

Sygn. akt KIO 2961/24

POSTANOWIENIE

Warszawa, dnia 11 września 2024

r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika postępowania odwoławczego w dniu 11 września 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2024 r. przez wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Starachowice

przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego wykonawcy Eneris Surowce Usługi S.A. z siedzibą w Kielcach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 2961/24

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w

Warszawie i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 2961/24

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Starachowice wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Starachowice od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”, znak ZP.271.40.2024.HE.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało dokonane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 lipca 2024 r. pod numerem 427849-2024.

Nie zgadzając się z niektórymi dokumentami zamówienia, w tym z treścią ogłoszenia i Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej SWZ w dniu 29 lipca 2024 r. odwołanie (sprawa z sygn. akt KIO 2683/24) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu wniósł wykonawca Eneris Surowce Usługi S.A. z siedzibą w Kielcach, zwany dalej: obecnym Przystępującym lub Odwołującym nr 1.

Odwołujący nr 1 (obecny Przystępujący) zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1) i 3) oraz art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 353¹ k.c., poprzez połączenie w jednym postępowaniu (bez możliwości składania ofert częściowych) usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z usługą utworzenia i prowadzenia PSZOK, przy jednoczesnym postawieniu wymogu, że PSZOK musi zostać uruchomiony dnia 1 stycznia 2025 r., przy czym brak uruchomienia PSZOK w zastrzeżonym terminie, obwarowany koniecznością zapłaty kary umownej w wysokości 3000 zł dziennie, w lokalnych realiach oznacza, że w rzeczywistości krąg potencjalnych wykonawców w ograniczony zostanie do aktualnego wykonawcy usługi;
- 2) art. 112 ustawy Pzp, w zw. z art. 116 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp poprzez określenie warunku udziału w postępowaniu obejmującego doświadczenie wykonawcy w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i ograniczający konkurencję poprzez połączenie w ramach jednej usługi czynności odbierania i zagospodarowania odpadów oraz uruchomienia i prowadzenia PSZOK, co eliminuje możliwość złożenia oferty przez wykonawców, którzy posiadają wymagane doświadczenie, ale nabyte w ramach osobnych

umów;

3) art. 134 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp w zw. z art. 433 pkt 1) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na

rzecz Zamawiającego kar umownych za każdy dzień, w którym nie spełniono wymagań organizacji PSZOK określonych w OPZ niezależnie od przyczyn braku spełnienia tych wymogów, co w konsekwencji powoduje, że każdy wykonawca inny niż obecnie wykonujący usługę i posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów w PSZOK musi zakładać, że zostanie obciążony karą umową rzędu minimum 300 000 zł;

4) art. 134 ust. 1 pkt 20) ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 § 1 k.c. poprzez zastrzeżenie na rzecz Zamawiającego kar umownych za nieosiągnięcie przez wykonawcę tzw. poziomu w recyklingu w wysokości rażąco wygórowanej, nieuwzględniającej faktu, że na osiągnięcie tych poziomów mają wpływ nie tylko działania wykonawcy, ale także Zamawiającego, jak również, że jest to uzależnione od jakości zbiórki odpadów u „źródła” a także od uwarunkowań rynkowych i realnych możliwości przekazania do recyklingu odebranych przez wykonawcę odpadów. W takich okolicznościach, nałożenie na wykonawcę kary umownej w takiej wysokości wskazanej w § 7 ust. 1 pkt 3 PPU stanowi nadużycie prawa podmiotowego Zamawiającego do kształtowania postanowień umownych i jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego i naturą stosunku prawnego z uwagi na wpływ Zamawiającego na poziomy recyklingu przy jednoczesnym ograniczonym wpływie wykonawcy na osiągnięte poziomy recyklingu i odzysku.

Odwołujący nr 1 (obecny Przystępujący) wniósł o nakazanie Zamawiającemu dokonanie modyfikacji SWZ oraz załączników w sposób wskazany w treści uzasadnienia w zakresie poszczególnych zarzutów:

1) unieważnienie postępowania na mocy art. 256 ustawy Pzp, w zw. z art. 137 ust. 7 ustawy Pzp;

ewentualnie w razie nieuwzględnienia wniosku określonego w punkcie 1

2) dokonania zmiany dokumentów zamówienia poprzez wydzielenie dwóch części zamówienia, obejmujących odpowiednio (1) odbiór transport i zagospodarowanie odpadów z Gminy Starachowice oraz (2) prowadzenie PSZOK wraz z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z PSZOK oraz umożliwienie składania ofert częściowych

albo

zmianę postanowień dotyczących organizacji PSZOK poprzez wskazanie, że niezwłocznie po podpisaniu umowy, wykonawca ma obowiązek przystąpić do organizacji PSZOK przedstawiając zamawiającemu odpowiedni harmonogram działań. Wykonawca zobowiązany jest do uruchomienia oraz do prowadzenia (w terminie nie później niż 7 dni od dnia uzyskania niezbędnych pozwoleń) na terenie Gminy Starachowice PSZOK, na zasadach określonych w SWZ;

3) w razie nieuwzględnienia, żadnego z wniosków określonych w punkcie 2) – dokonanie zmiany kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 15) PPU poprzez jej ustalenie

jako kara w kwocie 500 zł za każdy dzień zwłoki w spełnieniu wymagań organizacji PSZOK określonych w OPZ;

4) zmiany warunku udziału w postępowaniu poprzez wprowadzenie wymogu, aby wykonawca: w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, wykonał należycie (lub należycie wykonywał) co najmniej jedną usługę odbierania odpadów komunalnych, wykonaną lub wykonywaną w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 15.000 Mg.

5) dokonanie zmiany kary umownej określonej w § 7 ust. 1 pkt 3) PPU poprzez jej ustalenie jako kary za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami – przez okres trwania umowy tj. 2025- 2026 w wysokości 137,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziomu Mg odpadów, przy założeniu, że wskaźnik procentowy recyklingu wykonawcy zostanie powiększony o wskaźnik osiągnięty przez Gminę Starachowice w ramach systemu kaucyjnego; oraz dodanie, że kara nie zostanie naliczona ewentualnie zostanie zwrócona w przypadku, gdy Zamawiający nie zostanie zobowiązany do zapłaty kary administracyjnej za nieosiągnięcie poziomu w recyklingu w Gminie Starachowice.

Zamawiający pismem z dnia 9 sierpnia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w ten sposób, że uwzględni w całości następujące zarzuty:

1. zarzut zawarty w pkt. 2) odwołania to jest zarzut naruszenia art. 112 ustawy PZP, w zw. z art.116 ust. 1 ustawy PZP, w zw. z art 16 pkt 1) i 3) ustawy Pzp.

Zamawiający uwzględni zarzut zawarty w pkt. 2) odwołania i dokonuje zmiany zapisów rozdziału 6 pkt II ppkt 1) lit. a), rozdziału 7 pkt 2) lit. k Specyfikacji warunków zamówienia oraz formularza "DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE" w postaci:

„wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000.
”

2. zarzut zawarty w pkt. 3) odwołania to jest zarzut naruszenia przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP w zw. z art 433 pkt 1 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 S I k.c.

Zamawiający uwzględni zarzut zawarty w pkt. 3) odwołania i dokonuje zmiany zapisów 7 ust. 1 pkt 15) wzoru umowy w postaci:

„1 5) za każdy dzień, w którym nie spełniono wymagań organizacji PSZOK określonych w OPZ- w wysokości 500 zł”.

II. Zamawiający uwzględni w części zarzut zawarty w pkt. 4) odwołania to jest zarzut naruszenia przepisu art. 134 ust. 1 pkt 20 ustawy PZP w zw. z art. 8 ust. 1 PZP w z art. 353¹ k.c. oraz art. 5 k.c. w zw. z art. 483 1 k.c. i dokonuje zmiany zapisów 7 ust. 1 pkt 3) wzoru umowy , jednak w brzmieniu innym niż zgodne z żądaniem zawartym w odwołaniu. Zamawiający w miejsce zakwestionowanego, wprowadza zapis w postaci :

3) za nieosiągnięcie wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami — przez okres trwania umowy tj. 2025-2026 zostaną naliczane kary pieniężne w następującej wysokości:

- 160,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziomu Mg opadów — jeśli

osiągnięty poziom za dany rok mieści się w przedziale 0-10%

- 145,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziom Mg odpadów — jeśli

osiągnięty poziom za dany rok mieści się w przedziale 11-20%

- 130,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziom Mg odpadów — jeśli

osiągnięty poziom za dany rok mieści się w przedziale 21-30%

- 115,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziom Mg odpadów — jeśli

osiągnięty poziom za dany rok mieści się w przedziale 31-40%

- 100,00 zł za każdy brakujący do osiągnięcia poziom Mg odpadów — jeśli

osiągnięty poziom za dany rok mieści się w przedziale 41-55% ”

III . Zamawiający nie uwzględni zarzutu zawartego w pkt. I) odwołania, to jest zarzutu naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 ustawy PZP, a także art. 353¹ k. c. i wnosi o oddalenie odwołania w tym zakresie - z uwagi na fakt , że zarzut jest bezzasadny , gdyż m.in. brak jest przeszkód prawnych, by jednym przedmiotem zamówienia objąć jednocześnie odbiór i zagospodarowanie odpadów , oraz prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów dalej- PSZOK), a Zamawiający w żaden sposób ani w OPZ, ani SWZ, ani innych dokumentach postępowania nie uzależnia możliwości złożenia oferty od spełnienia warunków dotyczących organizacji Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów np. od bycia na dzień składania ofert w posiadaniu odpowiedniej nieruchomości, na której możliwe jest zlokalizowanie PSZOK. W przedmiotowej sprawie istniały przesłanki do braku wprowadzenia podziału zamówienia na części • Tak sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia nie narusza zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W następstwie powyższych oświadczeń strona I zba postanowieniem z dnia 19 sierpnia 2024 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

W przedmiotowej sprawie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie równoległe, również drugie odwołanie wobec niektórych dokumentów zamówienia w dniu 29 lipca 2024 r. (sprawa z sygn. akt KIO 2693/24), w przedmiotowym

postępowaniu o uzp przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwany dalej: Odwołującym nr 2.

Odwołujący nr 2 zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 112 ust. 1 ustawy Pzp poprzez określenie warunku dotyczącego zdolności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nadmierny w stosunku do potrzeby dokonania obiektywnej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia; 2) art. 16 pkt 1) – pkt 3) ustawy Pzp poprzez przygotowanie postępowania, w wyniku określenia warunku dotyczącego zdolności zawodowej, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz w sposób nieproporcjonalny.

Odwołujący nr 2 wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) dokonania zmiany pkt II.1) lit. a) SWZ poprzez usunięcie z treści warunku następujących wymagań (sformułowania/wymagania przekreślone w treści poniższego warunku):

a) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym:

- ~~jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 24 miesięcy, w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 30 000 Mg i w ramach tej usługi był utworzony i prowadzony Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz osiągnął w każdym roku co najmniej 20% poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do odebranych przez siebie odpadów komunalnych,~~

- ~~jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 24 miesięcy, w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 30 000 Mg z jednej miejscowości o liczbie mieszkańców powyżej 40 000.~~

2) dokonania zmiany pkt II.1) lit. a) SWZ poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

a) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usługi lub usług odbierania odpadów komunalnych, w ilości nie mniejszej niż 30 000 Mg

lub

b) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym:

- jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 10 000 Mg i w ramach tej usługi był utworzony i prowadzony Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz osiągnął w każdym roku co najmniej 20% poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do odebranych przez siebie odpadów komunalnych.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 9 sierpnia 2024 r. Zamawiający oświadczył, że uwzględni w części zarzuty przedstawione w odwołaniu, w ten sposób, że uwzględni „co do zasady” zarzuty:

1) zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 ustawy Pzp; oraz

2) zarzut naruszenia art. 16 pkt 1) — pkt 3) ustawy Pzp, i w wyniku uwzględnienia tych zarzutów dokonuje zmiany we właściwych dokumentach postępowania, to jest zmiany zapisów rozdziału 6 pkt II ppkt 1) lit. rozdziału 7 pkt 2) lit. k Specyfikacji warunków zamówienia oraz formularza "DOŚWIADCZENIE ZAWODOWE" w postaci zastąpienia treści dotychczasowej, brzmieniem: „wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000 Mg”.

Zmiana powyższa nie jest zgodna z literalnym brzmieniem żądania sformułowanego przez Odwołującego, dlatego mimo uwzględnienia co do zasady obu zarzutów odwołania, Zamawiający z ostrożności oświadcza, że uwzględni odwołanie w części.

Zamawiający nie zgadza się z odwołaniem w zakresie w jakim odwołujący żąda zmiany wymagań poprzez wykazanie odebrania odpadów o łącznej masie minimum 10 000 Mg w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert. Zdaniem Zamawiającego winno być to minimum 12 000 Mg, w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert.

W następstwie powyższych oświadczeń strona Izba postanowieniem z dnia 19 sierpnia 2024 r. umorzyła postępowanie odwoławcze.

W przedmiotowych sprawach nie zostało zgłoszone przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, zwanego dalej Odwołującym.

Nowe ogłoszenie o powyższych spornych zmianach zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2024 roku pod numerem 4708212024.

W dniu 16 sierpnia 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło trzecie odwołanie Odwołującego, które zostało zarejestrowane pod sygn. akt KIO 2961/24, od czynności podjętych przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdzie zostały zaskarżone czynności podjęte przez Zamawiającego – Gminę Starachowice, polegające na:

- nieuprawnionej zmianie w dniu 5 sierpnia 2024 roku kryteriów kwalifikacji wykonawców, o których mowa w pkt 5.1.9 Ogłoszenia i odpowiednio pkt 6 II ppkt 1 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: SWZ) z treści: „Wykonawcy muszą spełnić następujące warunki: 1) posiadać zdolność techniczną lub zawodową tj.: a) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu

składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 24 miesiące, w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 30 000. Mg i w ramach tej usługi był utworzony i prowadzony Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych oraz osiągnął w każdym roku co najmniej 20% poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do odebranych przez siebie odpadów komunalnych, jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 24 miesiące, w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 30 000. Mg z jednej miejscowości o liczbie mieszkańców powyżej 40.000. W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców.” na treść „Wykonawcy muszą spełnić następujące warunki: 1) posiadać zdolność techniczną lub zawodową tj.: a) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym: jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy, w wyniku, której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 12 000. Mg. W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców.”.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 3b ust. 1 ustawy z 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2024 r. poz. 399), a to w wyniku usunięcia z wymogu

stawianego w ogłoszeniu i SWZ w odniesieniu do posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia wymogu posiadania doświadczenia w ramach prowadzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów pomimo tego, że takie doświadczenie w zakresie prowadzenia takiego punktu i zagospodarowania odpadów ma istotne znaczenie dla stawianego przez Zamawiającego wymogu osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,

2. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP w zw. z art. 3b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2024 r. poz. 399; dalej: u.c.p.g.), a to w wyniku usunięcia z wymogu stawianego w ogłoszeniu i SWZ w odniesieniu do posiadania przez wykonawców ubiegających się o udzielenie Zamówienia wymogu posiadania doświadczenia w osiągnięciu w ramach usługi referencyjnej co najmniej 20% poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, podczas gdy takie doświadczenie, które w efekcie przejawia się także w odpowiedniej znajomości rynku instalacji służących zagospodarowaniu i recyklingu odpadów, ma istotne znaczenie dla stawianego przez Zamawiającego wymogu osiągnięcia poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych,

3. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP, a to poprzez skrócenie wymogu realizacji usługi referencyjnej tylko do 12 miesięcy, przez co usługa referencyjna nie będzie świadczyła o uzyskaniu proporcjonalnego doświadczenia do tego będącego przedmiotem zamówienia,

4. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP, a to poprzez zmniejszenie ilości odpadów, jakie miałyby być odebrane w ramach usługi referencyjnej tylko do 12 000 Mg w całym okresie trwania takiej usługi, co skutkuje tym, że w ramach usługi referencyjnej mogłoby być odbieranych np. tylko 3 000 Mg w skali roku, co jest nieproporcjonalnie niskie do zadania objętego Zamówieniem,

5. art. 116 ust. 1 PZP w zw. z art. 16 pkt 2) i 3) PZP w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1) i 2) PZP, a to poprzez rezygnację przez Zamawiającego z wymogu, aby w ramach usługi referencyjnej aby odbiór odpadów odbywał się od co najmniej 40 000 mieszkańców.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosil o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą (dalej: „KIO”) niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania,
3. zobowiązanie Zamawiającego do zmiany pkt 5.1.9. Ogłoszenia oraz odpowiednio pkt 6 II ppkt 1 lit. a) SWZ poprzez nadanie im brzmienia w zakresie objętym odwołaniem:

„Wykonawcy muszą spełnić następujące warunki: 1) posiadać zdolność techniczną lub zawodową tj.: a) wymagane jest wykazanie wykonanych lub wykonywanych w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, usług odbierania odpadów komunalnych, w tym:

- jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres

minimum 24 miesiące,

- w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 28 000

Mg,

- w ramach której odbierał odpady komunalne z jednej miejscowości o liczbie

mieszkańców powyżej 35 000,

- w ramach tej usługi był utworzony i prowadzony Punkt Selektywnej Zbiórki

Odpadów Komunalnych

- oraz osiągnął w każdym roku co najmniej 20% poziom przygotowania do

ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do odebranych przez siebie odpadów komunalnych.

W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców.” ewentualnie

- jednej usługi wykonanej lub wykonywanej w sposób ciągły przez okres

minimum 24 miesięcy,

- w wyniku której Wykonawca odebrał odpady o łącznej masie minimum 14 000

Mg w skali roku,

- w ramach której odbierał odpady komunalne z jednej miejscowości o liczbie

mieszkańców powyżej 35 000,

- w ramach tej usługi był utworzony i prowadzony Punkt Selektywnej Zbiórki

Odpadów Komunalnych

- oraz osiągnął w każdym roku co najmniej 20% poziom przygotowania do

ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w stosunku do odebranych przez siebie odpadów komunalnych.

W przypadku składania oferty przez Wykonawców występujących wspólnie wyżej wymieniony warunek musi spełnić co najmniej jeden z Wykonawców.”

4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania

odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego przed KIO, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Odwołujący oświadczył, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania, gdyż sprzeczne z ustawą czynności Zamawiającego wprowadzają nadmierne ryzyko po stronie Wykonawcy i ukształtowanie dokumentacji zamówienia w taki sposób, który jednoznacznie jest korzystny wyłącznie dla Zamawiającego dopuszczającego do udziału w postępowaniu

podmioty, które nie dają gwarancji należytego wykonania umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. W przypadku utrzymania kwestionowanych zapisów dokumentacji w niniejszym postępowaniu, Wykonawca pomimo zainteresowania udziałem w postępowaniu, może zdecydować się na zaniechanie złożenia oferty i tym samym nieuzyskanie zamówienia publicznego lub zdecydować się złożyć ofertę, która jednak nie będzie ofertą konkurencyjną w stosunku do oferty podmiotu posiadającego znacznie mniejsze doświadczenie, który nie daje gwarancji osiągnięcia najlepszej jakości i efektów, o których mowa w art. 17 ust. 1 PZP.

Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób w obu przypadkach Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż albo nie uzyska przedmiotowego zamówienia. Konsekwentnie zatem spełnione zostały przesłanki uprawniające Odwołującego do skorzystania ze środków ochrony prawnej.

Odwołujący stwierdził, że jest zatem uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 PZP.

Pismem z dnia 23 sierpnia 2024 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie oświadczając, że nie uwzględni zarzutów zawartych w odwołaniu oraz wnosząc o:

- I. odrzucenie odwołania ze względu na :

I. brak spełnienia przez Odwołującego przesłanek określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co skutkuje brakiem po jego stronie legitymacji do wniesienia odwołania ;

2. w przypadku nieuwzględnienia wniosku z z pkt. I powyżej, wnosząc o odrzucenie odwołania ze względu na podstawie art. 528 pkt.5) w związku art. 527 ustawy Pzp,

- w przypadku nieuwzględnienia żadnego z wniosków o odrzucenie odwołania z pkt. I ppkt 1 i ppkt 2 powyżej, wnosił o:

II. oddalenie odwołania w całości, z uwagi na fakt, że zarzuty postawione w odwołaniu są w całości bezzasadne a Zamawiający dokonując zmiany, ogłoszonej w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 5 sierpnia 2024r., kryteriów kwalifikacji wykonawców, o których mowa w pkt 5.1.9. ogłoszenia i odpowiednio pkt 6 II ppkt 1 lit. a) S WZ, działał w oparciu o zasadę proporcjonalności w formułowaniu warunków udziału w postępowaniu, mając na celu zapewnienie warunków uczciwej konkurencji i nic dokonał żadnego, z zarzuczanych w odwołaniu, naruszenia przepisów prawa.

Jednocześnie podkreślił, że nawet, gdyby przyjąć - czemu stanowczo zaprzeczył, że Zamawiający, dokonując opisanej w odwołaniu zmiany ogłoszenia, ustalił wymagania na zbyt niskim poziomie, to nie stanowi to naruszenia zarzuczanych przez Odwołującego przepisów prawa, a ewentualne zbyt niskie warunki udziału są po prostu ryzykiem Zamawiającego.

Odwołujący, na skutek decyzji Zamawiającego o zmianie wymagań, nie stracił możliwości uzyskania zamówienia, co powinno prowadzić do oddalenia jego odwołania.

Ponadto, Zamawiający wnosił o :

1. przeprowadzenie dowodów z dokumentów postępowania i dokumentów powołanych w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie, na okoliczności wskazane w jego uzasadnieniu;
2. zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego w postaci kosztów zastępstwa procesowego w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku, który założył na rozprawie.

W przedmiotowej sprawie Przystępujący zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a w piśmie procesowym z dnia 28 sierpnia 2024 r. podtrzymał swoje stanowisko wskazane w przystąpieniu dotyczące podstaw odrzućenia odwołania, ewentualnie w razie, gdyby Izba doszła do przekonania, że podstawy te nie zachodzą – do jego oddalenia.

W ocenie Przystępującego - odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 ustawy PZP, gdyż dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniach wniesionych przez Przystępującego oraz wykonawcę „Fart-Bis” Sp. z o.o. które uwzględnił, w zakresie zarzutów odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego zdolności zawodowej wykonawców.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, w tym akt sprawy odwoławczej Izba postanowiła odwołanie odrzucić.

Na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron i uczestnika, Izba doszła do przekonania, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania zarówno na podstawie art. 528 pkt 2 ustawy Pzp, bowiem odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony z powodu braku wykazania w tej sprawie przez Odwołującego legitymacji, o której mowa w art.505 ust.1 ustawy Pzp oraz na podstawie pkt 5 powołanego wyżej przepisu prawa z tego powodu, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Ponadto, nie mogło ująć uwadze Izby, że przedmiotowe odwołanie zostało wniesione w istocie na czynności Zamawiającego stanowiące modyfikacje dokumentów zamówienia będące następstwem powołanych na wstępie żądań Odwołującego nr 1 i nr 2.

Stosownie do przepisu art. 527 ustawy Pzp na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu, albo, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu, odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu zgodnie znie przysługują środki ochrony prawnej.

Wymaga wskazania, że art.505 ust.1 ustawy Pzp przewiduje, że środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Według zapatrywania Izby – Odwołujący nie wykazał przesłanki poniesienia szkody lub możliwości poniesienia szkody w następstwie obniżenia warunku udziału w postępowaniu innych wykonawców.

Zamawiający poprzez dokonane modyfikacje treści ogłoszenia i SWZ wyraził jedynie minimalne poziomy zdolności co do warunku udziału w postępowaniu.

Przedmiotowe zmiany ogłoszenia i SWZ nie były w żaden sposób adresowane do Odwołującego, bowiem z treści odwołania należy wnioskować, że te minimalne poziomy zdolności spełnia on nadmiarowo, a zatem w żaden sposób nie grozi mu szkoda, która mogłaby powstać, gdyby Zamawiający tak zaostrzył warunek udziału w postępowaniu, że ten nie miałby szansy na złożenie oferty w przetargu.

Odwołujący w swoim odwołaniu jedynie w sposób marginalny nadmienił, że „Dla Odwołującego nie ulega wątpliwości, iż w ten sposób w obu przypadkach Odwołujący może ponieść szkodę, gdyż albo nie uzyska przedmiotowego zamówienia.”.

Takie uzasadnienie przez Odwołującego jednej z istotnych przesłanek określonych w przepisie art.505 ust.1 ustawy Pzp – w ocenie Izby - nie jest logiczne, bowiem z faktu obniżenia przez Zamawiającego wymagania odnoszącego się do warunku udziału wykonawcy w przedmiotowym przetargu, nie można w żaden sposób wyprowadzić wniosku,

że „nie uzyska przedmiotowego zamówienia”, bowiem jeżeli złoży najkorzystniejszą ofertę, to szkody nie poniesie.

Absurdalne jest również twierdzenie Odwołującego, że „Jest wiedzą powszechną, że zarówno za określony poziom jakości, jak i wiedzy, się płaci adekwatnie więcej. Podmiot, który takiego doświadczenia nie posiada, a jakość świadczonych usług jest niższa wymaga zapłaty niższego wynagrodzenia.”.

Zdaniem Izby – o wysokości wynagrodzenia wykonawcy i konkurencyjności oferty decyduje bardzo wiele czynników natury ekonomicznej, technicznej, technologicznej, organizacyjnej, prawnej i takie przekonanie Odwołującego nie może wynikać z wiedzy powszechnej, bowiem nie jest wiadome w tym postępowaniu jakie oferty złożą wykonawcy i w jaki sposób będą kalkulować cenę.

Mając na uwadze brak wykazania przez Odwołującego przesłanki poniesienia szkody lub możliwości jej poniesienia w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, Izba doszła do przekonania, że odwołanie zostało wniesione przez podmiot nieuprawniony.

Niezależnie od stwierdzenia przez Izbę istnienia powyższej podstawy do odrzucenia odwołania, Izba uznała, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Według zapatrywania Izby – żądania Odwołującego nr 1 i nr 2 zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z ich oczekiwaniami zawartymi we wnioskach.

Przy czym należy podkreślić, że w przeciwieństwie do zarzutów odwołania, które nie mogą być zmieniane przez Odwołujących po wniesieniu odwołania, żądania wykonawców w postępowaniu odwoławczym mogą ulec zmianie w zależności od zachowania stron i uczestników postępowania odwoławczego.

W rozpoznawanej sprawie, gdyby te żądania Odwołujących nr 1 i nr 2 nie zostały spełnione doszłoby do sporu pomiędzy Zamawiającym a tymi Odwołującymi w ramach już wszczęte na tamtym etapie postępowania odwoławczego.

Ponadto, należy wskazać, że nie doszło w tych sprawach do umorzenia postępowania odwoławczego na podstawie art.568 pkt 2 ustawy Pzp z powodu zbędności

lub niedopuszczalności postępowania odwoławczego, a obecny Odwołujący: Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie nie zgłosił przystąpienia w tamtych sprawach, co umożliwiłoby mu kwestionowanie żądań Odwołującego nr 1 i nr 2, przez co Odwołujący pozbawił się prawa do zwalczania tych żądań.

Na tle powyższego rozstrzygnięcia należy również dostrzec, że postępowanie odwoławcze ma charakter sformalizowany i jest obwarowane licznymi warunkami mającymi zapewnić efektywność i ekonomikę realizowanych procedur, biorąc pod uwagę nadrzędność samych celów systemu zamówień publicznych, które mogą być osiągnięte między innymi poprzez uniknięcie możliwości wystąpienia w obrocie różnych rozstrzygnięć prawnych.

Wobec powyższego Izba uznała, że przedmiotowe odwołanie podlega odrzuceniu na zasadzie art.528 pkt.2 i pkt 5 ustawy Pzp.

Ostatecznie, Izba doszła również do przekonania, że środek ochrony prawnej w tej sprawie nie przysługuje Odwołującemu w myśl przepisu art.527 ustawy Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 553 zd.2 ustawy Pzp postanowiła odrzucić odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku w oparciu o przepis art.575 i 576 ustawy Pzp w związku z przepisem § 8 ust. 1 zd.1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

Przewodniczący:.....