z art. 9 pkt 2 ustawy o finansach publicznych. Jednostki samorządu terytorialnego nie stosują kryterium ceny, jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Określone w zamówieniu kryteria oceny ofert są zatem niezgodne z ustawą Pzp. Zamawiającym obok kryterium ceny powinien wprowadzić kryterium jakościowe.

Uzasadnienie żądania w zakresie propozycji wprowadzenia kryterium ekologicznego.

Wykonawca wskazuje, jako proponowane, transparentne, obiektywne, odnoszące się do przedmiotu zamówienia i ekologiczne: kryterium oceny ofert szeroko stosowane w branży kryterium ekologiczne, którym może być posiadanie przez samochody, o których mowa w pkt 4 SWZ normy ekologicznej EURO-6, np. według wzoru:

1 pojazdów - 0 pkt

- 2 pojazd - 10 pkt
- 3 pojazdy - 20 pkt
- 4 pojazdy - 30 pkt
- 5 pojazdy - 40 pkt

Powyższe pozwoli osiągać cele ekologiczne w gminie i będzie również czytelne dla mieszkańców w kontekście dbałości zamawiającego o jakość powietrza. Kryterium to jest zalecane przez UZP oraz Komisję Europejską i szeroko stosowane w branży.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający wskazał, co następuje.

Zamawiający w związku z odwołaniem dokonał następujących zmian w Ogłoszeniu i SWZ:

W dniu 12 listopada 2021 r. zamawiający:

- 1) usunął § 11 z projektu umowy, tj. załącznika nr 4 do SWZ,
- 2) zmienił zapis w dziale II pkt 13 lit. f w załączniku nr 1 do SWZ w ten sposób, że otrzymał on następującą treść:

„f) odbioru i transportu odpadów komunalnych również w przypadku, kiedy dojazd do nieruchomości, z których będą odbierane odpady będzie znacznie utrudniony, w szczególności z powodu remontu dróg, dojazdów itp. W takich przypadkach Wykonawcy przysługuje roszczenie z tytułu wzrostu kosztów realizacji przedmiotu umowy o udokumentowane zwiększone koszty realizacji przedmiotu umowy”.

- 3) zmienił opis Ogłoszenia w sekcji V pkt 5.4 w ten sposób, że otrzymał on następującą treść: „Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest

obowiązany dysponować bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie Gminy Baligród, lub odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Baligród”.

W dniu 15 listopada 2021 r. zamawiający zmienił w dziale II pkt 3 ppkt 8 w załączniku nr 1 do SWZ w sposób następujący:

„Wykonawca zobowiązany jest do spełnienia wymagań określonych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122), tj. dysponuje odpowiednią bazą magazynowo transportową oraz pojazdami i urządzeniami, umożliwiającymi realizację przedmiotu zamówienia. Wykonawca w zakresie realizacji zamówienia zobowiązany jest do zapewnienia odpowiedniego stanu technicznego i sanitarnego pojazdów i urządzeń służących do odbioru odpadów komunalnych. Pojazdy i urządzenia muszą być zabezpieczonymi przed niekontrolowanym wydostawaniem się na

zewnątrz odpadów podczas ich załadunku i transportu, a pod koniec dnia roboczego opróżnione i zaparkowane wyłącznie na terenie bazy magazynowo - transportowej”.

Mając na uwadze powyższe zmiany, zamawiający wskazał, że dokonał ich w oparciu o stanowisko odwołującego zawarte w zarzutach nr 1, 4, 5, 6 odwołania. Odnosząc się natomiast do pozostałych zarzutów tj. nr 2, 3 i 7 zamawiający wskazał, że nie podziela on

stanowiska i argumentacji zaprezentowanych przez odwołującego.

Odwołujący w pkt 2 odwołania zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający przygotowując w niniejszym postępowaniu opis przedmiotu zamówienia kierował się dyspozycją z art. 99 ust. 1 oraz art. 16 ustawy Pzp. Zamawiający zdaje sobie sprawę, że brak właściwych lub precyzyjnych informacji (w tym także użycie nieprecyzyjnych, niejednoznacznych zwrotów), na podstawie których wykonawcy mogą dokonać rzetelnej kalkulacji oferty jest naruszeniem przepisów ustawy Pzp. Jednakże podkreślić należy, iż zamawiający pewnych informacji, czy danych może nie posiadać, nawet jeżeli dołoży należytej staranności, takich informacji, czy danych może nie zdobyć. W sytuacji, gdy zamawiający taki danymi nie dysponuje, to z oczywistych względów nie jest w stanie zawrzeć takich informacji w opisie przedmiotu zamówienia. Tytułem przykładu przywołać należy tezy z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 października 2020 r. (KIO 2537/20) zgodnie z którymi: „Izba stwierdza, że zamawiający odpowiedzialnie nie może

przedstawić wykonawcom więcej informacji niż sam posiada i jednocześnie do których to informacji zamawiający ma pewność, że nie wprowadzą wykonawców w błąd ze względu na ulotność tych informacji czy uzyskanie ich z niepewnego źródła bądź w okolicznościach, które mogą wpływać na rzetelność tych informacji. Zamawiający wykazał, że nie może z wystarczającą dozą pewności przedstawić informacji o liczbie nieruchomości niezamieszkałych, z których wykonawca będzie odbierać odpady”. Konkludując swoje wywody w dalszej części uzasadnienia orzeczenia Izba stwierdza, że „przerzucanie ryzyka w przypadku niedoprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia może powodować wyższe wycenienie ofert przez bardziej doświadczonych wykonawców i niższe wyceny przez bardziej ryzykanckich wykonawców, ale nie narusza to żadnych przepisów, gdyż to od indywidualnej decyzji czy taktyki danego wykonawcy zależy bardziej lub mniej zachowawcze bądź ryzykanckie zaproponowanie ceny ofertowej”.

W związku z powyższym, zamawiający nie jest w stanie przewidzieć z odpowiednią dokładnością z ilu nieruchomości w zabudowie jednorodzinnej, wolnostojącej, zagrodowej będą odbierane odpady, gdyż liczba ta może się zmienić. Tak samo nie jest w stanie podać ilości i rodzajów pojemników i worków, które będą opróżniane/odbierane z nieruchomości. Są to dane, które mogą ulegać zmianie i zależą od czynników niezależnych od zamawiającego (np. wybudowanie nowych domów jednorodzinnych, zmniejszenie przez mieszkańców Gminy Baligród wytwarzania śmieci itp.). Dlatego też, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż nie podał ilości odpadów podlegających odbiorowi. Mimo tego, że zamawiający nie jest w stanie przewidzieć jaka ilość odpadów zostanie odebrana w roku 2022 r. to w załączniku nr 1 do SWZ podał wielkości odebranych odpadów, z podziałem na ich rodzaj w roku 2021 r. W oparciu o powyższe dane, przyjął na potrzeby kalkulacji wartości zamówienia, że w trakcie realizacji zamówienia do dnia 31.12.2022 r. odebrane może zostać 350 Mg odpadów komunalnych niesegregowanych oraz około 250 Mg odpadów segregowanych. Jest to wystarczająca wartość, która pozwala w sposób prawidłowy wycenić usługę.

Odnosząc się natomiast do ostatniego zarzut nr 7 zamawiający podniósł, że wskazane w OPZ kryterium oceny ofert „termin płatności faktury” jest zgodne z przepisami ustawy Pzp. Aktualna zostaje nadal teza uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 września 2002 r., która stanowi, że „Termin płatności ceny może być przyjęty przez podmiot udzielający zamówienia publicznego jako jedno z kryteriów oceny oferty (art. 2 ust. 1 pkt 8 i art. 27d ust. 1 i 2 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, jedn. tekst: Dz. U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664).” (Uchwała SN z 18.09.2002 r., III CZP 52/02, OSNC 2003, nr 6, poz. 79).

Mając powyższe na uwadze, nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

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

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

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

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

W związku z oświadczeniem odwołującego, złożonym na posiedzeniu, o wycofaniu zarzutów opisanych w pkt 1, 4 i 6 odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze we wskazanym zakresie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Przepis art. 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, iż przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń,

uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Norma omawianego przepisu stanowi zatem wytyczną dla zamawiającego, dająca wykładnię prawidłowego opisu przedmiotu zamówienia. Ustawodawca wskazał bowiem, iż opis przedmiotu zamówienia musi być dokonany w taki sposób, aby wykluczyć niejednoznaczność zamawianego towaru lub usługi, a nadto zamawiający winien dołożyć należytej staranności aby dokonany opis był wyczerpujący. Przy czym zamawiający musi posługiwać się określeniami dostatecznie dokładnymi i zrozumiałymi dla potencjalnego wykonawcy. Oczywistym jest, że każdy przedmiot zamówienia dedykowany jest nie dla wszystkich wykonawców, ale dla grupy wykonawców, których przedmiot działalności związany jest z danym przedmiotem zamówienia. Tym samym wykonawca, będący przedsiębiorcą, którego głównym zamierzeniem gospodarczym jest świadczenie usług związanych z przedmiotem zamówienia, musi posiadać określone doświadczenie oraz legitymować się stosownym potencjałem kadrowo-sprzętowym. Okoliczność, iż opis przedmiotu zamówienia nie zawsze wypełnia wolę wykonawcy na określony przez niego sposób świadczenia nie oznacza jeszcze, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany z naruszeniem ww. przepisu. Trzeba bowiem mieć na uwadze, iż zamawiający nie zawsze jest w posiadaniu pełnej wiedzy na temat przedmiotu zamówienia. Istotne jest, aby posiadaną przez siebie wiedzę podzielił się z wykonawcami w taki sposób, aby mieli oni możliwość prawidłowego skalkulowania oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający taką wiedzą, istotną z punktu widzenia prawidłowej realizacji zamówienia, podzielił się z wykonawcami, podając zakres posiadanych przez siebie informacji w SWZ i OPZ. Wszelkie drobne informacje, które pozostają bez wpływu na prawidłowość oceny czynności zamawiającego, pozostają w gestii wykonawcy, który mając takie narzędzia jak choćby wycenę ryzyka i odpowiednie wkalkulowanie go w cenę oferty, mogą prawidłowo zidentyfikować przedmiot zamówienia.

Zarzuty 2 i 3 - Izba stwierdziła, że odwołujący nie wykazał, w jaki sposób brak wskazania przez zamawiającego ilości nieruchomości oraz ilości i rodzaju pojemników i worków, uniemożliwi czy też utrudni odwołującemu prawidłową wycenę oferty. W okolicznościach przedmiotowego odwołania w sytuacji, w której, jak wynika z dowodów złożonych przez odwołującego oraz oświadczeń stron, odwołujący świadczył już usługę na terenie gminy zamawiającego wynika, iż odwołujący zna specyfikę i zakres świadczenia usługi. Powyższe oznacza, że nie jest prawdą, jak twierdził odwołujący, że brak podania żądanych informacji uniemożliwia mu prawidłową wycenę oferty.

Niezasadne jest również stanowisko odwołującego, że zamawiający nie podając ilości odpadów uniemożliwia odwołującemu ustalenie przedmiotu świadczenia i kalkulację oferty, gdyż zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ pkt 2 ust. 1 (OPZ) podał zakres obejmujący przedmiot zamówienia do wykonania przez wykonawców, cyt. „1. Z obszaru Gminy w 2021 r. odebrano niżej wymienione odpady komunalne w ilości:

- Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne: około 342 Mg;
- Opakowania z tworzyw sztucznych ,opakowania wielomateriałowe: około 95 Mg;
- Opakowanie ze szkła: około 70 Mg;
- Odpady ulegające biodegradacji: około 0 Mg;
- Opakowania z papieru i tektury: 10 Mg.
- Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne: 10,0 Mg
- Odpady wielkogabarytowe: 47,0 Mg
- Odpady cementarne: 20 Mg”.

Powyższe oznacza, że zamawiający przekazał wykonawcom informację, jakie odpady i w jakiej wysokości były odbierane w 2021 roku. Jednocześnie w ust. 2 ww. OPZ zamawiający podał „W okresie realizacji zamówienia (do dnia 31.12.2022 r.) przyjęto 350 Mg odpadów komunalnych niesegregowanych oraz około 250 Mg odpadów segregowanych”.

Odwołujący jest zatem w stanie ustalić, zakres frakcji oraz wielkości odpadów przewidzianych do zbierania w 2022 roku.

Zarzut nr 5 - zdaniem Izby zarzut odwołującego, a co za tym idzie żądanie odwołującego jest niezasadne, albowiem odwołujący żąda wykreślenia pkt II. 13) f) z załącznika nr 1 do SWZ. Wypełnienie tego żądania prowadziłoby de facto do umożliwienia odwołującemu nie odbierania odpadów w przypadku, gdy dojazd do miejsca odbioru jest utrudniony. Wskazać należy, że celem przedmiotowego postępowania jest m.in. odbiór odpadów, zgodnie

z obowiązkami nałożonymi na gminę, realizowanego przez podmiot wybrany do realizacji tego zadania. Odstąpienie zatem od tego wymogu nie jest dopuszczalne. Izba wskazuje, iż zamawiający dokonał modyfikacji ww. postanowienia OPZ, dopuszczając możliwość wystąpienia z roszczeniem do zamawiającego w przypadku udokumentowanego przez wykonawcę zwiększonego kosztu realizacji świadczenia w przypadku wystąpienia utrudnienia z dojazdem do punktu odbioru. Tym samym z jednej strony zamawiający zapewnia odbiór odpadów, a z drugiej będzie rekompensował wykonawcy trudności z ich odbiorem.

Zarzut nr 7 - odwołujący w przedmiotowym zarzucie kwestionuje uprawnienie zamawiającego do ustalania kryteriów oceny ofert wg. własnych (zamawiającego) zamierzeń i celów podnosząc, iż zasadne byłoby ustanowienie pozacenowego kryterium związanego z dysponowaniem przez wykonawcę pojazdami o normie emisji spalin EURO-6. Zdaniem Izby, odwołujący nie wykazał jednak, jak ustanowienie takiego kryterium wpłynie na wybór przez zamawiającego oferty najkorzystniejszej, która spełni wszystkie oczekiwania zamawiającego, bez uszczerbku dla zamawiającego np. w poniesionych kosztach realizacji tego zadania. Odwołujący nie wykazał również, jak wprowadzenie żądanego kryterium pozytywnie wpłynie na osiągnięcie i w jakiej wysokości, celów ekologicznych, o których wskazywał w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: