

Katowice, dnia 26 listopada 2020 r.

Do: Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
Krajowa Izba Odwoławcza
ul. Postępu 17a, 02– 676 Warszawa

Odwołujący: FCC Polska Sp. z o.o.
ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze
tel. +48 32 376 34 50
fax: +48 32 376 34 51
Email: fcc@fcc-group.pl

reprezentowany przez: radcę prawnego Tomasza Srokosza
radcę prawnego Patrycję Fingas
adres dla doręczeń: Andersen Tax & Legal
Srokosz i Wspólnicy Sp.k.
ul. Chorzowska 150, 40 – 101 Katowice
tel. + 48 32 731 6850
fax: + 48 32 731 6851
E-mail:
patrycja.fingas@AndersenTaxLegal.pl

Zamawiający: Miasto Chorzów
Biuro Zamówień Publicznych
ul. Rynek 1, 41-500 Chorzów
tel. +48 32 41 65 237
fax. +48 32 41 65 460
E-mail: bzp@chorzow.eu

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 z dnia 12.08.2020 r.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego – FCC Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo, którego odpis przedkładam w załączeniu do



niniejszego odwołania, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej: „p.z.p.”), niniejszym składam odwołanie na niezgodne z przepisami p.z.p. czynności i zaniechania Zamawiającego, podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 z dnia 12.08.2020 r. r. polegające na:

opisaniu pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci Terminu utworzenia i uruchomienia Punktu Selekttywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności.

Czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego związanym z przygotowaniem dokumentacji przetargowej zarzucam:

Naruszenie art. 91 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. poprzez opisanie pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci Terminu utworzenia i uruchomienia Punktu Selekttywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności, a także w sposób nieodnoszący się wprost do jakości świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, a mający na celu wyłącznie preferowanie dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego.

Mając na uwadze powyższe:

I. Wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

Zmiany Opisu Przedmiotu Zamówienia poprzez wykreślenie pozacenowego kryterium oceny ofert w postaci: Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK– 20% i zastąpienie go innym, proporcjonalnym i nienaruszającym zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców pozacenowym kryterium ofert względnie poprzez jego modyfikację w taki sposób, aby otrzymało ono nowe, następujące brzmienie:

„ Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK:

*1.2.1. 20%, waga punktowa 20 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie **do 60 dni** od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi),*



1.2.2. 10%, waga punktowa 10 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie **od 60 do 75 dni** od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi),

1.2.3. 0%, waga punktowa 0 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie **od 76 do 150 dni** od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi). (...)"

- II. Wnoszę o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 18.600,00 zł, na którą składa się kwota 15.000,00 zł tytułem wpisu od odwołania uiszczonego przez Odwołującego oraz kwota 3.600,00 zł tytułem wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego (radcy prawnego) reprezentującego Odwołującego w postępowaniu odwoławczym; Odwołujący zastrzega sobie prawo do złożenia w toku posiedzenia zestawienia kosztów i uzupełnienia powyższego roszczenia m.in. o koszty dojazdu na posiedzenie;
- III. Wnoszę o przeprowadzenie dowodów zawnioskowanych w treści niniejszego odwołania.

➤ **Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego**

Pełnomocnictwo do reprezentowania Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym zostało udzielone w dniu 18 sierpnia 2020 r. przez Pawła Szewczyka – Prezesa Zarządu oraz Justynę Ryczko – Członka Zarządu, uprawnionych do reprezentacji Odwołującego zgodnie z zasadami reprezentacji Odwołującego ujawnionymi w rejestrze przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego (dalej jako: „KRS”). Zgodnie z danymi ujawnionymi w KRS, do składania oświadczeń woli w imieniu spółki wymagane jest współdziałanie dwóch członków zarządu lub jednego członka zarządu działającego łącznie z prokurentem. W przypadku zarządu jednoosobowego do składania oświadczeń woli w imieniu spółki uprawniony jest prezes lub członek zarządu samodzielnie. Pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty od pełnomocnictwa oraz wydrukiem informacji odpowiadającej odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

➤ **Wpis od odwołania**

Przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy niniejsze odwołanie są usługi, a wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawę lub usługi. Stąd od niniejszego odwołania uiszczono wpis w wysokości 15.000 zł,



zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2) Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. Potwierdzenie uiszczenia wskazanej kwoty przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

➤ **Termin do wniesienia odwołania**

Zamawiający w dniu 16.11.2020 r. ogłosił o modyfikacji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług i odbioru zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów” nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675 poprzez zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej Zamawiającego pod adresem <https://platformazakupowa.pl/pn/chorzow/proceedings>. Tym samym stwierdzić należy, że dziesięciodniowy termin do wniesienia niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 1) p.z.p. został zachowany.

➤ **Przesłanie kopii odwołania Zamawiającemu**

Kopia niniejszego odwołania, zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 p.z.p., została przesłana Zamawiającemu faksem na numer podany w SIWZ: fax. +48 32 41 65 460 i/lube–mailem na adres poczty elektronicznej podany w SIWZ. Potwierdzenie wysłania odwołania faksem i/lub emailem przedkładam w załączeniu do niniejszego Odwołania.

UZASADNIENIE

Dnia 12 sierpnia 2020 r. Miasto Chorzów Biuro Zamówień Publicznych (dalej: „Zamawiający”) ogłosiła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na wykonanie usługi pn. „Świadczenie usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach na terenie miasta Chorzów”, nr referencyjny u Zamawiającego RZP.271.385.2020, nr ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: 2020/S 155-379675, (dalej jako: „Postępowanie”).

Dowód: [1] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 12.08.2020 r.
[2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz Wzór Umowy



Do Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły trzy odwołania, w tym odwołanie Odwołującego na postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym w szczególności formułowane względem określonego przez Zamawiającego kryterium oceny ofert w postaci terminu utworzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej jako: PSZOK) o wadze 20%.

W odniesieniu do powyższego kryterium Zamawiający oznaczył sposób jego oceny (punkt XVI SIWZ) w następujący sposób:

„Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK:

- 20%, waga punktowa 20 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **na dzień podpisania umowy,**
- 10%, waga punktowa 10 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy,**
- 0%, waga punktowa 0 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa **w terminie od 31 do 60 dni od dnia podpisania umowy.”**

Dowód: [3] Odwołanie Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2020 r.
[4] Odwołanie Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2020 r.
[5] Odwołanie PTS ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z dnia 24 sierpnia 2020 r.

Po łącznym rozpoznaniu wyżej wskazanych spraw prowadzonych pod sygnaturami KIO 2041/20, KIO 2073/20, KIO 2077/20 na rozprawie w dniu 13 października 2020 r., 19 października 2020 r. Krajowa Izba Odwoławcza ogłosiła wyrok, zgodnie z treścią którego m.in.:

- 1) w punkcie 2 wyroku „w postępowaniu wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę FCC Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Zabrze (sygn. akt KIO 2041/20) uwzględnić zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert – Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) – 20% i nakazać zamawiającemu – Miastu Chorzów w Chorzowie – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie tego kryterium poprzez jego modyfikację lub wykreślenie;
- 2) w punkcie 5 wyroku: „w postępowaniu wywołanym odwołaniem wniesionym przez wykonawcę Chemeko-System Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Zakład Zagospodarowania Odpadów we Wrocławiu (sygn. akt KIO 2077/20) uwzględnić zarzuty:



- naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję poprzez postawienie wymogu, aby Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) został przez wykonawcę zorganizowany i otworzony do użytkowania dla mieszkańców w terminie do 60 dni od dnia podpisania umowy (chyba, że wykonawca w złożonej ofercie zadeklarował skrócenie tego terminu, to w tym czasie),
- naruszenia art. 91 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez ustanowienie kryterium oceny ofert – Termin utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) – 20% i nakazuje zamawiającemu – Miastu Chorzów w Chorzowie – modyfikację specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) w zakresie wskazanego wymogu oraz kryterium poprzez ich modyfikację lub wykreślenie.”

W uzasadnieniu powyższego rozstrzygnięcia Krajowa Izba Odwoławcza wskazała m.in. na następujące kwestie:

1. W zakresie uzasadnienie rozstrzygnięcia w sprawie o sygnaturze akt KIO 2041/20:

„Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 91 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy P.z.p. poprzez ustalenie jako kryterium oceny ofert terminu utworzenia i uruchomienia PSZOK. Izba zważyła, że uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów wymaga spełnienia warunków, które na etapie przygotowań do składania ofert nie znajdują adekwatnego uzasadnienia w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego wyłącznie jednym z elementów jest zorganizowanie PSZOK. Zauważyć należy, że czas konieczny do uzyskania zezwolenia wynosi, zgodnie z art. 35 paragraf 3 Kodeksu postępowania administracyjnego, miesiąc, a w sprawach skomplikowanych 2 miesiące. Zgodnie z art. 41 ust. 1 i 1a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2020 roku, poz. 797 ze zm.), zezwolenie wydawane jest na podstawie postanowienia wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska oraz komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że punktowany przez zamawiającego termin zorganizowania i uruchomienia PSZOK nie jest możliwy do dotrzymania przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia, za wyjątkiem aktualnego wykonawcy tej usługi, który taki PSZOK posiada. Ponadto uzyskanie zezwolenia w trybie ustawy o odpadach na zbieranie odpadów, wymaga zgody z art. 42 ust. 4a pkt 4 ustawy o odpadach, załączeniu tytułu prawnego do nieruchomości. Aby uzyskać zezwolenie wykonawca musi zatem poczynić znaczne nakłady organizacyjne i finansowe aby uzyskać wymagany dokument. W ocenie Izby ustanowienie kryterium oceny w taki sposób, który powoduje, że dotychczasowy wykonawca już w chwili przystąpienia do postępowania to kryterium spełnia w najwyższy sposób, podczas



gdy pozostali wykonawcy nie mają szans na dotrzymanie nawet najdłuższego wymaganego terminu jest naruszeniem zasady równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i proporcjonalności.

Izba zgadza się z zamawiającym co do tego, że może on ustanowić wymogi zamówienia w taki sposób, który będzie najszerzej odpowiadał jego potrzebom. Jednakże w przypadku wskazanego kryterium zamawiający, nie wykazał, że zorganizowanie PSZOK w możliwie jak najkrótszym okresie czasu, a najlepiej w dniu zawarcia umowy, jest niezbędnie konieczne. Sam wskazał w odpowiedzi na odwołanie, że przewidział i przygotował się na sytuacji, w których uruchomienie PSZOK nawet w terminie 60 dni od dnia zawarcia umowy nie będzie możliwe. Oznacza to, że zamawiając jest w stanie udzielić zamówienia i realizować obowiązek odbioru i zagospodarowania odpadów bez zorganizowanego przez wykonawcę PSZOK przez dłuższy czas. Tym samym zamawiający nie wykazał, że ustanowienie takiego kryterium jest uzasadnione jego niekwestionowanymi potrzebami.”

2. W zakresie uzasadnienia rozstrzygnięcia w sprawie o sygnaturze akt: KIO 2077/20 Izba odwołała się do argumentacji podniesionej powyżej tj. w odniesieniu do rozstrzygnięcia w sprawie KIO 2041/20, podtrzymując zawarte tamże ustalenia i twierdzenia w całości.

Dowód: [6] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2041/20, KIO 2073/20, KIO 2077/20.

Dnia 16 listopada 2020 r. Zamawiający opublikował zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, w tym m.in. modyfikując kryterium oceny ofert w postaci terminu utworzenia PSZOK. Zgodnie z treścią ogłoszenia o zmianie kryterium to zostało ukształtowane w następujący sposób:

„Opis kryteriów, którymi Zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert, a jeżeli przypisanie wagi nie jest możliwe z obiektywnych przyczyn, Zamawiający wskazuje kryteria oceny ofert w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego

1. Przy wyborze oferty Zamawiający będzie się kierował następującymi kryteriami:
 - 1.1. Cena za realizację zadania – 60%, waga punktowa 60 pkt
 - 1.2. Termin utworzenia i uruchomienia PSZOK:
 - 1.2.1. 20%, waga punktowa 20 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie do 30 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi),
 - 1.2.2. 10%, waga punktowa 10 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie od 31 do 75 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi),



1.2.3. 0%, waga punktowa 0 pkt, jeżeli Wykonawca utworzy i uruchomi PSZOK na terenie Chorzowa w terminie od 76 do 150 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy (usługi). (...)"

Dowód: [7] Modyfikacja treści SIWZ z dnia 16 listopada 2020 r. wraz z ogłoszeniem

Zamawiający dokonał zatem zmiany w stosunku do skarżonej uprzednio treści przedmiotowego postanowienia, które to zarzuty znalazły uznanie Krajowej Izby Odwoławczej, w ten sposób iż:

- 20 punktów przyznawane jest ofertom wykonawców, którzy w miejsce natychmiastowego tj. na dzień podpisania umowy utworzenia i uruchomienia PSZOK, utworzą i uruchomią go w terminie do 30 dni licząc od dnia rozpoczęcia realizacji umowy o zamówienie publiczne.
- 10 punktów przyznawane jest ofertom wykonawców, którzy zamiast jak uprzednio do 30 dni od dnia podpisania umowy, utworzą i uruchomią PSZOK na terenie Chorzowa w terminie od 31 do 75 dni od dnia rozpoczęcia realizacji umowy o zamówienie publiczne.

W odniesieniu do powyższego Odwołujący wskazuje, że w jego ocenie takie ustalenie kryteriów oceny ofert związanych z terminem utworzenia i uruchomienia PSZOK w takim samym stopniu, jak poprzednie brzmienie tego postanowienia SIWZ, co do którego Krajowa Izba Odwoławcza nakazała jego usunięcie lub modyfikację, narusza przepisy ustawy p.z.p. tj. art. 91 ust. 2 ustawy p.z.p. w zw. z art. 7 p.z.p. dodatkowo stanowiąc o niewykonaniu przez Zamawiającego nakazu określonego w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r. w sprawach o sygnaturach akt: KIO 2041/20, KIO 2073/20, KIO 2077/20.

W odniesieniu do powyższego, jak uprzednio Odwołujący podnosi następujące kwestie.

A. Naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez preferowanie dotychczasowego wykonawcy zamówienia publicznego

Kryterium oceny oferty w postaci Terminu utworzenia i uruchomienia PSZOK, co zresztą wyraźnie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyżej przytoczonym orzeczeniu, określone zostało w sposób jawnie faworyzujący aktualnego wykonawcę usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Miasta Chorzów, który wszystkie powyższe kryterium spełnia niejako na starcie.

Takie określenie kryterium oceny ofert, co słusznie zostało zważone w wyżej przytoczonym orzeczeniu, nie może zostać uznane za prawidłowe. Jak bowiem wielokrotnie KIO podkreślała w swoim orzecznictwie, w tym w wyroku z dnia 13 stycznia 2020 r. (KIO 2615/19): „Przepis art. 91 ust. 2 p.z.p. nie może być interpretowany w



oderwaniu od podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Swoboda zamawiającego w ustalaniu takich kryteriów nie jest więc nieograniczona, **ale musi zapewnić przeprowadzenie postępowania i wybór najkorzystniejszej oferty z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności**. Ponieważ kryteria oceny ofert ze swej natury - poprzez promowanie określonych cech lub funkcjonalności - prowadzą do zwiększenia szans na uzyskanie zamówienia przez jednych wykonawców, ograniczając te szanse innym wykonawcom, nie mogą one odnosić się do takich aspektów, które nie mają znaczenia z punktu widzenia uzasadnionych potrzeb zamawiającego. **Zamawiający ma prawo swobodnie określić jakościowe kryteria oceny ofert, z tym zastrzeżeniem, że jest w stanie uzasadnić ich zastosowanie swoimi obiektywnie uzasadnionymi potrzebami, a zatem że kryteria te służą uzyskaniu zamówienia lepszej jakości.**

Dotychczasowy wykonawca zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu miasta Chorzów tj. PTS ALBA posiada na terenie Miasta Chorzów Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, co oznacza, że nie tylko może on skrócić termin do jego uruchomienia, ale w zasadzie gotów jest uruchomić go z datą zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Zamawiający zresztą zwrócił uwagę na tęzę okoliczność w ramach postępowań o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów w trybie z wolnej ręki, gdzie okoliczność tę wskazał wprost, jako uzasadniającą udzielenie przedmiotowych zamówień właśnie temu wykonawcy.

Dalej, odnosząc się do rzeczonych kryteriów oceny ofert należy dodatkowo podkreślić, że nadal, pomimo dokonanej przez Zamawiającego zmiany treści SIWZ, żaden inny wykonawca nie jest w stanie uzyskać 20 punktów za utworzenie i uruchomienie PSZOK na terenie Chorzowa na dzień podpisania umowy, już z uwagi na same terminy administracyjne związane z uzyskaniem właściwych decyzji i pozwoleń (m.in. konieczności weryfikacji lokalizacji z ustaleniami Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego lub uzyskanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, względnie decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, pozwolenie na budowę, bądź na roboty budowlane), pozwoleń wodno-prawnych, a także decyzji środowiskowych, w zakresie uzyskania decyzji środowiskowej, poprzedzającej wydanie decyzji zintegrowanej oraz zgodności lokalizacji inwestycji z kryteriami środowiskowymi określonymi w aktach prawa miejscowego województwa śląskiego z zakresu gospodarki odpadami.

Na niemożność organizacji Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych we wskazanym w ramach nowego kryterium oceny ofert terminie tj. do 30 dni wskazała zresztą sama Krajowa Izba Odwoławcza w cytowanym wyżej orzeczeniu z dnia 19 października 2020 r. wskazując w tym zakresie na ograniczenia wynikające tak z terminów pozyskiwania właściwych decyzji administracyjnych, jak i konieczność uzyskania właściwych uzgodnień organów wydawanych w tożsamej formie i terminach, wreszcie wskazując na



konieczność uzyskania tytułu prawnego do nieruchomości, na terenie której PSZOK ma zostać posadowiony, co do której okoliczności podkreślił brak adekwatnego uzasadnienia do uprzedniego poniesienia przez wykonawcę wysokich kosztów z tym związanych wobec niepewności pozyskania zamówienia publicznego.

Podkreślić należy nadto, na co również zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza w treści powołanego wyżej orzeczenia, że Zamawiający samodzielnie w treści stanowiska prezentowanego w przedmiotowej sprawie odwoławczej, wskazywał na gotowość pozostawiania bez PSZOK przez okres co najmniej 60 dni. Termin ten, tj. 60 dni jest terminem, który w szczególności uwzględniając aktualne utrudnienia w funkcjonowaniu, w tym właściwych organów, z uwagi na panującą w Rzeczypospolitej Polskiej pandemię COVID-19, jako wynikający wprost z przepisów kodeksu postępowania administracyjnego (tj. decyzja co do zasady winna być wydana w terminie 30 dni zaś w przypadku uznania sprawy za szczególnie skomplikowaną w terminie 2 miesięcy (tj. właśnie około 60 dni), uznać należy za absolutne minimum skrócenia czasu na utworzenie PSZOK, jaki Zamawiający winien określić w umowie. Inne określenie tegoż terminu prowadzi do przyjęcia, że wykonawcy, nie mający już i tak wpływu na terminowość działania organów, nie mogą nawet na potrzeby przygotowania oferty brać pod uwagę podstawowych, ustawowych terminów uzyskania właściwych decyzji.

Dodatkowo Odwołujący zauważa, że w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów, standardowo zamawiający na uruchomienie punktów PSZOK przewidują okres nie krótszy niż 90 dni - 6 miesięcy.

Mając na względzie powyższe wyjaśnienia, za KIO wskazać należy, że: *„Określenie przez Zamawiającego kryterium oceny ofert, z którego już na etapie publikacji SIWZ wynika, że konkretny wykonawca otrzyma maksymalną ilość punktów w danym kryterium narusza przepisy art. 91 ust. 2 p.z.p.w zw. z art. 7 ust. 1 p.z.p., tj. obowiązek określenia kryteriów oceny ofert powiązanych z przedmiotem zamówienia z poszanowaniem zasady jawności, równego traktowania, zapewnienia uczciwej konkurencji i proporcjonalności. Podkreślenia wymaga, że zamawiający nie posiada w tym zakresie nieograniczonej swobody wyboru. Kryteria oceny ofert nie mogą dyskryminować wykonawców, zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia oraz muszą zapewniać wykonawcom możliwość efektywnej i uczciwej konkurencji.”* (tak: KIO w wyroku z dnia 28 sierpnia 2018 r., sygn. akt KIO 1611/18). Z taką sytuacją zaś mamy do czynienia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy.

B. Brak znaczenia kryterium na sposoby i jakości świadczenia usług i adekwatności do potrzeb Zamawiającego



Niezależnie od powyższej argumentacji, która w ocenie Odwołującego samodzielnie stanowi o zasadności sformułowanego zarzutu, w szczególności zaś uwzględniając jawną sprzeczność dokonanej przez Zamawiającego modyfikacji SIWZ z treścią, w tym uzasadnieniem, wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r. (KIO 2041/20, KIO 2073/20, KIO 2077/20), dalej Odwołujący wskazuje, że w ustalonym w wyżej określony sposób pozacenowym kryterium oceny ofert nie sposób jest doszukać się aspektów jakościowych i jego adekwatności do należytego świadczenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów.

W tym względzie wskazuje się, że w ocenie Odwołującego kryterium to nie mieści się, nawet w sposób pośredni, w co prawda przykładowym, jednakże wyznaczającym cel i kierunek interpretacji, katalogu kryteriów pozacenowych, o którym mowa w art. 91 ust. 2 p.z.p. Zgodnie z treścią powołanej regulacji bowiem 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.”

Na okoliczność tę również zwróciła uwagę Krajowa Izba Odwoławcza wążąc interesy zamawiającego w określeniu przedmiotu umowy w sposób należyte odzwierciedlający potrzeby Zamawiającego. Zgodzić należy się z takim stanowiskiem w szczególności zaś mając na względzie możliwość realizacji usług właściwych dla PSZOK przez tzw. Mobilne Punkty Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, które, co do zasady w ramach podobnych przetargów, stanowią substrat PSZOK do czasu utworzenia tegoż punktu.

II. Interes prawny do wniesienia odwołania

Jak wynika z treści art. 179 ust. 1 p.z.p., prawo do wniesienia odwołania na czynności lub zaniechania zamawiającego podjęte w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 18 października 2019 r. (KIO 1993/19): „W odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak



bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty-zgodnie z art. 29 ust. 2 p.z.p. wystarczające jest tylko uprawdopodobnienie tego faktu. Tym samym krąg podmiotów, które mogą korzystać z odwołań od treści SIWZ jest szeroki. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i tego faktu nie ma obowiązku udowodnić. Na tym etapie postępowania interes wykonawcy jest interesem faktycznym w szerokim tego słowa znaczeniu.”.

Z powyższego jasno wynika, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu niniejszego Odwołania. Zauważyć należy bowiem, że Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność gospodarczą w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, którego dotyczy Postępowanie, ponadto na terenie województwa, obejmującym zakres świadczeń, którego Postępowanie to dotyczy. Przystępujący posiada doświadczenie, a także niezbędny potencjał tak techniczny, jak i ludzki, do realizacji przedmiotu takiego zamówienia.

Mając na względzie powyższe, jak w petitum niniejszego Odwołania, Odwołujący wnosi w przypadku uwzględnienia zarzutu Odwołania, o nakazanie Zamawiającemu właściwej zmiany treści SIWZ w zakresie pozacenowego kryterium oceny ofert, jakie stanowi Termin do utworzenia i uruchomienia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, poprzez jego wykreślenie lub modyfikację.

podpis



Załączniki:

- 1) Pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej oraz wydrukiem informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Odwołującego;
- 2) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania;
- 3) Dokumenty wymieniane w treści odwołania:

[1] Ogłoszenie o Zamówieniu z dnia 12.08.2020 r.

[2] Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia oraz Wzór Umowy

[3] Odwołanie Odwołującego z dnia 21 sierpnia 2020 r.

[4] Odwołanie Chemeko-System Sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu z dnia 24 sierpnia 2020 r.

[5] Odwołanie PTS ALBA Sp. z o.o. z siedzibą w Chorzowie z dnia 24 sierpnia 2020 r.,

[6] Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 października 2020 r. w sprawach o sygn. akt KIO 2041/20, KIO 2073/20, KIO 2077/20,

[7] Modyfikacja treści SIWZ z dnia 16 listopada 2020 r. wraz z ogłoszeniem

- 4) Dowód wysłania Zamawiającemu kopii odwołania za pomocą poczty elektronicznej.

Otrzymują:

- x Prezes Krajowej Izby Odwoławczej;
- 1 x Zamawiający;
- 1 x A/a.

