Sygn.akt KIO 4081/24

WYROK

Warszawa, dnia 26 listopada 2024 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w Warszawie w dniu 22 listopada 2024r.
odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 listopada 2024 r. przez **odwołującego**: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. ul. Spacerowa 145, 26-200 Końskie w postępowaniu prowadzonym

przez **zamawiającego**: Gmina Gowarczów Plac XX-lecia 1, 26-225 Gowarczów

z udziałem **przystępującego:** Konsorcjum: EKO ZULEN sp. z o.o. – Lider Konsorcjum Guzów 20 L, 26-505 Orońsko K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Usługi Ekologiczne EKO-JAS K.J. Garno ul. Kasztanowa 21, 26-625 Wolanów **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie, nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty przystępującego po stronie zamawiającego w zakresie spełnienia wymagań bazy magazynowo - transportowej jaką dysponuje konsorcjum
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gmina Gowarczów Plac XX-lecia 1, 26-225 Gowarczów i
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. ul. Spacerowa 145, 26-200 Końskie, tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od zamawiającego: Gmina Gowarczów Plac XX-lecia 1, 26-225 Gowarczów na rzecz odwołującego: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. ul. Spacerowa 145, 26-200 Końskie kwotę 7.500,00 zł. (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania
   2.3. Koszty stron postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie.

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:……..……………………………………..

Uzasadnienie

Wewnętrzna sygnatura postępowania, nadana zamówieniu przez zamawiającego: ORG.271.4.2024.

Postępowanie dotyczy: udzielenie zamówienia pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta i gminy Gowarczów" prowadzone w trybie podstawowym, na podstawie art. 275 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp" lub „Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu: opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 września 2024 roku pod numerem: 2024/BZP 00480891 (https://ezamowienia.gov.pl/pl/) z przedmiotem zamówienia: usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Gowarczów oraz z GPSZOK, z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z budynku Urzędu Miasta i Gminy Gowarczów.

Zmawiający ustalił szacunkową wartość zamówienia: poniżej progów unijnych.

Termin na wniesienie odwołania: informacja o wynikach postępowania została opublikowana przez zamawiającego w dniu 30 października 2024 roku, a zatem odwołanie wniesione jest w ustawowym 5 dniowym terminie; wpis od odwołania: kwota wpisu 7 500 zł została uiszczona przez Odwołującą na rachunek Urzędu Zamówień Publicznych.

ODWOŁANIE W POSTĘPOWANIU O UDZIELENIE ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Działając w imieniu Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o., na podstawie udzielonego

pełnomocnictwa, którego odpis przedkładam w załączeniu, (dalej: PGK sp. z o.o.) niniejszym wnoszę odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy zaniechań oraz czynności Zamawiającego tj. Gminy Gowarczów, których dopuścił się w toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

I.ZARZUTY

Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 pkt 7 i 8 Ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) zarzucam niezgodność z przepisami ustawy następujących czynności oraz zaniechań:

1. Zaniechania Zamawiającego polegającego na nieunieważnieniu postępowania pomimo, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W zakresie powyższego zaniechania zarzucam Zamawiającemu naruszenie art 255 pkt 6 Pzp przez jego niezastosowanie i nieunieważnienie postępowania pomimo, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą. Wskazuję, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ, który jest integralną częścią specyfikacji, stanowi że Przedsiębiorca do rocznego sprawozdania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości dołącza karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera (...), co stanowi zapis sprzeczny i niezgodny z przepisami Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (dalej: ustawa o odpadach) oraz Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 9 grudnia 2022 roku w sprawie funkcjonowania Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (dalej: rozporządzenie z dnia 9 grudnia 2022 roku). Niezgodności z obowiązującym prawem powodują, że niniejszy warunek jest niemożliwy do spełnienia.

Powyższy zapis rzutuje na całość sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji, Dla przykładu § 4 pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ stanowi, że Wykonawca zobowiązany jest obligatoryjnie dołączyć (Zamawiającemu - Gminie Gowarczów) raport miesięczny wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kserokopiami dowodów dostarczonych odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, tj. karty przekazania odpadów (...), co jest zapisem nie tylko niezgodnym z ww. aktami prawnymi lecz również wewnętrznie sprzeczny. Niniejsze stanowi istotny element, ponieważ w § 9 pkt 1 lit. g załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający przewiduje kary umowne za nieprzekazanie raportu, o którym mowa w § 4 pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ. Ponadto wskazuję, że zapis pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ:

—narusza przepisy proceduralne tj, art. 16 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym na Zamawiającym spoczywa obowiązek korzystania z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć. Wyjaśniam, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 do SWZ stanowi zobowiązanie nałożone na Wykonawcę, które jest niemożliwe do wykonania, ponieważ stoi w opozycji do obowiązujących przepisów prawa,

—jest wadą niemożliwą do usunięcia, ponieważ wymaga całkowitej zmiany sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej,

—skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ pozostawienie zapisu w mocy narusza przepisy ustawy o odpadach oraz rozporządzenia z dnia 9 grudnia 2022 roku.

2. Zaniechanie Zamawiającego polegające na nieodrzuceniu oferty złożonej przez przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj.: EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum) pomir przedłożenia oferty niezgodnej z SWZ, naruszającej przepisy odrębne oraz niezapewniającej należytego wykonania zamówienia.

W zakresie wskazanej czynności zarzucam Zamawiającemu:

—naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzucenie oferty konsorcjum, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów co stanowi jedną ze składowych przedmiotu zamówienia,

—naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp przez nieodrzucenie oferty konsorcjum, która jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi. Wskazuję, że baza magazynowo — transportowa jaką dysponują konsorcjanci nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

3.czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj. : EKO ZULEN sp. z o.o, (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum).

W przedmiocie powyższej czynności zarzucam Zamawiającemu:

— naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 Pzp przez zastosowanie „ceny" jako jedynego kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty (rozdział 12 SWZ), co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wskazuję sama nazwa przedmiotu zamówienia (Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (,.,) określa kilka składowych zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wynika, że Wykonawca jest zobowiązany do spełnienia szeregu kryteriów, a przedmiot zamówienia odnosi się do aspektów środowiskowych. W związku z powyższym, w ocenie Odwołującej, Zamawiający dokonując wyboru oferty, powinien kierować się również innym kryteriami (np. odnoszącymi się do jakości posiadanych zasobów, w tym bazy magazynowo — transportowej),

—naruszenie przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty złożonej przez konsorcjum, która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia. Wskazuję, że przyjęta w ofercie konsorcjum cena w zakresie zagospodarowania odpadów jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania usługi zgodnie z SWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami. Wyłącznie oferta złożona przez Odwołującą stanowi najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zapewnia prawidłową realizację inwestycji.

II.WNIOSEK ODWOŁAWCZY

Mając na uwadze powyższe zarzuty odnoszące się do zaniechań oraz czynności podejmowanych przez Zamawiającego wnoszę o:

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp,

2.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania,

3.przeprowadzenie dowodu z dokumentów t. j.

1) dokumentów wskazanych w uzasadnieniu odwołania na odpowiadające im okoliczności opisane w uzasadnieniu,

2) dokumentów składanych przez Zamawiającego w toku postępowania przetargowego,

W przypadku nieuwzględnienia zarzutu odnoszącego się do unieważnienia postępowania wnoszę o:

1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj.: EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum),

2.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegających na badaniu i ocenie ofert.

3.obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania i nakazanie Zamawiającemu wypłaty na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według norm przepisanych.

III.INTERES DO WNIESIENIA ODWOŁANIA

Odwołująca ma interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ jako jedyna złożyła ofertę, która jest zgodna z warunkami wskazanymi w SWZ oraz z powszechnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi gospodarowania odpadami. Oferta złożona przez konsorcjum (EKO ZULEN sp. z o.o. oraz Krzysztofa Janasa prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J.) zawiera liczne błędy, które w świetle warunków określonych prz Zamawiającego, powinny spowodować odrzucenie oferty.

Nieprawidłowości zaistniałe w toku postępowania opisane w odwołaniu powodują poniesienie szkody przez Odwołującą, którą stanowią przede wszystkim potencjalne, nieuzyskane korzyści (lucrum cessans). Gdyby postępowanie zostało przeprowadzone prawidłowo, Odwołująca osiągnęłaby zysk z realizacji zadania oraz uzyskała nowe doświadczenie.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że za szkodę uważa się również niemożność uzyskania zamówienia na skutek niezgodnych z prawem działań Zamawiającego, tj. pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 5 sierpnia 2011 roku, sygn.: KIO 1557/11). W niniejszej sprawie Odwołująca została pozbawiona korzyści wynikających z uzyskania zamówienia. PGK sp. z o.o. jako jedyna złożyła ofertę pozostająca w zgodzie z postanowieniami SWZ oraz przepisami prawa. W przypadku odrzucenia oferty złożonej przez konsorcjum, realizacja zamówienia przypadłaby PGK sp. z o.o.

UZASADNIENIE ODWOŁANIA

I.Stan faktyczny

Gmina Gowarczów (dalej: Zamawiający) w myśl art. 275 pkt 1 Pzp zorganizowała przetarg prowadzony w trybie podstawowym pod nazwą: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta i gminy Gowarczów". Zgodnie ze sporządzoną przez Zamawiającego Specyfikacją Warunków Zamówienia (SWZ) przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Gowarczów oraz z GPSZOK, z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z budynku Urzędu Miasta i Gminy Gowarczów. Postępowanie dotyczy realizacji usługi w okresie 12 miesięcy począwszy od dnia 1 stycznia 2025 roku do 31 grudnia 2025 roku, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj.: Dz.U. z 2024 poz. 399.) oraz przepisami obowiązującego Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Gowarczów. Szczegóły dotyczące opisu przedmiotu zamówienia zostały wskazane w załączniku nr 1 do SWZ stanowiącym integralną część specyfikacji.

W niniejszym postępowaniu udział wzięło wyłącznie dwóch potencjalnych wykonawców. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. przystąpiło do ogłoszonego przez Gminę Gowarczów przetargu składając w wyznaczonym terminie ofertę, do której załączono wszelkie wymagane dokumenty. Drugim wykonawcą byli przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj. EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą; USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partn konsorcjum) (dalej: konsorcjum lub konsorcjanci).

Następnie w dniu 30 października 2024 roku została opublikowana informacja owynikach postępowania. Zgodnie z przedmiotowym dokumentem, za najkorzystniejszą wybrano ofertę sporządzoną przez konsorcjum. W uzasadnieniu faktycznym wskazano, że oferta konsorcjantów spełnia wymogi określone w ustawie i specyfikacji warunków zamówienia i otrzymała najwyższą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. W ogólnym rozrachunku oferta konsorcjantów uzyskała 100 pkt, natomiast ofertę PGK oceniono na poziomie 97,29 pkt. W tym przedmiocie należy wskazać, że „cena" stanowi jedyne kryterium wprowadzone przez Zmawiającego, co w ocenie Odwołującej narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania. Z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wynika, że na przedmiot zamówienia składa się kilka czynności takich jak: odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Zakres usług jakich dotyczy postępowanie niewątpliwie ma wpływ na aspekt społeczny i środowiskowy. W związku z powyższym, Zamawiający dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty winien wprowadzić również inne kryteria odnoszące się do m.in, jakości usługi.

Ponadto przeprowadzone przez Gminę Gowarczów postępowanie jest obarczone innymi brakami. Zamawiający oceniając przedłożone oferty dopuścił się wielu zaniechań i naruszeń. Wbrew stwierdzeniu jakie zamieścił w informacji o wynikach postępowania, oferta sporządzona przez konsorcjum nie spełnia wymogów określonych w SWZ. Wątpliwości Odwołującej budzi brak jakichkolwiek pozwoleń jakimi dysponują konsorcjanci, jakość bazy magazynowo — transportowej oraz kalkulacja ceny oferty w zakresie zagospodarowania odpadów. Braki w ofercie przedsiębiorców nie zostały dostrzeżone przez Zamawiającego, pomimo iż grożą one niewykonaniem zamówienia. Oferta złożona przez konsorcjum, jako niezgodna z SWZ oraz przepisami odrębnymi winna zostać odrzucona.

Dodatkowo, w ocenie Odwołującej, całość postępowania przeprowadzonego przez Gminę Gowarczów jest obarczona niemożliwą do usunięcia wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, ponieważ zawierałaby postanowienia, które byłyby sprzeczne z obowiązującym prawem. Wskazuję, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ jest niezgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Niniejszy zapis rzutuje na inne postanowienia, znajdujące się w całości sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji, co zostało szerzej opisane w pkt II niniejszego uzasadnienia (stan prawny).

W związku z powyższym, z uwagi na zaniechania i naruszenia Zamawiającego, wniesienie niniejszego odwołania stało się koniecznością.

II. Stan prawny

W ocenie Odwołującej Gmina Gowarczów przeprowadziła całość postępowania w sposób sprzeczny z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych. Naruszenia i zaniechania Zamawiającego stanowią podstawę do unieważnienia czynności Gminy Gowarczów podjętych w toku postępowania lub do unieważnienia całości postępowania.

1. naruszenie przez Zamawiającego art. 255 pkt 6 Pzp

Art. 255 pkt 6 Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w

sprawie zamówienia publicznego. W niniejszej sprawie w pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ, który jest integralną częścią specyfikacji, Zamawiający określił, że Przedsiębiorca do rocznego sprawozdania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości dołącza karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera.

(...). Następnie w § 4 pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ wskazano, że Wykonawca zobowiązany jest obligatoryjnie dołączyć (Zamawiającemu - Gminie Gowarczów) raport miesięczny wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kserokopiami dowodów dostarczonych odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, tj. karty przekazania odpadów (,..). Niespełnienie powyższego jest z kolei zagrożone karą umowną przewidzianą w § 9 pkt 1 lit. g załącznika nr 2 do SWZ.

Przytoczone zapisy są niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Zamawiający oczekuje dołączania karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera, co nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Karta przekazania odpadów komunalnych nie zawiera informacji dotyczących procesów przetwarzania odpadów. W mysi art 66 ust. 1 ustawy o odpadach posiadacz odpadów jest obowiązany do prowadzenia na bieżąco ilościowej i jakościowej ewidencji odpadów. Jednak podkreślić należy, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 3 ww. ustawy ma obowiązek prowadzenia ewidencji z zastosowaniem tylko kart przekazania odpadów komunalnych, które z kolei zgodnie z art.67 ust. 4a ustawy o odpadach nie zawierają informacji obejmujących cały łańcuch przetwarzania odpadów, aż do ostatecznego recyklera. Ponadto w kwestii przedkładania przez przedsiębiorców dokumentów potwierdzających przetwarzanie odpadów w postaci ewidencji odpadów należy zwrócić uwagę, że na podstawie art. 83 ust. 1 pkt 15 ustawy o odpadach wójt, burmistrz, prezydent miasta posiada dostęp do BDO. Zgodnie z załącznikiem do Rozporządzenia Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 9 grudnia 2022 roku w sprawie funkcjonowania Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami dostęp ten obejmuje m.in. możliwość przeglądania informacji dotyczących dokumentów ewidencji odpadów. Tym samym żądanie przedkładania kart przekazania odpadów komunalnych nie znajduje uzasadnienia.

Reasumując, okazanie przez podmioty odbierające odpady komunalne dokumentacji dotyczącej całego łańcucha przetwarzania odpadów, aż do ostatecznego recyklera jest po prostu niemożliwe. Powyższe uzasadnia, iż Zamawiający wprowadził wymóg, który jest niewykonalny. To z kolei powoduje, iż ewentualna umowa zawarta pomiędzy Gminą a Wykonawcą będzie podlegała unieważnieniu. Niniejsze stanowisko prezentowane przez Odwołującą znajduje uzasadnienie w interpretacji jaką wydal Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego Departament Środowiska i Gospodarki Odpadami w dniu 29 kwietnia 2022 roku w odpowiedzi na otrzymane zapytanie sporządzone przez PGK sp. z o.o.

Dowód:

—zapytanie do Marszałka Wojewódzka Świętokrzyskiego z dnia 7 marca 2022 roku,

—pismo z dnia 29 kwietnia 2022 roku - interpretacja wydana przez Urząd Marszałkowski Województwa Świętokrzyskiego Departament Środowiska i Gospodarki Odpadami.

Zgodnie z orzecznictwem KIO zastosowanie art. 255 pkt 6 Pzp jest możliwe wyłącznie w przypadku kumulatywnego ziszczenia się ściśle określonych przesłanek. W wyroku z dnia 3 marca 2023 roku o sygn. KIO 425/23 KIO orzekła, że „W pierwszej kolejności wskazać należy, że jak stanowi art 255 pkt 6 ustawy Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika z literalnego brzmienia tego przepisu, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem łączne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

W związku z powyższym, w nawiązaniu do przedmiotowej sprawy wskazuję, że zapis pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ:

— narusza przepisy proceduralne tj. art. 16 pkt 3 pzp, zgodnie z którym na Zamawiającym spoczywa obowiązek korzystania z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu tj. takie, przy pomocy których ten cel

da się osiągnąć. Wyjaśniam, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 do SWZ stanowi zobowiązanie nałożone na Wykonawcę, które jest niemożliwe do wykonania, ponieważ stoi w opozycji do obowiązujących przepisów prawa,

—jest wadą niemożliwą do usunięcia, ponieważ wymaga całkowitej zmiany sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej,

—skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ pozostawienie zapisu w mocy narusza przepisy ustawy o odpadach oraz rozporządzenia z dnia 9 grudnia 2022 roku.

Powyższe uzasadnia kumulatywne spełnienie przesłanek umożliwiających zastosowanie art 255 pkt 6 Pzp,

2.naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp

Naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przejawia się w zaniechaniu Zamawiającego i nieodrzuceniu oferty konsorcjum pomimo, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Wskazuję, że przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów co stanowi jedną ze składowych przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami znajdującymi się w Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach oraz Gospodarce Odpadami (w skrócie: BDO) zarówno EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. nie posiadają żadnych decyzji, zezwoleń a pozwoleń na zagospodarowanie odpadów, co jednoznacznie wskazuje na brak możliwości realizacji zamówienia. Z tego względu oferta złożona przez konsorcjantów winna zostać odrzucona.

Dowód:

—wydruki z BDO.

3.naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp.

PGK sp. z o.o. wskazuje, że baza magazynowo - transportowa, jaką dysponują konsorcjanci, nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z tego powodu Zamawiający również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp winien odrzucić ofertę konsorcjum.

W załączeniu do niniejszego odwołania przedkładam wydruk z Geoportalu (dostępny na stronie: https://polska.geoportal2.pl/map/www/mapa.php7mapa~polska), z którego wynika, że baza magazynowo - transportowa konsorcjantów nie spełnia wymagań ww. rozporządzenia. Zgodnie z wymaganiami teren bazy powinien być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy z uwzględnieniem wymagań określonych przepisami ustawy z dnia 20 lipca 2017 roku - Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1478 ze zm.) - pkt 9 lit b) OPZ ~ załącznik nr 1 do SWZ, Według ustaleń Odwołującej, baza konsorcjantów nie spełnia niniejszych wymagań. Dowód:

— wydruk z Geoportalu https://polska, geoportal 2,pl/m ap/www/mapa.php ? mapa opolska

4.naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił wyłącznie jedno kryterium, którym kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze przedmiot postępowania, który niewątpliwie odnosi się do aspektów środowiskowych należy stwierdzić, że bazowanie jedynie na kryterium „ceny" stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wskazuję, że sama nazwa przedmiotu zamówienia (Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (...)) określa kilka składowych zamówienia.

W związku z powyższym, w ocenie Odwołującej, Zamawiający dokonując wyboru oferty, powinien kierować się również innym kryteriami (np. odnoszącymi się do jakości posiadanych zasobów, w tym bazy magazynowo - transportowej).

5.naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 pzpW ocenie Odwołującej do naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 pzp doszło poprzez wybór oferty złożonej przez konsorcjum, która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia. Wskazuję, że przyjęta w ofercie konsorcjum cena w zakresie zagospodarowania odpadów jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania usługi zgodnie z SWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami.

Wyłącznie oferta złożona przez Odwołującą stanowi najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zapewnia prawidłową realizację inwestycji.

Wskazuję, że konsorcjanci nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów, co w przypadku udzielenia zamówienia obliguje przedsiębiorców do zawarcia dodatkowej umowy z podmiotem trzecim (PGK sp. z o.o. posiada takie pozwolenie). Mimo to konsorcjum w zakresie zagospodarowania odpadów wskazało niższe ceny jednostkowe. Brak uprawnień oraz zaniżenie cen, w ocenie Odwołującej, stwarza ryzyko niewykonania zamówienia.

Dowód:

— kalkulacja ceny ofertowej - porównanie cen oferentów.

III. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe zarzuty należy stwierdzić, że niniejsze odwołanie jest w pełni uzasadnione. Całość postępowania niewątpliwie jest obarczona wadą, która może zostać usunięta wyłącznie poprzez unieważnienie postępowania, ponieważ wymaga gruntownej zmiany całości dokumentacji przetargowej.

Niezależnie od powyższego, w przypadku nieuwzględnienia zarzutu dotyczącego unieważnienia postępowania, należy wskazać, że PGK sp. z o.o. to przedsiębiorca, który jako jedyny złożył ofertę zgodną ze specyfikacją oraz posiada wszelkie wymagane prawem pozwolenia gwarantujące należyte wykonanie zobowiązania.

Ponadto ustawa prawo zamówień publicznych przewiduje ogólne zasady, którymi powinien kierować się Zamawiający udzielając zamówienia. W przedmiotowej sprawie niewątpliwie dyrektywy określone w art. 16 oraz 17 Pzp zostały naruszone. Zgodnie z treścią art. 16 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty; proporcjonalny. Z kolei art.17 Pzp przewiduje, że Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający:

1. najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz

2. uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Ponadto zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, a czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Przeprowadzenie postępowania w sposób opisany wyżej w ramach uzasadnienia poprzednich zarzutów uchybia obowiązkom wynikającym z art. 16 i 17 pzp.

Odwołujący mając na uwadze powyższe, wnosi jak na wstępie.

ODPOWIEDŹ NA ODWOŁANIE pismo z dnia 15 listopada 2024r.

Działając w imieniu Zamawiającego - Gminy Gowarczów, na podstawie art. 521 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa Pzp) wnoszę odpowiedź na odwołanie wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich Sp. z o.o. z siedzibą w Końskich od:

1.zaniechania Zamawiającego polegającego na unieważnieniu postępowania pomimo, iż postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy;

2.zaniechania Zamawiającego polegającego na nieodrzuceniu oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: EKO ZULEN Sp. z o.o. z siedzibą w Guzów - Lider Konsorcjum oraz Usługi Ekologiczne EKO - JAS K.J. - Partner Konsorcjum;

3.czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: EKO ZULEN Sp. z o.o. z siedzibą w Guzów - Lider Konsorcjum oraz Usługi Ekologiczne EKO - JAS K.J. - Partner Konsorcjum.

Odwołujący mając na uwadze powyższe zarzuty wniósł o:

1. unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, a w przypadku nieuwzględnienia zarzutu odnoszącego się do unieważnienia postępowania,

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na badaniu i ocenie ofert.

Działając w imieniu Zamawiającego - Gminy Gowarczów wnoszę o:

1.oddalenie odwołania w całości;

2.zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych;

3.przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", nume postępowania ORG.271.6.2021,

-umowa nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021 r na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej zbiórki odpadów Komunalnych (GPSZOK)",

-pismo Wykonawcy z dnia 31-03-2023r. dotyczące przekazania karty przekazania odpadów do ostatecznego recyklera, pismo Wykonawcy z dnia 04.03.2024r, informacja- karty przekazania odpadów,

-SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok", w tym OPZ,

-Informacja z otwarcia ofert,

na okoliczności tego, iż pomimo że Odwołujący wskazuje na zapis przekazania karty odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera wraz z oświadczeniami skierowanymi do Wójta Gminy Gowarczów jako na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to jednocześnie w wykonaniu uprzednio zawartej umowy z Zamawiającym nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021r na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", w jej wykonaniu na podstawie analogicznych zapisów jak w niniejszym postępowaniu, składał do Zamawiającego karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera wraz z oświadczeniami skierowanymi do Wójta Gminy Gowarczów, a co za tym idzie nie jest to wada uniemożlwiająca zawarcie i realizację umowy, jak również składa oferty w postepowaniach o analogicznych zapisach.

Uzasadnienie odpowiedzi na odwołanie :

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego w zakresie unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy wskazać, że wykonawcy nie mogą zmierzać swoim działaniem do takiej interpretacji postanowień SWZ, która w istocie zmienia SWZ. To Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia, on określa przedmiot zamówienia w oparciu o swoje potrzeby, wykonawcy zaś składają oferty i realizują zamówienie zgodnie z wymaganiami zamawiającego określonymi w SWZ. W przypadku, gdy SWZ nie jest wystarczająco precyzyjna aby należycie wycenić ryzyko realizacji zamówienia w ofercie, wykonawcy mają środki ochrony prawnej z których powinni korzystać na odpowiednim etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Po upływie terminu zaskarżenia postanowień SWZ wykonawcy nie mogą skutecznie podnosić niedoskonałości SWZ i ich skutków w formułowaniu ofert, ani z nich wywodzić zasadność interpretacji własnej postanowień SWZ (tak: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 lutego 2024 r. KIO 375/24). Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów. Wykonawca w terminie wynikającym z ustawy Pzp, tj. w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych lub dokumentów zamówienia na stronie internetowej, nie wniósł odwołania wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia, a więc i Opisu przedmiotu zamówienia. W związku z powyższym Odwołujący utracił prawo do zaskarżenia postanowień SWZ i podnoszenia zarzutów wynikających z zapisów SWZ.

Ponadto ustawa Pzp przewiduje zamknięty katalog przesłanek unieważnienia postępowania lub jego części. Dzielą się one na przesłanki obligatoryjne (wskazane w art. 255 ustawy Pzp) oraz przesłanki fakultatywne (uregulowane w art. 256-258 oraz art. 310 ustawy Pzp). Nie można kreować dodatkowych przesłanek unieważnienia postępowania. Przesłanki obligatoryjne zostały uregulowane w art. 255 ustawy Pzp. W przypadku ich zaistnienia zamawiający musi podjąć decyzję o unieważnieniu postępowania lub jego części, jeżeli przesłanki zachodzą jedynie w odniesieniu do części zamówienia. Oznacza to, że działanie zamawiającego powinno być pozbawione jakiejkolwiek uznaniowości. Wspomniany przepis

przewiduje, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, między innymi jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania musi nastąpić w każdym przypadku, jeśli łącznie zostaną spełnione następujące przesłanki:

1. dojdzie do naruszenia przepisów pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania),

2.wada musi być niemożliwa do usunięcia,

3.wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Teza ta jest wyrażona m.in. w wyrokach Krajowej Izby Odwoławczej z 28 lutego 2022 r. (KIO 423/23) oraz z 24 marca 2022 r. (KIO 667/22). Łączne spełnienie wymienionych przesłanek oznacza, że nieziszczenie się choć jednej z nich uniemożliwia unieważnienie postępowania. Konieczne jest przy tym wystąpienie związku przyczynowo - skutkowego między zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. W przedmiotowym postępowaniu, nie tyko nie ma żadnej wady w Opisie przedmiotu zamówienia, (o czym w dalszej części uzasadnienia), ale nawet, gdyby hipotecznie wskazana przez Wykonawcę wada zaistniała, (czego Zamawiający nie przyznaje), to wada taka nie byłaby na tyle istotna, aby skutkowała niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zamawiający wskazuje dalej, że zapisy OPZ wskazane przez Odwołującego są zgodne z przepisami prawa obowiązującymi w tym zakresie, w tym zapisami ustawy o odpadach (dalej u.o.) oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej u.u.p.g.). Od 01 stycznia 2020 roku - po nowelizacji przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach art 3b ust 1 ustawy u.u.c.p.g. otrzymał nowe brzmienie. Wymagania w zakresie poziomów recyklingu dotyczą już nie tylko wybranych frakcji odpadów komunalnych, ale całego ich strumienia. Gmina ma prawo do ukształtowania stosunku prawnego w taki sposób, aby nałożyć na wykonawcę wyłonionego w trybie postępowania o zamówienia publiczne obowiązek uzyskiwania odpowiednich poziomów recyklingu i zapewnienia sobie prawidłowej realizacji usług. Poprzez takie zobowiązanie o charakterze kontraktowym, gmina nie wyzbywa się ciążącej na niej odpowiedzialności. Osiągnięcie bowiem przez gminę określonych poziomów recyklingu jest szczegółowym obowiązkiem w ramach utrzymania czystości i porządku jako zadania własnego gminy. Wynika to z art. 3 ust. 1 u.u.c.p.g. W art. 3 ust. 2, 3b i 3c u.u.c.p.g. na gminy nałożono szereg obowiązków, w tym zapewnienie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu. Dodatkowo przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Ponieważ z mocy u.u.c.p.g. gmina ma obowiązek powierzyć przedsiębiorcy wykonywanie zadania odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy Wykonawcy wyłonionemu w drodze przetargu, to powinna mieć również możliwość zapewnienia sobie prawidłowej realizacji tych usług. Sposób ich wykonywania ma decydujący wpływ na możliwość wypełnienia przez gminę obowiązków związanych z selektywną zbiórką i osiąganiem wymaganych poziomów recyklingu. Dane, o których mowa w OPZ są niezbędne do prawidłowej weryfikacji sprawozdania, o którym mowa w art. 9q u.u.c.p.g. Zgodnie z art. 9p w celu weryfikacji danych zawartych w sprawozdaniu, o którym mowa w art. 9n ust. 1, art. 9na ust. 1, art. 9nb ust. 1 lub art. 9o ust. 1, burmistrz może zobowiązać podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości do okazania dokumentacji, na podstawie której są sporządzane dokumenty na potrzeby ewidencji odpadów oraz dokumentów potwierdzających przetworzenie odpadów. Według orzecznictwa KIO, w ustawie nie wprowadzono zakazu umownego uregulowania odpowiedzialności wykonawców za osiągnięcie poziomów recyklingu, za które ustawowo odpowiada gmina. Jednocześnie zastrzeżenie kar umownych stanowi dopuszczalny na mocy art. 483 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny - dalej k.c., sposób wyegzekwowania od wykonawcy wypełnienia tego zobowiązania. Zdaniem KIO, nie sposób również twierdzić, że takie uregulowanie (tj. zobowiązanie do osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu) stanowi ułożenie stosunku prawnego o treści lub celu sprzecznym z k.c. lub zasadami współżycia społecznego, a więc wykracza poza granice zasady swobody kontraktowej stron wynikającą z art. 353(1) k.c. (wyroki KIO z dnia 29 listopada 2012 r., KIO 2544/12 i wyroku KIO z dnia 29 maja 2013 r., KIO 1125/13.) Gmina jest zobowiązana podejmować takie działania, aby w sposób rzetelny i gospodarny wydatkować środki publiczne. Gmina ma obowiązek zorganizować przetarg na realizację usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zatem ustawodawca przyjął, że realizacja obowiązku odbioru i zagospodarowania odpadów zostaje zlecona podmiotowi wyłonionemu w drodze przetargu. Prawidłowa realizacja w/w usługi ma bezpośredni i znaczący wpływ na wypełnienie obowiązku osiągnięcia odpowiednich poziomów odzysku. Brak obwarowania prawidłowego wykonania usługi karami umownymi byłoby poważnym narażeniem środków publicznych. Nie gwarantowałoby także osiągnięcia celu jaki gmina poprzez zlecenie usługi winna osiągnąć.

Zamawiający wskazuje również, iż pomimo, że Odwołujący wskazuje na powyższe jako na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to jednocześnie w wykonaniu uprzednio zawartej umowy z Zamawiającym nr ORG.032.66.2021 z dnia 31. 12.2021 r na „Odbiór , transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnejzbiórki odpadów Komunalnych (GPSZOK)", w jej wykonaniu na podstawie analogicznych zapisów jak w niniejszym postępowaniu, składał do Zamawiającego karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera wraz z oświadczeniami skierowanymi do Wójta Gminy Gowarczów.

dowód: SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", numer postępowania ORG.271.6.2021, umowa nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021r na „Odbiór transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej zbiórki odpadów Komunalnych (GPSZOK)", pismo Wykonawcy z dnia 31-03-2023r. dotyczące przekazania karty przekazania odpadów do ostatecznego recyklera, pismo Wykonawcy z dnia 04.03.2024r, informacja- karty przekazania odpadów.

Zamawiający wskazuje również na fakt, iż pomimo że Odwołujący wskazuje na powyższe jako na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to składa oferty w ramach postępowań o analogicznych zapisach w SWZ. Przykładowo Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok", nie kwestionując tam przedmiotowych zapisów.

dowód: SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok", w tym OPZ, Informacja z otwarcia ofert.

Ponadto zapisy te - wbrew stanowisku Odwołującego się - nie są wewnętrznie sprzeczne. Zapis z par. 4 ust. 6 Wzoru umowy dotyczy raportów miesięcznych, a zapis z pkt 6 lit. f) OPZ dotyczy raportu rocznego. Kara umowa została przewidziana w par. 9 ust. 1 lit. g) Wzoru umowy została przewidziana za nieprzekazywanie Zamawiającemu w terminie raportu, o którym mowa w § 4 ust 6 niniejszej umowy w wysokości 200 zł brutto za każdy dzień zwłoki, a więc raportu miesięcznego.

Odnosząc się dalej do zarzutów Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: EKO ZULEN Sp. z o.o. z siedzibą w Guzów - Lider Konsorcjum oraz Usługi Ekologiczne EKO - JAS K.J. - Partner Konsorcjum, Zamawiający wskazuje, co następuje:

Warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ było m.in. posiadanie wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych zamówieniem od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (Dz. U. 2024 r. poz. 399) oraz posiadanie uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca miał na wezwanie Zamawiającego przedłożyć, wpis do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych zamówieniem od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (Dz. U. 2024 r. poz. 399) oraz decyzję i/lub dokument z którego wynika, że Wykonawca posiada uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Przystępujący spełnił powyższy warunek udziału w postępowaniu, co Odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący zarzuca, że Przystępujący nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów, co stanowić ma niezgodność z warunkami postępowania. Tymczasem w żadnym z zapisów SWZ, w tym OPZ, Zamawiający nie wymagał posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Wtórny zatem pozostaje fakt, czy Przystępujący posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Również zarzut nieposiadania przez Przystępującego bazy, o której mowa w pkt 9 OPZ nie może się ostać. Dopiero na etapie realizacji zamówienia Wykonawca ma posiadać bazę magazynowo transportową spełniającą wymagania wskazane przez Zamawiającego w OPZ. Na etapie składania ofert Wykonawca składał na Formularzu ofertowym w pkt 6 oświadczenie o zrealizowaniu zamówienia zgodnie z SWZ, OPZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy. W związku z czym powyższy zarzut Odwołującego jest bezpodstawny.

Odnosząc się dalej do zarzutów Odwołującego w zakresie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: EKO ZULEN Sp. z o.o. z siedzibą w Guzów - Lider Konsorcjum oraz Usługi Ekologiczne EKO - JAS K.J. - Partn Konsorcjum, Zamawiający wskazuje, co następuje:

Przepis art. 246 ust. 1 ustawy Pzp wprowadza ogólną zasadę, zgodnie z którą zamawiający publiczni, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz ich związki nie stosują kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%. Jednocześnie jednak art. 246 ust. 2 ustawy Pzp wprowadza wyjątek od tej reguły. Pozwala on zamawiającym zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert albo jako kryterium o wadze przekraczającej 60%, jeżeli określą w opisie przedmiotu zamówienia wymagania jakościowe odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości określił standardy jakościowe odnoszące się do wszystkich cech przedmiotu zamówienia. Przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest świadczenie usługi polegającej na odbiorze wszystkich odpadów komunalnych:

-odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych

-z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe

-odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z budynku Urzędu Miasta i Gminy Gowarczów.

W ramach tej usługi Wykonawca jest zobowiązany do realizacji poszczególnych etapów stanowiących istotne cechy przedmiotu zamówienia tj.:

-Odbiór odpadów komunalnych bezpośrednio z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Gowarczów, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe

znajdujące się na terenie Gminy Gowarczów, a także odbiór odpadów komunalnych z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, transport i zagospodarowanie tych odpadów;

-Wyposażenie nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe - w worki służące do zbierania segregowanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z segregacji (zmieszanych odpadów komunalnych) tj. pozostawienie do dnia 05 stycznia 2025 r. wraz z harmonogramem odbioru odpadów - wcześniej uzgodnionym z Zamawiającym - przy każdej posesji po 3 worki każdego rodzaju (czarne, brązowe, zielone, żółte, niebieskie);

-Przekazywanie odebranych pozostałości z segregacji (zmieszanych odpadów komunalnych) - do instalacji komunalnych.

-Przekazywanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2023r., poz. 1857 ze zm.); albo zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami.

-Zagospodarowanie zebranych odpadów komunalnych w sposób, który zapewni osiągnięcie poziomów recyklingu, określonych w rozporządzeniu Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobu obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1530), albo zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami.

-Zagospodarowanie zebranych odpadów komunalnych w sposób, który zapewni osiągnięcie określonego w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia składowania masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji (Dz. U. z 2017 r., poz., 2412) - poziomu ograniczenia składowania tychże odpadów; albo zgodnie z obowiązującymi w danym momencie świadczenia usługi przepisami.

-Kontrolowanie właścicieli nieruchomości pod kątem wypełnienia obowiązków w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami prawa obowiązującymi w tym zakresie oraz informowanie Zamawiającego o przypadkach niedopełnienia przez właścicieli nieruchomości w/w obowiązków - wedle szczegółowych opisów zawartych w umowie.

Dla prawidłowego świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych zostały ustalone wymagania oraz zebrane dane w w/w zakresie w szczególności:

a)został ustalony sposób i zakres świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów - uchwała Nr XXXV/5/2022 z dniu 13 stycznia 2022 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zamian za uiszczoną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi. Zapisy tej uchwały zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia na wykonywanie usługi odbioru odpadów komunalnych;

b)uchwałą Nr XLIII/74/2022 Rady Gminy Gowarczów z dniu 29 grudnia 2022 r. wsprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Gowarczów na terenie Miasta i Gminy Gowarczów zostały określone wymagania w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie nieruchomości w tym rodzaje i minimalna pojemność urządzeń przeznaczonych do zbierania odpadów komunalnych i warunki rozmieszczenia tych pojemników, jakie powinni spełniać właściciele nieruchomości przygotowujący zebrane odpady komunalne do oddania przedsiębiorstwu wykonującemu usługę odbioru tych odpadów. Zapisy dot. odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia;

c)w opisie przedmiotu zamówienia zostały podane ilości odebranych odpadów komunalnych niesegregowanych i selektywnych z podziałem na poszczególne frakcje odpadów, które zostały odebrane przez przedsiębiorstwo wykonujące usługę odbioru odpadów komunalnych na terenie miasta i gminy Gowarczów w 2023 r. oraz szacunkowa masa odpadów niesegregowanych i selektywnych, które zostaną odebrane w czasie trwania zamówienia;

d) została podana ilość odpadów zebranych z terenu Gminy z posesji zamieszkałych, z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, ilość odpadów odebranych z UMiG Gowarczów w 2023r,

e)podana została niezbędna minimalna ilość środków transportu, baz magazynowo - transportowych gwarantujących stałe, ciągłe i bezawaryjne świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych.

Wszystkie w/w wymogi, ustalenia, warunki i informacje stanowią element stworzonego przez Zamawiającego, tj. Gminę Gowarczów systemu organizacyjno - technicznego, dającego możliwość prawidłowego gospodarowania odpadami komunalnymi w tym odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, z GPSZOK, na których odpady te powstają, oraz z miejsc odbioru należących do Urzędu Miasta i Gminy w Gowarczowie i niegenerującego nadmiernych (nieuzasadnionych) kosztów. W związku z czym, jeżeli Zamawiający kierując się wymaganiami ustawy w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, zawarł w nim wszystkie istotne wymagania, cechy i parametry przedmiotu zamówienia to ma on prawo zastosować kryterium ceny jako jedyne kryterium oceny ofert. W przypadku takiego rodzaju przedmiotu zamówienia jak odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, jeżeli zamawiający określi w opisie przedmiotu zamówienia usługi na odbiór odpadów komunalnych jakościowe, odnoszące się do co najmniej głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia - opisze:

-jakość wykonywania usługi,

-częstotliwość, rodzaje, ilości i czas odbioru odpadów oraz

-procedury, związane z tym zadaniem,

- jak to ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu - to może zastosować cenę jako jedyne kryterium oceny ofert. Ustalenie powyższego przez Zamawiającego jest wystarczające dla osiągnięcia celu postępowania za najkorzystniejszą cenę. Stosowanie dodatkowego kryterium lub kryteriów uznać należałoby w tym przypadku za zbędne i mające charakter działania pozornego, skoro nie miałyby one znaczenia dla Zamawiającego podczas wyboru oferty i zastosowane byłyby wyłącznie po to, żeby uniknąć potencjalnego ryzyka ewentualnych zarzutów podmiotów kontrolujących Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Wykonawca wskazał w powyższym zakresie na naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, a więc na naruszenie przez Zamawiającego zachowania uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zdaniem Zamawiającego zastosowane kryterium 100% ceny ma zastosowanie do wszystkich wykonawców w sposób jednakowy i nie uniemożliwia to Odwołującemu ubieganie się o dane zamówienie lub nie stawia go w zdecydowanie gorszej sytuacji w porównaniu do konkurencyjnych wykonawców, w tym w porównaniu do Przystępującego.

Wykonawca wskazał również na naruszenie przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, uzasadniając jedynie, iż „Wyłącznie oferta złożona przez Odwołującą stanowi najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zapewnia prawidłową realizację inwestycji". Na uzasadnienie naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy

Pzp Odwołujący winien wskazać konkretne okoliczności oraz dowody, czego nie uczynił. W związku z czym zarzut ten jest gołosłowny i bezpodstawny i nie może stanowić podstawy wzruszenia czynności Zamawiającego, jakim jest wybór najkorzystniejszej oferty.

W związku z powyższym żądanie oddalenia odwołania jest w pełni zasadne.

Załączono do odpowiedzi na odwołanie

1. SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", numer postępowania ORG.271.6.2021,

2. Umowa nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021 r na „Odbiór , transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej zbiórki odpadów Komunalnych (GPSZOK)",

3.Pismo Wykonawcy z dnia 31-03-2023r. dotyczące przekazania karty przekazania odpadów do ostatecznego recyklera,

4.Pismo Wykonawcy z dnia 04.03.2024r, informacja- karty przekazania odpadów

5.SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok", w tym OPZ,

6.Informacja z otwarcia ofert.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Powyżej przedstawiono odwołanie z dnia 4 listopada 2024r. oraz odpowiedź zamawiającego na odwołanie z 15 listopada 2024r. W aktach sprawy znajduje się pismo przygotowawcze odwołującego z dnia 21 listopada 2024r. złożone do akt sprawy w dniu posiedzenia i rozprawy 22 listopada 2024r.

Odwołanie złożono w postępowaniu prowadzonym w celu udzielenia zamówienia, opublikowanego w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 września 2024 roku pod numerem: 2024/BZP 00480891 (https://ezamowienia.gov.pl/pl/), o przedmiocie zamówienia: „usługa odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Gowarczów oraz z GPSZOK, z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z budynku Urzędu Miasta i Gminy Gowarczów”.

Powyższe stanowi o kompleksowej usłudze odbioru, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu Gminy Gowarczów, która jest przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. zwanej dalej „Pzp”.

Odwołujący formułując zarzuty pod adresem zamawiającego przedstawił je następująco, na które odpowiedzi udzielił wezwany przez Izbę zamawiający, a Izba rozważając argumentację stron i przywołane na poparcie twierdzeń dowody w toku postępowania odwoławczego, rozstrzygnęła je jak poniżej.

I Pierwszy zarzut odwołania

zaniechania zamawiającego polegającego na nieunieważnieniu postępowania pomimo, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

W zakresie powyższego zaniechania zarzucono zamawiającemu naruszenie **art 255 pkt 6** Pzp przez jego niezastosowanie i nieunieważnienie postępowania pomimo, że postępowanie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą. Odwołujący wskazał, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) OPZ do SWZ (specyfikacji warunków zamówienia), który jest integralną częścią specyfikacji (SWZ), stanowi że Przedsiębiorca do rocznego sprawozdania podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości dołącza karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera (...), co stanowi zapis sprzeczny i niezgodny z przepisami Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (dalej: ustawa o odpadach) oraz Rozporządzeniem Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 9 grudnia 2022 roku w sprawie funkcjonowania Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami (dalej: rozporządzenie z dnia 9 grudnia 2022 roku). Niezgodności z obowiązującym prawem powodują, że niniejszy warunek jest niemożliwy do spełnienia.

Powyższy zapis rzutuje na całość sporządzonej przez zamawiającego dokumentacji, Dla przykładu § 4 pkt 6 załącznika

nr 2 do SWZ stanowi, że Wykonawca zobowiązany jest obligatoryjnie dołączyć (Zamawiającemu - Gminie Gowarczów) raport miesięczny wraz z poświadczonymi za zgodność z oryginałem kserokopiami dowodów dostarczonych odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, tj. karty przekazania odpadów (...), co jest zapisem nie tylko niezgodnym z ww. aktami prawnymi lecz również wewnętrznie sprzeczny. Niniejsze stanowi istotny element, ponieważ w § 9 pkt 1 lit. g załącznika nr 2 do SWZ Zamawiający przewiduje kary umowne za nieprzekazanie raportu, o którym mowa w § 4 pkt 6 załącznika nr 2 do SWZ. Ponadto wskazuję, że zapis pkt 6 lit. f załącznika nr 1 (Opis przedmiotu zamówienia) do SWZ:

—narusza przepisy proceduralne t.j. art. 16 pkt 3 Pzp, zgodnie z którym na Zamawiającym spoczywa obowiązek korzystania z takich środków, które muszą być odpowiednie do zamierzonego celu tj. takie, przy pomocy których ten cel da się osiągnąć. Wyjaśniam, że pkt 6 lit. f załącznika nr 1 do SWZ stanowi zobowiązanie nałożone na Wykonawcę, które jest niemożliwe do wykonania, ponieważ stoi w opozycji do obowiązujących przepisów prawa,

—jest wadą niemożliwą do usunięcia, ponieważ wymaga całkowitej zmiany sporządzonej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej,

—skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, ponieważ pozostawienie zapisu w mocy narusza przepisy ustawy o odpadach oraz rozporządzenia z dnia 9 grudnia 2022 roku.

Izba powyżej przedstawiła argumentację odwołującego na okoliczność żądania unieważnienia postępowania. Z kolei zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie wniósł o nieuwzględnienie zarzutu co do nie unieważnienia postępowania przez zamawiającego, przedstawiając stosowną argumentację faktyczną i prawną na tę okoliczność, jak i dowody w postaci SWZ 2021r. jak i zawartej z odwołującym umową na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów 2021r. z zamawiającym , w szczególności jak poniżej.

Zamawiający co do całości zarzutów odwołania wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego według norm przepisanych i przeprowadzenie dowodów z następujących dokumentów:

- SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", nume postępowania ORG.271.6.2021,

- umowa nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021 r na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno- wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej zbiórki odpadów Komunalnych (GPSZOK)",

- pismo Wykonawcy z dnia 31-03-2023r. dotyczące przekazania karty przekazania odpadów do ostatecznego recyklera, pismo Wykonawcy z dnia 04.03.2024r, informacja- karty przekazania odpadów,

- SWZ na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok", w tym OPZ,

- informacja z otwarcia ofert z terenu Gminy Ruda Maleniecka na 2025 rok.

na okoliczności tego, że odwołujący wskazuje na zapis przekazania karty odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera wraz z oświadczeniami skierowanymi do Wójta Gminy Gowarczów jako na wady uniemożliwiające zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego, to jednocześnie w wykonaniu uprzednio zawartej umowy z zamawiającym nr ORG.032.66.2021 z dnia 31.12.2021r na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, domków letniskowych oraz nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe znajdujących się na terenie Gminy Gowarczów oraz z Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (GPSZOK)", w jej wykonaniu na podstawie analogicznych zapisów jak w niniejszym postępowaniu, składał do zamawiającego karty przekazania odpadów komunalnych do ostatecznego recyklera wraz z oświadczeniami skierowanymi do Wójta Gminy Gowarczów, a co za tym idzie nie jest to wada uniemożlwiająca zawarcie i realizację umowy, jak również składa oferty w postepowaniach o analogicznych zapisach.

Izba oceniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie oraz przywołane przepisy, jak i pismo z dnia 29 kwietnia 2022r. Dyrektora Departamentu Środowiska i Gospodarki Odpadami z upoważnienia Marszałka Województwa Świętokrzyskiego znak: ŚO-I.7245.4.3.2022 stanowiąceodpowiedź na pismo odwołującego z dnia 07.03.2022r. znak: L. Dz. ZA 03.262.2022, po pierwsze nie stwierdza, że postanowienia SWZ zamawiającego dotyczące raportów do ostatecznych recyklerów stanowią bezwzględne naruszenie prawa, które powoduje niemożliwe świadczenie w rozumieniu art.387 § 1 k.c. (umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna – impossibilium nulla obligatio est). Niemniej

Izba nie przesądza o podnoszonej kwestii w niniejszym rozstrzygnięciu, ponieważ jak zamawiającemu przysługuje prawo unieważnienia postępowania na każdym jego etapie, to odwołującemu prawo zaskarżenia postanowień SWZ przysługuje na etapie przed złożeniem oferty to jest licząc termin zaskarżenia od opublikowania ogłoszenia o zamówieniu i SWZ (art.515 ust.1 pkt 2)Pzp). Odwołujący również nie odniósł się do argumentacji zamawiającego, który przywołał wybór na 2025r. oferty odwołującego w Gminie Ruda Malenicka, pomimo w. w. opinii Urzędu Marszałkowskiego Województwa Świętokrzyskiego co do wymogu raportu od ostatecznego recyklera.

Izba w świetle powyżej przedstawionych okoliczności faktycznych i prawnych, uznaje zarzut odwołania, dotyczący braku unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przez zamawiającego, za spóźniony na mocy art.255 pkt 6)Pzp., co skutkuje brakiem jego rozstrzygnięcia merytorycznego.

II Drugi zarzut odwołania

Zaniechanie zamawiającego polegające na nieodrzuceniu oferty złożonej przez przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj.: EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum) pomimo przedłożeni oferty niezgodnej z SWZ, naruszającej przepisy odrębne oraz niezapewniającej należytego wykonania zamówienia.

W zakresie wskazanej czynności zarzucono zamawiającemu:

—naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przez nieodrzucenie oferty konsorcjum, która jest niezgodna z warunkami zamówienia, ponieważ przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów co stanowi jedną ze składowych przedmiotu zamówienia,

—naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp przez nieodrzucenie oferty konsorcjum, która jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz przepisami odrębnymi. Wskazuję, że baza magazynowo — transportowa jaką dysponują konsorcjanci nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

3. czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przedsiębiorców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach konsorcjum tj. : EKO ZULEN sp. z o.o, (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum).

W przedmiocie powyższej czynności zarzucono zamawiającemu:

— naruszenie przepisu art. 16 pkt 1 Pzp przez zastosowanie „ceny” jako jedynego kryterium, którym zamawiający kierował się przy wyborze oferty (rozdział 12 SWZ), co narusza zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wskazuję sama nazwa przedmiotu zamówienia (Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (,.,) określa kilka składowych zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wynika, że Wykonawca jest zobowiązany do spełnienia szeregu kryteriów, a przedmiot zamówienia odnosi się do aspektów środowiskowych. W związku z powyższym, w ocenie odwołującej, zamawiający dokonując wyboru oferty, powinien kierować się również innym kryteriami (np. odnoszącymi się do jakości posiadanych zasobów, w tym bazy magazynowo — transportowej),

Izba powyższy zarzut nie rozpatruje, ponieważ jest spóźniony w myśl art. 515 ust.1 pkt 2)Pzp jego zgłoszenie powinno nastąpić w terminie 5 dnia od daty opublikowania ogłoszenia o zamówienia i SWZ czyli od 2024-09-02 czyli do dnia 2024-09-09, a odwołanie wniesiono dnia 2024-11-04

—naruszenie przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp przez wybór oferty złożonej przez konsorcjum, która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia. Wskazuję, że przyjęta w ofercie konsorcjum cena w zakresie zagospodarowania odpadów jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania usługi zgodnie z SWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami. Wyłącznie oferta złożona przez odwołującą stanowi najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zapewnia prawidłową realizację inwestycji.

Izba powyższy zarzut nie uwzględnia z powodu braku jakiegokolwiek uzasadnienia co do faktów i prawa oraz dowodów, że cena jest rażąco niska poza tylko stwierdzeniem odwołującego, w myśl art.516 ust.1 pkt 7) i 10) Pzp w zw. z art.534 ust.1 Pzp, zgodnie z którym jest obowiązek wskazania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzi się skutki prawne.

W przedmiotowym postępowaniu udział wzięło dwóch wykonawców to jest Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. zwany dalej „odwołującym”. Drugi wykonawca przedsiębiorcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia to jest konsorcjum: EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadzący działalność

gospodarczą pod firmą; USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. (Partner konsorcjum), dalej zwani „konsorcjum”.

Dnia 30 października 2024r. została opublikowana przez zamawiającego informacja o wynikach postępowania i zgodnie z czynnością zamawiającego za najkorzystniejszą wybrano ofertę sporządzoną przez Konsorcjum, która otrzymała najwyższą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert, określonymi w SWZ. Oferta Konsorcjum uzyskała 100 pkt, a oferta odwołującego 97,29 punktów.

Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert.

Z opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wynika, że na przedmiot zamówienia składa się z czynności takich jak: odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Izba odnosząc się do kolejnych zarzutów wynikających z wniesionego odwołania stwierdza

2. co do naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Jak wskazuje odwołujący naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp przejawia się w zaniechaniu zamawiającego i nieodrzuceniu oferty konsorcjum pomimo, iż jest ona niezgodna z warunkami zamówienia. Przedsiębiorcy wchodzący w skład konsorcjum nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów co stanowi jedną ze składowych przedmiotu zamówienia. Zgodnie z ogólnodostępnymi informacjami znajdującymi się w Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach oraz Gospodarce Odpadami (w skrócie: BDO) zarówno EKO ZULEN sp. z o.o. (Lider konsorcjum) oraz K.J. prowadząc działalność gospodarczą pod firmą: USŁUGI EKOLOGICZNE EKO-JAS K.J. nie posiadają żadnych decyzji, zezwoleń a pozwoleń na zagospodarowanie odpadów, co jednoznacznie wskazuje na brak możliwości realizacji zamówienia. Z tego względu oferta złożona przez konsorcjantów winna zostać odrzucona.

Zamawiający, jak powyżej cytowano jego odpowiedź na odwołanie, odnosząc się do niniejszego zarzutu stwierdza:

Odnosząc się dalej do zarzutów Odwołującego w zakresie zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, tj. Konsorcjum firm: EKO ZULEN Sp. z o.o. z siedzibą w Guzów - Lider Konsorcjum oraz Usługi Ekologiczne EKO - JAS K.J. - Partner Konsorcjum, Zamawiający wskazuje, co następuje:

Warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z SWZ było m.in. posiadanie wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych zamówieniem od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (Dz. U. 2024 r. poz. 399) oraz posiadanie uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Na potwierdzenie powyższego Wykonawca miał na wezwanie Zamawiającego przedłożyć, wpis do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych objętych zamówieniem od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, (Dz. U. 2024 r. poz. 399) oraz decyzję i/lub dokument z którego wynika, że Wykonawca posiada uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych objętych zamówieniem. Przystępujący spełnił powyższy warunek udziału w postępowaniu, co Odwołujący nie kwestionuje. Odwołujący zarzuca, że Przystępujący nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów, co stanowić ma niezgodność z warunkami postępowania. Tymczasem w żadnym z zapisów SWZ, w tym OPZ, Zamawiający nie wymagał posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Wtórny zatem pozostaje fakt, czy Przystępujący posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów.

Izba podziela argumentację zamawiającego, zgodną w tym zakresie z postanowieniami SWZ. Sam odwołujący formułując zarzut stwierdza, że dotyczy braku zezwolenia po stronie konsorcjantów zezwolenia na zagospodarowanie odpadów komunalnych, co ma skutkować decyzją zamawiającego o odrzuceniu oferty wykonawcy wybranego. Odwołujący pozostaje także niekonsekwentny w swojej argumentacji przy próbie kwestionowania ceny oferty wykonawcy wybranego/przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego, posługując się argumentacją „Wskazuję, że konsorcjanci nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów, co w przypadku udzielenia zamówienia obliguje przedsiębiorców do zawarcia dodatkowej umowy z podmiotem trzecim (PGK sp. z o.o. posiada takie pozwolenie). Mimo to konsorcjum w zakresie zagospodarowania odpadów wskazało niższe ceny jednostkowe. Brak uprawnień oraz zaniżenie cen, w ocenie Odwołującej, stwarza ryzyko niewykonania zamówienia”.

Izba podsumowując rozważania w przedmiotowym zarzucie, odnoszącym się do braku uprawnień po stronie wykonawcy wybranego, do zagospodarowania we własnym zakresie odpadów komunalnych, stwierdza brak podstaw do uwzględnienia niniejszego zarzutu odwołania.

3.naruszenie przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp.

Odwołujący wskazuje, że baza magazynowo - transportowa, jaką dysponują konsorcjanci, nie spełnia wymagań określonych w opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Z tego powodu Zamawiający również na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp winien odrzucić ofertę konsorcjum.

W załączeniu do niniejszego odwołania przedkładam wydruk z Geoportalu (dostępny na stronie: https://polska.geoportal2.pl/map/www/mapa.php7mapa~polska), z którego wynika, że baza magazynowo - transportowa konsorcjantów nie spełnia wymagań ww. rozporządzenia. Zgodnie z wymaganiami teren bazy powinien być wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy z uwzględnieniem wymagań określonych przepisami ustawy z dnia 20 lipca 2017 roku - Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1478 ze zm.) - pkt 9 lit b) OPZ ~ załącznik nr 1 do SWZ, Według ustaleń Odwołującej, baza konsorcjantów nie spełnia niniejszych wymagań. Dowód:

— wydruk z Geoportalu https://polska, geoportal 2,pl/m ap/www/mapa.php ? mapa opolska.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie stwierdza ”Również zarzut nieposiadania przez Przystępującego bazy, o której mowa w pkt 9 OPZ nie może się ostać. Dopiero na etapie realizacji zamówienia Wykonawca ma posiadać bazę magazynowo transportową spełniającą wymagania wskazane przez Zamawiającego w OPZ. Na etapie składania ofert Wykonawca składał na Formularzu ofertowym w pkt 6 oświadczenie o zrealizowaniu zamówienia zgodnie z SWZ, OPZ oraz projektowanymi postanowieniami umowy. W związku z czym powyższy zarzut Odwołującego jest bezpodstawny”.

W ocenie Izby zarzut potwierdził się. Odwołujący przedstawił dowody z geoportalu, z których wynika, że baza magazynowa odpadów wykonawcy wybranego nie jest wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy z uwzględnieniem wymagań określonych przepisami ustawy z dnia 20 lipca 2017 roku - Prawo wodne (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1478 ze zm.) - pkt 9 lit b) OPZ ~ załącznik nr 1 do SWZ. Według ustaleń odwołującej i dowodów złożonych w toku postępowania odwoławczego, baza konsorcjantów/wykonawca wybrany nie spełnia wymagań bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Natomiast zamawiający nie potwierdził informacji pozyskanych przez odwołującego co do aktualności stanu technicznego bazy magazynowej będącej w dyspozycji wykonawcy wybranego. W związku z powyższym Izba uwzględnia zarzut i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazała powtórzenie czynności badania i oceny oferty przystępującego po stronie zamawiającego w zakresie spełnienia wymagań bazy magazynowo - transportowej jaką dysponuje konsorcjum.

4.naruszenie przez Zamawiającego art. 16 pkt 1 Pzp.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający określił wyłącznie jedno kryterium, którym kierował się przy wyborze najkorzystniejszej oferty. Mając na uwadze przedmiot postępowania, który niewątpliwie odnosi się do aspektów środowiskowych należy stwierdzić, że bazowanie jedynie na kryterium „ceny” stanowi naruszenie art. 16 pkt 1 pzp tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania. Wskazuję, że sama nazwa przedmiotu zamówienia (Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych (...)) określa kilka składowych zamówienia.

Zarzut sprowadza się do kryterium oceny ofert, które kwestionuje odwołujący. Izba, jak powyżej, zarzut uznaje za spóźniony i w związku z tym zarzut nie podlega rozpoznaniu merytorycznemu.

5.naruszenie przez Zamawiającego art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 Pzp. W ocenie Odwołującej do naruszenia przepisu art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 w zw. z art. 239 ust. 1 i 2 pzp doszło poprzez wybór oferty złożonej przez konsorcjum, która nie zapewnia najlepszej jakości usług i najlepszych efektów zamówienia. Wskazuję, że przyjęta w ofercie konsorcjum cena w zakresie zagospodarowania odpadów jest rażąco niska i nie gwarantuje należytego wykonania usługi zgodnie z SWZ oraz powszechnie obowiązującymi przepisami.

Wyłącznie oferta złożona przez Odwołującą stanowi najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny i zapewnia prawidłową realizację inwestycji.

Wskazuję, że konsorcjanci nie posiadają pozwolenia na zagospodarowanie odpadów, co w przypadku udzielenia zamówienia obliguje przedsiębiorców do zawarcia dodatkowej umowy z podmiotem trzecim (PGK sp. z o.o. posiada takie pozwolenie). Mimo to konsorcjum w zakresie zagospodarowania odpadów wskazało niższe ceny jednostkowe. Brak

uprawnień oraz zaniżenie cen, w ocenie Odwołującej, stwarza ryzyko niewykonania zamówienia.

Zarzut sprowadza się do kryterium oceny ofert, które kwestionuje Odwołujący. Izba jak powyżej zarzut uznaje za spóźniony, nie podlega rozpoznaniu merytorycznemu.

Podsumowując, ze zgłoszonych zarzutów odwołania Izba uwzględnia zarzut dotyczący bazy magazynowej wykonawcy wybranego, naruszenie obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa mogło mieć istotny wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty. Pozostałe zarzuty odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 1) oraz § 7 ust.5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.500,00 zł. tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego w wysokości uiszczonego wpisu od odwołania. Koszty stron postępowania z tytułu wynagrodzenia pełnomocników znosi się wzajemnie.

Przewodniczący:……...