

Wrocław, 19 stycznia 2023 r.

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

Odwołujący:

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A.

ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław
NIP: 8960000026, REGON: 931623022, KRS: 0000001350
numer telefonu: +48 71 3375125
numer faksu: +48 71 3375111
e-mail: przetargi.wpo@alba.com.pl

reprezentowana przez:

adw. Wioletę Hucal
Sylwię Sacha

adres do doręczeń:

ECO LEGAL Kancelaria Adwokatów i Radców Prawnych
ul. Gwiaździsta 16/5, 53-413 Wrocław
numer telefonu: +48 783 600 593
e-mail: w.hucal@ecolegal.pl

Zamawiający:

adres do doręczeń:

Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z o.o.

ul. Saperska 23, 64-100 Leszno
e-mail: przetargi@mzoleszno.com.pl
Tel. 655259293

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02*” (numer referencyjny: ZP.PN.16.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 9.12.2022 r. pod numerem 2022/S 241-694297).

ODWOŁANIE

Działając imieniem Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, 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 (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm., dalej: „p.z.p.”), składam odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na usługi o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15*”

01 02' (numer referencyjny: ZP.PN.16.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 9.12.2022 r. pod numerem 2022/S 241-694297). Odwołanie jest wnoszone wobec treści dokumentów zamówienia oraz wobec czynności Zamawiającego z dnia 9.01.2023 r. polegającej na istotnej modyfikacji dokumentów zamówienia bez przedłużenia terminu składania ofert, a także wobec zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) **naruszenie art. 16 pkt 1-3 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 6 p.z.p. i z art. 90 ust. 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ,**
- 2) **naruszenie art. 255 pkt 6 p.z.p. poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia na 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcom zapoznanie się ze zmianą SWZ i w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Wykonawców ofert na różnych formularzach ofertowych.**

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

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.

W zakresie postępowania dowodowego Odwołujący wnosi o przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) wydruku ze strony internetowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/transakcja/705642> na potwierdzenie faktu: terminu, w którym dokonana została ostatnia modyfikacja dokumentów, upływu terminu składania ofert,
- 2) modyfikacji dokumentów zamówienia nr 2 z dnia 5.01.2023 r. na potwierdzenie faktu: dokonania zmiany w dokumentach zamówienia poprzez wprowadzenie zapisów o jednostkowej cenie oleju napędowego Ekodiesel,
- 3) modyfikacji dokumentów zamówienia nr 3 z dnia 9.01.2023 r. na potwierdzenie faktu: dokonania zmiany w dokumentach zamówienia poprzez usunięcie zapisów o jednostkowej cenie oleju napędowego Ekodiesel,

- 4) informacji z otwarcia ofert z dnia 9.01.2023 r. na potwierdzenie faktu: przekazania przez Zamawiającego informacji o złożonych w postępowaniu ofertach,
- 5) ofert złożonych w postępowaniu przez trzech pozostałych Wykonawców na potwierdzenie faktu: złożenia ofert przez pozostałych Wykonawców na różnych formularzach ofertowych,
- 6) pisma Odwołującego z dnia 11.01.2023 r. na potwierdzenie faktu: wezwania Zamawiającego do usunięcia naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych,
- 7) pisma Zamawiającego z dnia 16.01.2023 r. na potwierdzenie faktu: stanowiska Zamawiającego, braku unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Zachowanie terminu

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p. *odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej*. W przedmiotowym postępowaniu istotna zmiana treści dokumentów zamówienia została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 9.01.2022 r. Odwołujący dochował zatem terminu na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 515 Pzp.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania stosownie do art. 505 ust. 1 p.z.p., bowiem prowadzi działalność z zakresu gospodarowania odpadami, zatem posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy. Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów p.z.p. jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, zmiana treści dokumentów zamówienia w sposób istotny i brak przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się ze zmianami i przygotowania oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ, powodują niemożliwość prawidłowego skalkulowania w cenie ofertowej kosztów wykonania zamówienia, jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia. Działania Zamawiającego, który w sposób uchylający przepisom ustawy dokonał modyfikacji dokumentów zamówienia bez przedłużania terminu na złożenie ofert, 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 nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji. Odwołujący może ponieść szkodę w związku z naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, co wypełnia materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. 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

1. Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości zamówienia przekraczającej progi unijne stosownie do art. 3 p.z.p. pn. „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02*” (numer referencyjny: ZP.PN.16.2022, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 9.12.2022 r. pod numerem 2022/S 241-694297).
2. W dniu 5.01.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany dokumentów zamówienia poprzez modyfikację wzoru umowy i formularza ofertowego przez dodanie ceny paliwa jako zmiennej wynagrodzenia, związanej z dużymi wahaniami w cenach oleju napędowego w danym miesiącu. Następnie, w dniu 9.01.2023 r. o godzinie 8:21, czyli w dniu składania ofert, na nieco ponad 1,5 godziny przed upływem terminu, Zamawiający dokonał kolejnej – istotnej – modyfikacji dokumentów zamówienia, zmieniając zapisy wzoru umowy i formularza ofertowego, poprzez usunięcie zapisu dotyczącego cen paliwa jako zmiennej wynagrodzenia. Jednocześnie Zamawiający nie wydłużył terminu na składanie ofert, co pozwoliłoby wszystkim Wykonawcom na zapoznanie się ze zmianami i dostosowanie do nich swoich ofert.
3. Zgodnie z rozdziałem XVII SWZ termin składania ofert upływał w dniu 9.01.2023 r. o godzinie 10:00. Tymczasem Zamawiający w tym dniu, tj. 9.01.2023 r. o godzinie 8:21, a więc na nieco ponad 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, dokonał modyfikacji dokumentów zamówienia, a konkretnie zmianie uległ w sposób istotny § 4 ust. 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SWZ oraz formularz ofertowy. Wskazać należy, że takie postępowanie Zamawiającego zdecydowanie i bezsprzecznie narusza przepisy ustawy, stąd niniejsze odwołanie jest konieczne i uzasadnione. Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 16 pkt 1-3 p.z.p. w zw. z art. 137 ust. 6 p.z.p. i w zw. z art. 90 ust. 2 p.z.p. poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców oraz zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą dokumentów zamówienia i przygotowanie oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ.
4. Zgodnie z zamieszczoną na stronie internetowej postępowania dnia 9.01.2023 r. o godz. 8:21 modyfikacją dokumentów zamówienia:
„Zamawiający działając na podstawie art. 137 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022r. poz. 1710 z późn. zm.), zmienia treść SWZ, w następujący sposób:

1) Zmianie ulega § 4 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ:

Było:

„1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 17 09 04 w cenie: brutto: PLN/1Mg (słownie: złotych 00/100) w tym podatek VAT 8% w kwocie PLN (słownie: złotych 00/100) netto: PLN/1Mg (słownie: złotych 00/100) powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu

zamieszczanych na stronie internetowej: <https://www.orklen.pl/pl/dla-biznesu/hurtowe-ceny-paliw> w odniesieniu do jednostkowej ceny oleju napędowego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad. W związku z powyższym cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów winna być przeliczana przy wystawianiu faktury zgodnie z poniższą formułą:

$$CM = CO + (Cśr - Cw)$$

CM – cena za 1 Mg (netto) na koniec miesiąca

CO – cena za 1 Mg (netto) z oferty Wykonawcy

Cśr – średnia arytmetyczna cen hurtowych Oleju Napędowego Ekodiesel

Cw – cena Oleju Napędowego Ekodiesel z dnia 05.01.2023 r.”

Jest:

„1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 02 w cenie:

brutto: PLN/1Mg (słownie: złotych 00/100) w tym podatek VAT 8% w kwocie PLN (słownie: złotych 00/100) netto: PLN/1Mg (słownie: złotych 00/100)”

2) W rozdziałach nr II Formularzy Ofertowych usuwa się pkt. 3.

Jednocześnie Zamawiający informuje, że powyższe zmiany będą wiążące dla Wykonawców na etapie składania ofert i realizacji przedmiotu zamówienia.

Pozostałe zapisy dokumentów zamówienia pozostają bez zmian”.

Dowód:

- wydruk ze strony internetowej Zamawiającego <https://platformazakupowa.pl/transakcja/705642>
- modyfikacja dokumentów zamówienia nr 2 z dnia 5.01.2023 r.
- modyfikacja dokumentów zamówienia nr 3 z dnia 9.01.2023 r.

5. W dniu 11.01.2023 r. Odwołujący skierował do Zamawiającego pismo wzywające go do usunięcia naruszeń przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania. Odwołujący wskazywał, że z uwagi na wagę naruszeń oraz aktualny etap postępowania tj. upływ terminu składania ofert, jedynym sposobem, aby sanować zaistniałą sytuację jest unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy p.z.p. Pismem z dnia 16.01.2023 r. Zamawiający odpowiedział na wezwanie Odwołującego informując, że w jego ocenie nie doszło do obarczenia postępowania niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z tym, Zamawiający kontynuował procedurę związaną z oceną ofert Wykonawców, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu.

Dowód:

- wezwanie Odwołującego z dnia 11.01.2023 r.,
- pismo Zamawiającego z dnia 16.01.2023 r.

6. W postępowaniu wpłynęły łącznie cztery oferty, na różnych formularzach ofertowych. I tak, oferta złożona przez Wykonawcę – konsorcjum firm Senda Sp. z o.o. (lider) i METALIKA RECYCLING Sp. z o.o. (partner) została złożona na formularzu ofertowym obowiązującym od 5.01.2023 r. do 9.01.2023 r. do godziny 8:21. Oferta ta zawierała informację o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel na dzień 5.01.2023 r. w kwocie 6 081 / m3 PLN. Oferta Konsorcjum firm Eko-Mysł Sp. z o.o. (Lider), Zakład Utylizacji Odpadów Clean City Sp. z o.o. (członek) i ZUO International Sp. z o.o. (członek) została złożona na formularzu ofertowym obowiązującym do dnia 5.01.2023 r. i nie zawierała informacji o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel. Oferta Wykonawcy Wielkopolskie Centrum Recyklingu Sp. z o.o. została złożona na nowym formularzu ofertowym, obowiązującym od 9.01.2023 r. i nie zawierała informacji o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel.

Dowód:

- informacja z otwarcia ofert z dnia 9.01.2023 r.,
- oferty złożone w postępowaniu przez trzech pozostałych Wykonawców.

7. Należy mieć dodatkowo na uwadze zapis wprowadzony przez Zamawiającego przy każdej zmianie wzoru umowy, a który brzmi: *„Jednocześnie Zamawiający informuje, że powyższe zmiany będą wiążące dla Wykonawców na etapie składania ofert i realizacji przedmiotu zamówienia”*. Oznacza to, że dokumenty zamówienia są wiążące dla Wykonawców na etapie składania ofert i w związku z tym, Wykonawcy zobowiązani są do sporządzenia oferty na aktualnym formularzu, a następnie – po dokonaniu wyboru – do podpisania umowy w aktualnym brzmieniu.
8. W ocenie Odwołującego, takie postępowanie Zamawiającego świadczy o braku profesjonalizmu. Dokonanie tak istotnej zmiany w dokumentach zamówienia (modyfikacja wzoru umowy i formularza ofertowego) z punktu widzenia sporządzania kalkulacji finansowej prowadzi do braku możliwości dostosowania oferty do wymagań Zamawiającego ze względu na tak krótki czasu pomiędzy modyfikacją, a upływem terminu składania ofert. Odwołujący wskazuje, że podana we wzorze umowy cena paliwa miała służyć niejako do dostosowywania ceny do realiów rynkowych, więc tym bardziej oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu na różnych formularzach ofertowych są nieporównywalne.
9. Zmiana, której dokonał Zamawiający w dniu 9.01.2023 r. miała charakter istotny ponieważ zupełnie zmieniła sposób obliczania wynagrodzenia umownego. W konsekwencji Wykonawcy, którzy złożyli oferty przed godziną 10.00 nie mieli możliwości zapoznać się z wprowadzoną zmianą i uwzględnić ją w swoich ofertach. W praktyce nie zdarza się, aby Wykonawcy wstrzymywali się ze złożeniem ofert do ostatniej chwili. Czynności związane z przygotowaniem ofert w postępowaniach takich jak przedmiotowe, wiąże się z ogromnym

nakładem pracy i dopełnieniem szeregu formalności. Z tych też przyczyn zmiana dokumentacji postępowania wprowadzona na nieco ponad godzinę przed upływem terminu składania ofert jest niedopuszczalna, a z uwagi na jej wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty (zmiana ta ma charakter istotny – kluczowy dla sposobu ustalenia tzw. strategii cenowej, która każdorazowo jest ustalana przy konstruowaniu oferty przez Wykonawcę) ma ona charakter zmiany istotnej. Zgodnie z poglądem doktryny, „w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny do zapoznania się z dokonaną zmianą lub zmianami i przygotowaniem oferty. Stosuje się wówczas przepisy dotyczące zmiany treści ogłoszenia i terminu jego publikacji na poziomie krajowym” (tak: Gawrońska-Baran Andrzej i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, 2022). Ponadto w piśmiennictwie wskazuje się także, że „Zmiana istotna to zmiana dotycząca takich elementów ogłoszenia, które stanowią o warunkach przetargu. Każdy przypadek powinien być rozpatrywany indywidualnie pod kątem wpływu zmian na przygotowanie wniosków lub ofert, przy czym istotny będzie nie tylko wpływ zmian na sam dokument wniosku czy oferty, który powinien złożyć wykonawca, lecz także na proces decyzji biznesowych podejmowanych przez wykonawcę w celu złożenia oferty” (tak: Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz).

10. Wskazać należy, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 255 pkt 6 p.z.p. poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia na 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcom zapoznanie się ze zmianą SWZ i w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Wykonawców ofert na różnych formularzach ofertowych. W związku z tym, że w chwili obecnej jest już po otwarciu ofert, które w części zostały przygotowane w oparciu o dokumentację postępowania wg brzmienia sprzed zmiany, a w części po zmianie, to nie ma możliwości aby sanować przedmiotowe postępowania w taki sposób, by na skutek jego rozstrzygnięcia mogło dojść do zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. W związku z tym, że w zasadzie każda oferta w przedmiotowym postępowaniu została przygotowana w oparciu o inny formularz ofertowy, koniecznym jest unieważnienie przedmiotowego postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 p.z.p.

Za Odwołującego:

Załączniki:

1. Informacja odpowiadająca odpisowi z rejestru przedsiębiorców KRS WPO ALBA S.A.
2. Pełnomocnictwo 2 szt.
3. Dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa 2 szt.
4. Dowód uiszczenia wpisu

5. Dowód przesłania kopii odwołania Zamawiającemu
6. Wydruk ze strony internetowej Zamawiającego
<https://platformazakupowa.pl/transakcja/705642>
7. Modyfikacja dokumentów zamówienia nr 2 z dnia 5.01.2023 r.
8. Modyfikacja dokumentów zamówienia nr 3 z dnia 9.01.2023 r.
9. Wezwanie Odwołującego z dnia 11.01.2023 r.,
10. Pismo Zamawiającego z dnia 16.01.2023 r.
11. Informacja z otwarcia ofert z dnia 9.01.2023 r.
12. Oferty złożone w postępowaniu przez trzech pozostałych Wykonawców,