

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Mikołaj Kraska**

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **K.W. prowadzącego w Stopnicy działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K.W.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Brzesko w Brzesku**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy **Remondis Kraków sp. z o.o. w Krakowie**

**orzeka:**

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **K.W. prowadzącego w Stopnicy działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K.W.** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **K.W. prowadzącego w Stopnicy działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K.W.** tytułem wpisu od odwołania, kwotę **713 zł 00 gr** (słownie: siedemset trzydzieści złotych zero groszy) poniesioną przez **Gminę Brzesko w Brzesku** tytułem dojazdu na posiedzenie,

2.2. zasądza od wykonawcy **K.W. prowadzącego w Stopnicy działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K.W.** na rzecz **Gminy Brzesko w Brzesku** kwotę **713 zł 00 gr** (słownie: siedemset trzydzieści złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie Izby.

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 3780/23

### Uzasadnienie

Gmina Brzesko w Brzesku, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy no terenie Gminy Brzesko w roku 2024.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 5 września 2023 r., nr 2023/S 170-533631.

Wobec czynności i zaniechań zamawiającego w ww. postępowaniu w dniu 18 grudnia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wniósł odwołanie wykonawca K.W. prowadzący w Stopnicy działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K.W., zwany dalej „odwołującym”.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt. 2 lit. b w zw. z art. 16 ustawy Pzp przez uznanie iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu albowiem wskazana przez niego baza magazynowo – transportowa w Stopnicy przy ulicy Kościuszki 65C przekracza odległość 60 km od granicy Zamawiającego,
- 2) art. 239 w zw. art. 252 i 253 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej,
- 2) dokonania ponownej czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem swej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał, że uzasadniając decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, Zamawiający wskazał iż oba wskazane przez niego punkty nie spełniają wymogów wskazanych w SWZ w zakresie dysponowania potencjałem technicznych – tj. dysponowania bazą magazynowo – transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.).

Odwołujący wskazał, że na poparcie powyższego stanowiska Zamawiający przytoczył stanowisko swojej komórki

organizacyjnej (tj. Wydziału Infrastruktury) z którego wynika iż:

1) Przekroczenie granicy gminy Brzesko w punkcie geograficznym 50°02'58.5"N (dalej Punkt 1) jest niemożliwe z dwóch powodów: stan techniczny drogi uniemożliwia przejazd samochodów ciężarowych oraz na odcinku gminy Szczurowa droga kończy się na terenach leśnych gdzie nie ma możliwości dojazdu od strony gminy Szczurowa, ponadto droga posiada kategorię drogi wewnętrznej,

2) Punkt geograficzny 50°02'31.6"N (dalej Punkt 2) znajduje się w miejscowości Bucze na drodze wewnętrznej utwardzonej z kruszywa naturalnego. Droga nie jest drogą publiczną.

Odwołujący wskazał, że dodatkowo Zamawiający powołał się na interpretacje Ministerstwa Środowiska z dnia 13 sierpnia 2013 r. wedle którego odległość jaką pokona pojazd (60 km) powinna być mierzona po drogach publicznych. W związku z powyższym Zamawiający uznał iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu wskazanych w SWZ w zakresie dysponowania potencjałem technicznych – tj. dysponowania bazą magazynowo – transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.).

Odwołujący podniósł, że żaden przepis prawa nie wymaga i nie definiuje odległości 60 kilometrów od granic gminy, jako odległości którą ma pokonać pojazd po najkrótszych drogach publicznych. Zdaniem odwołującego wskazana przez Zamawiającego interpretacja – odpowiedź na zapytanie nr 4940 nie stanowi jakiegokolwiek wiążącej interpretacji przepisów prawa i nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący argumentował, że w dokumencie SWZ nie został określony sposób, w jaki Zamawiający ma zamiar obliczać odległość 60 kilometrów od granicy Gminy. Jako wymóg postawiono wyłącznie dysponowanie potencjałem technicznym tj. bazą magazynową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 kilometrów od tej Gminy i wymóg taki odwołujący spełnia. Zdaniem odwołującego ograniczanie udziału w postępowaniu poprzez powoływanie się na wymogi nie sformułowane w SWZ stanowi jaskrawy przykład naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tj. art. 16 ustawy Pzp).

Zdaniem odwołującego odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Środowiska - z upoważnienia ministra - na zapytanie nr 4940 w sprawie rozporządzenia ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości postuluje się sformułowaniem „po drogach publicznych” w jego oczywistym znaczeniu – tj. po drogach dostępnych dla nieograniczonej publiczności (w przeciwieństwie do dróg wewnętrznych – prywatnych). Zdaniem odwołującego ulica Rudzka, którą Zamawiający wskazuje jako drogę wewnętrzną, jest w rzeczywistości drogą gminną (będącą własnością Gminy), dostępną dla każdego. Droga ta jest przez Gminę utrzymywana i odśnieżana i dostępna dla każdego – spełnia zatem wskazany w przedmiotowej interpretacji cel, tj. ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami albowiem pojazdy odwołującego mogą (i będą mogły) po tej drodze się poruszać.

Odwołujący wskazał także, że w załączniku do przedmiotowego postępowania - Wykaz dróg gminnych na zadanie „Zimowe utrzymanie dróg gminnych na terenie Gminy Brzesko w sezonie zimowym 2023/2024, Część 3 - Zimowe utrzymanie dróg w sołectwach: Bucze, Mokrzyska, Szczepanów, Sterkowiec i Wokowice pod pozycją nr 2 została wskazana ta droga co implikuje fakt, iż jest to droga gminna i dostępna dla każdego (skoro gmina Brzesko zamierza ją odśnieżać). Zdaniem odwołującego Gmina nie może twierdzić, iż dana droga nie jest drogą publiczną – dostępną dla każdego, po której nie można się poruszać i jednocześnie w tym samym postępowaniu wpisać ją do listy dróg po której każdy potencjalny wykonawca będzie musiał się poruszać celem jej odśnieżania.

Odwołujący wskazał także, że kwestionowanie ul. Rudzkiej, która w ocenie Zamawiającego nie może być zaliczona do wymaganej odległości 60 km gdyż nie jest drogą publiczną, nie stanowiło przeszkody w ujęciu tej ulicy w opisie przedmiotu zamówienia z której Wykonawca ma obowiązek odbioru odpadów komunalnych. Zdaniem odwołującego taki stan rzeczy prowadzi do absurdu, że odbiór odpadów z tej ulicy jest obowiązkowy ale wracanie tą drogą do bazy magazynowo transportowej już nie jest możliwe.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Remondis Kraków sp. z o.o. w Krakowie. Złożył pismo procesowe, w którym wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W piśmie i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji warunków zamówienia (SWZ), odpowiedzi na pytania dotyczące treści**

**SWZ, modyfikacje SWZ, informację z otwarcia ofert, ofertę odwołującego, wezwania zamawiającego kierowane do odwołującego, odpowiedzi odwołującego na ww. wezwania zamawiającego, zawiadomienie o odrzuceniu oferty odwołującego i wyborze oferty najkorzystniejszej, załączniki do pism procesowych stron, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Art. 16 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*

- 1) *zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,*
- 2) *przejrzysty;*
- 3) *proporcjonalny.*

Art. 128 ust. 1 Pzp stanowi, że *Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:*

- 1) *wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub*
- 2) *zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.*

Art. 226 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:*

- 2) *została złożona przez wykonawcę:*

*b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu,*

Art. 239 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.*

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy no terenie Gminy Brzesko w roku 2024.

Ustalono, że w specyfikacji warunków zamówienia (SWZ) zamawiający przewidział m.in.:

Ustalono także, że w rozdziale IX SWZ (Warunki udziału w postępowaniu) zamawiający wskazał:

2. *Zamawiający określa następujące warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...)*

*2.4. Zdolności technicznej lub zawodowej.*

*Wykonawca spełni warunek, jeżeli wykaże, że: (...)*

*b) dysponowanie potencjałem technicznym tj.:*

*- bazą magazynowo- transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.)*

Ustalono także, że w rozdziale XI SWZ (Oświadczenia i dokumenty, jakie zobowiązani są dostarczyć wykonawcy, w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia) zamawiający wskazał m.in.:

2. *Dokumenty składane na wezwanie:*

*Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych: (...)*

*2.2. Potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu*

*d) Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ.*

Kolejno ustalono także, że do upływu terminu składania ofert do zamawiającego wpłynęła m.in. oferta odwołującego.

(por. informacja z otwarcia ofert, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że odwołujący na wezwanie zamawiającego złożył w dniu 6 listopada 2023 r. *Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ* W wykazie tym wskazał, że na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dysponuje bazą magazynowo transportowa znajdującą się w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy Brzesko.

(por. wykaz odwołującego, w dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego na nośniku elektronicznym).

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 9 listopada 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje:

*W złożonym na wezwanie podmiotowym środku dowodowym w postaci wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy ( zał. Nr 8 do SWZ) oświadczył Pan, iż dysponuje bazą magazynowo transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy Brzesko. W związku z tym, iż siedziba Pana firmy znajduje się w mieście Stopnica ul. T. Kościuszki 65C tj. województwo świętokrzyskie, to jest w znacznej odległości od granic Gminy Brzesko bardzo proszę o wskazanie gdzie dokładnie, (pod jakim adresem) znajduje się baza magazynowo — transportowa oraz czy jej odległość od granic Gminy Brzesko mieści się w wynikających z Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.) 60 km.*

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 9 listopada 2023 r.)

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 10 listopada 2023 r. W wyjaśnieniach tych wskazał, co następuje:

*Baza magazynowo – transportowa znajdują się w Stopnicy przy ul. T. Kościuszki 65 C, spełnia wszystkie wymagania zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U z 2013.122 z późn. Zm.) również w zakresie odległości do 60 km od granic Gminy Brzesko, punkt geograficzny : 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E znajduje się w miejscowości Bucze, do którego z bazy magazynowo – transportowej przy ul. T. Kościuszki 65 C jest 59,9 km, co spełnia warunek w zakresie odległości do 60 km od granicy Gminy Brzesko z Rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Na potwierdzenie dołączam wydruki z map Google potwierdzające odległość oraz że punkt geograficzny znajduje się w miejscowości Bucze w Gminie Brzesko.*

Kolejno ustalono, że pismem z dnia 16 listopada 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 4 Pzp, wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie bazy magazynowo-transportowej. W wezwaniu tym zamawiający wskazał, co następuje:

*W dniu 10.11.2023 w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego złożył Pan wyjaśnienia, w których oświadczył, iż dysponuje bazą magazynowo transportową usytuowaną w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy Brzesko wskazując punkt geograficzny: 50 002'58.5"N 20°37'50.8"E, znajdujący się w miejscowości Bucze, do którego z bazy magazynowo - transportowej w miejscowości Stopnica ul. T. Kościuszki 65C jest 59,9 km. Na potwierdzenie, czego załączył Pan wydruki z map Google, z których wynika, z jakiego punktu została liczona ww odległość.*

*W trakcie badania w/w dokumentów Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie wskazanej odległości oraz punktu, od którego ta odległość jest liczona tj. czy jest zgodna z przepisami Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.) w tym z interpretacją Ministerstwa Środowiska w tym zakresie, gdzie wskazano, że odległość 60 km powinna być mierzona zgodnie z odległością, jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych pomiędzy bazą magazynowo-transportową a granicą gminy. Punkt wskazany przez Pana (tj. 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E) w złożonych wyjaśnieniach oraz na wydruku z map Google nie znajduje się przy drodze publicznej (punkt sprawdzony przez Zamawiającego za pomocą ogólnodostępnego portalu, jakim jest geoportal).*

*W związku z powyższym proszę o wyjaśnienie, jakimi aspektami kierował się Pan wskazując punkt geograficzny: 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E, jako punkt, „0” od którego została policzona odległość 59,9 km.*

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 16 listopada 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył wyjaśnienia z dnia 20 listopada 2023 r., w których oświadczył, co następuje:

*oświadczam, że wskazana baza magazynowo – transportowa zlokalizowana w miejscowości Stopnica ul. T. Kościuszki 65C spełnia wymóg określony rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2023 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 późn. Zm.) czyli jest zlokalizowana w odległości do 60 km od granicy Gminy Brzesko.*

*Wskazany wcześniej punkt geograficzny do którego odległość wynosi 59,9 km wynikała z faktycznego pomiaru drogą którą często pokonywali zatrudnieni kierowcy przy obsłudze sąsiedniej Gminy Szczurowa odbierając odpady z gospodarstw domowych, przekraczając tym granice Gminy Brzesko przedstawiłem tą trasę na mapie Google.*

*Natomiast czyniąc zadość interpretacji zgodnie z zacytowaną w wezwaniu interpretacją Ministra Środowiska § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia zapis o posiadaniu bazy magazynowo transportowej w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy liczoną po najkrótszych drogach publicznych jaką pokona pojazd, informuję że wskazana baza*

magazynowo - transportowa w złożonych podmiotowych środkach dowodowych spełnia ten warunek jest to punkt geograficzny: 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajdujący się w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej (DROGA PUBLICZNA) d EcoTech Stopnica, Tadeusza Kościuszki 65C, 28-130 Stopnica - Samochodem po drogach publicznych 59,7 km, 59 min.

W załączeniu przedkładam na dowód skan mapy Google.

(por. wyjaśnienia odwołującego z dnia 20 listopada 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w dniu 24 listopada 2023 r. zamawiający, działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do poprawienia złożonego podmiotowego środka dowodowego stwierdzając „W toku badania oferty na podstawie złożonych przez Pana wyjaśnień w ocenie Zamawiającego przedstawiona lokalizacja bazy znajdująca się w miejscowości Stopnica ul. T. Kościuszki 65C nie spełnia warunków wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.) w tym z interpretacją §2 ust. 1 pkt 1 Ministerstwa Środowiska na zapytanie nr 4940 w tym zakresie, gdzie wskazano, że odległość 60 km powinna być mierzona zgodnie z odległością, jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych pomiędzy bazą magazynowo-transportową a granicą gminy. Odległość wskazanej przez Pana bazy licząc ją od punktu znajdującego się na najbliższej drodze publicznej przekracza wynikające z ww rozporządzenia 60 km.”

(por. wezwanie zamawiającego z dnia 24 listopada 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Kolejno ustalono, że w odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący złożył pismo z dnia 28 listopada 2023 r., w którym oświadczył m.in., co następuje:

(i)

Po pierwsze wskazujemy, że żaden przepis prawa nie wymaga i nie definiuje odległości 60 kilometrów od granic gminy, jako odległości którą ma pokonać pojazd po najkrótszych drogach publicznych. Wskazana przez Państwa interpretacja – odpowiedź na zapytanie nr 4940 nie stanowi jakiegokolwiek wiążącej interpretacji przepisów prawa i nie może stanowić podstawy do rozstrzygnięcia w przedmiotowym postępowaniu.

(ii)

Kontynuując powyższe wskazuje, że w dokumencie SWZ nie został określony w sposób w jaki Zamawiający ma zamiar obliczać odległość 60 kilometrów od granicy Gminy. Jako wymóg postawiono wyłącznie dysponowanie potencjałem technicznym tj. bazą magazynową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 kilometrów od tej Gminy i wymóg taki spełniamy. Ograniczanie naszego udziału w postępowaniu poprzez powoływanie się na wymogi nie sformułowane w SWZ stanowi jaskrawy przykład naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (tj. art. 16 ustawy pzp). (...)

(iv)

Na koniec wskazujemy, iż odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Środowiska - z upoważnienia ministra - na zapytanie nr 4940 w sprawie rozporządzenia ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości postuluje się sformułowaniem „po drogach publicznych” w jego oczywistym znaczeniu – tj. po drogach dostępnych dla nieograniczonej publiczności (w przeciwieństwie do dróg wewnętrznych – prywatnych). Ulica Rudzka, którą Państwo wskazujecie w Protokole Kontroli jest w rzeczywistości drogą gminną, dostępną dla każdego. Droga ta jest przez Gminę utrzymywana i odśnieżana i dostępna dla każdego – spełnia zatem wskazany w przedmiotowej interpretacji cel, tj. ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami albowiem nasze pojazdy mogą (i będą mogły) po tej drodze się poruszać.

(por. pismo odwołującego z dnia 28 listopada 2023 r., w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazanym przez zamawiającego).

Następnie ustalono, że 7 grudnia 2023 r., zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zgodnie, z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu i wyborze oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego zamawiający wskazał m.in.: (...)

Pismem z dnia 21.11.2023 r. Zamawiający w związku z wyżej przedstawionymi informacjami od Wykonawcy zwrócił się do Wydziału Infrastruktury Urzędu Miejskiego w Brzesku, który zajmują się min. szeroko pojmowanym zakresem związanym z drogami z następującymi pytaniami:

1. Czy jest możliwe przekroczenie granic Gminy Brzesko przez drogę wskazaną, jako punkt geograficzny 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E przez pojazdy odbierające odpady (śmieciarki)? oraz jakiej kategorii jest wskazana droga?

2. Czy punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajdujący się w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej, znajduje się

na drodze publicznej? Jeżeli nie to, jaka jest odległość od wskazanych punktów geograficznych tj. 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E oraz 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E do najbliższej drogi publicznej?

Jak wynika z informacji pozyskanej od Wydział Infrastruktury:

Ad. 1 Przekroczenie granicy gminy Brzesko w punkcie geograficznym 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E przez pojazdy odbierające odpady (śmieciarki) z gminy Szczurowa jest niemożliwy z dwóch powodów: stan techniczny drogi uniemożliwia przejazd samochodów ciężarowych oraz na odcinku gminy Szczurowa droga (działka drogowa) kończy się na terenach leśnych gdzie nie ma możliwości dojazdu od strony gminy Szczurowa. Droga posiada kategorie drogi wewnętrznej. (na potwierdzenie, czego wydział załączył mapę)

Ad. 2 Punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajduje się w miejscowości Bucze na drodze wewnętrznej utwardzonej o nawierzchni z kruszywa naturalnego (dz. Nr ewidencyjny 393). Droga nie jest drogą publiczną. Najbliższa droga publiczna na terenie gminy Brzesko, ul. Piłkarska nr 250657K od punktu geograficznego 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E znajduje się w odległości 1929 m, a od punktu geograficznego 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E w odległości 800 m (na potwierdzenie, czego wydział załączył mapę).

Zamawiający w toku badania złożonych wyjaśnień oraz w/w informacji ustalił, iż:

Drogą publiczną zgodnie z Ustawą z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 645 z późn. zm.) — jest droga zaliczona na podstawie niniejszej ustawy do jednej z kategorii dróg, z której może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami określonymi w tej ustawie lub innych przepisach szczególnych. Do dróg publicznych zaliczamy: 1) drogi krajowe; 2) drogi wojewódzkie; 3) drogi powiatowe; 4) drogi gminne. Zgodnie z art. 7 wskazanej ustawy; Do dróg gminnych zalicza się drogi o znaczeniu lokalnym niezaliczone do innych kategorii, stanowiące uzupełniającą sieć dróg służących miejscowym potrzebom, z wyłączeniem dróg wewnętrznych. Zaliczenie do kategorii dróg gminnych następuje w drodze uchwały rady gminy po zasięgnięciu opinii właściwego zarządu powiatu.

Zamawiający po weryfikacji całej dokumentacji oraz na podstawie zebranych dowodów podczas badania oferty uznał, iż baza — magazynowo-transportowa wykazana przez Wykonawcę znajdująca się w miejscowości Stopnica na ul. T. Kościuszki 65C nie spełnia w/w warunku udziału w postępowaniu wskazanego w Specyfikacji Warunków Zamówienia gdyż jej odległość licząc ją od punktu znajdującego się na najbliższej drodze publicznej przekracza wynikające z w/w rozporządzenia 60 km ( tj. wynosi od punktu 50 002'58.5"N 20 037'50.8"E - 61,82900 km oraz od punktu 50'02'31.6"N 20'37'32.0"E- 60,5 km).

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.) wezwał Wykonawcę do poprawienia złożonego podmiotowego środka dowodowego tj. przedłożenia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami — zgodnie z załącznikiem nr 8 do SWZ, ze wskazaniem bazy spełniającej warunki udziału w postępowaniu określone w SWZ tj. zgodnej z w/w rozporządzeniem oraz interpretacją w tym zakresie.

Wykonawca do terminu wyznaczonego przez Zamawiającego tj. do dnia 29.11.2023 r. nie złożył poprawionego w/w wykazu stanowiącego załącznik nr 8 do SWZ, celem potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu a jedynie pismo, w którym podtrzymuje, iż baza magazynowo-transportowa znajdująca się w miejscowości Stopnica na ul. T. Kościuszki 65C spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w SWZ.

W związku z niezłożeniem przez Wykonawcę w wyznaczonym terminie poprawionego wykazu Zamawiający po weryfikacji całej dokumentacji oraz na podstawie zebranych dowodów podczas badania oferty uznał, iż baza wskazana przez Wykonawcę P.U.H. EcoTech K.W. znajduje się w odległości przekraczającej 60 km od granic gminy Brzesko (licząc odległość po drogach publicznych). Oznacza to, że Wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu określonych w Specyfikacji Warunków Zamówienia w zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.). w związku z tym Zamawiający odrzuca ofertę Wykonawcy.

Zamawiający w SWZ wskazał, iż baza musi spełniać wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.). Jeżeli w tym zakresie Zamawiający powziął wątpliwości jego obowiązkiem było ich wyjaśnienie. W kontekście § 2 ust. 1 pkt 1 wyżej wymienionego rozporządzenia oraz interpretacji Ministerstwa Środowiska z dnia 13 sierpnia 2013 r., zapytanie nr 4940, gdzie wskazano, iż, odległość 60 km od granic gminy powinna być mierzona zgodnie z odległością, jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych pomiędzy bazą magazynowo-transportową a granicą gminy. W myśl przedmiotowej interpretacji odległość nie większa niż 60 km od granicy gminy ma na celu ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające

odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami. Stąd też metoda wyliczania odległości, o której mowa w § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia, powinna odnosić się do rzeczywistej trasy transportu odpadów.

Wskazać należy, iż w przypadku zamówień, których przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów szczegółowe warunki, jakie powinni spełniać Wykonawcy określone zostały w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ustawa stanowi *lex specialis* (przepis szczególny) w stosunku do ustawy Prawo zamówień publicznych i to nie tylko, co do głównego przedmiotu regulacji, jak również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne (KIO w wyroku z dnia 7.06.2013 r. sygn. KIO 1231/13)

Z powyższego wynika tyle, że w ramach prowadzonego postępowania Zamawiający dla stwierdzenia czy podmiot spełnia warunki udziału w postępowaniu ma uprawnienia badać treść złożonej przez Wykonawcę oferty w zakresie również zgodności ww. ustawy oraz aktów wykonawczych. Co do Wykonawcy natomiast składając ofertę, winien on mieć na względzie powyższe przepisy dla oceny czy spełnia warunki udziału w postępowaniu. Wykonawca jest zobligowany do respektowania wszelkich unormowań prawnych regulujących działalność odnoszącą się do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Każdy z wykonawców, który prowadzi działalność gospodarczą musi mieć świadomość, jakie przepisy regulują jej wykonywanie.

(...)

Należy podkreślić, że Wykonawca P.U.H. EcoTech K.W. przedstawiając informacje w złożonych wyjaśnieniach, co do odległości bazy wskazywał dwie różne odległości oraz 2 punkty geograficzne (50°02'58.5"N 20°37'50.8"E — odległość 59.9 km oraz 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E - odległość 59,7 km), co świadczy jednoznacznie o tym, że wskazany przez Wykonawcę sposób pomiaru, mógł powodować znaczne trudności z miarodajnym ustaleniem tej odległości. Wykonawca składając ofertę był świadomy, że pomiaru odległości bazy magazynowo-transportowej nie dokonujemy tak jak wynika z literalnego brzmienia ww rozporządzenia tj. od granicy gminy tylko od punktu wskazanego na drodze, świadczą o tym przedstawione współrzędne.

Ponadto pierwszy z punktów uznany przez Wykonawcę za punkt, od którego liczył wykazaną odległość tj. 59.9 km - 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E znajduje się w miejscu gdzie nie ma fizycznej możliwości swobodnego poruszania się pojazdem typu (śmieciarka). Wykonawca nie może pokonać trasy i przekroczyć granicy w tym punkcie pojazdem, gdyż droga ta kończy się obszarem leśnym, a więc w tym przypadku nie możemy uznać, iż odległość może być liczona wzdłuż drogi publicznej prowadzonej od granicy gminy.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 21.06.2013 r. sygn. KIO, 1349/13) pomimo, że w przepisie nie wskazano sposobu pomiaru, w ocenie Izby, pomiar odległości wzdłuż drogi dojazdu do bazy magazynowo - transportowej, zapewnia obiektywny i dokładny sposób oceny wymaganej odległości, który to sposób jest związany z charakterem i specyfiką przedmiotu, któremu ma służyć. W tym przypadku punkt ten nie spełnia tego założenia.

Wobec tego należy uznać, iż co prawda punkty wskazane przez Wykonawcę, od których dokonał pomiaru odległości bazy znajdują się na drodze, jednak droga ta nie jest drogą publiczną zgodnie z wyżej przytoczoną definicją a jedynie drogą wewnętrzną, którą nie można uznać za drogę publiczną (zgodnie z art. 8 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 645 z póź. zm.) Drogi, parkingi oraz place przeznaczone do ruchu pojazdów, niezaliczone do żadnej z kategorii dróg publicznych i niezlokalizowane w pasie drogowym takiej drogi, są drogami wewnętrznymi).

W związku z tym, iż odległość bazy magazynowo — transportowej znajdującej się w Stopnicy na ulicy Kościuszki 65C liczona do najbliższego punktu znajdującego się na drodze publicznej (zgodnie z ww definicją wynikającą z ustawy Prawo o ruchu drogowym (Dz. U. z 2023 r. poz. 1047 z późn. zm) przekracza 60 km Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Prawo zamówień publicznych) gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu wskazanych w Specyfikacji Warunków Zamówienia tj. dysponowanie bazą magazynowo - transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.).

(por. zawiadomienie zamawiającego, w aktach sprawy, na nośniku elektronicznym przekazany przez zamawiającego). Izba postanowiła oddalić wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania jako spóźnionego, jako niezasadny. W piśmie procesowym z dnia 29 grudnia 2023 r. przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania na podstawie art. 528 pkt 3 Pzp jako wniesionego po upływie terminu określonego w ustawie. Zdaniem przystępującego termin na wniesienie odwołania należało liczyć od 24 listopada 2023 r., kiedy zamawiający działając na podstawie art. 128 ust. 1 Pzp, wezwał odwołującego do poprawienia złożonego podmiotowego środka dowodowego, a nie od dnia 7 grudnia 2023 r., kiedy odwołujący otrzymał zawiadomienie o odrzuceniu jego oferty.

Stanowisko przystępującego okazało się chybione. Dostrzeżenia wymagało, że w przeciwieństwie do uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 7 grudnia 2023 r., w piśmie z dnia 24 listopada 2023 r.

zamawiający nie przedstawił pełnego, wyczerpującego stanowiska, dlatego uznaje, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunku dotyczącego dysponowania bazą położoną w odległości nie większej niż 60 km od granic gminy Brzesko. Pełne, jednoznaczne motywy swego stanowiska zamawiający przedstawił wykonawcy dopiero w piśmie z dnia 7 grudnia 2023 r. W tej sytuacji 10 dniowy termin na wniesienie odwołania upływał odwołującemu dopiero w dniu 18 grudnia 2023 r. i został zachowany. Wobec powyższego wniosek przystępującego o odrzucenie odwołania należało uznać za chybiony.

### **Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.**

Nie można było zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, że przepis prawa i SWZ nie wymagały i nie definiowały odległości bazy 60 kilometrów od granic gminy, jako odległości którą ma pokonać pojazd po najkrótszych drogach publicznych.

Zgodnie z opisanym przez zamawiającego w SWZ warunkiem udziału w postępowaniu, wykonawcy zobowiązani byli wykazać, że dysponują bazą magazynowo – transportową usytuowaną w Gminie Brzesko lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.).

Jak wynikało z opisu warunku, zamawiający w jego treści odesłał wprost i jednoznacznie do przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013.122 z późn. zm.). Zgodnie zaś z § 2 ust. 1 pkt 1 ww. rozporządzenia, *Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy.*

Można było zgodzić się z odwołującym jedynie w tym, że wskazana przez Zamawiającego interpretacja Ministerstwa Środowiska z dnia 13 sierpnia 2013 r. – odpowiedź na zapytanie poselskie nr 4940 nie stanowi źródła prawa. Jednak w jej treści podsekretarz stanu w Ministerstwie Środowiska – z upoważnienia ministra – wskazał, że *w uzasadnieniu do tegoż rozporządzenia znajduje się zapis, że wymóg usytuowania bazy magazynowo-transportowej na terenie gminy, z terenu której odbierane są odpady komunalne, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tejże gminy ma na celu ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami. Wobec powyższego, mając na uwadze cel, dla którego przepis ten został wprowadzony, należy stwierdzić, że odległość 60 km powinna być mierzona zgodnie z odległością, jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych pomiędzy bazą magazynowo-transportową a granicą gminy.*

Jak wynikało z odpowiedzi na interpelację, autor rozporządzenia dokonał zatem jego wykładni autentycznej posługując się dodatkowo m.in. regułami wykładni celowościowej, znajdującymi odbicie w uzasadnieniu rozporządzenia. Zasadność dokonania wykładni również z zastosowaniem tych reguł wynika stąd, że zgodnie z aktualnymi poglądami teoretyków prawa, co znajduje odzwierciedlenie w poglądach sądów, w tym Sądu Najwyższego, wykładnia językowa, nawet w sytuacji gdy interpretowane sformułowanie jest jasne, nie jest jedyną, która powinna prowadzić do odczytywania znaczenia norm prawnych. Reguły dotyczące wykładni norm prawnych można stosować również do interpretacji postanowień SWZ. Jak wynika z ww. poglądów, obecnie odchodzi się od akcentowanego we wcześniejszym okresie prymatu wykładni literalnej, czego wyrazem było stwierdzenie, że to co jasne, nie podlega interpretacji „clara non sunt interpretanda”. Obecnie w teorii prawa, znajdującej poparcie w coraz częstszych orzeczeniach sądów, w tym Sądu Najwyższego, przyjmuje się, że interpretacji podlega wszystko, w tym również pojęcia jasne, w myśl zasady „wszystko podlega interpretacji” - „omnia sunt interpretanda”. Przykładowo w wyroku z dnia 17 czerwca 2009r. sygn. akt IV CSK 90/09 Sąd Najwyższy wyraził pogląd, zgodnie z którym *Wyrażane niekiedy zapatrywanie, że nie można uznać prawnej doniosłości znaczenia nadanego oświadczeniu woli przez same strony, gdy odbiega ono od jasnego sensu oświadczenia woli wynikającego z reguł językowych nawiązuje do nie mającej oparcia w art.65 k.c., anachronicznej koncepcji wyrażonej w paremii clara non sunt interpretanda.* Najnowsze gruntowne wypowiedzi nauki prawa cywilnego odrzuciły tę koncepcję. Zerwał z nią także Sąd Najwyższy w kilku orzeczeniach wydanych w ostatnich latach (por. wyroki: z dnia 21 listopada 1997 r., I CKN 825/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 81, z dnia 8 czerwca 1999r., II CKN 379/98, OSNC 2000, nr 1, poz. 10, : dnia 7 grudnia 2000 r., II CKN 351/00, OSNC2001, nr 6, poz. 95, z dnia 30 stycznia 2004 r., I CK 129/03 niepubl., z dnia 25marca 2004 r., II CK 116/03, niepubl. i z dnia 8 października 2004 r., V CK 670/03, OSNC2005, nr 9, poz. 162).

Nie ulegało wątpliwości Izby, że celem przepisu jak i sformułowanego przez zamawiającego warunku było zatem ograniczenie odległości pokonywanych przez pojazdy odbierające odpady komunalne, a także ograniczenie czasu pracy kierujących pojazdami, a nie abstrakcyjna odległość bazy od granic gminy liczona np. w linii prostej bez uwzględnienia

siatki dróg publicznych, którą pojazdy mogłyby pokonywać trasę od bazy do granic gminy. Stanowisko powyższe podzielono również w wyroku KIO z dnia 21.06.2013 r. sygn. KIO 1349/13. W związku z powyższym należało przyjąć, że przywołany wyżej przepis rozporządzenia, a także warunek, który odsyłał do tego przepisu, należało interpretować w ten sposób, że baza winna znajdować się w odległości 60 km od granic gminy Brzesko, liczonej po najkrótszych drogach publicznych. W związku z powyższym nie można było się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, jakoby w dokumencie SWZ czy przepisie prawa nie został określony sposób, w jaki zamawiający ma zamiar obliczać odległość 60 km od granicy gminy.

Odwołujący w swych wyjaśnieniach z dnia 10 listopada 2023 r. wskazał, że jego baza magazynowo – transportowa znajduje się w Stopnicy przy ul. T. Kościuszki 65 C. Wobec wątpliwości, czy baza ta spełnia wymóg odległości wynikający z rozporządzenia i warunku, zamawiający w szeregu wezwań kierowanych do odwołującego prosił go o wyjaśnienie, w jaki sposób ustalił, że znajduje się ona w odległości 60 km od granic gminy Brzesko, licząc tę odległość po najkrótszych drogach publicznych.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że odwołujący, pomimo szeregu wezwań kierowanych do niego przez zamawiającego nie zdołał w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykazać, że jego baza spełnia omawiany, sporny wymóg.

W wyjaśnieniach z dnia 10 listopada 2023 r. odwołujący w pierwszej kolejności powołał się na punkt geograficzny: 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E znajdujący się w miejscowości Bucze, na granicy gminy Brzesko wskazując, że z punktu tego do jego bazy magazynowo – transportowej przy ul. T. Kościuszki 65 C jest 59,9 km.

W ocenie Izby zamawiający prawidłowo ustalił, że taki sposób liczenia odległości był nieprawidłowy, gdyż odległość ta nie była liczona po najkrótszych drogach publicznych. Podkreślenia wymagało bowiem, że punkt ten (tj. 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E) nie znajdował się przy drodze publicznej. Na uwagę zasługiwał fakt, że pismem z dnia 21.11.2023 r. Zamawiający zwrócił się do Wydziału Infrastruktury Urzędu Miejskiego w Brzesku, który zajmuje się min. szeroko pojmowanym zakresem związanym z drogami z pytaniem *Czy jest możliwe przekroczenie granic Gminy Brzesko przez drogę wskazaną, jako punkt geograficzny 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E przez pojazdy odbierające odpady (śmieciarki)? oraz jakiej kategorii jest wskazana droga?*

Jak wynikało z informacji pozyskanej od Wydziału Infrastruktury, *Przekroczenie granicy gminy Brzesko w punkcie geograficznym 50°02'58.5"N 20°37'50.8"E przez pojazdy odbierające odpady(śmieciarki) z gminy Szczurowa jest niemożliwe z dwóch powodów: stan techniczny drogi uniemożliwia przejazd samochodów ciężarowych oraz na odcinku gminy Szczurowa droga (działka drogowa) kończy się na terenach leśnych gdzie nie ma możliwości dojazdu od strony gminy Szczurowa. Droga posiada kategorię drogi wewnętrznej.* Powyższe stanowisko Wydziału Infrastruktury i w ślad za nim samego zamawiającego, znajdowało w poparciu w dowodzie – załączonej mapie.

Skoro status drogi, jej stan techniczny, oraz brak możliwości dojazdu od strony gminy Szczurowa uniemożliwiał poruszanie się śmieciarek od bazy do wskazanego punktu na granicy gminy Brzesko, to punkt ten nie mógł zostać uwzględniony przez zamawiającego jako wykazujący odległość od bazy odwołującego do granic gminy Brzesko po najkrótszych drogach publicznych.

Kolejno w wyjaśnieniach z dnia 20 listopada 2023 r. odwołujący powołał się na inny punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajdujący się w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej utrzymując, że z tego punktu do jego bazy jest 59,7 km po drogach publicznych.

W ocenie Izby zamawiający również w tym przypadku prawidłowo ustalił, że taki sposób liczenia odległości był nieprawidłowy, gdyż odległość ta nie była liczona po najkrótszych drogach publicznych. Podkreślenia wymagało bowiem, że punkt ten (tj. 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej) nie znajdował się przy drodze publicznej. Na uwagę zasługiwał fakt, że pismem z dnia 21.11.2023 r. Zamawiający zwrócił się do Wydziału Infrastruktury Urzędu Miejskiego w Brzesku, z pytaniem *Czy punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajdujący się w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej, znajduje się na drodze publicznej?* Jak wynikało z informacji pozyskanej od Wydziału Infrastruktury *Punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajduje się w miejscowości Bucze na drodze wewnętrznej utwardzonej o nawierzchni z kruszywa naturalnego (dz. Nr ewidencyjny 393). Droga nie jest drogą publiczną.* Na potwierdzenie twierdzeń ww. wydział załączył mapę.

Okoliczność, iż ulica Rudzka w miejscowości Bucze nie jest drogą publiczną, lecz drogą wewnętrzną w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 645 z póź. zm.) nie była sporna między stronami. W myśl tych samych przepisów, *Drogi, parkingi oraz place przeznaczone do ruchu pojazdów, niezaliczone do żadnej z kategorii dróg publicznych i niezlokalizowane w pasie drogowym takiej drogi, są*

*drogami wewnętrznymi.*

Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, *Brak statusu drogi publicznej oznacza, iż droga ta pozbawiona jest ustawowej ogólnodostępności wymaganej w art. 1 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych, co oznacza, iż korzystanie z niej zależne jest od zgody zarządcy bądź właściciela terenu (art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 21 marca 1985 r. o drogach publicznych).* Odwołujący po pierwsze nie wykazał, aby uzyskał zgodę zarządcy na korzystanie z drogi celem regularnego i systematycznego poruszania się po niej przez jego ciężkogabarytowe pojazdy w drodze do swej bazy. Zamawiający, jako zarządca drogi, w odpowiedzi na odwołanie wskazał zaś, że zgody takiej udzielić nie może, gdyż z uwagi na stan techniczny odcinka drogi wewnętrznej - ulicy Rudzkiej, gdyby odwołujący rzeczywiście planował tą drogą stałą komunikację ze wskazaną przez siebie bazą, wówczas przejazd tym odcinkiem stałby się niemożliwy wobec jego całkowitej degradacji.

Po drugie, jak wynikało z pisma Wydziału Infrastruktury droga ta posiadała jedynie nawierzchnię utwardzoną z kruszywa naturalnego. Nie zmieniały tego ustalenia dowody z postaci fotografii z fragmentów ulicy Rudzkiej złożone przez odwołującego, na których widniał asfalt. Stanowiły one jedynie dowód, że tylko na fragmencie, na którym zrobiono te kilka fotografii, faktycznie znajdował się asfalt. Jak jednak wyjaśnił zamawiający, z powołaniem się na pismo swego Wydziału Infrastruktury, na pozostałych fragmentach ulicy Rudzkiej nawierzchnia była wykonana jedynie z kruszywa naturalnego, a nie asfaltu. Powyższe wykluczało systematyczne (w przeciwieństwie do incydentalnego) korzystanie z tej drogi przez ciężkogabarytowe pojazdy poruszające się z gminy Brzesko do bazy odwołującego.

O uznaniu ulicy Rudzkiej w miejscowości Bucze za drogę publiczną nie świadczył także przywołany przez odwołującego fakt, że w dokumentach innego zamówienia na zimowe utrzymanie dróg zamawiający wskazał, iż ulica ta podlega zimowemu utrzymaniu. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, do zadań własnych gmin należy między innymi organizacja ruchu drogowego na obszarze gminy, obejmująca zarówno drogi publiczne, jak i drogi wewnętrzne, place, ulice, mosty (art. 7 ust. 1 pkt 2. ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym - tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 40 z późn. zm.). Obowiązek ten wymusił zatem na zamawiającym umieszczenie także dróg wewnętrznych w dokumentach zamówienia na zimowe utrzymanie dróg gminnych. Obowiązek utrzymania drogi wewnętrznej nie oznaczał jednak, że jest ona ustawowo ogólnodostępna i technicznie zdolna do przyjęcia systematycznego, wzmożonego ruchu przez pojazdy odwołującego kursujące regularnie do jego bazy w Stopnicy.

O uznaniu ulicy Rudzkiej w miejscowości Bucze za drogę publiczną zdolną do przyjęcia systematycznego ruchu pojazdów odwołującego nie świadczył także obowiązek odbioru odpadów od mieszkańców zamieszkujących przy tej ulicy. Jak słusznie wskazał zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, usługa obejmowała bowiem także *zapewnienie odbioru odpadów przez Wykonawcę z nieruchomości trudno dostępnych (szczególnie zimą) poprzez zorganizowanie pracy i środków transportu, które umożliwią odbiór odpadów z punktów adresowych o problematycznej lokalizacji – wynikających ze złych parametrów technicznych dróg* (punkt 5.12 str. 8 załącznika nr 9 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia). Dostrzeżenia wymagało także, że w pkt 1.6 ww. opisu przedmiotu zamówienia zamawiający zawarł odwołanie do regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie swej gminy. W regulaminie tym (publ. Dz. Urz. Woj. Małop. z 2020 r., poz. 6865 z późn. zm.), w rozdziale 6 w § 15 ust. 2 wskazano: *Właściciel nieruchomości obowiązany jest do umożliwienia odbioru zgromadzonych odpadów w dniach określonych w harmonogramie wywozu odpadów poprzez wystawienie pojemników lub worków na chodnik, pobocze przed ogrodzeniem nieruchomości lub w altance śmietnikowej z wejściem od strony ulicy – drogi publicznej, nie później niż do godziny ustalonej w harmonogramie.*

Skoro zatem status ulicy Rudzkiej oraz jej stan techniczny uniemożliwiał regularne poruszanie się śmieciarek od bazy do wskazanego punktu na granicy, to punkt geograficzny 50°02'31.6"N 20°37'32.0"E znajdujący się w miejscowości Bucze na ulicy Rudzkiej nie mógł zostać uwzględniony przez zamawiającego jako wykazujący odległość od bazy odwołującego do granic gminy Brzesko po najkrótszych drogach publicznych.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zamawiający w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 7 grudnia 2023 r. prawidłowo i wyczerpująco wyjaśnił, dlaczego pomimo kilkukrotnego wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnień podmiotowych środków dowodowych, odwołujący nie wykazał spełnienia spornego warunku udziału w postępowaniu.

W trakcie rozprawy odwołujący powołał się dodatkowo na kolejny punkt geograficzny, to jest ulicę Wiślaną w miejscowości Mokrzyńska, utrzymując, że z tego punktu do jego bazy jest 59,6 km po drogach publicznych. Celem wykazania tego faktu złożył mapki przejazdu swym pojazdem, dokumenty legalizujące system GPS na pojeździe, którym pokonał trasę do tego punktu ze swej bazy.

Zgodnie z art. 555 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały przedstawione w

odwołaniu. Za zarzut uznaje się konkretne okoliczności faktyczne mające świadczyć o naruszeniu przez zamawiającego przepisów Pzp. Wskazanie nowych faktów, nawet wypełniających dyspozycję tego samego przepisu, stanowi o podniesieniu nowego zarzutu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*”.

Ponadto pokreślenia wymagało, że postępowanie odwoławcze nie jest częścią postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Izba nie prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie zastępuje komisji przetargowej ani kierownika zamawiającego. Zgodnie z art. 513 Pzp do zadań Izby należy rozpoznawanie odwołań wobec czynności zamawiającego podjętych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W tym przypadku przedmiotem rozpoznania Izby było odwołanie wobec czynności zamawiającego z dnia 7 grudnia 2023 r. o odrzuceniu oferty odwołującego, dokonanej przez zamawiającego po dokonaniu analizy oferty odwołującego wraz z całością wyjaśnień złożonych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący w toku postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo kilkakrotnych wezwań zamawiającego o wyjaśnienia, w jaki sposób ustalił, że jego baza znajduje się w odległości do 60 km od granic gminy Brzesko, nigdy nie powołał się na punkt geograficzny zlokalizowany na ulicy Wiślanej w miejscowości Mokrzyńska. Wobec powyższego, skoro odwołujący, pomimo wszczęcia procedury wyjaśniającej przed zamawiającym, nigdy nie powołał się na ten punkt, to nie mógł oczekiwać, że zamawiający oceniając spełnienie przez niego warunku udziału w postępowaniu, weźmie go pod uwagę. Dowody złożone przez odwołującego okazały się zatem nieprzydatne przy ocenie legalności zaskarżonej w odwołaniu czynności zamawiającego z dnia 7 grudnia 2023 r.

Izba działając na podstawie art. 541 Pzp postanowiła oddalić wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu geodezji na okoliczność odległości po drogach publicznych od bazy odwołującego do punktu na ulicy Wiślanej w m. Mokrzyńska, uznając, że dowód ten został powołany jedynie dla zwłoki. W ocenie Izby przeprowadzenie tego dowodu, w realiach danej sprawy, okazało się zbędne, nie prowadząc do ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sprawy. Jak wynikało z wniosku zamawiającego służyć on miał weryfikacji odległości z bazy odwołującego do nowego punktu geograficznego, którego odwołujący nie wskazywał w wyjaśnieniach oferty i który nie podlegał ocenie zamawiającego w ramach kontrowanej odwołaniem czynności odrzucenia oferty odwołującego z dnia 7 grudnia 2023 r. Przeprowadzenie tego dowodu okazało się zatem zbędne.

Kierując się powyższymi rozważaniami Izba stwierdziła, że zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się chybione.

Stosownie do art. 553 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 553 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.* W analizowanej sprawie nie stwierdzono zarzucanych naruszeń ustawy Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 553 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 575 ustawy Pzp, *strony oraz uczestnicy postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.*

Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę*

*„przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

W analizowanej sprawie Izba oddaliła odwołanie. Odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił zatem odwołujący. Na koszty postępowania składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000 zł oraz koszty dojazdu zamawiającego na posiedzenie Izby w kwocie 713 zł, ustalone na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. a 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 (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:.....**