KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH
MARCIN BOGDAN
I WSPÓLNICY

Ełk, dnia 28 września 2020 r.

PREZES KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
UL. POSTĘPU 17A, 02-676 WARSZAWA

Odwołujący: KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością
ul. Towarowa 20A, 10-417 Olsztyn
e-mail: olsztyn@koma.net.pl, faks: (89) 526 26 26
reprezentowana przez radcę prawnego Marcina Bogdana
z Kancelarii Radców Prawnym Marcin Bogdan i Wspólnicy
ul. Wojska Polskiego 53 lok. 4 19-300 Ełk
e-mail: bogdan@kancelaria-mb.pl

Zamawiający: Gmina Dzierzgoń
ul. Plac Wolności 1, 82-440 Dzierzgoń
e-mail: jerzy.sulim@dzierzgon.pl, faks: 55 276 22 57

Przedmiot zamówienia: Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierzgoń, w okresie 01 stycznia 2021r. - 31 grudnia 2023r.

Numer ogłoszenia: ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2020/S 180-434828, data opublikowania 16.09.2020 r.

ODWOŁANIE

Niniejszym działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm), zwanej dalej „PZP" składam odwołanie wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ") sporządzonej na potrzeby postępowania pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierzgoń, w okresie 01 stycznia 2021r. - 31 grudnia 2023r." (zwanego dalej „Postępowaniem"), prowadzonego przez Gminę Dzierzgoń (zwanego dalej „Zamawiającym").

Składając niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów prawa:

1) **art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 PZP oraz art. 22 ust. 1a PZP** poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. w jakim Zamawiający wymaga:

   a) posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych zgodnie z art. 49 ust. 1 lub art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 797 ze zm.) – 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. b) SIWZ, w sytuacji gdy z powyższego przepisu wynika, iż obecnie już nie funkcjonują przepisy dot. wydawania zezwoleń na transport odpadów a wymagany jest wpis do BDO prowadzony przez marszałka województwa na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach,

   b) posiadania „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych", zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020r. poz. 797 ze zm.) - 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. c) SIWZ, podczas gdy w ramach realizacji zamówienia nie dochodzi do zbierania odpadów, a jedynie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w rozumieniu art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 1439) oraz przekazania instalacji komunalnej do zagospodarowania,

2) art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 PZP oraz art. 22 ust. 1a PZP poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy spełniania wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lutego 2020r. w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz.U. z 2020r. poz. 296) wydanego na podstawie art. 43 ust. 8 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2020r. poz. 797) – 5.1 pkt 2 ppkt 3) lit. c) SIWZ, podczas gdy określony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia polega jedynie na odbiorze odpadów oraz przekazaniu ich do zagospodarowania, wskazane rozporządzenie zaś reguluje wymagania w zakresie ochrony przeciwpożarowej obiektów lub ich części, które zostały przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów, a takie czynności nie mieszczą się w opisie przedmiotu zamówienia,

3) art. 29 ust. 1 PZP i art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 1439) poprzez zaniechanie zobowiązania wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, w sytuacji gdy przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 14 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wymaga, aby w SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawcę do wskazania instalacji w

ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów,

4) art. 91 ust. 2 i ust. 3 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP poprzez sformułowanie kryterium oceny ofert „Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy Dzierzgoń" – 13.3 tabela oraz 13.3 pkt 2) SIWZ, w sposób powodujący, że:

a) nie odnosi się ono do przedmiotu zamówienia tj. nie wpływa na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a *de facto* sprowadza się do posiadanego przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczy właściwości wykonawcy,

b) nieuzasadnionego faworyzowania podmiotów mających siedzibę i bazę w gminie Dzierzgoń.

Mając na uwadze powyższe zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie Zamawiającemu – Gminie Dzierzgoń:
    1) wykreślenie zapisu 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. b) SIWZ oraz zapis 6.5 ppkt 1) lit. b) SIWZ,
    2) wykreślenie zapisu 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. c) SIWZ oraz zapis 6.5 ppkt 1) lit. c) SIWZ,
    3) wykreślenie zapisu 5.1 pkt 2 ppkt 3) lit. c) SIWZ oraz zapis 6.5 ppkt 1) lit. g) SIWZ oraz usunięcie Załącznika Nr 10 do SIWZ,
    4) wykreślenie pkt 2 formularz ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ,
    5) sformułowanie w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ zobowiązania wykonawcy do wskazania instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, a w konsekwencji zastąpienie w §4 ust. 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ treścią „Odpady zebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierzgoń, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (poddać odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z wymaganiami ochrony środowiska i obowiązującym prawem oraz Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022, stanowiącym załącznik do Uchwały Nr 322/XXX/16 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 29 grudnia 2016 r. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania odpadów z uwzględnieniem powyższych regulacji do instalacji wskazanych w ofercie",
    6) wykreślenie z SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert, wskazanego w 13.3 tabela oraz 13.3 ppkt 2) SIWZ („Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy Dzierzgoń") i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów,
3. uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia, dalszych postanowieniach SIWZ oraz załącznikach,
4. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Interes prawny do wniesienia odwołania

Odwołującemu przysługuje uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 PZP, bowiem ma interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy prawo zamówień publicznych. Przewidziane przez Zamawiającego w SIWZ nieprawidłowe i dyskryminujące postanowienia utrudniają Odwołującemu złożenie konkurencyjnej oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Termin na wniesienie odwołania

W związku z faktem, iż Zamawiający zamieścił na stronie internetowej SIWZ dnia 16 września 2020r., a także w tym samym dniu opublikowano ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, to odwołujący składając odwołanie dnia 28 września 2020r. dochował terminu przewidzianego w art. 182 ust. 2 pkt 1) PZP.

UZASADNIENIE

1. ***Zarzuty dot. sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia***

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający określił nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, a mianowicie w 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. b) SIWZ wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych zgodnie z art. 49 ust 1 lub art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 797 ze zm.), a w konsekwencji Zamawiający w 6.5 ppkt 1) lit. b) SIWZ zobowiązuje wykonawcę do złożenia na wezwanie kopii zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych zgodnie z art. 49 ust. 1 lub art. 233 ustawy dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż błędem Zamawiającego w sformułowaniu w/w zapisu SIWZ jest posłużenie się nieobowiązującymi już przepisami w zakresie posiadania zezwolenia na transport odpadów. Zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach marszałek województwa prowadzi rejestr podmiotów:

1) wprowadzających produkty,
2) wprowadzających produkty w opakowaniach,
3) prowadzących jednostki handlu detalicznego lub hurtowego, w których są oferowane torby na zakupy z tworzywa sztucznego, objęte opłatą recyklingową, o której mowa w art. 40a ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi (Dz. U. z 2019 r. poz. 542, 1403 i 1579 oraz z 2020 r. poz. 284),
4) gospodarujących odpadami

- zwany dalej "rejestrem".

Natomiast w myśl art. 50 ust. 1 pkt 5) wyżej cytowanej ustawy marszałek województwa dokonuje wpisu do rejestru na wniosek z zakresu niniejszej ustawy transportujących odpady.

Obecnie wszystkie zagadnienia z zakresu transportu odpadów znajdują się w kompetencjach marszałków województw. W przypadku przedsiębiorców transportujących odpady, po uzyskaniu wpisu do rejestru, w świetle obowiązujących przepisów nie ma już konieczności uzyskiwania zezwoleń na transport odpadów.

Przechodząc do kolejnego zarzutu, należy wskazać, iż Zamawiający określił nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia warunki udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, a mianowicie w 5.1 pkt 2 ppkt 1) lit. c) SIWZ wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 797 ze zm.), a w konsekwencji Zamawiający w 6.5 ppkt 1) lit. c) SIWZ zobowiązuje wykonawcę do złożenia na wezwanie kopii zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach.

Wyżej wymieniony warunek udziału w postępowaniu został przez Zamawiającego określony w sposób niezasadny, bowiem w ramach realizacji zamówienia nie dochodzi do zbierania odpadów, a jedynie odbierania od właścicieli nieruchomości w rozumieniu art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020r. poz. 1439) oraz przekazania instalacji komunalnej do zagospodarowania, zatem do prawidłowej realizacji zamówienia zbędne jest posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów.

2. Zarzut dot. sformułowania warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia

Zamawiający w 5.1 pkt 2 ppkt 3) lit. c) SIWZ wymaga od wykonawcy spełniania wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lutego 2020r. w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz.U. z 2020r. poz. 296) wydanego na podstawie art. 43 ust. 8 ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach (tj. Dz. U. z 2020r. poz. 797), a w konsekwencji w 6.5 ppkt 1) lit. g) SIWZ zobowiązuje wykonawcę do złożenia na wezwanie oświadczenia o spełnieniu wymagań zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lutego 2020r. w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz.U. z 2020r. poz. 296), które to należałoby złożyć zgodnie ze wzorem stanowiącym Załącznik nr 10 do SIWZ.

Warunek ten został sformułowany przez Zamawiającego w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, bowiem realizacja zamówienia polega jedynie na odbiorze odpadów oraz przekazaniu ich do zagospodarowania, wskazane rozporządzenie zaś reguluje wymagania w zakresie ochrony przeciwpożarowej obiektów lub ich części, które zostały przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów, a takie czynności nie mieszczą się w opisie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji wykonawca realizujący zamówienie nie musi spełniać wymagań określonych w/w rozporządzeniu.

3. Zarzut zaniechania zobowiązania wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 14 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

W związku z powyższym Zamawiający zaniechał zobowiązania wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, pomimo iż obliguje go do tego przepis prawa.

4. Zarzut sformułowanie kryterium oceny ofert „Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy Dzierzgoń

Zgodnie z art. 91 ust. 1 i 2 Pzp Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności:

1) jakość, w tym parametry techniczne, właściwości estetyczne i funkcjonalne;
2) aspekty społeczne, w tym integracja zawodowa i społeczna osób, o których mowa w art. 22 ust. 2, dostępność dla osób niepełnosprawnych lub uwzględnianie potrzeb użytkowników;
3) aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia;
4) aspekty innowacyjne;
5) organizacja, kwalifikacje zawodowe i doświadczenie osób wyznaczonych do realizacji zamówienia, jeżeli mogą mieć znaczący wpływ na jakość wykonania zamówienia;
6) serwis posprzedażny oraz pomoc techniczna, warunki dostawy, takie jak termin dostawy, sposób dostawy oraz czas dostawy lub okres realizacji.

W myśl zaś art. 91 ust. 3 Pzp kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Zamawiający w 13.3 SIWZ wskazał, że przy wyborze ofert będzie kierował się następującymi kryteriami: cena ofertowa brutto – waga 50%, odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy Dzierzgoń – waga 35%, częstotliwość odbioru odpadów z budynków wielolokalowych – waga 15%. Natomiast w 13.3 ppkt 2) SIWZ określa, w jaki sposób zostanie dokonana ocena kryterium „Odległość bazy magazynowo-transportowej od granicy gminy Dzierzgoń".

Powyższy sposób oceny nie wskazuje na żadną konkretną wartość dodaną oferty w zależności od lokalizacji bazy, którą można by przełożyć na nawet szeroko pojętą jakość wykonania usługi, która by powodowała, że dana oferta będzie rzeczywiście najkorzystniejsza w stosunku do innych złożonych ofert. W szczególności zaś przy założeniu 35% punktów za tę cechę oferty. Kryterium to nie odnosi się do przedmiotu zamówienia tj. nie wpływa na jakość czy

funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a de facto sprowadza się do posiadanego przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczy właściwości wykonawcy.

Tak sformułowane przez Zamawiającego kryterium oceny ofert prowadzi do naruszenia fundamentalnej zasady prowadzenia postępowania w sposób umożliwiający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 PZP) oczywistym bowiem jest, że wykonawca posiadający bazę na terenie gminy Dzierzgoń, składając w przedmiotowym postępowaniu ofertę, uzyska maksymalną liczbę punktów w ramach omawianego kryterium. Natomiast wykonawcy, którzy dysponują bazą magazynowo-transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122), czyli położoną nie więcej niż 60 km od granicy gminy (§2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia), otrzymają w ramach tego kryterium mniejszą liczbę punktów.

MARCIN BOGDAN
Radca Prawny
OL - 1435

Załączniki:
- pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową,
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przesłania odwołania Zamawiającemu