

WYROK
z dnia 22 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jan Kuzawiński**

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 1 października 2018 r. przez wykonawcę **Altwater Piła Sp. z o.o. ul. Łączna 4A 64-920 Piła** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Związek Międzygminny „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi”, ul. Dąbrowskiego 8, 64-920 Piła**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu nr 2 i nakazuje Zamawiającemu nadanie § 2 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ brzmienia:

„z dniem zawarcia Umowy posiada oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy własną Regionalną Instalację do Przetwarzania Odpadów Komunalnych ujętą w „Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2016-2022” lub posiada na dzień zawarcia Umowy oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy, umowy zawarte z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych lub instalacjami zastępczymi, umożliwiające przekazywanie odebranych zgodnie z niniejszą Umową oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa do wyczerpania limitów określonych w pozwoleniach zintegrowanych w tych instalacjach lub odmowy przyjęcia tych odpadów do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych należącej do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie – Kopaszynie oraz do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Złotowie”;

2. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 4 i 5,

3. oddala odwołanie w pozostałym zakresie,

4. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Związek Międzygminny „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi”, ul. Dąbrowskiego 8, 64-920 Piła**, i:

- 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Altwater Piła Sp. z o.o. ul. Łączna 4A 64-920 Piła** tytułem wpisu od odwołania;

- 4.2. zasądza od Zamawiającego - **Związek Międzygminny „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi”, ul. Dąbrowskiego 8, 64-920 Piła** na rzecz Odwołującego - **Altwater Piła sp. z o.o. ul. Łączna 4A 64-920 Piła** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. 2018 poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1986/18

Uzasadnienie

Zamawiający - Związek Międzygminny „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi”, ul. Dąbrowskiego 8, 64-920 Piła, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych, powstałych na terenie ZM PRGOK w latach 2019-2020”. Wartość postępowania przenosi kwoty określone w przepisach wydanych na

podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Prowadzone przez Zamawiającego postępowanie zostało wszczęte przez zamieszczenie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 21.09.2018 r. pod nr 2018/S 182-412181, a więc do postępowania mają zastosowanie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych zmienionej z dniem 28.07.2016 r. na mocy przepisów ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

W dniu 21 września 2018 r. Zamawiający opublikował treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Od treści SIWZ w dniu 1.10.2018 r. wykonawca Altwater Piła sp. z o.o. ul. Łączna 4A 64-920 Piła (dalej jako Odwołujący) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wskazał na następujące czynności Zamawiającego, z których wywodził naruszenie prawa (zgodnie z przyjętą przez Odwołującego terminologią, Izba określa je jako zarzuty):

1. Zaniechania wskazania w treści SIWZ, w tym w załączniku nr 2 do SIWZ (wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego), iż umowa w sprawie zamówienia publicznego ulega rozwiązaniu (ewentualnie ustaje obowiązek realizacji Zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych) w przypadku wyczerpania w danym roku kalendarzowym limitów dla przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych wynikających z pozwoleń zintegrowanych dla regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (dalej jako „RIPOK”) w regionie gospodarki odpadami objętym Zamówieniem, w tym odmowy przyjęcia odpadów do RIPOK należącego do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie-Kopaszynie oraz odmowy przyjęcia odpadów do RIPOK należącego do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Złotowie w ilości powyżej 12 000 Mg/rok z terenu Zamawiającego;

2. Wskazanie w § 2 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ (wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego), iż wykonawca obowiązany jest oświadczyć i zapewnić, że:

„z dniem zawarcia Umowy posiada oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy własną Regionalną Instalację do Przetwarzania Odpadów Komunalnych ujętą w „Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2016-2022” lub posiada na dzień zawarcia Umowy oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy, umowy zawarte z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych lub instalacjami zastępczymi, umożliwiające przekazywanie odebranych zgodnie z niniejszą Umową oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa przez cały okres obowiązywania Umowy”;

oraz wskazanie w ust. 2 tego paragrafu, że:

„Oświadczenia i zapewnienia, o których mowa w ust. 1 niniejszego paragrafu mają charakter gwarancyjny”;

3. Zaniechania określenia w treści SIWZ, w tym w załączniku nr 1 do SIWZ (Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia dalej jako „SOPZ”) informacji o ilości i rodzaju kontenerów typu KP2, 5; KP 5; KP 7; KP 10 i wskazanie jedynie pojemności od 2,5 m³ do 10 m³ oraz brak wskazania ilości nieruchomości, które mają zostać objęte tymi pojemnikami;

4. Wskazania w umowie w § 5 pkt 9 oraz w pkt V. ust. 1 pkt 7 SOPZ iż *„wykonawca obowiązany jest do odbioru z Nieruchomości Niezamieszkałych odpadów komunalnych zebranych w pojemnikach/kontenerach lub workach dostarczonych przez Wykonawcę lub pojemnikach/kontenerach niedostarczonych przez Wykonawcę w szczególności z pojemników podziemnych lub półpodziemnych”* podczas gdy obowiązujący na terenie ZM

PRGOK Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Związku Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi” (dalej jako Regulamin UCIP”), tj. obowiązujący akt prawa miejscowego nie przewiduje odbioru odpadów z pojemników podziemnych i półpodziemnych.

Ponadto nie określono żadnych dopuszczalnych parametrów tych pojemników, co oznacza, że wykonawca nie jest w stanie dopasować (i wycenić) pojazdów oraz techniki odbioru do takich pojemników.

5. Dopuszczenie przez Zamawiającego w załączniku nr 1 do SIWZ (SOPZ) w pkt XVIII (Pojemniki i kontenery), iż *„Wykonawca jest zobowiązany wyposażyć w pojemniki i kontenery Nieruchomości Zamieszkałe oraz Nieruchomości Niezamieszkałe położone na terenie Związku. 2. Obowiązek wskazany w poprzednim Punkcie ulega zawieszeniu poprzez uzyskanie od właściciela Nieruchomości oświadczenia o samodzielnym zapewnieniu pojemników lub kontenerów przy jednoczesnym uzyskaniu zgody właściciela Nieruchomości na podjęcie przez Wykonawcę czynności umożliwiających mu realizację Zamówienia zgodnie z postanowieniami Umowy oraz SIWZ (w szczególności zamontowanie chipów w pojemnikach lub kontenerach niedostarczonych przez Wykonawcę, automatyczne odnotowanie faktu odbioru odpadów, w tym w ramach Systemu informatycznego oraz dostępnym dla Zamawiającego, systemie ewidencji, powiązany z RFID, umożliwiającym imienną identyfikację wytwórcy odpadów jedynie przez Związek).*

Zawieszenie obowiązku dostarczenia pojemników nie ogranicza żadnych innych obowiązków ciążących na Wykonawcy, w szczególności do prawidłowego odbioru i zagospodarowania odpadów w nich zebranych. 3. Wykonawca jest zobowiązany do odbierania odpadów ze wszystkich pojemników lub kontenerów przeznaczonych do zbierania odpadów. Ewentualne wątpliwości Wykonawcy dotyczące ich zgodności z Przepisami Prawa w tym Aktami Prawa Miejscowego, nie stanowią podstawy do niedokonania odbioru". W ocenie Odwołującego powyższe oznacza, że dopuszczono odbiór z pojemników niespełniających wymogi przepisów prawa, w tym prawa miejscowego - Regulaminu UCIP. Ponadto nie określono żadnych dopuszczalnych parametrów tych pojemników, co oznacza, że wykonawca nie jest w stanie dopasować (i wycenić) pojazdów oraz techniki odbioru do takich pojemników.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

- 1.art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, tj. brak opisanie przedmiotu Zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określić, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję w zakresie zarzutów nr 3, 4 i 5, jako że wynagrodzenie przewidziane za realizację Zamówienia jest wynagrodzeniem ryczałtowym, a wskazane naruszenia mają wpływ na cenę i z uwagi na te naruszenia Odwołujący nie jest w stanie prawidłowo skalkulować ceny ofertowej, a ponadto złożone oferty wykonawców, w tym zakresie będą nieporównywalne, co może utrudniać uczciwą konkurencję w Postępowaniu;
- 2.art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 Kodeksu cywilnego (ewentualnie w zw. z art. 475 § 1 Kodeksu cywilnego), tj. brak wskazania w SIWZ, że umowam sprawie zamówienia ulega rozwiązaniu (ewentualnie ustaje obowiązek realizacji zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych) w przypadku wyczerpania w danym roku kalendarzowym limitów dla przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych wynikających z pozwoleń zintegrowanych oraz Wojewódzkiego planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2016-2022 wraz z planem inwestycyjnym dla regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w regionie gospodarki odpadami objętym Zamówieniem, w tym odmowy przyjęcia odpadów do RIPOK należącego do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie - Kopaszynie oraz do RIPOK należącego do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Złotowie w ilości powyżej 12 000 Mg/rok z terenu Zamawiającego (w zakresie zarzutu nr 1),
a także wymaganie od wykonawców zagwarantowania, że możliwe będzie przekazywanie odebranych zgodnie z niniejszą Umową oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa przez cały okres obowiązywania Umowy, podczas gdy obiektywnie w regionie gospodarki odpadami, który obejmuje teren ZM PRGOK limity RIPOK na przetwarzanie zmieszanych odpadów komunalnych objętych Zamówieniem nie są wystarczające (świadczenie niemożliwe), czego Zamawiający jest świadomy (w zakresie zarzutu nr 2).

W oparciu o powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- wprowadzenia w załączniku nr 2 do SIWZ (wzór umowy) postanowienia, iż z chwilą wyczerpania w regionie gospodarki odpadami właściwym dla przedmiotu zamówienia w danym roku limitu na przyjmowanie (zagospodarowanie) zmieszanych odpadów komunalnych w regionalnych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych, w tym odmowy przyjęcia tych odpadów do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych należących do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie - Kopaszynie oraz do RIPOK należącego do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Złotowie w związku z wyczerpaniem limitu przyjęcia dla terenu Zamawiającego, umowa ulega rozwiązaniu (ewentualnie ustaje obowiązek wykonawcy realizacji Zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych) najpóźniej z dniem wyczerpania w danym roku tych limitów w regionalnych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych w regionie gospodarki odpadami właściwym dla Zamawiającego oraz jednoczesnej odmowy przyjęcia tych odpadów do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych należącej do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie - Kopaszynie oraz do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Złotowie w związku z wyczerpaniem limitu przyjęcia tych odpadów z terenu Zamawiającego;
- wykreślenie z § 2 ust. 1 pkt 5 załącznika nr 2 do SIWZ (wzór umowy w sprawie zamówienia publicznego) wykreślenie wyrażenia „przez cały okres obowiązywania Umowy” i wstawienie w to miejsce wyrażenia „do wyczerpania limitów określonych w pozwoleniach zintegrowanych w tych instalacjach lub odmowy przyjęcia tych odpadów do regionalnej

instalacji przetwarzania odpadów komunalnych należącej do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie-Kopaszynie oraz do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych sp. z o.o. w Złotowie”;

-określenia w treści SIWZ, w tym załączniku nr 1 do SIWZ (SOPZ) informacji o ilości kontenerów typu KP2, 5; KP 5; KI 7; KP 10 o określonej pojemności wraz z ilością nieruchomości objętych tymi pojemnikami;

-dodania w umowie w § 5 pkt 9) po słowach „wykonawca obowiązany jest do odbioru z Nieruchomości Niezamieszkałych odpadów komunalnych zebranych w pojemnikach/kontenerach lub workach dostarczonych przez Wykonawcę lub pojemnikach/kontenerach niedostarczonych przez Wykonawcę w szczególności z pojemników podziemnych lub półpodziemnych” wyrażenia „pod warunkiem ich dopuszczenia w Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Związku

Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi” oraz dodanie w SOPZ w pkt V. ust. 1 pkt 7. po słowach: „odebrania z Nieruchomości Zamieszkałych i Nieruchomości Niezamieszkałych odpadów komunalnych, niezależnie od zebrania ich w pojemnikach lub kontenerach dostarczonych przez Wykonawcę. Wykonawca musi zapewnić odbiór odpadów ze wszystkich pojemników i kontenerów przeznaczonych do zbioru odpadów komunalnych, w tym również pojemników półpodziemnych i podziemnych” wyrażenia „pod warunkiem ich dopuszczenia w Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Związku Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi” oraz precyzyjne określenie w SOPZ ilości i parametrów tych pojemników koniecznych do umożliwienia technicznie odbioru z nich odpadów, ewentualnie o nakazanie Zamawiającemu precyzyjnego określenia w SOPZ ilości i parametrów tych pojemników koniecznych do umożliwienia technicznie odbioru z nich odpadów;

-dodania w załączniku nr 1 do SIWZ (SOPZ) w pkt XVIII (Pojemniki i kontenery) na końcu pkt 2 wyrażenia „Obowiązek wskazany w poprzednim Punkcie ulega zawieszeniu wyłącznie w przypadku zapewnienia przez właściciela Nieruchomości pojemników zgodnych z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Związku Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi” oraz modyfikację pkt 3 nadając mu brzmienie: „Wykonawca jest zobowiązany do odbierania odpadów ze wszystkich pojemników lub kontenerów przeznaczonych do zbierania odpadów pod warunkiem ich zgodności z Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Związku Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi”.

Uzasadnienie odwołania.

W zakresie zarzutu nr 1 i 2 odwołania, Odwołujący podnosi, że w regionie gospodarki odpadami właściwym dla Zamawiającego tj. Regionie 1 istnieje obiektywny brak możliwości zagospodarowania pełnego strumienia w RIPOK-ach dla zmieszanych odpadów komunalnych. Wskazuje, że zgodnie z uchwałą w sprawie: uchwalenia Planu gospodarki odpadami dla województwa wielkopolskiego na lata 2016-2022 wraz z planem inwestycyjnym - (dalej jako „WPGO”) (Zał. nr 1 do uchwały _ Region I str. 142-150 (limity instalacji RIPOK dla

zmieszanych odpadów komunalnych) wskazane są następujące instalacje wraz z przypisanymi im limitami na przetworzenie zmieszanych odpadów komunalnych:

- Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych Kłoda limit 30 000 Mg/rok,
- Obiekt Zagospodarowania Odpadów w Złotowie (Stawnicy) - limit 30 000 Mg/rok,
- Międzygminne Składowisko Odpadów Komunalnych w Toniszewie- Kopaszynie - limit

35 000 Mg/rok, łącznie: 95 000 Mg/rok, podczas gdy w samym roku 2017 odebrano zmieszane odpady komunalne w ilości około 105 000 Mg/rok. Zdaniem Odwołującego, powyższe oznacza, że rocznie w Regionie 1 objętym Zamówieniem brak jest mocy zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w ilości około 10 000 Mg/rok. Dodatkowo zaznacza, że instalacja należąca do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie-Kopaszynie odmawia przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych z terenu Zamawiającego (ZM PRGOK) w okresie 2019-2020, jako że dostępny limit jest wykorzystywany na potrzeby gmin, które są udziałowcami tej instalacji. Podnosi, że WPGO wskazuje również na Instalację Termicznego Przetwarzania Odpadów Komunalnych Kamionka k/Chodzieży, ale do dnia dzisiejszego obiekt ten nie powstał, a przypadające na niego limity przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych nie zostały rozdzielone na inne instalacje. Odwołujący dodaje, że omawiany problem został dostrzeżony przez Zamawiającego, jednak nie został odpowiednio uregulowany w SIWZ. Zamawiający uchwałą nr XXIII/92/2018 Zgromadzenia Związku Międzygminnego „Piłski Region Gospodarki Odpadami Komunalnymi” z dnia 2 lipca 2018 r. wystąpił do Marszałka Województwa Wielkopolskiego z wnioskiem o zwiększenie od dnia 1 stycznia 2019 r. limitu przyjmowania odpadów w RIPOK Instalacja Mechaniczno-Biologiczna Przetwarzania Odpadów w Kłodzie. Odwołujący wskazuje także, że RIPOK w Złotowie (Stawnicy) oraz w Toniszewie-Kopaszynie odnośnie odpowiednio limitu przyjęcia zmieszanych odpadów komunalnych z terenu ZM PRGOK wyraziły negatywne stanowisko. Wywodzi, że

z ww. okoliczności wynika, że na dzień wniesienia odwołania zagospodarowanie wszystkich zmieszanych odpadów komunalnych z terenu ZM PRGOK nie jest możliwe. Wskazuje, że zgodnie z art. 387 Kodeksu cywilnego umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna (§1), a strona, która w chwili zawarcia umowy wiedziała o niemożliwości świadczenia, a drugiej strony z błędu nie wyprowadziła, obowiązana jest do naprawienia szkody, którą druga strona poniosła przez to, że zawarła umowę nie wiedząc o niemożliwości świadczenia (§2).

Odwolujący w celu zapobieżenia odpowiedzialności wynikającej z umowy w sprawie Zamówienia oraz odpowiedzialności odszkodowawczej w oparciu o postanowienia Kodeksu cywilnego, domaga się wprowadzenia postanowienia, które skutkować będzie rozwiązaniem umowy (ewentualnie ustaniem obowiązku realizacji Zamówienia w zakresie odbioru i zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych), najpóźniej z dniem wyczerpania w danym roku limitów zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w regionalnych instalacjach przetwarzania odpadów komunalnych w regionie gospodarki odpadami właściwym dla ZM PRGOK i odmowy przyjęcia tych odpadów do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych należących do Międzygminnego Składowiska Odpadów Komunalnych w Toniszewie - Kopaszynie oraz do Miejskiego Zakładu Usług Komunalnych Sp. z o.o. w Złotowie.

W zakresie zarzutów nr 3-5 odwołania Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 29 ustawy Pzp

obowiązkiem Zamawiającego jest dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Wywodzi, że o porównywalności ofert w zakresie kryterium ceny (stanowi ona 60% kryteriów oceny ofert) można mówić jedynie, jeśli określone w ofertach wykonawców ceny, mające być przedmiotem porównania zostały obliczone z zachowaniem tych samych reguł. Podnosi, że wskazane w zarzutach od 3-5 odwołania elementy opisu przedmiotu zamówienia nie zostały opisane w sposób wyczerpujący, co uniemożliwia mu poprawne skalkulowanie ceny oferty i przygotowanie się do realizacji Zamówienia; może również, z uwagi na brak precyzyjności opisu, skutkować nieporównywalnością wycen i tym samym ofert cenowych wykonawców w postępowaniu, co naruszać będzie uczciwą konkurencję. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającego uzupełnienia opisu przedmiotu Zamówienia.

Zamawiający w dniu 8.10.2018 r. wniósł odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty nr 3 – 5 odwołania. W pozostałym zakresie wniósł o oddalenie odwołania jako bezzasadnego. Podniósł, iż jako podmiot, któremu powierzono zadanie zorganizowania odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu gmin w nim zrzeszonych, zobowiązany jest do zorganizowania zamówienia, w którego rezultacie wybrany zostanie wykonawca, który zapewni wykonanie całości przedmiotu zamówienia – tj. odbiór, transport i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych zmieszanych przez cały okres trwania umowy (21 miesięcy). Podniósł, także m.in., że zadaniem wykonawcy jest zapewnić sobie możliwość dostępu do takiej ilości instalacji, które zapewnią zagospodarowanie wszystkich zebranych odpadów komunalnych zmieszanych. Powołuje możliwość zagospodarowania odpadów w innych RIPOK niż wymieniane przez odwołującego, a także w instalacjach ponadregionalnych. Zdaniem Zamawiającego, dopuszczenie rozwiązania umowy w sytuacji przekroczenia limitu zebranych odpadów komunalnych zmieszanych dostarczanych do RIPOK wskazywanych przez Odwołującego, groziłoby niewykonaniem ciężących na nim obowiązków w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów.

Zamawiający złożył także uzupełnienie odpowiedzi na odwołanie, w której podkreślił różnice pomiędzy zamówieniem na odbiór odpadów, gdzie zapewnienie ich zagospodarowania pozostaje w gestii zamawiającego, a zamówieniem na odbiór i zagospodarowanie, gdzie odpowiedzialność za zagospodarowanie zostaje przeniesiona na wykonawcę. Nadto zaznaczył, że wymóg posiadania przez wykonawcę w momencie zawarcia umów z RIPOK bądź własnego RIPOK ma na celu zapewnienie, by zagospodarowanie odpadów następowało we właściwym RIPOK, zgodnie z obowiązującymi przepisami. Podniósł także, że obowiązek przekazania odpadów do właściwej RIPOK ma charakter ustawowy, podobnie jak obowiązek odbioru odpadów przez RIPOK, który ma obowiązek zawrzeć umowę na przekazywanie odpadów do granicy mocy przerobowych.

Odwolujący złożył pismo procesowe, w którym ustosunkował się do twierdzeń Zamawiającego zawartych w odpowiedzi na odwołanie. Wskazał w nim, że nie jest prawdziwym twierdzenie, że obowiązki zamawiającego w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów, ograniczają się jedynie do prawidłowego przygotowania i przeprowadzenia postępowania o

udzielenie zamówienia publicznego. Dalej podniósł, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego, nie jest możliwe przekazanie odpadów do innych RIPOK niż wskazywane w odwołaniu, mając na uwadze przepisy obowiązującego prawa, wprost zakazujące wywożenia odpadów poza ustalony region oraz ustalenia Wojewódzkiego Programu Gospodarki Odpadami, który nie ustanawia instalacji ponadregionalnej. Dodaje, że wszystkie wymieniane w odwołaniu instalacje są dla siebie wzajemnie zastępcze, a zatem nie istnieją dodatkowe instalacje, które mogłyby „zastępczo” przyjmować odpady. Podniósł także, że RIPOK nie może przyjąć odpadów ponad limit określony w pozwoleniu zintegrowanym, wydawanym przez marszałka województwa. Odwołujący wywodzi, że nieuchronnym jest przekroczenie limitów instalacji, bowiem w umowie Zamawiający przewiduje, że maksymalna ilość odpadów do zebrania i zagospodarowania wyniesie 93 000 ton, gdy zaś już w 2017 r. strumień odpadów z regionu 1 WPGO zagospodarowany we wskazywanych instalacjach wyniósł ponad 114 000 ton.

W toku rozprawy przed Izłą strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w dostateczny sposób wykazał interes w złożeniu środka ochrony prawnej - odwołania, w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny i prawny.

Zamawiający prowadzi postępowanie na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych oraz selektywnie zebranych w latach 2019 – 2020.

Zgodnie z załącznikiem do SIWZ – Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia, realizacja zamówienia wykonywana będzie nieprzerwanie przez 21 miesięcy, nie wcześniej niż od dnia następującego po końcowym realizacji usługi przez dotychczasowego operatora – dniem końcowym usługi realizacji przez dotychczasowego operatora jest dzień 31.12.2018 r., jednakże może on ulec zmianie na nie późniejszy niż 30 kwietnia 2019 r.

Pkt 1.7 SIWZ określa, że Maksymalna Masa Odpadów Zmieszanych oznacza maksymalną łączną masę wszystkich odpadów komunalnych zmieszanych, do odebrania przez

Wykonawcę na podstawie Umowy, stanowiąca 100% Szacunkowej Masy Odpadów Zmieszanych.

Pkt 1.16 SIWZ stanowi, że Szacunkowa Masa Odpadów Zmieszanych to szacowana masa wszystkich odpadów komunalnych zmieszanych do odebrania przez Wykonawcę z terenu

Związku na podstawie Umowy, wynosząca 93 000 ton.

Zgodnie z pkt III SOPZ, szacunkowa masa odpadów zmieszanych do odebrania przez wykonawcę z terenu związku wynosi 93 000 ton. Dalej wskazano, że Wykonawca odbierze i zagospodaruje każdą ilość powstałych w Nieruchomościach Zamieszkałych i Nieruchomości Niezamieszkałych, położonych na terenie Związku: 1) odpadów komunalnych zmieszanych stanowiących przedmiot Zamówienia do wysokości Maksymalnej Masy Odpadów Komunalnych Zmieszanych.

W pkt XXII SOPZ określono, że:

1. Wykonawca jest zobowiązany do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności

RIPOK, do których obowiązany jest przekazać odebrane odpady, z zastrzeżeniem art. 6dust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

2. Wykonawca samodzielnie wybiera Instalację do, której przekazywać będzie odpady i wskazuje tę Instalację w ofercie.

3. Wykonawcy przysługuje uprawnienie do korzystania z innych Instalacji wskazanych Zamawiającemu.

4. Zamawiający nie gwarantuje wykonawcy możliwości przekazywania odpadów do wybranych przez Wykonawcę Instalacji. Zamawiającego nie obciążają koszty wynikające z niemożliwości przekazywania przez Wykonawcę

odpadów do wybranej przez Wykonawcę Instalacji.

Załącznik nr 2 do SIWZ – wzór umowy, w § 3 – Przedmiot umowy, stanowi w pkt 1.1, że przedmiotem umowy jest realizacja zamówienia na które składa się w szczególności wykonywanie przez wykonawcę następującego obowiązku – odbieranie, transport i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych zmieszanych, powstałych na Nieruchomościach, na Terenie Związku, zgodnie z Umową, SIWZ, Aktami Prawa Miejsowego oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

Paragraf 2 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy stanowi, że wykonawca oświadcza i zapewnia, że z dniem zawarcia Umowy posiada oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy własną Regionalną Instalację do Przetwarzania Odpadów Komunalnych ujętą w „Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2016 – 2022” lub posiada na dzień zawarcia Umowy oraz będzie posiadać przez cały okres obowiązywania Umowy, umowy zawarte z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych lub instalacjami zastępczymi, umożliwiające przekazywanie odebranych zgodnie z niniejszą

Umową oraz przepisami powszechnie obowiązującego prawa przez cały okres obowiązywania Umowy.

Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu porządku i czystości w gminach (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454) zawiera m.in. następujące regulacje:

Art. 3 ust. 1. Utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy.

2. Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności:

(...)

3)obejmują wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi;

4)nadzorują gospodarowanie odpadami komunalnymi, w tym realizację zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości;

2a. W razie wykonywania przez związek międzygminny zadań, o których mowa w ust. 2, określone w ustawie prawa i obowiązki organów gminy, w tym uchwalanie aktów prawa miejscowego, wykonują właściwe organy tego związku.

Art. 6c ust. 1. Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

Art. 6d ust. 1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.

Art. 6f ust. 1a. Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości określa instalację lub instalacje, w tym regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. W przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Art. 9e 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

1)selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;

2)zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.

1a. Dopuszcza się przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych do ponadregionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, o której mowa w art. 35 ust. 6a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

1b. Dopuszcza się przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu instalacji do spalarni odpadów określonej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych albo jako ponadregionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych,

przed uwzględnieniem tej instalacji w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

1c. Dopuszcza się przekazywanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Art. 9l ust. 1. Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.

Art. 9za. Prowadzący instalację wskazaną w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, który:

1) odbiera od podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne lub odpady zielone spoza regionu gospodarki odpadami komunalnymi - podlega karze pieniężnej w wysokości 500 zł za każdy Mg odebranych odpadów;

2) nie zawiera umowy na zagospodarowywanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych z podmiotem odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który wykonuje swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi - podlega karze pieniężnej w wysokości 10 000 zł.

Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 992) stanowi m.in.:

Art. 20 ust. 7 Zakazuje się przetwarzania: 1) zmieszanych odpadów komunalnych, 2) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, 3) odpadów zielonych - poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone.

8. Zakazuje się przywozu na obszar regionu gospodarki odpadami komunalnymi odpadów, o których mowa w ust. 7, wytworzonych poza obszarem tego regionu.

9. W przypadku wyznaczenia instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionu gospodarki odpadami komunalnymi, o której mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2, poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym odpady te zostały wytworzone, nie stosuje się ust. 7 i 8.

10. W przypadku przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych do spalarni odpadów komunalnych wskazanej jako ponadregionalna instalacja do obsługi danego regionu gospodarki odpadami komunalnymi w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami nie stosuje się ust. 7 i 8.

11. Przepis ust. 10 stosuje także się w przypadku przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych niezbędnych do przeprowadzenia rozruchu spalarni określonej jako ponadregionalna instalacja do obsługi danego regionu w wojewódzkim planie gospodarki odpadami.

Art. 41 ust. 1. Prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia.

Art. 194 ust. 5 Administracyjną karę pieniężną wymierza się za gospodarowanie odpadami niezgodnie z posiadany zezwoleniem, o którym mowa w art. 41. Kara wynosi nie mniej niż 1000 zł i nie może przekroczyć 1 000 000 zł.

Zgodnie z załącznikiem do uchwały nr XLVII/1073/18 Sejmiku Województwa Wielkopolskiego z dnia 25 czerwca 2018 r., w regionie 1 gospodarki odpadami komunalnymi, ustalono następujące regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych – m.in., mechaniczno-biologiczne przetwarzanie odpadów komunalnych – MBP: 1. ZZO Nowe Toniszewo – Kopaszyn, instalacja MBP Toniszewo 31, 2. Obiekt Zagospodarowania Odpadów w Złotowie (Stawnicy) instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych Stawnica, 3. Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych Kłoda.

Izba zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie w części.

Izba za zasadny uznała zarzut nr 2 odwołania, który dotyczył wymagania przez wykonawcę złożenia oświadczenia o treści określonej w § 2 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy. Mając na uwadze przepisy powszechnie obowiązującego prawa dotyczące funkcjonowania Regionalnych Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, jak również przedłożone

przez Odwołującego dowody – pismo z MZUK Sp. z o.o. w Złotowie oraz MSOK Sp. z o.o. w Toniszewie, w ocenie Izby nieuprawnionym było wymaganie od wykonawców złożenia omawianego oświadczenia. Jak wynika z art. 9l ust. 1 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminie, prowadzący RIPOK obowiązany jest zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, ale w granicach posiadanych mocy przerobowych. Nadto, zgodnie z ustawą o odpadach, podmiot prowadzący zbieranie i przetwarzanie odpadów obowiązany jest działać i gospodarować odpadami w granicach ustalonych wydanym pozwoleniem (art. 41 ust. 1 w zw. z art. 194 ust. 5 ww. ustawy). Jak wynika z powołanych przepisów, prowadzący RIPOK nie mogą, zgodnie z obowiązującym prawem, zobowiązać się do zapewnienia odbioru wszystkich odpadów zebranych w toku realizacji przedmiotowego zamówienia. Przedłożone przez Odwołującego ww. pisma potwierdzają również faktyczną niemożność zawarcia takich umów. Izba uznała, iż omawiany § 2 ust. 1 pkt 5 umowy obliguje wykonawców do złożenia oświadczenia o tym, iż w chwili zawarcia umowy posiadają własny RIPOK lub umowy z innymi instalacjami, gwarantujące, że instalacje te przyjmą cały strumień odpadów zebrany w toku realizacji umowy.

Wymaganie rzeczzonego oświadczenia nie wydaje się również uzasadnione przepisami prawa. Artykuł 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wymaga, aby w SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w ofercie instalacji do których podmiot odbierający jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Także art. 6f ust. 1a ww. ustawy wymaga, by umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów określała instalacje, do których podmiot odbierający odpady jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Obowiązek ten ma charakter informacyjny i nie sposób uznać, by nakładał jednocześnie na wykonawcę zobowiązanie, iż całość odpadów odebranych zostanie przekazana do określonych w umowie instalacji. Taka interpretacja jest nie do przyjęcia mając na uwadze ciągły charakter świadczenia, mogącego obejmować długi okres. Nie jest nawet możliwe do przewidzenia, czy instalacje określone w umowie będą funkcjonować przez cały okres jej realizacji. Należy zatem uznać, że omawiane wskazanie w umowie nie ma charakteru niezmiennego. Takie rozumienie ww. przepisu ustawy koresponduje z pkt XXII.3 SOPZ niniejszego postępowania, w którym Zamawiający przewidział możliwość przekazywania odpadów do innych instalacji niż wskazane w ofercie. Należy jednakże zwrócić uwagę, że uznana przez Izbę niedopuszczalność wymagania ww. oświadczenia nie wynika z niemożności świadczenia, jak twierdził Odwołujący (omawiane oświadczenie nie stanowi świadczenia, które jest przedmiotem zamówienia), a z niezgodności z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 9l ucp g i art. 41 ustawy o odpadach w zw. z art.

139 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący w treści odwołania nie powołał ww. przepisów, błędnie wskazując 387 § 1 i art. 475 § 1 k.c., mając jednak na uwadze, że o treści zarzutu nie decyduje wskazana podstawa prawna a powołany stan faktyczny, z którego odwołujący wywodzi naruszenie ustawy i na którym opiera wnioski odwołania, Izba uznała, że Odwołujący sformułował i uzasadnił omawiany zarzut, nie potwierdziła się jedynie jego kwalifikacja prawna. Dotyczył on jednak prawidłowo zidentyfikowanego naruszenia ustawy Pzp, polegającego na wymaganiu złożenia oświadczenia niezgodnego z przepisami prawa, wobec czego mógł zostać przez Izbę uwzględniony – Odwołujący wykazał, że doszło do naruszenia przepisów ustawy.

Reasumując, w ocenie Izby Odwołujący zasadnie podnosił, że § 2 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy w pierwotnym brzmieniu nakładał na wykonawców wymóg złożenia oświadczenia niezgodnego z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Jednocześnie, brzmienie rzeczzonego zapisu umowy zaproponowane przez Odwołującego uwzględnia także interesy Zamawiającego – nakłada bowiem obowiązek posiadania umów z RIPOK w prawnie możliwym zakresie oraz odpowiada przepisom znajdującym zastosowanie w tej materii.

Biorąc pod uwagę powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła w zakresie zarzutu nr 2 jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 2 Pzp.

Izba za niepotwierdzony uznała zarzut nr 1 odwołania. Odwołujący podnosił, że wobec limitów ustalonych w pozwoleniach zintegrowanych dla instalacji, do których odpady z regionu Zamawiającego mogą być przekazywane, jak też braku instalacji ponadregionalnej lub dodatkowych instalacji zastępczych, nie jest możliwym zagospodarowanie całego strumienia odpadów przewidzianego w SIWZ. Odwołujący podnosił, że dwie z trzech dostępnych instalacji przetwarzania odpadów łącznie mogą odebrać (zgodnie z pozwoleniami zintegrowanymi) 60 000 ton odpadów, trzecia zaś wprost oświadczyła o braku możliwości przyjmowania odpadów z terenu objętego zamówieniem. Z powyższego Odwołujący wywodził, że zamówienie dotyczy świadczenia niemożliwego i wnioskował o wprowadzenie zapisów zgodnie z którymi, w przypadku gdy wyczerpany zostanie limit dla przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych wynikających z pozwoleń zintegrowanych dla RIPOK w regionie gospodarki odpadami objętym zamówieniem w tym

odmowy przyjęcia do RIPOKw Toniszewie-Kopaszynie oraz do RIPOK w Złotowie w ilości powyżej 12 000 Mg/rok umowa

ulegałaby rozwiązaniu lub ustawałby obowiązek wykonawcy do odbioru odpadów zmieszanych.

W ocenie Izby, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można przyjąć, że świadczenie będące przedmiotem zamówienia nosi cechy świadczenia niemożliwego. Odwołujący ową niemożliwość wywodzi z okoliczności zastanych obecnie, a nawet wcześniejszych – bowiem dołączone do odwołania pisma dotyczące instalacji w Toniszewie-Kopaszynie oraz Złotowie pochodzą z czerwca bieżącego roku. Tymczasem, najwcześniejszy termin rozpoczęcia realizacji zamówienia to 01.01.2019 r., który może zostać zmieniony nawet na 01.05.2019 r. Nie można jednoznacznie stwierdzić, że do czasu rozpoczęcia realizacji zamówienia oraz w ciągu całego okresu realizacji nie zmieni się stanowisko operatorów ww. instalacji. Co więcej, całkowitej zmianie może ulec ogólna sytuacja faktyczna, a nawet prawna. W toku rozprawy przed Izbą obie strony podnosiły, że limit przyjęcia odpadów zmieszanych przez RIPOK zależny jest od decyzji marszałka województwa. Nie ma podstaw dla założenia, że marszałek województwa nie podniesie aktualnych limitów, w szczególności mając na uwadze, iż Zamawiający podjął już w tym kierunku działania, występując do marszałka o zwiększenie limitu dla RIPOK w Kłodzie, zgodnie z uchwałą z 28.07.2018 r. Marszałek w tym zakresie działa jako organ ochrony środowiska (art. 376 pkt 2b w zw. z art. 378 ust. 2a pkt 3 ustawy Prawo ochrony środowiska) i jego obowiązkiem jest wykonywanie zadań z zakresu ochrony środowiska, zaś zagwarantowanie możliwości bezpiecznego, zgodnego z prawem zagospodarowania odpadów niewątpliwie wpisuje się w ten zakres, wpływa bowiem na ochronę środowiska w rozumieniu art. 3 pkt 13 ustawy Prawo ochrony środowiska. Należy także zwrócić uwagę na możliwość ustanowienia spalarni w Poznaniu instalacją ponadregionalną, co umożliwi zagospodarowanie odpadów z regionu podlegającego Zamawiającemu. Dalej, obie strony wskazują, że Plan Gospodarki Odpadami dla

Województwa Wielkopolskiego uwzględnia niepowstałą jeszcze RIPOK w Kamionce

k. Chodzieży, której limity pozostają niezagospodarowane. Odwołujący nie wykazał jednakże, że nie jest możliwe, by RIPOK ta powstała w czasie realizacji zamówienia i odpady, zbierane chociażby w końcowym okresie obowiązywania umowy, były do niej przekazywane. Odwołujący zdaje się nie uwzględniać także możliwości wyznaczenia w wojewódzkim planie gospodarki odpadami dodatkowych instalacji zastępczych poza regionem, które w przypadku wyczerpania mocy przerobowych instalacji w regionie mogłyby rozładować strumień (art. 20 ust. 9 w zw. z art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy o odpadach). W ocenie Izby powyższe okoliczności nie pozwalają na stwierdzenie, że zamówienie z SIWZ w obecnej postaci stanowi świadczenie niemożliwe. Należy w tym miejscu zwrócić także uwagę na charakter zamówienia, które będzie realizowane w sposób ciągły, na przestrzeni 21 miesięcy. Oznacza to, że stwierdzona w czerwcu 2018 r. możliwość zagospodarowania maksymalnie 42 000 ton odpadów (łącznie możliwości instalacji w Kłodzie oraz instalacji w Złotowie, która określiła maksymalny limit przyjęć 12 000 ton) nie decyduje o tym, że w chwili podpisania umowy nie jest możliwym przyjęcie przewidzianej masy odpadów dla całego zamówienia – tj. 93 000 ton. Strumień ten będzie wyczerpywany stopniowo, na przestrzeni 21 miesięcy, a jak wynika z okoliczności sprawy – nie można stwierdzić, że w tym okresie świadczenie nie będzie możliwe do spełnienia. Przewidywany roczny strumień odpadów to 53 000 ton, a zatem nie przekracza aktualnych limitów (łącznie) instalacji w Kłodzie i Złotowie. Odwołujący podnosił, że obecnie strumień odpadów z Regionu 1 (całego regionu, nie tylko z terenu Zamawiającego) przenosi o ok. 10 000 ton limity instalacji. W kontekście powyższych rozważań

o możliwościach zaistnienia zmiany sytuacji w zakresie limitów, instalacji zastępczych i ponadregionalnych, liczba ta pozwala na stwierdzenie, że zwiększenie limitów do niezbędnej wysokości jest wysoce prawdopodobne.

Omawiany zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie również ze względu na związany z nim wniosek odwołania. Mając na uwadze specyfikę postępowania odwoławczego dotyczącego treści SIWZ, należy zauważyć, że pomimo, iż co do zasady Izba nie jest związana wnioskami odwołania, to w przypadku odwołań od treści specyfikacji, treść zmiany żądanej przez odwołującego również określa ramy oceny zasadności odwołania. Wynika to z tego, iż w postępowaniu odwoławczym dotyczącym zapisów SIWZ Izba, oprócz badania zgodności zapisów z ustawą Pzp, ocenia zasadność i możliwość wprowadzenia zmiany owych zapisów, żądanych przez odwołującego. W sytuacji gdy Odwołujący domaga się modyfikacji zapisów SIWZ w inny sposób niż ich usunięcie, winien wykazać, że po dokonaniu żądanej zmiany SIWZ stan naruszenia zostanie zniesiony. Po stronie Odwołującego leży ciężar sformułowania wnioskowanej modyfikacji w taki sposób, by po zmianie SIWZ była zgodna z przepisami zasadami Pzp. Żądana zmiana nie może mieć również charakteru blankietowego, musi być precyzyjna – Izba nie jest uprawniona do kształtowania treści SIWZ i nie może

zmienić wniosku Odwołującego (por. np. wyrok KIO 85/18 z 26.01.2018 r., KIO 903/17z 19.05.2017 r., KIO 624/16 z 11.05.2016 r.). W ocenie Izby zaś ww. wnioszek Odwołującego nie jest zasadny. Sformułowane przez Odwołującego w żaden sposób nie odnosi się do wyżej wskazanych możliwości zmian stanu faktycznego. Zgodnie z żądaniem Odwołania, w sytuacji wyczerpania w regionie gospodarki odpadami właściwym dla przedmiotu zamówienia limitu na przyjmowanie odpadów zmieszanych w RIPOK, w tym odmowy przyjęcia tych odpadów do RIPOK w Toniszewie-Kopaszynie oraz RIPOK w Złotowie, umowa miałaby wygasać bądź ustawałby obowiązek odbioru i zagospodarowania tych odpadów po stronie wykonawcy. Treść umowy proponowana przez Odwołującego w żadnym stopniu nie uwzględnia instalacji ponadregionalnych, nowych instalacji zastępczych czy powstania nowych instalacji w Regionie 1. Przyjęcie takiego sformułowania umowy powodowałoby, że pomimo możliwości zagospodarowania odpadów zgodnie z przepisami prawa, wykonawca byłby zwolniony z obowiązku realizacji umowy – albo nawet skutkiem byłoby wygaśnięcie umowy i konieczność wyboru nowego wykonawcy. Zawarcie takiej umowy narażałoby Zamawiającego na zarzut naruszenia ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, które zobowiązują gminę (lub wykonujący zadanie gminy związek międzygminny) do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych. Dalej, sformułowanie umowy w żądany przez Odwołującego sposób pozbawiałoby wykonawców konieczności dołożenia starań do zapewnienia należytego wykonania zamówienia – w tym do działań w kierunku zwiększenia limitów określonych w pozwoleniach zintegrowanych, uzyskiwania statusu instalacji zastępczych – w przypadku wykonawców posiadających RIPOK, bądź zakładania nowych instalacji – w przypadku pozostałych wykonawców. Należy zaznaczyć bowiem, że to podmiot prowadzący instalację wymagającą wydania pozwolenia zintegrowanego, zgodnie z art. 214 ust. 1 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 799) obowiązany jest wystąpić z wnioskiem o zmianę pozwolenia zintegrowanego w przypadku zmiany w instalacji lub jej rozbudowy. Wskazać także należy, że zawarcie umowy w brzmieniu wnioskowanym przez Odwołującego nie zabezpiecza ważnego interesu społecznego, jakim jest utrzymanie czystości, bowiem nie gwarantuje odbioru i zagospodarowania odpadów.

Reasumując, Izba uznała zarzut nr 1 odwołania za bezzasadny. Odwołujący nie wykazał, że umowa w brzmieniu zaproponowanym w SIWZ stanowiła umowę o świadczenie niemożliwe, wobec czego brak jest podstaw do przyjęcia, że doszło do naruszenia art. 139 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 387 § 1 lub 475 § 1 k.c. Ponadto wnioskowana przez Odwołującego zmiana SIWZ w rzeczonym zakresie nie mogła zostać akceptowana, bowiem nie uwzględniała przepisów obowiązującego prawa, uzasadnionego interesu Zamawiającego oraz interesu społecznego.

Mając na uwadze powyższe, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oddaliła odwołanie w tym zakresie.

Izba postanowiła o umorzeniu postępowania w zakresie zarzutów nr 3 - 5 odwołania, wobec złożonego w odpowiedzi na odwołanie oświadczenia o uwzględnieniu owych zarzutów. Zgodnie z art. 186 ust. 4a ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego zarzutów w części, gdy po jego stronie do postępowania odwoławczego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca, a odwołujący nie wycofał pozostałych zarzutów, Izba rozpoznaje odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów. Informacja o umorzeniu postępowania odwoławczego w części dotyczącej uwzględnionych zarzutów znalazła odzwierciedlenie w sentencji orzeczenia. Istotne jest umożliwienie Odwołującemu powołanie się na okoliczność uwzględnienia przez Zamawiającego zarzutów i wyegzekwowanie dokonania przez Zamawiającego czynności zgodnie z żądaniem Odwołującego zawartym w odwołaniu. Zgodnie bowiem z art. 186 ustawy Pzp, w przypadku uwzględnienia przez

Zamawiającego zarzutów podniesionych w odwołaniu, Zamawiający zobowiązany jest do wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w odwołaniu zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów. Wobec powyższego Izba stwierdziła, że postępowanie w części podlega umorzeniu i orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972).

O zasądzeniu kosztów zastępstwa przed Izbą na rzecz Odwołującego Izba orzekła na podstawie przedłożonej faktury, zgodnie z § 3 ust. 2 pkt b rozporządzenia.

Przewodniczący: