

Sygn. akt: KIO 1130/13

## POSTANOWIENIE

z dnia 27 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w Warszawie w dniu 27 maja 2013 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 maja 2013 r. przez **wykonawcę K..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOSAN” K..... C..... z siedzibą w Chałupach 20B** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Świeszyno reprezentowana przez Wójta Gminy Świeszyno, Urząd Gminy Świeszyno w Świeszynie 71**

**postanawia:**

**1. odrzucić odwołanie**

**2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę K..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOSAN” K..... C..... z siedzibą w Chałupach 20B i :**

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500zł. 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę K..... C..... prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOSAN” K..... C..... z siedzibą w Chałupach 20B** tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Koszalinie**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na kompleksowe odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych zostało wszczęte przez zamawiającego Gminę Świeszyno, w Świeszynie 71 ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30 kwietnia 2013r. za numerem 2013-172512. W dniu zamawiający zamieścił siwz na swojej stronie internetowej.

W dniu 12 maja 2013r. zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej odpowiedzi na pytania oraz modyfikację siwz jednocześnie przedłużając termin składania ofert z 15 maja 2013r na 17 maja 2013r godz. 12.00.

W dniu 14 maja 2013r. drogą elektroniczną odwołanie wniósł w imieniu K..... C..... prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Prywatne Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „EKOSAN” K..... C..... z siedzibą w Chałupach 20B P..... C..... opatrując wniesione odwołanie bezpiecznym podpisem cyfrowym weryfikowanym za pomocą ważnego w dacie wniesienia odwołania certyfikatu. P..... C..... działał na podstawie pełnomocnictwa z podpisem notarialnie poświadczonym K..... C..... z dnia 15 listopada 2010r., które upoważniało P..... C..... do występowania w imieniu K..... C..... we wszystkich sprawach związanych z prowadzoną przez nią działalnością gospodarczą, w tym do prowadzenia tej działalności w jej imieniu, odbioru, wystawiania faktur, jak również występowania przed wszelkimi urzędami, organami władzy i administracji rządowej i samorządowej, sądami, bankami, wobec innych osób prawnych i fizycznych – we wszystkich sprawach związanych z prowadzoną działalnością gospodarczą, prowadzenia negocjacji i ustalania warunków wszelkich transakcji, zawierania umów związanych z ww. działalnością na warunkach według uznania pełnomocnika, a także do zmian i rozwiązywania umów już zawartych – na warunkach według uznania pełnomocnika, do odbioru przesyłek, pism urzędowych, wszelkiej innej korespondencji, zatrudniania i zwalniania pracowników, występowania w przetargach, nabywania rzeczy ruchomych związanych z prowadzeniem firmy za cenę, na warunkach i od osób według uznania pełnomocnika oraz do ich zbywania osobom, za cenę i na warunkach według uznania pełnomocnika, dokonywania wszelkich czynności związanych z zakończeniem działalności gospodarczej, dokonania wszelkich czynności bankowych, w szczególności do dysponowania środkami na rachunkach bankowych, zakładania i likwidowania rachunków bankowych, dokonywania zmian na rachunkach bankowych, regulowania w jej imieniu wszelkiego rodzaju opłat, zobowiązań i należności, dokonywania wszelkich czynności prawnych niezbędnych do realizacji niniejszego pełnomocnictwa, w tym składania oświadczeń, wyjaśnień i wniosków. Pełnomocnictwo zostało złożone na wezwanie Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

uzupełnienia braków formalnych odwołania. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu na jego biuro podawcze w dniu 14 maja 2013r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie

- art. 38 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) przez ogłoszenie wyjaśnień na pytania odwołującego przez zamawiającego na 5 dni przed upływem terminu składania ofert oraz braku odpowiedzi merytorycznej na pytanie 1, 8, 9 i 15 odwołującego się,

- art. 29. ust. 1 ustawy, poprzez, iż przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie ilości odbieranych odpadów komunalnych.

- art. 7 ust 1 ustawy nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza do udziału w przetargu przedsiębiorstwa nie posiadające Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), stawiania wymagania w zakresie osiągania odpowiednich poziomów recyklingu, odzysku i ograniczania masy odpadów komunalnych, realizowane przede wszystkim w RIPOK.

Odwołujący wskazał, że jego interes w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez zamawiającego, ponieważ określone warunki przez zamawiającego nie opisują w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, przedmiot zamówienia. Zamawiający zawarł w ogłoszeniu przetargu nieuzasadnione warunki w opisie przedmiotu zamówienia, czym ogranicza krąg wykonawców.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu odwołania dotychczasowych czynności przetargowych i zmianę siwz zamawiającego w zakresie jednoznacznego i wyczerpującego określenia przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, zmianę siwz zamawiającego w zakresie zapewnienia uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców.

W uzasadnieniu wskazał, że zamawiający prowadzi postępowanie, na „Kompleksowe odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Świeszyno.”. Odwołujący w dniu 6 maja 2013r. zgodnie art. 38 ustawy zwrócił się do zamawiającego o wyjaśnienie treści siwz. „ODPOWIEDZI NA PYTANIA ORAZ MODYFIKACJA siwz” ukazały się na stronie <http://ug.swieszyno.ibip.pl> w dniu 12 maja 2013r. Zamawiający przedłużył termin składania ofert z 15 maja 2013r na 17 maja 2013r godz. 12.00. Tym samym, zdaniem odwołującego naruszył art. 38 ust. 1 pkt. 1 ustawy przez ogłoszenie wyjaśnień na pytania odwołującego przez zamawiającego na 5 dni (nie 6) przed upływem terminu składania ofert. Ponadto w dniu 13 maja 2013r odwołujący został poinformowany drogą e-mailową przez Urząd Gminy w Świeszynie o udzielonych odpowiedziach na pytania oraz modyfikacji siwz. Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy obowiązkiem zamawiającego jest określenie szacunkowej ilości odpadów na potrzeby

przetargu. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 5, 6, 7, 8, 10 potwierdził, że nie określił przedmiotu zamówienia w tym zakresie, tym samym naruszył art. 29 ust. 1 Pzp. W pytaniu 8 odwołujący zwrócił uwagę, iż zapisy w pkt. 3.2.3 Opisu przedmiotu zamówienia: „Rzeczywista ilość odpadów objęta przedmiotowym postępowaniem, może być niższa lub wyższa, co nie będzie powodowało żadnych roszczeń wykonawcy w stosunku do zamawiającego w czasie trwania umowy”, zapis § 3 ust. 2d) projektu umowy dotyczący zapłaty kar przez wykonawcę nawet wtedy, gdy? „(...) odpowiedzialność formalnie ponosi Zamawiający (...)” są klauzulami umownymi sprzecznymi z art. 29 ust. 1 ustawy oraz art. 5 k.c. Zamawiający nie odpowiedział na to pytanie, czym, według odwołującego, uchybił art. 38 ustawy. Zamawiający w odpowiedzi na pytanie 1 i 2 twierdził, że nie narzuca obowiązku posiadania własnego RIPOK przez wykonawcę. Wszelkie zagadnienia związane z realnym wykonywaniem utylizacji, recyklingu i odzysku oraz sprawozdawczością, w tym zakresie nie może być przerzucony na wykonawcę. W odpowiedziach na pytania 10 i 15 zamawiający dotyczących powyższych zagadnień nie podjął żadnej merytorycznej odpowiedzi, czym, zdaniem odwołującego, uchybił art. 38 ustawy. Nadto zamawiający nie zmienił specyfikacji w przedmiotowej sprawie, a zatem to oczekuje wykonywania utylizacji, recyklingu i odzysku oraz sprawozdawczości w tym zakresie, od wykonawcy nie posiadającego RIPOK, czym w ocenie odwołującego naruszył art. 7 ust. 1 ustawy. Zamawiający ustalił w pkt. 9 ppkt. c 1) siwz wymóg wykazania się przez wykonawcę „...co najmniej dwiema osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska - osoby nadzorujące wykonanie zamówienia w sposób zgodny z przepisami ochrony środowiska...” wykroczył poza przepisy art. 22 PZP oraz faworyzuje firmy, które takie osoby zatrudniają. W odpowiedzi na pytanie 11, zamawiający powołał się na art. 1 ust. 1 pkt 7 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z dnia 19 lutego 2013r), które nie narzuca zatrudnienia przez wykonawcę dwóch osób legitymującym się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska. Również w art. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 poz. 391) są przedstawione zadania dla gmin. W stosunku od przedsiębiorstwa, które odpowiada za odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych gminy nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości; a nie nakazują zatrudniania pracowników z wyższym wykształceniem. Jest to, zdaniem odwołującego, zamawiający utrudnia uczciwą konkurencję. Zamawiający w pkt. 9 ppkt. c 2) siwz postawił wymóg, aby „...Wszystkie ww. pojazdy muszą spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC - co najmniej EURO 4....”, czym według odwołującego faworyzuje inne firmy posiadające EURO4. Troska o ochronę środowiska zamawiającego miałyby istotne znaczenie, gdyby Gmina Świeszyno eliminowała sposobami administracyjnymi (np. poprzez

uchwałę Rady Gminy) wszystkie pojazdy (pojazdy wszystkich mieszkańców gminy, pojazdy podmiotów gospodarczych, urzędów i służb oraz wszystkie pojazdy przejeżdżające przez gminę), które nie spełniają warunków EURO 4 . W Gminie Świeszyno nie jest prowadzona taka polityka, a od pojazdów zadającego pytanie Gmina Świeszyno pobiera podatki od środków transportowych. Ponadto firma od swoich pojazdów rozlicza się także z Urzędem Marszałkowskim w zakresie emisji zanieczyszczeń do środowiska. Eliminowanie z przetargu poprzez stawianie nieuzasadnionych warunków jest, według odwołującego, działaniem dyskryminującym wykonawców nieposiadających takich pojazdów. Odpowiedź zamawiającego; „Brak takiej uchwały nie obliguje zamawiającego do braku dbałości o czyste powietrze w swojej gminie” jest wysoce nie merytoryczna i nie powołuje się na podstawę prawną. Można takie tłumaczenie uznać, jako postępowanie mające na celu ograniczenie konkurencji. Brak takiej uchwały dyskwalifikuje wymóg zamawiającego. Na pytanie 17 na jakiej podstawie, zgodnie z zapisem § 3 ust.3 projektu umowy, wykonawca staje się wytwórcą odpadów, zamawiający powołał się na art.3 ust. 1 pkt.33 ustawy o odpadach, co nie jest zgodne ze stanem prawnym. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 13 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.). przez posiadacza odpadów rozumie się każdego, kto je wytwarza bądź prowadzi działalność w zakresie: zbierania, odzysku lub unieszkodliwiania. Wyjątek stanowi tu prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów - transportujący odpady nie jest uznawany za posiadacza odpadów. Posiadaczem odpadów może być: wytwórca odpadów, inna osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna. Domniemywa się, że osoba bądź jednostka zarządzająca nieruchomością jest posiadaczem znajdujących się na niej odpadów. Na pytanie odwołującego o posiadanie Gminę Świeszyno udziałów w podmiotach zajmujących się transportem, odbiorem i zagospodarowaniem odpadów, zamawiający uznał pytanie za bezprzedmiotowe. Zgodnie z art. 24. ust. 1 pkt. 2. ppkt 5) ustawy z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy należąc do tej samej grupy kapitałowej, w rozumieniu ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331, z późn. zm.), złożyli odrębne oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w tym samym postępowaniu, chyba że wykażą, że istniejące między nimi powiązania nie prowadzą do zachwiania uczciwej konkurencji Posiadanie przez Gminę Świeszyno udziałów w Przedsiębiorstwie Gospodarki Komunalnej w Koszalinie prowadzi do uchybienia w zakresie ww. przepisów ustaw, tym samym zapytanie jest zasadne. W ogłoszeniu zamówienia w pkt II. I .5) zamawiający przewiduje się udzielenie zamówień uzupełniających W odpowiedzi na pytanie 5, 6, 7, 8, 10 (załącznik 7) potwierdził, że nie określił przedmiotu zamówienia. Tym samym Zamawiający nie ma podstawy zastosowania art. 67 ust. 1 pkt. 6 Pzp w przypadku, gdy ilość odbieranych i zagospodarowanych odpadów na terenie Gminy Świeszyno zwiększy się o 15% w stosunku do ilości zebranych w ciągu pierwszych 3 miesięcy trwania umowy. Na

pytanie wykonawcy „Dlaczego Zamawiający nie dopuszcza możliwości składania ofert częściowych?” zamawiający zacytował tylko przepis, nie udzielając odpowiedzi, czym naruszył art. 38 ustawy. Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 1 lipca 2011 o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, władze samorządowe są obowiązane do organizacji przetargu. Jeżeli przetarg dotyczy tylko odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości, to oferty częściowe oczywiście nie mają zastosowania. Jeżeli przetarg organizowany jest na odbiór odpadów i ich zagospodarowanie, wówczas przetarg musi być z możliwością składania ofert częściowych.

Wynika to z faktu, że wykonawca nie musi posiadać RIPOK. Określając dla wszystkich wykonawców wymogi związane z odbiorem odpadów i ich zagospodarowaniem zamawiający jednoznacznie ogranicza dostęp do zamówienia podmiotom nie posiadającym RIPOK, czym narusza przepisy ustawy, w tym art. 7 ust. 1. Umowa wykonawcy z RIPOK dotyczy tylko odbioru odpadów. To RIPOK je zagospodarowuje. Dodatkowym problemem jest uzyskanie odpowiednich poziomów dotyczących recyklingu i odzysku, w tym sprawozdawczość dla poszczególnych samorządów w tym zakresie. Wychodzi na to, że każda gmina powinna swoje odpady w jakiś sposób oznakować, aby można było dla każdej z nich przygotować odpowiednie dane. Wydaje się to niemożliwe do wykonania. Zamawiający wymaga od wykonawców przyjęcia na siebie tej odpowiedzialności, nawet grożąc karami umownymi. Rozwiązanie takie potwierdza brak ratio ustawy z dnia 1 lipca 2011 o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw. Na pytanie wykonawcy „Dlaczego w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie określił precyzyjnie wszystkich szacunkowych składników mających wpływ na ostateczną cenę oferty?” Zamawiający odpowiedział „Na czas tworzenia siwz Zamawiający odniósł się do wszystkich znanych mu danych niezbędnych do oszacowania ostatecznej ceny ofertowej.” W ten sposób zamawiający nie odpowiedział na zadanie pytanie, czym naruszył, według odwołującego, art. 38 ustawy. Brak precyzyjnej odpowiedzi ma swoje konsekwencje. Każdy wykonawca nie wie, jak ma skalkulować cenę oferty. Dotyczy to ilości odpadów do odbioru w poszczególnych rodzajach przez cały wymagany okres umowy, ilości pojemników poszczególnych pojemności, ilości worków poszczególnych typów, kosztów opłat utylizacyjnych (instalacje odpadów RIPOK) oraz innych składników, które wynikają z nałożonych na wykonawców obowiązków. W związku z tym zachodzi uzasadnione podejrzenie, że zamawiający nie wykonał ciężącego na nim obowiązku (zgodnie z art. 32 ust. 1 ustawy PZP) i nie ustalił szacunkowej wartości zamówienia z należytą starannością. W przeciwnym wypadku siwz zawierałaby wszystkie składniki kalkulacji ceny oferty, które zostały użyte przez zamawiającego do ustalenia szacunkowej wartości zamówienia. Zadaniem wykonawcy byłoby wstawienie swoich skalkulowanych wartości. A to jest warunek do prawidłowego porównania i oceny złożonych przez wykonawców ofert. Efektem

końcowym realizacji umowy przetargowej jest konkretna ilość i rodzaj przekazywanych do RIPOK odpadów. To znaczy, że z dokładnością do kg wiadoma będzie ilość oddanych odpadów. Dokładnie można wycenić każdą tonę oddawanych odpadów w zależności od ich rodzaju. Ustalenie ryczałtowej ceny ofertowej jest przerwaniem całego finansowego ryzyka na wykonawcę. Samorząd zgodnie z przepisami ma zorganizować odbiór wszystkich odpadów komunalnych znajdujących się na jego terenie. Nie ma też „motywacji” finansowej do racjonalnego wytwarzania odpadów. Zamawiający nie zamierza uczciwie zapłacić wykonawcy za każdą, odebraną i później oddaną do RIPOK, tonę odpadów. W tym przetargu ryzyko ponosi tylko wykonawca. Treść opisu przedmiotu zamówienia zawartego w siwz uniemożliwia przeprowadzenie obiektywnej oceny ofert. Nie ma jednolitego punktu odniesienia dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Zawarte w odpowiedzi stwierdzenie zamawiającego „Szczegółowe dane zostaną udostępnione Wykonawcy wyłonionemu w drodze przetargu po podpisaniu umowy” jest, zdaniem odwołującego, niezgodne z przepisami o jawności postępowania. Po podpisaniu umowy każdy oferent ma prawo wglądu do dokumentacji, oczywiście z zastrzeżeniem tych obszarów, gdzie ustawa to ogranicza. Na wiele pytań nie ma merytorycznej i jednoznacznej odpowiedzi. Oznacza to, że postępowanie nie jest przygotowane z należytą starannością. W obecnym stanie siwz żaden wykonawca nie jest w stanie przygotować odpowiedniej oferty. Zamawiający, w ocenie odwołującego, nie ma zamiaru porównywać ofert, gdyż jego interesuje tylko najniższa cena. I nieważne, jak wykonawca ją skalkuluje - wygra najniższa. Takie postępowanie nie ma nic wspólnego z zasadami funkcjonowania „państwa prawa”, zdaniem odwołującego.

W dniu 15 maja 2013r. zamawiający przekazał wykonawcom kopię odwołania przez zawieszenie na swojej stronie internetowej oraz przesłanie listem poleconym za potwierdzeniem odbioru.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

#### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania : ogłoszenia o zamówieniu, zmiany ogłoszenia z dnia 10 maja 2013 i 15 maja 2013r., siwz wraz załącznikami oraz odpowiedzi na pytania oraz modyfikację siwz datowaną na dzień 10 maja 2013r., a zamieszczoną na stronie internetowej zamawiającego i przekazaną wykonawcom w dniu 13 maja 2013r.

Na podstawie powyższych dowodów Izba ustaliła, co następuje :

W rozdziale 9 zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków i wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy zgodnie z art. 22 ust. 1 PZP spełniają warunki dotyczące:

c) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia

C1) zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie następującymi osobami:

- co najmniej dwiema osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska - osoby nadzorujące wykonanie zamówienia w sposób zgodny z przepisami ochrony środowiska.

Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia zamawiającemu oświadczeń potwierdzających posiadanie przez pracowników stosownych kwalifikacji, doświadczenia zawodowego i wymaganych uprawnień.

C2) zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże dysponowanie następującym potencjałem technicznym:

- min. jeden pojazd bezpylny z grzebieniowym i widłowym mechanizmem załadowniczym z funkcją kompaktującą,
- min. jeden pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych,
- min. jeden pojazd bramowiec lub hakowiec,
- min. jeden pojazd skrzyniowy o ładowności do 1,2 MG,
- min. 1 pojazdem służącym do mycia i dezynfekcji pojemników na odpady.

Wszystkie ww. pojazdy muszą spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC co najmniej EURO 4.

W dniu 13 maja 2013r. zamawiający wyjaśnił i zmodyfikował treść siwz w następujący sposób:

#### PYTANIE 11

Z jakich powodów zamawiający warunkuje udział w przetargu od zatrudnienia przez wykonawcę dwóch osób legitymującym się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska? Jaki konkretny przepis prawa nakłada taki obowiązek?

Zamawiający ustalając w pkt. 9 ppkt. d) „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Znak sprawy: ZP.271.12.2013” warunkując u wykonawcy „...co najmniej dwiema osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska - osoby nadzorujące wykonanie zamówienia w sposób zgodny z przepisami ochrony środowiska...” wykracza poza przepisy art.22 PZP oraz faworyzuje firmy, które je zatrudniają.

Art.22 PZP mówi:

„...1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;

- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej.

2. Zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego.

3. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, zamieszcza się w ogłoszeniu o zamówieniu lub w przypadku trybów, które nie wymagają publikacji ogłoszenia o zamówieniu, w zaproszeniu do negocjacji.

4. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. ..."

Prawo wprowadzania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zapisów umożliwiających aktywne kreowanie polityki zatrudnienia dotyczy osób bezrobotnych i niepełnosprawnych. W tym przypadku samorząd Gminy Świeszyno bezpośrednio dyskryminuje małą firmę. Trudno zakładać, iż właściciel firmy, która zatrudnia około 10 ludzi do odbioru odpadów w gminie, zatrudni dwie osoby z wyższym wykształceniem z ochrony środowiska jedynie do nadzoru oraz osobę do kierowania 4 samochodami, aby spełnić warunki przetargu. Zgodnie z art.3, ust. 2, pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości (...), wszelki nadzór należy do obowiązków Gminy, tym samym warunki przedstawione przez zamawiającego nie mają podstawy prawnej.

Odpowiedź:

Zamawiający żąda wykazu osób zgodnie z art.1 ust.1 pkt 7 Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakie może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z dnia 19 lutego 2013r). Wymagania w stosunku do ilości osób i ich wykształcenia mają zapewnić szybki i sprawny odbiór odpadów z całego terenu Gminy Świeszyno.

Gminy w drodze przetargu zlecają zgodnie z art. 3 ust 2 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2012 poz.391) Gminy nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;

PYTANIE 12

Dlaczego pojazdy wykonawcy muszą spełniać warunki EURO 4, skoro w Gminie Świeszyno nie ma uchwały o zakazie poruszania po terenie gminy pojazdów niespełniających tych

warunków oraz Gmina Świeszyno pobiera podatki od samochodów, które są zarejestrowane w gminie i nie spełniają warunków EURO 4?

Zamawiający ustalając w pkt. 9 ppkt. c2) „Specyfikacji istotnych warunków zamówienia Znak sprawy: ZP.271.12.2013” warunkując u Wykonawcy „...Wszystkie ww. pojazdy muszą spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC - co najmniej EURO 4...” faworyzuje inne firmy posiadające EURO4. Troska o ochronę środowiska zamawiającego miałaby istotne znaczenie, gdyby Gmina Świeszyno eliminowała sposobami administracyjnymi (np. poprzez uchwałę Rady Gminy) wszystkie pojazdy (pojazdy wszystkich mieszkańców gminy, pojazdy podmiotów gospodarczych, urzędów i służb oraz wszystkie pojazdy przejeżdżające przez gminę), które nie spełniają warunków EURO 4. W Gminie Świeszyno nie jest prowadzona taka polityka, a od pojazdów zadającego pytanie Gmina Świeszyno pobiera podatki od środków transportowych, a firma od swoich pojazdów rozlicza się także z Urzędem Marszałkowskim w zakresie emisji zanieczyszczeń do środowiska. Eliminowanie z przetargu poprzez stawianie nieuzasadnionych warunków jest działaniem dyskryminującym wykonawców nieposiadających takich pojazdów.

Odpowiedź:

Brak takiej uchwały nie obliguje zamawiającego do braku dbałości o czyste powietrze w swojej gminie.

PYTANIE 13

Czy pojazd ciężarowy śmieciarka MAN, samochód asenizacyjny LIAZ należący do Samorządu Gminy Świeszyno spełnia wymogi EURO 4?

Czy pojazd ciężarowy Star 28 asenizacyjny wykonujący usługi na rzecz Samorządu Gminy Świeszyno również spełnia wymogi EURO 4?

Odpowiedź:

Pytanie nie dotyczy siwz. Informacja publiczna jest dostępna na podstawie złożonego wniosku zamieszczonego na stronie ug.swieszyno.ibip.pl.

PYTANIE 36

9.C2 Wnioskujemy o zmianę zapisu dot. Normy EURO dla pojazdu do mycia i dezynfekcji pojemników na EURO 2. O ile zasadne jest przyjęcie normy EURO 4 dla pojazdów do wywozu odpadów, których częstotliwość kursowania jest znacznie większa, tak dla pojazdu do mycia pojemników warunek ten może być łagodniejszy, gdyż ma być on wykorzystywany tylko 2 razy w roku.

Odpowiedź:

Zamawiający modyfikuje siwz w pkt. 9 c :

„Wszystkie ww. pojazdy muszą spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC – co najmniej EURO 4”

na

„Wszystkie ww. pojazdy muszą spełniać wymagania Dyrektywy 98/69/EC – co najmniej EURO 4 - oprócz pojazdu służącego do mycia i dezynfekcji pojemników na odpady - co najmniej EURO 2.”

W związku z wprowadzonymi zmianami siwz zamawiający przedłużył termin składania ofert z 15.05.2013r na 17.05.2013r godz. bez zmian. Na kopercie powinna widnieć również data 17.05.2013

**Izba zważyła, co następuje :**

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy oraz art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy w związku z art. 180 ust. 2 ustawy.

W zakresie zarzutów naruszenia przez zamawiającego:

- art. 38 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) przez ogłoszenie wyjaśnień na pytania odwołującego przez zamawiającego na 5 dni przed upływem terminu składania ofert oraz braku odpowiedzi merytorycznej na pytanie 1, 8, 9 i 15 odwołującego się,

- art. 29. ust. 1 ustawy, poprzez, iż przedmiot zamówienia nie jest opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący w zakresie ilości odbieranych odpadów komunalnych.

- art. 7 ust 1 ustawy nie zapewnia uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w sytuacji, gdy zamawiający dopuszcza do udziału w przetargu przedsiębiorstwa nie posiadające Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK), stawiania wymagania w zakresie osiągania odpowiednich poziomów recyklingu, odzysku i ograniczania masy odpadów komunalnych, realizowane przede wszystkim w RIPOK,

Izba stwierdziła, że odwołanie dotyczy czynności zamawiającego innych niż wskazane w art. 180 ust. 2 ustawy.

Przedmiotowe postępowanie zgodnie z oświadczeniem zamawiającego jest postępowaniem, którego wartość szacunkowa jest mniejsza niż kwoty określone przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, gdyż wynosi 694 444,44zł., co stanowi równowartość kwoty 172 764, 56 euro. Zgodnie z §1 pkt 2 lit a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. nr 282 poz. 1649) kwotami poniżej kwot wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy dla jednostek samorządu terytorialnego w ramach zamówień na dostawy i usługi są kwoty poniżej 200 000 euro, obliczane z uwzględnieniem przelicznika 4,0196 wynikającego z rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 16 grudnia 2011 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 282, poz. 1650). Tym samym przedmiotowe zamówienie jest

zamówieniem poniżej progów wynikających z art. 11 ust. 8 ustawy. Potwierdza to także fakt publikacji ogłoszenia po zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Zgodnie z art. 180 ust. 2 ustawy jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności :

1. Wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę – ta przesłanka w przedmiotowej sprawie nie zachodzi, gdyż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego,
2. Opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu – w odniesieniu do powołanych wyżej zarzutów, żaden z nich nie dotyczy opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu,
3. Wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia – odwołanie dotyczy treści ogłoszenia i siwz oraz wyjaśnień treści siwz dokonanych przez zamawiającego, a zatem czynności mających miejsce przed terminem składania ofert, stąd powyższa przesłanka nie ma zastosowania na obecnym etapie postępowania.
4. Odrzucenia oferty odwołującego – również ta przesłanka nie ma zastosowania w przedmiotowej sprawie, z uwagi na to, że odwołanie nie dotyczy etapu składania ofert i ich oceny.

Z tych względów powyższe zarzuty nie mogły być przedmiotem merytorycznego rozpoznania przez Izbę i odwołanie w tym zakresie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy.

Natomiast w treści uzasadnienia odwołania odwołujący zarzucił zamawiającemu faworyzowanie wykonawców dysponujących pojazdami spełniającymi wymagania Dyrektywy 98/69/EC – co najmniej Euro4 oraz wykonawców dysponujących co najmniej dwiema osobami legitymującymi się wykształceniem wyższym z zakresu ochrony środowiska – osoby nadzorujące wykonanie zamówienia w sposób zgodny z przepisami ochrony środowiska. Te zarzuty odwołujący oparł o normę art. 22 ustawy i wskazał, że prowadzą do faworyzowania określonych wykonawców oraz nie jest uzasadnione charakterem zamówienia. Zarzuty te Izba oceniła jako mieszczące się w dyspozycji art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy, w więc jako zarzuty skierowane wobec opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Jednakże Izba uznała, że zarzuty te są podniesione w uchybieniu terminu, o którym mowa w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy, albowiem zarzuty wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a w przypadku przetargu nieograniczonego także wobec postanowień siwz wnosi się w terminie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia w Biuletynie Zamówień publicznych lub siwz na stronie internetowej – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 30 kwietnia 2013r., zaś specyfikacja nosi datę zamieszczenia 29 kwietnia 2013r., zatem początkiem biegu terminu na wniesienie odwołania był dzień 30 kwietnia 2013r., zatem zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy termin na wniesienie odwołania upłynął w dniu 6 maja 2013r. (5 maj 2013r. – dzień ustawowo wolny od pracy – niedziela). Odwołanie zostało wniesione w dniu 14 maja 2013r., a więc z uchybieniem terminu. W ocenie Izby udzielenie przez zamawiającego odpowiedzi na zapytania wykonawców i dokonanie modyfikacji treści siwz w dniu 13 maja 2013r. nie przywróciło odwołującemu terminu na wniesienie odwołania. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku w zakresie potencjału technicznego oraz kadrowego były zawarte w sekcji III.3.3 i sekcji III.3.4 tiret 2 ogłoszenia oraz w pkt 9 c.C1 tiret 2 i 9.c.C2 rozdziału I siwz od chwili opublikowania tych dokumentów i już wówczas zawierały treści, które odwołujący kwestionuje w odwołaniu, tj. postanowienia dotyczące spełniania przez posiadane pojazdy norm co najmniej EURO 4 i dysponowania osobami z wyższym wykształceniem z zakresu ochrony środowiska do nadzorowani wykonania zamówienia. Odwołujący w złożonych zapytaniach do zamawiającego podał analogiczną argumentację, która następnie została przeniesiona do odwołania, a zatem już w dacie zadawania pytań do zamawiającego tj. 6 maja 2013r. stał na stanowisku, że czynność wprowadzenia powyższych postanowień do siwz przez zamawiającego stanowi naruszenie przepisów ustawy, zatem już od chwili publikacji treści ogłoszenia o zamówieniu jak i treści siwz w pierwotnym brzmieniu biegł termin na wniesienie odwołania. W ocenie Izby instytucji wyjaśniania treści siwz wynikającej z art. 38 ust. 1 ustawy nie można wykorzystywać w celu wydłużenia terminu na wniesienie odwołania. W tej sytuacji oba podniesione zarzuty należało uznać za wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy. Z uwagi na fakt, iż wszystkie podniesione przez odwołującego zarzuty nie mogły być rozpoznane merytorycznie z uwagi na treść art. 189 ust. 2 pkt 3 i 6 ustawy, odwołanie w całości należało odrzucić.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i ust. 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 rozporządzenia 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 (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący**

.....