

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący: **ALBA Dolny Śląsk Sp. z o.o.**
ul. Piasta 16, 58-304 Wałbrzych
NIP: 8862370555, REGON: 890691182, KRS: 0000114684

numer telefonu: +48 74 843 42 20
numer faksu: +48 74 848 29 60
e-mail: przetargi.ads@alba.com.pl

reprezentowane przez: **adw. dr Annę Banaszewską**

adres do doręczeń: ECO LEGAL Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
Wrocławski Park Technologiczny Budynek Alfa
ul. Klecińska 123, 54-413 Wrocław
numer telefonu: +48 509857574
e-mail: a.banaszewska@ecolegal.pl

Zamawiający: **Miejski Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o.**
ul. Kolejowa 4, 58-300 Wałbrzych
NIP: 8862588515, REGON: 891322535, KRS: 0000005502
numer telefonu: +48 74 665 00 61
e-mail: biuro@mzuk.com.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miejski Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100 l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240 l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120 l”

Numer postępowania: 5/ZSiZO/PN/2021

Numer ogłoszenia: 2021/S 117-305069

ODWOŁANIE

Działając imieniem ALBA Dolny Śląsk spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu, dalej jako: „Odwołujący”, w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis znajduje się w załączeniu, na podstawie art. 505 ust. 1 i art. 513 pkt 1 i pkt 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm., dalej: „p.z.p.”), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miejski Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Wałbrzychu w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100 l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240 l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120 l” wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego. Niniejsze odwołanie wnoszone jest wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) Naruszenie przepisu art. 138 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty, w sytuacji, gdy nie zaszyły okoliczności uzasadniające skrócenie terminu składania ofert, co wpływa negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i realizację zasady efektywności;**
- 2) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 13 p.z.p. i art. 220 ust. 2 p.z.p., gdyż Zamawiający wadliwie określił termin związania ofertą;**
- 3) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, uniemożliwiający prawidłową identyfikację możliwości ich spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę przejrzystości postępowania;**
- 4) Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz ustanowienie kryteriów oceny ofert, w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiający zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zróżnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych.**

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia w sposób wskazany w uzasadnieniu niniejszego odwołania. Wniosek ten obejmuje także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Ponadto Odwołujący wnosi o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 p.z.p. w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne odwołanie wobec treści ogłoszenia wszczynającego postępowanie o udzielenie zamówienia lub wobec treści dokumentów zamówienia wnosi się w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia dokumentów zamówienia na stronie internetowej. W przedmiotowym postępowaniu ogłoszenie o zamówieniu oraz dokumenty zamówienia zostały opublikowane w dniu 18.06.2021 r., a zatem termin do wniesienia odwołania upływa w dniu 28.06.2021 r. Termin do wniesienia odwołania został więc zachowany.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty. Działania Zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji. Nie ulega wątpliwości, że odwołanie mające na celu doprowadzenie zapisów SWZ do stanu zgodnego z przepisami prawa wyczerpuje przesłanki określone w art. 505 ust. 1 p.z.p. W związku z powyższym uznać należy, że Odwołujący posiada legitymację do wniesienia niniejszego środka ochrony prawnej.

Odwołujący oświadcza, że kopia odwołania zgodnie z dyspozycją przepisu art. 514 ust. 2 p.z.p. została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie.

Odwołujący oświadcza, że uiszczył wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości, na dowód czego w załączeniu przedkłada potwierdzenie dokonania przelewu.

UZASADNIENIE

I. Uwagi ogólne

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne, o jakich stanowi art. 3 ustawy z dnia 11.09.2019 r. – Prawo zamówień publicznych pod nazwą „Dostawa pojemników na odpady komunalne – zadanie 1: Pojemniki o pojemności 1100 l; zadanie 2: Pojemniki o pojemności 240 l; zadanie 3: Pojemniki o pojemności 120 l”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 117-305069 w dniu 18 czerwca 2021 r. W tym

samym dniu na stronie internetowej postępowania opublikowane zostały dokumenty zamówienia. W Sekcji IV Ogłoszenia o zamówieniu (pkt IV.1.1) Zamawiający wskazał, że mamy do czynienia z procedurą przyspieszoną.

Odwołujący jako profesjonalista, którego obowiązuje obowiązek dochowania należytej staranności, zmierza do nadania treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji warunków zamówienia takiego kształtu, który odpowiadał będzie wymogom określonym przepisami ustawy.

II. Uzasadnienie zarzutów

- 1) Naruszenie przepisu art. 138 ust. 1 pkt 2 p.z.p. i art. 131 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 16 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. przez wyznaczenie zbyt krótkiego terminu składania ofert, uniemożliwiającego wykonawcy złożenie prawidłowo przygotowanej oferty, w sytuacji, gdy nie zaszły okoliczności uzasadniające skrócenie terminu składania ofert, co wpływa negatywnie na zachowanie uczciwej konkurencji w postępowaniu i realizację zasady efektywności**

Zamawiający zdecydował o skróceniu terminu składania ofert poniżej 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej na podstawie przesłanki, o której mowa w art. 138 ust. 2 p.z.p., tj. z uwagi na pilną potrzebę udzielenia zamówienia i okoliczność, że skrócenie terminu składania ofert jest uzasadnione. Zamawiający jednakże, w żaden sposób nie wykazał, że te przesłanki są spełnione. Pomimo złożenia wniosku o udostępnienie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia Odwołujący do momentu upływu terminu na wniesienie odwołania nie otrzymał kopii protokołu postępowania. Brak więc realizacji zasady przejrzystości, która obliuguje Zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający weryfikację prawidłowości tego postępowania.

Wskazać należy, że Zamawiający w dniu 19 kwietnia 2021 r. wszczął postępowanie pn. „Długoterminowy (4 lata) wynajem pojemników na odpady komunalne”, które zostało unieważnione w dniu 1 czerwca 2021 r. z uwagi na okoliczność, że jedyna oferta złożona w tym postępowaniu opiewała na sumę przewyższającą kwotę, którą Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia a Zamawiający nie mógł zwiększyć tej kwoty do ceny lub kosztu najkorzystniejszej oferty.

dowód: zawiadomienie z dnia 1.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania

Ponadto należy zwrócić uwagę na okoliczność, że w prowadzonym równoległe do postępowania na najem pojemników postępowaniu przetargowym pn. „Długoterminowy (4 lata) wynajem samochodów ciężarowych z zabudową typu śmieciarka bez limitu kilometrów” nie wpłynęła żadna oferta, co skutkowało unieważnieniem tego postępowania przez Zamawiającego w dniu 23 czerwca 2021 r. Wprawdzie w dniu wysłania ogłoszenia o zamówieniu do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej, tj. w dniu 15 czerwca 2021 r. Zamawiający nie miał wiedzy, że postępowanie na dostawę pojazdów zostanie unieważnione, to jednak powinien mieć świadomość istnienia realnego zagrożenia braku rozstrzygnięcia tego postępowania w terminie umożliwiającym realizację usługi odbioru odpadów od dnia 1 listopada 2021 r.

dowód: zawiadomienie z dnia 23.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania

Odwolujący poddaje w wątpliwość istnienie potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia w trybie przyspieszonym. Podkreślić należy, że skrócenie terminu składania ofert nie może być nadużywane, gdyż może wpłynąć na konkurencję w postępowaniu. Skrócenie terminu na złożenie oferty skutkuje bowiem utrudnionym dostępem do zamówienia, co w sposób niebudzący wątpliwości przekłada się na wynik postępowania. Wykonawcy muszą bowiem dysponować czasem niezbędnym do przygotowania i skalkulowania oferty. Jeżeli ten czas jest za krótki, wielu wykonawców rezygnuje ze złożenia oferty. Podkreślić należy, że poprzednie, unieważnione przez Zamawiającego, postępowanie na dostawę pojemników na odpady miało zupełnie inne założenia – było postępowaniem zakładającym dzierżawę a nie zakup pojemników, a także obejmowało pojemniki o pojemności 60 l, w przedmiotowym postępowaniu nieuwzględnione. Tak istotna zmiana przedmiotu zamówienia powoduje, że potencjalni wykonawcy potrzebują na przygotowanie oferty dodatkowego czasu, gdyż nie mogą bazować na dotychczasowych założeniach i wyliczeniach. W zaistniałym stanie faktycznym istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że wykonawcy nie zdążą przygotować oferty zgodnej z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w ogłoszeniu o zamówieniu i SWZ. Podkreślić należy, że w świetle art. 131 ust. 1 p.z.p. **Zamawiający obowiązany jest do ustalenia terminu składania ofert z uwzględnieniem złożoności i specyfiki przedmiotu zamówienia oraz czasu niezbędnego do przygotowania oferty,** czyli w wymiarze odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, jego wielkości oraz parametrom technicznym, a także uwarunkowaniom organizacyjnym lub gospodarczym związanym z określonym świadczeniem. Ma to zagwarantować, że do postępowania zdążą zgłosić się wszyscy zainteresowani wykonawcy oraz że będą oni mieli wystarczający czas na przygotowanie oferty, co pozwoli wybrać najkorzystniejszą ofertę i jednocześnie zapewnić najlepszą jakość dostaw oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia.

Istotną okolicznością jest fakt, że Gmina Wałbrzych w dniu 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Informacji Publicznej opublikowała informację o zamiarze zawarcia umowy, której przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych oraz odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie miasta Wałbrzych, w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych z Miejskim Zakładem Usług Komunalnych sp. z o.o. z siedzibą w Wałbrzychu. Umowa w ramach tego postępowania do dnia dzisiejszego nie została zawarta, gdyż podmiot ten nadal nie dysponuje niezbędną infrastrukturą umożliwiającą mu świadczenie usługi odbioru odpadów. Nie dysponuje bowiem ani pojemnikami, ani specjalistycznymi pojazdami, ani też niezbędną liczbą pracowników. Jednocześnie zauważyć należy, że w aktualizowanym na bieżąco planie postępowań Gminy Wałbrzych na rok 2021 nadal figuruje postępowanie na odbiór i transport odpadów z terenu miasta Wałbrzycha (poz. 2.3.19), które ma zostać udzielone w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art. 132 p.z.p. W planie tym wskazano, że przewidywany termin wszczęcia postępowania to październik 2021.

dowód: wydruk z BIP Gminy Wałbrzych – informacja o zamiarze zawarcia umowy

dowód: plan postępowań 2021-8 opublikowany w BIP Gminy Wałbrzych

Powyższe okoliczności jednoznacznie prowadzą do wniosku, że Zamawiający w sposób nieuprawniony dokonał skrócenia terminu składania ofert, skoro Gmina Wałbrzych zamierza powierzyć realizację

odbioru i transportu odpadów z terenu miasta Wałbrzycha podmiotowi wybranemu w postępowaniu przetargowym.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie dotyczącym terminu składania ofert poprzez przesunięcie tego terminu na dzień przypadający nie krócej niż 35 dni od dnia przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej.

2) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 13 p.z.p. i art. 220 ust. 2 p.z.p., gdyż Zamawiający wadliwie określił termin związania ofertą

W rozdziale XVI pkt 1 SWZ Zamawiający określił, że termin związania ofertą wynosi 90 dni od dnia składania ofert, który przypada na dzień 6 lipca 2021 r., jednakże wadliwie wskazał, że wykonawca związany będzie ofertą do dnia 03.09.2021 r., podczas gdy w przypadku dziewięćdziesięciodniowego terminu związania ofertą, wykonawca będzie związany ofertą do dnia 03.10.2021 r. Stanowi to naruszenie przepisu art. 220 ust. 2 p.z.p., który obowiązuje Zamawiającego do określenia w dokumentach postępowania terminu związania ofertą poprzez wskazanie daty.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji dokumentów zamówienia poprzez określenie prawidłowego terminu związania ofertą.

3) Naruszenie przepisu art. 134 ust. 1 pkt 8 w zw. z art. 112 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejasny, nieprecyzyjny, uniemożliwiający prawidłową identyfikację możliwości ich spełnienia przez potencjalnych wykonawców, co narusza zasady udzielania zamówień publicznych, w szczególności zasadę przejrzystości postępowania;

Zamawiający sformułował warunek udziału w postępowaniu dotyczący doświadczenia zawodowego w sposób niejasny i nieprecyzyjny. Określone w sekcji III pkt III.1.3) ogłoszenia o zamówieniu oraz w rozdziale VII pkt 2 ppkt 4 SWZ warunki udziału w postępowaniu dla poszczególnych części zamówienia przewidują, że „Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał co najmniej jedną dostawę pojemników na odpady zrealizowaną na podstawie umowy dostawy/sprzedazy lub w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów”. Odwołujący nie ma jasności, czy wobec tak sformułowanego zapisu Zamawiający uzna warunek udziału w postępowaniu za spełniony, jeżeli dostawa pojemników miała miejsce w ramach umowy na zbieranie i transport odpadów, jeżeli umowa ta nie przewidywała przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego i sprowadzała się do wyposażenia nieruchomości obsługiwanych w pojemniki na czas realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Tego rodzaju usługa jest standardem, dlatego też na rynku jest wielu wykonawców, którzy dysponują używanymi pojemnikami.

Odwołujący wskazuje na odmienne rozumienie pojęcia „dostawa” na gruncie kodeksu cywilnego oraz ustawy prawo zamówień publicznych. W świetle art. 605 k.c. przez umowę dostawy dostawca zobowiązuje się do wytworzenia rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku oraz do ich dostarczenia

częściami albo periodycznie, a odbiorca zobowiązuje się do odebrania tych rzeczy i do zapłacenia ceny. Z kolei zgodnie z art. 7 pkt 4 p.z.p. przez pojęcie „dostawy” należy rozumieć nabywanie produktów, którymi są rzeczy ruchome, energia, woda oraz prawa majątkowe, jeżeli mogą być przedmiotem obrotu, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację. Okoliczność, czy Zamawiający uzna referencje wykonawcy, który dokonał dostawy pojemników w ramach usługi odbioru i zagospodarowania odpadów bez przenoszenia ich na własność Zamawiającego ma dla wykonawcy istotne znaczenie, gdyż umożliwia ustalenie, czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Brak precyzji w tym zakresie skutkować może naruszeniem zasad udzielania zamówień publicznych, o których mowa w art. 16 p.z.p., w szczególności zasady przejrzystości. Wyrazem zasady przejrzystości jest przede wszystkim to, że wymagania Zamawiającego w zakresie warunków udziału w postępowaniu, są formułowane jasno i jednoznacznie.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznacznie potwierdzający, że Zamawiający w ramach spełnienia warunków udziału w postępowaniu uzna doświadczenie w zakresie realizacji świadczenia polegającego na wyposażeniu nieruchomości w pojemniki bez przeniesienia własności pojemników na Zamawiającego, jeżeli dostawa pojemników była realizowana w ramach umowy na odbiór (zbieranie i transport) odpadów.

- 4) **Naruszenie art. 134 ust. 1 pkt 18 i art. 240 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 1 p.z.p. oraz art. 16 p.z.p. oraz art. 17 ust. 1 p.z.p. poprzez zaniechanie opisanie kryteriów oceny ofert w sposób jednoznaczny i zrozumiały oraz ustanowienie kryteriów oceny ofert, w sposób uniemożliwiający weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia, pozostawiający zamawiającemu nadmierną swobodę wyboru najkorzystniejszej oferty, a także zróżnicowanie przedmiotu zamówienia, tj. takie ukształtowanie kryteriów oceny ofert i opisu przedmiotu zamówienia, które prowadzić może do złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert, co jednocześnie narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych**

Kryteria oceny ofert określone dla danego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego mają wpływ na podjęcie przez wykonawcę decyzji o udziale w postępowaniu, na sposób przygotowania przez niego oferty oraz na treść składanej oferty.

Zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami, którym przypisał poniżej określone wagi:

1. ceną – 75 pkt;
2. stanem oferowanych pojemników (nowe lub używane) – 20 pkt;
3. rozstawieniem pojemników na terenie Wałbrzycha we wskazanych lokalizacjach do dnia 29 października 2021 r. – 5 pkt.

Zamawiający dopuszcza zakup pojemników używanych i nowych, przy czym nie dopuszcza mieszania pojemników na używane i nowe w jednym asortymencie pojemnościowym, tj. w ramach złożonej oferty na jedną z 3 części zamówienia. Jednocześnie Zamawiający zastrzega, że za nowe pojemniki uzna

wyłącznie pojemniki nieużywane wyprodukowane w 2021 r. Wskazać należy, że zgodnie z zasadami logiki rok produkcji nie powinien mieć wpływu na ocenę, czy pojemnik jest nowy czy używany, lecz okoliczność uprzedniego wykorzystywania pojemników do gromadzenia odpadów. Pojemniki wyprodukowane wcześniej, jeżeli spełniają normy jakościowe wymagane przez Zamawiającego, tj. normę EN-840, normę CE lub normy równoważne, nie odbiegają jakościowo od pojemników wyprodukowanych w 2021 r. Żywotność pojemników spełniających te normy w zależności od sposobu eksploatacji wynosi między 8-10 lat. Ten pogląd zdaje się także podzielać Zamawiający dopuszczając możliwość zaferowania pojemników używanych i to bez wprowadzenia jakichkolwiek ograniczeń co do daty produkcji pojemników używanych.

Zgodnie z zapisami rozdziału XVIII SWZ deklaracja dostawy przez wykonawcę wszystkich pojemników w stanie nowym będzie skutkowałą przyznaniem dodatkowych punktów. Z kolei deklaracja dostawy pojemników w stanie używanym będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt w ramach tego kryterium. Jednocześnie zamawiający zastrzega, że brak deklaracji wykonawcy co do stanu oferowanych pojemników będzie skutkowałą przyznaniem 0 pkt w ramach tego kryterium.

Zasadą jest, że Zamawiający powinien wybrać ofertę najkorzystniejszą. Ustawodawca wskazuje, iż ofertą najkorzystniejszą jest ta, która przedstawia najkorzystniejszy bilans kryteriów jakościowych do ceny lub kosztu, ewentualnie oferta z najniższą ceną lub kosztem. W ocenie Odwołującego Zamawiający określił kryteria oceny ofert w sposób prowadzący do możliwości złożenia przez wykonawców nieporównywalnych ofert. Zamawiający dopuścił bowiem złożenie ofert zarówno na nowe, jak i używane pojemniki, a także przewidział fakultatywne rozstawienie pojemników, któremu to kryterium – w ocenie Odwołującego – przyznał zbyt małą wagę, co prowadzić może do sytuacji, która nie doprowadzi do wyboru oferty faktycznie najkorzystniejszej w sytuacji gdy kryterium cenowemu przyznano wagę aż 75% możliwych do zdobycia punktów.

Przyjęte kryteria oceny ofert uprzywilejowują podmioty oferujące nowe pojemniki – producentów pojemników, co oznacza, że dyskryminują pozostałych wykonawców zdolnych do wykonania przedmiotu zamówienia, w szczególności wykonawców oferujących pojemniki używane. Na rynku dostępnych jest wiele pojemników używanych, którymi dysponują przede wszystkim wykonawcy realizujący usługi odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych wyposażający nieruchomości zlokalizowane w danej gminie w pojemniki w ramach realizacji usług odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów. Takie działanie Zamawiającego narusza podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych, w tym zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zasadę proporcjonalności, zasadę przejrzystości, a także zasadę efektywności.

Zamawiający nie określił maksymalnego wieku pojemników używanych. W opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał jedynie, że pojemniki używane mają spełniać następujące kryteria:

- sprawne mechanicznie
- brak oznak pęknięcia
- sprawne klapy
- sprawne hamulce
- sprawne koła i nieuszkodzone osie
- brak przedziurawień

- brak śladów naprawy np. łątania, spawania.

Ponadto Zamawiający zastrzegł, że pojemniki do gromadzenia odpadów komunalnych muszą być szczelne, zamykane, o odpowiedniej wytrzymałości mechanicznej, odporne na działanie promieni UV oraz odpowiadać wymaganiom zawartym w obowiązujących przepisach prawa i normach technicznych (posiadać atest PZH, normę EN-840, normę CE lub normy równoważne).

Podkreślić należy, że dodatkowo Zamawiający różnicuje zakres przedmiotu zamówienia, nie tylko jeżeli chodzi o wiek pojemników, ale także jeżeli chodzi o okres gwarancji, jaką objęte mają być pojemniki – na pojemniki używane wymaga gwarancji na okres 6 miesięcy, na pojemniki nowe – 12 miesięcy lub więcej, zgodnie z gwarancją producenta. Taki opis przedmiotu zamówienia prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert. Dodatkowo można stwierdzić, że prowadzić to może do dyskryminowania wykonawców oferujących pojemniki używane, którzy w cenie muszą dodatkowo skalkulować ryzyka związane z udzieleniem gwarancji, podczas gdy wykonawcy oferujący nowe pojemniki takiego ryzyka kalkulować nie muszą, gdyż bazują na gwarancji, jakiej udziela producent.

Podkreślić należy, że przede wszystkim brak możliwości mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym prowadzić może do złożenia nieporównywalnych ofert. Za pojemniki używane wykonawca może zaoferować zdecydowanie niższą cenę. Zerowyjedynekowe podejście, tj. wymóg dostawy wyłącznie nowych albo wyłącznie używanych pojemników zdaje się nie mieć uzasadnienia, skoro Zamawiający dopuszcza nabycie pojemników używanych i nie limituje w żaden sposób ich maksymalnego wieku. Uzasadniona zatem wydaje się być całkowita rezygnacja z tego kryterium oceny ofert z jednoczesnym wprowadzeniem do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r., względnie wprowadzenie stopniowania punktacji w ramach kryterium oceny ofert – stan pojemników poprzez dopuszczenie mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym i wprowadzenie gradacji możliwych do uzyskania punktów. Odwołujący proponuje, by wykonawca mógł uzyskać 5 punktów za deklarację dostawy 25% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 10 punktów za deklarację dostawy 50% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 15 punktów za deklarację dostawy 75% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 20 punktów za deklarację dostawy 100% nowych pojemników, z jednoczesnym wprowadzeniem do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r.

Jednocześnie Odwołujący wskazuje, że znacząco niedoszacowana jest waga kryterium rozstawienia pojemników. Rozstawienie pojemników to bowiem czynność, która generuje znaczne koszty po stronie wykonawcy, które – jeżeli zamierza on zaoferować rozstawienie pojemników – powinien skalkulować w cenie. Zgodnie bowiem z rozdziałem XIV ust. 2 SWZ cena ofertowa brutto musi uwzględniać wszystkie koszty związane z realizacją danej części przedmiotu zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia oraz postanowieniami umowy określonymi w SWZ. **Inaczej rozkładają się koszty rozstawienia pojemników o pojemności 1100 l, 240 l oraz 120 l. W zależności od rodzaju pojemnika koszty podstawienia jednego pojemnika wahają się w granicach pomiędzy 10 zł – 50 zł.** Rozstawienie pojemników to czynność korzystna dla Zamawiającego, gdyż pozwala na zaoszczędzenie kosztów podstawienia pojemników na rejon w późniejszym terminie. Jeżeli wykonawca nie zaoferuje

podstawienia pojemników we wskazanych przez Zamawiającego lokalizacjach, Zamawiający będzie dodatkowo musiał ponieść koszty tej usługi.

Skoro cena stanowi kryterium o wadze 75% to premiowani mogą być wykonawcy oferujący nowe pojemniki bez usługi podstawienia, gdyż będą mogli zaoferować cenę na dużo niższym poziomie, niż wykonawcy, którzy zaoferują nowe pojemniki wraz z usługą ich podstawienia, która teoretycznie jest najbardziej pożądana przez Zamawiającego, ale przyznana za nią punktacja to jedynie 5 %. Tym samym uprawniony jest wniosek, że Zamawiający konstruując kryteria oceny ofert oraz przypisując im poszczególne wagi naruszył zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości, proporcjonalności oraz efektywności. Szczegółowe dowody w tym zakresie Odwołujący przedstawi na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Kryteria oceny ofert powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Zamawiający winien tak określić kryteria oceny ofert, by nie miały one charakteru dyskryminującego, były uzasadnione względami interesu publicznego (uwzględniającymi także efekty społeczne, środowiskowe oraz gospodarcze), pozwalały na osiągnięcie założonego celu oraz nie wykraczały poza to, co konieczne dla osiągnięcia tego celu. Proporcjonalne ukształtowanie zasad wyboru oferty najkorzystniejszej działa stymulująco na konkurencyjność w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że w świetle art. 17 ust. 1 p.z.p. obowiązkiem Zamawiającego jest dążenie do uzyskania najlepszej jakości zamówienia w stosunku do środków finansowych, które zamawiający może przeznaczyć na realizację zamówienia oraz do uzyskania jak najlepszych efektów udzielanego zamówienia. Dotyczy to uzyskania możliwie najkorzystniejszych efektów w następstwie udzielonego zamówienia w stosunku do nakładów finansowych, które będzie ponosił zamawiający. Nie chodzi zatem tylko o pozytywny efekt podejmowanych przez Zamawiającego działań (np. że planowany określony zakup został zrealizowany na wyższym poziomie jakościowym czy ilościowym od pierwotnie założonego), ale również o skuteczność w osiągnięciu innych wcześniej postawionych celów, np. w zakresie oddziaływania zrealizowanego zamówienia na środowisko.

Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu modyfikacji SWZ w zakresie kryteriów oceny ofert poprzez wykreślenie kryterium stan oferowanych pojemników i wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r., a także stosowaną modyfikację wag pozostałych kryteriów poprzez przyznanie kryterium rozstawienie pojemników wagi 25 pkt.

względnie na wypadek nieuwzględnienia powyższego wniosku.

wnoszę o dopuszczenie mieszania pojemników używanych i nowych w jednym asortymencie pojemnościowym i jednoczesną modyfikację kryterium oceny ofert – stan pojemników poprzez dopuszczenie przyznania 5 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 25% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 10 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 50% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 15 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy co najmniej 75% nowych pojemników w ramach określonej części zamówienia, 20 punktów w ramach kryteriów oceny ofert, jeżeli wykonawca zadeklaruje, że dostarczy 100% nowych pojemników w

ramach określonej części zamówienia z jednoczesnym wprowadzeniem w opis przedmiotu zamówienia wymagania, by pojemniki używane na odpady były nie starsze niż 3 lata, czyli wyprodukowane nie wcześniej niż w 2018 r.

W imieniu Odwołującego

dr Anna Banaszewska

adwokat

Załączniki:

- 1) Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS ALBA Dolny Śląsk sp. z o.o.
- 2) Pełnomocnictwo
- 3) Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa
- 4) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania
- 5) Dowód przestania kopii odwołania Zamawiającemu
- 6) zawiadomienie z dnia 1.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania - pojemniki
- 7) zawiadomienie z dnia 23.06.2021 r. o unieważnieniu postępowania - pojazdy
- 8) wydruk z BIP Gminy Wałbrzych – informacja o zamiarze zawarcia umowy
- 9) plan postępowań 2021-8 opublikowany w BIP Gminy Wałbrzych