Sygn. akt KIO 2297/16

WYROK
z dnia 20 grudnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 grudnia** 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 grudnia** 2016 r. przez wykonawcę **J. Z., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianki** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**

orzeka:

1.1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu znaczenia kryterium „odległość instalacji od bazy Zamawiającego" i określenia opisu tego kryterium oraz nakazuje zamawiającemu dokonanie zmiany wag tego kryterium i określenia jego opisu.
1.2. Oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów.

---

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa**
i:
2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę J. Z., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianki** tytułem wpisu od odwołania;
2.2) zasądza od zamawiającego **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa** na rzecz **wykonawcy J. Z., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą P.P.H.U. Lekaro J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianki** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. **U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, poz. 996, poz. 1020, poz. 1250 i poz. 1579)** na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2297/16

Uzasadnienie

Zamawiający Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania w m.st. Warszawie sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, ul. Obozowa 43, 01-161 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Zagospodarowanie zmieszanych odpadów opakowaniowych z selektywnej zbiórki o kodzie 15 01 06«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 25.11.2016 r. pod nrem 2016/S 228-415391.
Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r.

– Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 oraz z 2016 poz. 831, poz. 996, poz. 1020, poz. 1250 i poz. 1579) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Wykonawca P.P.H.U. LEKARO J. Z., Wola Ducka 70A, 05-408 Glinianki, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł 5.12.2016 r. do Prezesa KIO odwołanie na postanowienia SIWZ.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez określenie kryterium oceny ofert „odległość instalacji od bazy Zamawiającego" w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także prowadzący do opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;
2) art. 91 ust, 3 Pzp przez zastosowanie kryterium „odległość instalacji od bazy Zamawiającego", które dotyczy właściwości wykonawcy;
3) zarzut ewentualny podnoszony na wypadek braku uwzględnienia powyższych zarzutów (pkt 1 i pkt 2) – naruszenie art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez:
   a) określenie znaczenia kryterium „odległość instalacji od bazy Zamawiającego", a także kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów" z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności, a także prowadzący do opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję,
   b) określenie opisu kryterium „odległość instalacji od bazy Zamawiającego", z naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji

oraz proporcjonalności, a także prowadzący do opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;
4) art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp przez brak określenia maksymalnego możliwego do zaoferowania poziomu procentowego wysortowanej frakcji odpadów w kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów", co skutkuje niezachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także prowadzi do opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję;
5) art. 29 ust. 2 Pzp przez sformułowanie wymogu, aby kopie kart przekazania odpadów wytworzonych, faktury potwierdzające przekazanie odpadów wytworzonych oraz potwierdzenia zapłaty były przekazane najpóźniej do 5 dnia roboczego następnego miesiąca.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ oraz tożsamych zmian ogłoszenia o zamówieniu w postaci:

1) usunięcia kryterium „odległość od bazy zamawiającego zlokalizowanej przy ul. Tatarskiej 2/4 w Warszawie od instalacji wykonawcy";
2) żądanie ewentualne (związane z zarzutem ewentualnym z pkt 3 odwołania):
   a) ustalenie wagi kryterium „odległość instalacji od bazy zamawiającego" na poziomie 10%,
   b) ustalenie wagi kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów" na poziomie 30%,
   c) ustalenie zasad punktacji w kryterium instalacji od bazy „odległość zamawiającego" w następujący sposób:
      – odległość do 19 km –100 pkt,
      – odległość od 20 do 38 km – 50 pkt,
      – odległość 39 km i powyżej – 0 pkt;
3) określenie maksymalnego możliwego do zaoferowania poziomu procentowego wysortowanej frakcji odpadów w kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów" na poziomie 40%;
4) zmianę pkt 11 OPZ (część II SIWZ) przez wykreślenie obowiązku przekazywania do 5 dnia roboczego każdego miesiąca kopii kart przekazania odpadów wytworzonych, faktur potwierdzających przekazanie odpadów wytworzonych oraz potwierdzenia zapłaty ewentualnie wydłużenie ww. terminu do 25 dnia roboczego każdego

miesiąca.

Argumentacja odwołującego

Odwołujący, jako przedsiębiorca prowadzący działalność objętą przedmiotem zamówienia ma interes w jego uzyskaniu. Będące przedmiotem odwołania postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ utrudniają, a wręcz uniemożliwiają odwołującemu uzyskanie zamówienia, w szczególności prowadząc do jego dyskryminacji ze względu na lokalizację posiadanego przez niego potencjału technicznego. Naruszenie wskazanych przepisów, skutkujące osłabieniem pozycji konkurencyjnej odwołującego, prowadzi z kolei do możliwości powstania po jego stronie szkody.

Uzasadnienie

1. Zarzut dotyczący kryterium „odległość od bazy zamawiającego zlokalizowanej przy ul. Tatarskiej 2/4 w Warszawie od instalacji Wykonawcy”

a)

Stosownie do treści art. 7 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Obowiązki w tym zakresie dotyczą przede wszystkim określenia kryteriów oceny ofert, które mają zasadniczy wpływ dla ustalenie, który wykonawca uzyska zamówienie.

Zamawiający z naruszeniem art. 7 ust. 1 Pzp zastosował kryterium „odległość instalacji od bazy zamawiającego” (rozdział IV pkt 20 SIWZ). Zastosowanie tego kryterium prowadzi do dyskryminacji odwołującego ze względu na lokalizację prowadzonej przez odwołującego instalacji, przy której użyciu odwołujący zamierza zapewnić realizację zamówienia.

Szczegółowe wymagania dotyczące świadczenia usług związanych z gospodarowaniem odpadami określone są w przepisach ustawy z dnia 24 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.) – dalej: „ustawa o odpadach”. Ustawa o odpadach wprowadza rygorystyczne wymagania m.in. w zakresie miejsca przetwarzania odpadów. W art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach wskazano, że zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych nie mogą być przetwarzane poza obszarem regionu gospodarki, na którym zostały wytworzone. Wskazać należy, że stosownie do art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach podział na regiony gospodarki odpadami komunalnymi wraz ze wskazaniem gmin wchodzących w skład regionu oraz wykaz regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi określony jest w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami (dalej: „WPGO”).

Przepisy ustawy o odpadach w sposób znaczący ingerują w lokalizację instalacji, w której odpady zmieszane mogą zostać przetworzone, a zatem w miejsce, w którym mogą być świadczone usługi będące przedmiotem zamówienia. W odniesieniu do przedmiotowego zamówienia mogą być one przetworzone wyłącznie w instalacji ujętej w wykazie

regionalnych instalacji przetwarzania odpadów dla regionu warszawskiego zawartym w WPGO. Takie działanie jest w pełni uzasadnione względami, ochrony środowiska, życia i zdrowia ludzi, co podkreśla ustawodawca w art. 1 ustawy o odpadach.

Odwołujący uznaje, że wprowadzenie przez zamawiającego kolejnego obostrzenia w zakresie lokalizacji instalacji (odległość instalacji z regionu od bazy zamawiającego), wykraczającego poza regulacje ustawy o odpadach, prowadzi do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp. Kryterium to nie jest ponadto uzasadnione względami interesu publicznego, nie jest odpowiednie dla zagwarantowania realizacji celu, któremu ma służyć, jak też wykracza poza to, co jest konieczne dla osiągnięcia obiektywnie określonych celów w zakresie zagospodarowania odpadami, a zatem narusza zasadę proporcjonalności.

Stosownie do art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę lub technologię, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być one przetworzone. W odniesieniu do odpadów wymienionych w art. 20 ust. 7 ustawy o odpadach, w tym zmieszanych odpadów

komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, wyrażona w tym przepisie „zasada bliskości" realizowana jest właśnie przez wymóg zagospodarowania ich wyłącznie w instalacji zlokalizowanej we wskazanym regionie administracyjnym. Podkreślić należy, że zasada ta nie może być rozumiana jako „bliskość geograficzna", ale „bliskość administracyjna".

Uwzględniając powyższe, nie można przyjąć, że wyrażona w ustawie o odpadach zasada bliskości stanowi podstawę do przyjęcia przez zamawiającego przedmiotowego kryterium.

W opracowanym przez Instytut Sobieskiego Krajowym Planie Gospodarki Odpadami 2030 (wyd. 2016, Instytut Sobieskiego) wskazano:

– »zgodnie z obowiązującymi regulacjami prawnymi, zasada bliskości rozumiana jest jako podział województw na mniejsze jednostki – regiony gospodarki odpadami, w których wytworzone odpady są zagospodarowane („bliskość administracyjna"), nie zaś jako faktyczna odległość pomiędzy miejscem wytworzenia i zagospodarowania odpadów („bliskość geograficzna")«.

Uwzględniając powyższe należy stwierdzić, że niedopuszczalne jest dalsze różnicowanie Instalacji według kryterium „bliskości geograficznej", rozumianej, jako odległość instalacji z regionu od miejsca wytworzenia odpadów. Kryterium bliskości w równym stopniu spełniają wszystkie instalacje regionalne wymienione w WPGO. Według tego kryterium wszystkie instalacje z regionu zlokalizowane są „równie blisko".

Zasada bliskości wyrażona w ustawie o odpadach została skomentowana w orzeczeniu KIO z 11 sierpnia 2015 r. sygn. akt KIO 1594/15. W orzeczeniu tym wskazano:

– »Zasada bliskości, jako zalecenie dotyczy wszystkich rodzajów odpadów. Dla kilku grup odpadów ustawodawca określił jednak szczególne reguły postępowania zawężające zasadę bliskości do terenu województwa, w którym te odpady zostały wytworzone (z pewnymi wyjątkami)«.

Orzeczenie to potwierdza, że w odniesieniu do odpadów objętych przedmiotem zamówienia, a zatem wymienionych w art. 20 ust. 7 Pzp, zasada bliskości nie może być rozumiana jako uprawnienie, do różnicowania instalacji położonych w regionie według ich odległości geograficznej od miejsca zlokalizowania odpadów.

Ponadto wyrok Sądu Najwyższego z 3 marca 2010 r. cytowany w orzeczeniu KIO z 07 czerwca 2016 r., sygn. akt KIO 846/16, wydany w sprawie o sygn. akt: III SK 37/09, w którym wskazano:

– »priorytet przy wskazywaniu miejsc, w których odpady zostaną poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, ma nie odległość od miejsca powstania odpadu, lecz „najlepsza dostępna technika lub technologia". Kryterium odległości nie ma zatem decydującego znaczenia, tym bardziej że przepisy nie precyzują w ogóle w jaki sposób należy wyznaczać „najbliżej położone miejsca"«,
– »respektowanie Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami (WPGO) należy rozumieć w ten sposób, że gmina ma obowiązek wyznaczenia takiego składowiska, które zostało wskazane jako właściwe dla przyjmowania odpadów z odbieranych z jej terytorium«.

Odwołujący wskazuje, że prowadzona przez niego instalacja spełnia wszelkie wymogi w zakresie przetwarzania odpadów określone w przepisach ustawy o odpadach, w tym ujęta jest w wykazie regionalnych instalacji przetwarzania odpadów dla regionu warszawskiego zawartym w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami (WPGO). Brak jest zatem przesłanek do dyskryminacji Odwołującego wyłącznie ze względu na odległość prowadzonej przez niego instalacji od bazy zamawiającego. Zastosowanie kwestionowanego kryterium prowadzi do sytuacji, w której, spośród instalacji regionalnych wymienionych w WPGO, wyłącznie instalacja odwołującego pozbawiona jest możliwości uzyskania jakiejkolwiek liczby punktów w tym kryterium (zamawiający przyznaje punkty za lokalizację do 30 km, a instalacja LEKARO znajduje się 32 km od bazy zamawiającego). Pozostałe regionalne instalacje w regionie warszawskim znajdują się bowiem w odległości mniejszej niż 30 km od bazy zamawiającego. Uwzględniając ponadto znaczącą wagę kwestionowanego kryterium (30%) należy stwierdzić, że wskutek jego zastosowania odwołujący zostaje pozbawiony możliwości realnego konkurowania z innymi wykonawcami.

Opisane działanie zamawiającego nie znajduje podstaw w przepisach ustawy o odpadach, jak również nie jest odpowiednie oraz proporcjonalne dla zagwarantowania realizacji celu, któremu kryterium to ma służyć. Jedynym skutkiem zastosowania tego kryterium jest dyskryminacja odwołującego prowadząca do pozbawienia go możliwości uzyskania zamówienia.

Istotne jest ponadto zwrócenie uwagi na okoliczność, w której zamawiający boryka się obecnie z problemami dotyczącymi emisji i uciążliwości odorowej. Istotne jest więc aby, zagospodarowanie odpadów lokalizować jak najdalej od bazy zamawiającego, a nie jak zostało przyjęte w przetargu jak najbliżej, tak by emisje się nie nakładały i potęgowały. Okoliczność ta wyklucza możliwość przyjęcia, że zastosowane kryterium jest odpowiednie dla realizacji obiektywnie określonych celów zamawiającego w zakresie realizacji przedmiotowego zamówienia.

Zasadnicze kryterium, jakie poza kryterium najniższej ceny, powinno zostać zastosowane w przetargu tj. „kryterium jakościowe" uzyskało wagę jedynie 10%, a kwestionowane kryterium „odległości" aż 30%. Okoliczność ta również świadczy o naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Waga kryterium nie odpowiada obiektywnej jego użyteczności dla zamawiającego, zwłaszcza w obliczu wzrastających i nie osiąganych przez zamawiającego obecnie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2012 r. póz. 645).

W powyższym kontekście podnieść należy, że w cytowanym wyżej orzeczeniu Sądu Najwyższego z 3 marca 2010 r. sygn. akt: III SK 37/09, wskazano:

– »priorytet przy wskazywaniu miejsc, w których odpady zostaną poddane odzyskowi lub unieszkodliwione, ma nie odległość od miejsca powstania odpadu, lecz „najlepsza dostępna technika lub technologia«.

Również w wyroku KIO z 7 czerwca 2016 r. sygn. akt KIO 846/16 wskazano:

– »Podkreślić należy, że z art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach wynika wprawdzie, że odpady powinny być przekazywane do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone, ale z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy«.

Odwołujący podkreśla sytuację, w której zasadnicze kryterium jakościowe uzyskuje jedynie 10%, a kryterium odległości, pozbawione obiektywnie określonej wartości dla zamawiającego, w tym nieuzasadnione względami ekonomicznymi, uzyskuje wagę aż 30%.

W tym miejscu należy dodać, że ewentualne korzyści ekonomiczne wynikające z niższego kosztu transportu, nie zrównoważą kosztów wynikających z konieczności skorzystania z mniej zaawansowanej instalacji czy nakładania się emisji.

Przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 maja 2012 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych (Dz.U. z 2012 r. poz. 645). Przepisy tego rozporządzenia określają minimalne poziomy recyklingu dla instalacji regionalnych. Dla odpadów zmieszanych poziom wyznaczony na 2017 r. wynosi min. 20% i taki też minimalny poziom wyznaczył zamawiający. Tymczasem przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie odpadów suchych (opakowaniowych), dla których uzyskanie wyższego poziomu recyklingu powinno być zasadniczym priorytetem, co dodatkowo uzasadnia zastosowanie kryterium odzysku jako kluczowego kryterium.

Dlatego konieczne i uzasadnione jest usunięcie kryterium dotyczącego odległości.

b)

Stosownie do treści art. 29 ust. 2 Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Odwołujący stwierdza, że w okolicznościach opisanych w pkt 1 lit. b odwołania zastosowanie kryterium „bliskości instalacji od bazy

zamawiającego” oznacza opisanie przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 2, Pzp. Określone w opisie ww. kryterium wymaganie dotyczące instalacji przekłada się na opis przedmiotu zamówienia i prowadzi do preferowania tej instalacji, która znajduje się najbliżej bazy zamawiającego. Kryterium to nie tylko jest, sprzeczne z przepisami Pzp oraz ustawy o odpadach, ale również nie znajduje uzasadnienia w świetle obiektywnych potrzeb zamawiającego.

c)

W myśl art. 91 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej. Odwołujący stwierdza, że kryterium „bliskości instalacji od bazy zamawiającego” stanowi kryterium dotyczące właściwości technicznej wykonawcy. Prowadzi bowiem do preferowania tych wykonawców, którzy dysponują „z góry” wskazaną instalacją do przetwarzania odpadów, zlokalizowaną w określonym miejscu. Nie wymaga z kolei uzasadnienia, że zamówienie skierowane jest do wykonawców, którzy sami dysponują i prowadzą wskazaną instalację przetwarzania odpadów.

Na niedopuszczalność stosowania kryteriów związanych z oceną „odległości” wskazuje się zarówno w orzecznictwie KIO jak i TSUE. W zasadniczym w tym względzie orzeczeniu TSUE wskazano:

– »kryteria *oceny ofert, które uwzględniają, przez przyznanie dodatkowych punktów, istnienie w chwili złożenia oferty zakładów produkcyjnych wytwarzających 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 które w przypadku otrzymania równej ilości punktów przez kilka ofert faworyzują przedsiębiorstwo, które wcześniej* świadczyło *daną usługę, czyli kryteria, które są stosowane 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; okoliczności te powinny zostać zbadane przez sąd krajowy«* (wyr. ETS z 27 października 2005 r., C-234/03).

2. Zarzut ewentualny z pkt 3 odwołania

Odwołujący uznaje, że kryterium „bliskości instalacji od bazy zamawiającego” wprowadzone zostało z naruszeniem wskazanych w pkt 1 uzasadnienia odwołania przepisów i konieczne jest jego usunięcie w całości. Wyłącznie z ostrożności, na wypadek uznania przez Izbę, że przedmiotowe kryterium jest co do zasady dopuszczalne, odwołujący wnosi o rozpoznanie zarzutu ewentualnego.

Odwołujący uznaje, że waga kryterium „bliskości instalacji od bazy zamawiającego” ustalona została na poziomie zawyżonym w stosunku do kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów”, które powinno mieć zasadnicze znaczenie po kryterium najniższej ceny. Ustalona waga kryterium „bliskości” tj. 30% nie wyraża nawet hipotetycznej wartości tego kryterium dla zamawiającego. Z kolei, drugie kryterium (waga 10%) jest zasadniczo zaniżone.

Stosownie do art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp wagi kryteriów powinny być adekwatne do obiektywnej wartości tych kryteriów dla zamawiającego. Argumentacja przedstawiona w pkt 1 uzasadnienia odwołania, w tym wskazany w niej brak jakiejkolwiek wartości kryterium bliskości świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Działanie takie wprost prowadzi do dyskryminacji odwołującego.

Sposób przyznawania punktów w kryterium bliskości. Sytuacja, w której instalacja zlokalizowana powyżej 30 km od zamawiającego nie otrzymuje żadnych punktów, gdy instalacja odwołującego zlokalizowana jest akurat 32 km od tej bazy, świadczy o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć racjonalnej argumentacji, dlaczego baza zlokalizowana np. 29 km od bazy zamawiającego ma otrzymać znacząca liczbę punków, a już baza zlokalizowana zaledwie 2 km dalej nie otrzyma jakiejkolwiek liczby punktów.

Niezrozumiałą jest ponadto sytuacja, w której pierwszy przedział punktacji odpowiada odległości 19 km (100 pkt), a drugi jedynie 10 km (50 pkt). Okoliczności te mogą wskazywać,

że sposób przyznawania punktów w przedmiotowym kryterium miał na celu wyłącznie pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia.

3. Zarzut dotyczący zaniechania określenia maksymalnego możliwego do zaoferowania poziomu procentowego wysortowanej frakcji odpadów w kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów"

Odwołujący wskazuje, że w odniesieniu do kryterium „Gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów" uzasadnione jest wyznaczenia przez zamawiającego maksymalnej możliwej do zaoferowania jego wartości. Brak określenia tego poziomu może spowodować, że celem uzyskania maksymalnej liczby punktów w kryterium, wykonawcy będą podejmować działania w celu sztucznego, nierealnego określenia poziomu segregacji. W zaistniałych okolicznościach zasadne jest stwierdzenie, że przedmiotowe kryterium narusza art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Prowadzić może ono do utrudnienia uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, że sam zamawiający we wcześniejszym przetargu wskazywał, że maksymalna liczba możliwych do wysortowania odpadów to 40%.

Procent wysortowanej frakcji odpadów nie zależy tylko i wyłącznie od wykonawcy, ale również od wielu parametrów niezależnych od niego, jak: jakość segregacji u źródła przez mieszkańców, sposób zbiórki odpadów przez zamawiającego, czy liczba pojemników w punktach odbioru odpadów. Analogicznie, jak czynił to zamawiający w poprzednich przetargach o takim samym przedmiocie zamówienia, zasadne jest wyznaczenie maksymalnego procentu wysortowanej frakcji odpadów, zgodnie z wiedzą i doświadczeniem zamawiającego w zakresie morfologii zbieranych odpadów.

Odwołujący wskazuje ponadto, że jego instalacja jest zakładem najbardziej zaawansowanym i kompleksowym, ze wszystkich instalacji w regionie, mogących zagwarantować najwyższe poziomy recyklingu. Dodatkowo należy zauważyć, że odwołujący, obsługując odbiór i zagospodarowanie odpadów z m.st. Warszawy zna morfologię odpadów i wie, że segregacja u źródła nie jest idealna, przez co maksymalny możliwy do osiągnięcia poziom recyklingu to 40%.

4. Zarzut dotyczący wymogu przekazywania do 5 dnia roboczego każdego miesiąca kopii kart przekazania odpadów wytworzonych faktur potwierdzających przekazanie odpadów wytworzonych oraz potwierdzenia zapłaty

Odwołujący wskazuje, że nierealny jest wymóg przekazywania do 5 dnia roboczego każdego miesiąca karty przekazania odpadu na odpady wytworzone, faktur potwierdzających przekazanie odpadu oraz potwierdzenia zapłaty, a w konsekwencji prowadzi on do naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp. Faktury za wykonane w danym miesiącu na rzecz wykonawcy usługi trafiają do wykonawcy najwcześniej dopiero po 5 dniu następnego

miesiąca, co wynika z potrzeby zamknięcia miesiąca, wystawienia kart, przesłania ich do podwykonawcy, dostarczenia ich, akceptacji i podpisu przez podwykonawcę, co dopiero pozwala na wystawienie i akceptacje faktury i płatność (przeważnie w ciągu 14 dni od jej otrzymania, zgodnie z ustalonymi warunkami handlowymi). Jest to proces o wiele dłuższy niż wymagane 5 dni.

Skrócenie przedmiotowego terminu jest niekorzystne dla wykonawcy, gdyż wykonawca zmuszony jest do skrócenia wiążących go terminów płatności. Wykonawca musi zaangażować więcej gotówki i środków do realizacji zamówienia. W konsekwencji zastosowany wymóg jest również niekorzystny dla zamawiającego, gdyż przekładać się musi na wzrost ceny oferty. Wskazać należy, że zwyczajowy termin płatności faktur wynosi 14 dni.

Uwzględniając to należy stwierdzić, że nie jest możliwe spełnienie sformułowanego wymogu. Do 5 dnia każdego miesiąca możliwe jest wyłącznie przygotowania danych z poprzedniego miesiąca dotyczących przetworzenia i wytworzenia odpadów.

Uwzględniając powyższe zasadne jest żądanie wykreślenia ww. wymogu lub wydłużenie terminu przekazania ww. dokumentów (określonych w pkt 11 OPZ) do 25 dni po zakończeniu danego miesiąca, przy czym nie powinno mieć to wpływu na możliwość wystawienia faktury za zrealizowaną usługę w danym miesiącu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 05.12.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 06.12.2016 r. (art. 185 ust. 1 in fine Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 15.12.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).
Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego (dowód 1) oraz dowodów złożonych przez zamawiającego (dowody A-G) – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest przesłanki posiadania interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz

wystąpienia możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Art. 179 ust. 1 Pzp brzmi »Środki ochrony prawnej określone w niniejszym [VI] dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy [Pzp]«.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem. Izba także postanowiła dopuścić dowody złożone przez:
(A) odwołującego:
1) (dowód nr 1) kalkulacją kosztów transportu, z których odwołujący wywodzi, że koszt transportu 1 km wynosi 3,98 zł, a do zrealizowania zamówienia trzeba wykonać ~ 288 kursów pojazdu „hakowiec” z przyczepą zabierający 20 Mg odpadów;
(B) zamawiającego:
A) (dowód nr A) z zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa (zestawienie sporządzone na rozprawę) wskazujące koszty transportu zależnie od odległości instalacji u poszczególnych wykonawców;
B) (dowód nr B i B1) informacja o danych z ofert z uprzedniego postępowania i o wyborze najkorzystniejszej oferty, z których zamawiający wywodzi, że różnica między wykonawcą wygrywającym a obecnym odwołującym w cenie ofertowej wynosi około 60 000 zł, a i tak obecny odwołujący dostał tylko 7 punktów mniej;
C) (dowód nr C) protokół z poprzedniego postępowania zamówieniowego;
D) (dowód nr D) specyfikacja z poprzedniego postępowania zamówieniowego;
E) (dowód nr E) umowa z m.st. Warszawą, gdzie wykazane są obowiązki sprawozdawcze w odpowiednim terminie;
F) (dowód nr F) gdzie w zmodyfikowanej SIWZ na str. 4-7 jest wskazana zmiana terminu potwierdzenia realizacji usługi z 5 do 10 dni;
G) (dowód nr G) uchwałę Rady Miasta Stołecznego Warszawy w sprawie Regulaminu utrzymania czystości ze wskazaniem na § 5, gdzie są unormowane wymagania dotyczące selektywnego zbierania odpadów komunalnych.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp – przez określenie kryterium oceny ofert „odległość instalacji od bazy Zamawiającego” w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także prowadzący do opisania przedmiotu zamówienia w sposób

mogący utrudniać uczciwą konkurencję – zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że odwołujący na podstawie zeszłorocznego postępowania sporządził wyliczenie kosztów transportu, które przedstawił w dowodzie nr 1 cyt. z protokołu »… koszt transportu 1 km wynosi 3,98 zł. Liczba kursów za cały okres świadczenia usługi wynosi 287,5. Gdyby liczyć w linii prostej bez uwzględnienia rzeczywistej trasy, to koszt dla wykonawcy Lekaro wyniesie 71 000 zł, natomiast dla wykonawcy Byś (najbliższa lokalizacja RIPOK – Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych) 16 000 zł. Wartość zamówienia wynosi ok. 1 340 000 zł, a koszt dowozu to maksymalnie około 5,3% [(71.000:1.340.000)x100%=0,053x100%=5,3% koszt transportu do wykonawcy Lekaro i (16.000:1.340.000)x100%=0,012x100%=1,2% koszt transportu do wykonawcy Byś]«. Izba stwierdza, że zamawiający nie przedstawił bardziej szczegółowego i przekonującego wyliczenia kosztów, nawet w dowodzie A, z zastrzeżoną tajemnicą przedsiębiorstwa. Dlatego – nawet przewidując i uwzględniając odstępstwo w zakładanych wartościach – nie można przyjąć, że koszt dowozu to około 50% wartości zamówienia, jak wynika z wag kryteriów, które ustanowił zamawiający w specyfikacji: cena oferty 60% i odległość od bazy zamawiającego [...] do instalacji wykonawcy 30%, czyli (30%:60%)x100%=0,5x100%=50%. W związku z tym nie można uważać, że zamawiający ustanowił kryteria cena oferty i odległość od bazy zamawiającego, zgodnie z podstawową zasadą udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości«.

Podobnie brak zachowania proporcji można zauważyć w sposobie ustalenia przyznawania punktów za odległości od bazy w trzech zakresach (1) do 19 km – 100 pkt x30%, (2) od 20 do 29 km – 50 pkt x30% oraz (3) 30 km i powyżej – 0 punktów.

Dla uproszczenia oceny ofert zamawiający ustanowił, że będzie brał odległość »idealną« mierzoną w linii prostej bez względu na rzeczywisty kilometraż tras i natężenia ruchu na poszczególnych drogach i ulicach prowadzących w rzeczywistości od zamawiającego do instalacji wykonawcy, do której będą transportowane odpady.

Zdaniem Izby ustanowienie przez zamawiającego premiowanych punktowo okręgów tylko do 30 km nie może być uznane jako zgodne z zasadą przejrzystości. Np. w przypadku zaoferowania nieznacznie lepszych danych w kryteriach ceny i jakości, ale w odległości np.

120 km od zamawiającego, to taki wykonawca „wygra” ze znacznie bliższą instalacją. Odległość 120 km została przywołana na rozprawie dwukrotnie przez samego zamawiającego, który zwłaszcza na propozycję odwołującego innego określenia kryterium odległości stwierdził cyt. »Struktura kryterium zaproponowana przez odwołującego przy np. 120 km odległości nie gwarantuje nieponoszenia przez zamawiającego kosztów transportu w nieproporcjonalnie wysokich wymiarach«. Dlatego Izba musi stwierdzić, że zamawiający analizował przyznawanie punktów zależnie od różnej odległości instalacji wykonawców i w sposób nieprzejrzysty nie zróżnicował liczby przyznawanych punktów w kryterium odległości instalacji od bazy zamawiającego. W związku z tym Izba musi uznać, że jest to zachowanie zamawiającego niezgodne z zasadami zamówień publicznych unormowanymi w art. 7 ust. 1 Pzp, a także w efekcie z naruszeniem wskazanego art. 29 ust. 2 Pzp, który brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«.

Wreszcie Izba musi podkreślić, że formułowanie kryteriów i przydzielania odpowiedniej liczby punktów za deklaracje ofertowe jest jednym z zasadniczych zadań zamawiającego. Nie może go w tym wyręczyć żaden inny podmiot, bo to właśnie zamawiający będzie musiał przyjmować świadczenie wykonawcy. Dlatego Izba nakazuje zamawiającemu nowe opracowanie kryteriów oceny ofert i zmianę w tym zakresie specyfikacji istotnych warunków zamówienia (i ogłoszenia o zamówieniu) z uwzględnieniem, że kryteria muszą być zgodne przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza z art. 7 ust. 1 Pzp.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 91 ust. 3 Pzp – przez zastosowanie kryterium »odległość instalacji od bazy zamawiającego«, które dotyczy właściwości

wykonawcy – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wykazał, że zamiarem zamawiającego było powiązanie kryterium »odległość instalacji od bazy zamawiającego« ze zmiennymi kosztami, które poniesie w zależności od usytuowania instalacji wykonawcy od bazy zamawiającego. Natomiast odwołujący nie dowiódł, że zamiarem zamawiającego było przyznanie punktów wykonawcom bez relacji z ponoszeniem kosztów przez zamawiającego. W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia art. 91 ust. 3 Pzp – przez zastosowanie kryterium dotyczącego właściwości wykonawcy.

Ze względu na uwzględnienie zarzutu pierwszego Izba nie brała pod uwagę zarzutu trzeciego, który był podnoszony jako ewentualny na wypadek braku uwzględnienia zarzutów pierwszego i drugiego, jako koniunkcji (cyt.: »pkt 1 i pkt 2«). Tym niemniej Izba stwierdza, że

zagadnienia podnoszone w zarzucie trzecim występują w pozostałych zarzutach, a zwłaszcza w zarzucie pierwszym i czwartym.

W ocenie Izby, zarzut czwarty naruszenia art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp – przez brak określenia maksymalnego możliwego do zaoferowania poziomu procentowego wysortowanej frakcji odpadów w kryterium „gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów", co skutkuje niezachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także prowadzi do opisania przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający określił, że dokona oceny ofert w kryterium jakościowym »Gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów« w sposób liniowy z zastosowaniem wzoru: O = (O of : O max) x 100 pkt x 10%

cyt.: »gdzie:

O – wartość punktowa kryterium gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów

O of – gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów w badanej ofercie

O max – najwyższy gwarantowany przez wykonawcę procent wysortowanej frakcji odpadów spośród wszystkich ofert«.

Izba musi stwierdzić, podobnie jak w uzasadnieniu do zarzutu pierwszego, że to prerogatywą zamawiającego jest formułowanie kryteriów i sporządzanie algorytmów oceny spełnienia tych kryteriów przez wykonawców. Odwołujący nie wykazał, że zamawiający nie ma prawa dążyć do wyboru oferty spełniającej w najwyższy sposób jakościowe wykonania zamówienia i w związku z tym powinien postawić jakiekolwiek ograniczenie. Wprost przeciwnie, w rozpoznawanym przypadku, zamawiający ma prawo stawiać kryteria oceniane liniowo bez żadnych ograniczeń. Odwołujący nie dowiódł, że w rozpoznawanym postępowaniu mogą wynikać jakieś ograniczenia w określeniu tego kryterium ze względów pozaprawnych, a także odwołujący nie wykazał, że w rozpoznawanym zakresie zamawiający naruszył jakiś przepis prawa. Dlatego zarzut czwarty nie może być uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp – przez sformułowanie wymogu, aby kopie kart przekazania odpadów wytworzonych, faktury potwierdzające przekazanie odpadów wytworzonych oraz potwierdzenia zapłaty były przekazane najpóźniej do 5 dnia roboczego następnego miesiąca – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdza, że zamawiający wyznaczył okres na składanie odpowiednich dokumentów (kopii kart przekazania odpadów wytworzonych, faktur potwierdzających

przekazanie odpadów wytworzonych oraz potwierdzeń zapłaty). Wykonawca powinien tego dokonać w terminie do 5 dnia roboczego miesiąca. Jednak odwołujący nie wykazał, że jest to niemożliwe bądź – mimo zarzutu – że takie wyznaczenie terminu składania dokumentów narusza art. 29 ust. 2 Pzp.

Przeciwnie – postanowienie o odpowiednio szybkim składaniu dokumentów do zamawiającego wynika z konieczności rozliczania się zamawiającego z miastem stołecznym

Warszawa do 10 dnia kalendarzowego każdego miesiąca. Nie jest to ustanowiony przez zamawiającego termin nieuzasadniony jakimikolwiek przyczynami. Poza tym okres ten będzie obowiązywać każdego wykonawcę bez jakiegokolwiek zróżnicowania. Ponadto odwołujący nie wziął pod uwagę, że w przypadku niewyekspediowania jakiejś partii odpadów w danym terminie można to zaznaczyć w kartach odpadów wykorzystując przewidzianą do tego rubrykę »odpady zmagazynowane«. Taka ewidencja pozwoli na zamknięcie rozliczenia cyt. z protokołu rozprawy »bez wykonywania nierealnych czy nieracjonalnych ekonomicznie czynności bądź rozliczania się z odbiorcami odpadów na niekorzystnych zasadach zbyt szybko«.

W związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu piątego naruszenia art. 29 ust. 2 Pzp – przez sformułowanie wymogu zbyt szybkiego składania kopii kart przekazania odpadów wytworzonych, faktury i potwierdzeń zapłaty.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 oraz art. 29 ust. 2 Pzp.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez strony.

Z tych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: ……