Sygn. akt: KIO 3446/20, KIO 3447/20

WYROK

z dnia 18 stycznia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Justyna Tomkowska

Protokolant:Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2021 roku w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 grudnia 2020 roku przez wykonawców:

1)FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobierzycach (KIO 3446/20)
2)Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu (KIO 3447/20)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Gminę Żarów z siedzibą w Żarowie**

przy udziale wykonawców:

1)**ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach**zgłaszającego przystąpienie do postępowań odwoławczych po stronie zamawiającego (sygn. akt KIO 3446/20, KIO 3447/20);
2)**Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego (sygn. akt KIO 3446/20);

orzeka:

1.**Uwzględnia w całości odwołanie w sprawie KIO 3446/20 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, ogłoszeniu o zamówieniu, wzorze umowy i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania:**
a)Wykreślenie z punktu 7 Opisu Przedmiotu Zamówienia postanowienia, że**„***Wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 stycznia 2021 r. będzie nieruchomością dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa";*
b)zmianę zapisu w punkcie 7 Opisu przedmiotu zamówienia na następujący: **„***Punkt powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Żarów i powinien być udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż do dnia 1 czerwca 2021 roku.";*
c)zmianę zapisu § 9 ust. 1 pkt 3 na następujący: *„§ 9 ust. 1 pkt 3 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: za każde stwierdzone nie zapewnienie w ramach świadczenia usługi zadeklarowanej w ofercie ilości wymaganego sprawnego sprzętu, pojemników lub worków na odpady w wysokości 200,00 zł za każdą brakującą jednostkę sprzętu, pojemnik lub worek, za każdy dzień opóźnienia".*
2.kosztami postępowania obciąża:
2.1.Zamawiającego Gminę Żarów z siedzibą w Żarowie i:
2.1.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobierzycach** tytułem wpisu od odwołania,
2.1.2.zasądza od wykonawcy **Zamawiającego Gminy Żarów z siedzibą w Żarowie** na rzecz **Odwołującego FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobierzycach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy), stanowiącą uzasadnione koszty postępowania odwoławczego strony poniesionych z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.
3.**Uwzględnia w części odwołanie w sprawie KIO 3447/20 i nakazuje Zamawiającemu dokonanie następujących zmian w SIWZ, opisu przedmiotu zamówienia, ogłoszeniu o zamówieniu, wzorze umowy i innych dokumentach składających się na dokumentację postępowania:**
a)Wykreślenie z punktu 7 Opisu Przedmiotu Zamówienia postanowienia, że**„***Wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 stycznia 2021 r. będzie nieruchomością dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa";*
b)zmianę zapisu w punkcie 7 Opisu przedmiotu zamówienia na następujący: **„***Punkt powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Żarów i powinien być udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż do dnia 1 czerwca 2021 roku.";*
*c)*zmianę zapisu § 9 ust. 1 pkt 2 na następujący: *„§ 9 ust. 1 pkt 2) za opóźnienie w przystąpieniu do wykonania przedmiotu umowy — w wysokości 0,2% wysokości wynagrodzenia brutto za cały okres realizacji zamówienia o którym mowa w § 8 ust. 8 za każdy dzień opóźnienia";*
d)wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia pominiętych kodów niektórych rodzajów odpadów zbieranych w PSZOK wynikających z art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach;
e)wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówienia wymagania, że nośność wagi powinna być minimum 40 Mg, a odpad powinien być ważony przy przyjmowaniu odpadu na PSZOK.
4.**W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala**;
5.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zamawiającego Gminę Żarów z siedzibą w Żarowie** i:
5.1.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy

złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna**

z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisów od odwołania,

5.1.2.zasądza od wykonawcy **Zamawiającego Gminy Żarów z siedzibą**

w Żarowie na rzecz **Odwołującego Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** kwotę

18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 3446/20, KIO 3447/20

UZASADNIENIE

Sygn. akt KIO 3446/20

W dniu 24 grudnia 2020 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zmianami; dalej jako „PZP"), odwołanie złożył Wykonawca**FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kobierzycach** (dalej jako „Odwołujący").

Zamawiający: Gmina Żarów z siedzibą w Żarowie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie I zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie miasta i gminy Żarów oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów" w trybie przetargu nieograniczonego, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało Dzienniku Urzędowym UE w dniu 14 grudnia 2020 r. pod nr 2020/S 243-602106.

Odwołanie złożono wobec czynności Zamawiającego polegającej na ukształtowaniu treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ"), w tym w szczególności treści opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako „OPZ") oraz projektu umowy, w sposób niezgodny z przepisami PZP.

Zamawiającemu zarzucono naruszenie następujących przepisów:

1)art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 139 PZP w zw. art. 353^1 i 387 § 1 KC
poprzez zawarcie w pkt. 7 OPZ wymogu utworzenia, utrzymania i obsługi punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej jako „PSZOK") na nieruchomości stanowiącej własność wykonawcy lub co do której wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 stycznia 2021 r. będzie nią dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa, i który będzie udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż do dnia 1 marca 2021 roku, podczas gdy:
a)termin składania ofert został wyznaczony na dzień 15 stycznia 2021 r., a zatem Zamawiający oczekuje, aby wykonawca dysponował nieruchomością na cele PSZOK jeszcze przed wyborem oferty najkorzystniejszej, a tym samym jeszcze przed udzieleniem zamówienia;
b)uzyskanie niezbędnych pozwoleń i decyzji umożliwiających prowadzenie PSZOK jest procesem długotrwałym (w praktyce trwającym co najmniej 9 miesięcy);
- wobec czego obecne wymagania w sposób nieuzasadniony faworyzują dotychczasowego wykonawcę prowadzącego PSZOK na terenie miasta i gminy Żarów, a tym samym mają charakter dyskryminacyjny wobec pozostałych wykonawców posiadających dostateczne zdolności do należytego wykonania zamówienia, zobowiązując ich do świadczenia niemożliwego;

2)art. 29 ust 1 i 2 w zw. z art. 7 ust 1 w zw. z art. 139 PZP zw. z art. 353^1 i art. 473 § 1, art. 483 § 1 i art. 484 § 2 KC
poprzez zastrzeżenie przez Zamawiającego w § 9 pkt 3 Projektu Umowy kary w wysokości 500 zł za każdą brakującą jednostkę sprzętu, pojemnik lub worek w ciągu dnia w ramach świadczenia usługi odbioru odpadów, podczas gdy:
a)ich brak na nieruchomości może wynikać z przyczyn niezależnych od wykonawcy (np.: podmuch wiatru), zaś w OPZ czy Projekcie umowy nie przewidziano jakichkolwiek mechanizmów weryfikacji przyczyn braku ww. elementów,
b)karę umowną w wysokości 500 zł należy uznać za rażąco wygórowaną;
- wobec czego takie postanowienie w sposób niezasadny obciąża wykonawcę obowiązkiem zapłacenia kary umownej wobec wystąpienia zdarzenia od niego niezależnego, przewidując w dodatku kary umowne w wysokości nieproporcjonalnej do ewentualnej szkody wynikającej z niezapewnienia jednostki sprzętu, pojemnika lub worka, a co stanowi naruszenie zasady równości stron umowy oraz wyklucza prawidłowe określenie ceny oferty z uwagi na brak możliwości oceny wynikającego z realizacji umowy ryzyka, które spoczywać będzie na wykonawcy - tym samym złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji jest niemożliwe.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu w trybie art. 192 ust 3 pkt 1 PZP zmianę postanowień wzoru umowy oraz SIWZ zgodnie z treścią uzasadnienia odwołania.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia w rozumieniu art. 179 ust. 1 PZP i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP. Odwołujący jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu i uzyskaniem przedmiotowego zamówienia. Postanowienia SIWZ, w szczególności postanowienia wzoru umowy oraz OPZ, powinny być zgodne z przepisami PZP, KC i uwzględniać fundamentalne zasady przeprowadzenia postępowania, w szczególności zasadę proporcjonalności, adekwatności, uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sposób ukształtowania przez Zamawiającego treści SIWZ nie spełnia tych wymogów. Obecna treść SIWZ uniemożliwia bowiem lub co najmniej znacząco utrudnia Odwołującemu złożenie oferty w warunkach uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Wykonawca może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów pozbawia FBSerwis szansy na udział w postępowaniu w warunkach uczciwej konkurencji. Zarzucane Zamawiającemu naruszenia mają bezpośredni i istotny wpływ na wynik postępowania

Ogłoszenie oraz SIWZ zostały opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 14 grudnia 2020r., zatem odwołanie zostało wniesione w ustawowym terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Wpis od odwołania został uiszczony na rachunek UZP.

1.Dysponowanie nieruchomością na cele PSZOK

W pkt. 7 OPZ Zamawiający przewidział szczegółowe wymagania dot. PSZOK, wskazując, że *„Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia, utrzymania i obsługi punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), na nieruchomości stanowiącej własność Wykonawcy lub co do której Wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 stycznia 2021 r. będzie nią dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa. Punkt powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Żarów i powinien być udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż do dnia 1 marca 2021 roku."*

Ponadto zgodnie z wymogami Zamawiającego:

„Teren przeznaczony pod PSZOK musi spełniać wymagania, jak dla bazy magazynowo- transportowej, określonej w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122) a ponadto:

•lokalizacja, umożliwiająca swobodny dojazd i parkowanie przekazującym odpady,

•teren powinien być ogrodzony, oświetlony, utwardzony oraz wyposażony w instalacje niezbędne do sprawnego i bezpiecznego funkcjonowania obiektu, wynikające

z obowiązujących przepisów.

•Teren PSZOK powinien być wyposażony w:

1)wagę towarową z ważnym świadectwem zgodności i legalizacją Głównego Urzędu Miar,

2)zamykane pojemniki i kontenery zebrane odpady przed wpływem czynników atmosferycznych i dostępem zwierząt,

3)odpowiedniej wielkości plac manewrowy pozwalający na swobodny dostęp pojazdów dowożących, jak też wywożących odpady".

Z powyższego wynika, że Wykonawca powinien dysponować nieruchomością od 1 stycznia 2021 r., a następnie udostępnić na niej PSZOK z 1 marca, podczas gdy termin składania ofert został wyznaczony na 15 stycznia. Biorąc jednak pod uwagę prawdopodobne przedłużenie terminu składania ofert, m.in. z uwagi na złożone odwołania czy wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, a także czynności związane z oceną i badaniem złożonych ofert (które również mogą być przedmiotem odwołań), wydaje się dalece nieprawdopodobne, aby umowa została zawarta z wybranym wykonawcą przed przyjętą datą uruchomienia PSZOK.

Wymóg dysponowania nieruchomością na potrzeby PSZOK przed terminem składania ofert jest całkowicie niezrozumiały i niedopuszczalny. Również obecny termin uruchomienia PSZOK nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia, a w praktyce jasno wskazuje, ze intencją Zamawiającego zdaje się być umożliwienie złożenia oferty wyłącznie obecnemu wykonawcy zamawianych usług, który już dysponuje funkcjonującym punktem.

Choć Zamawiający nie wskazuje tego wprost w OPZ - to aby prowadzić PSZOK i udostępniać go mieszkańcom gminy Żarów konieczne byłoby również uprzednie posiadanie (uzyskanie) przez wykonawcę zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów.

W aktualnym stanie prawnym prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych - miejsca, gdzie odpady te (wybrane frakcje) są zbierane (inaczej: tymczasowo magazynowane; por. definicja magazynowania odpadów zamieszczona w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o opadach, dalej jako UO) przez prowadzącego PSZOK - wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Obowiązek taki wynika z treści art. 41 ust. 1 UO, zgodnie z którym „Prowadzenie zbierania odpadów i prowadzenie przetwarzania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia".

Z obowiązku uzyskania takiego zezwolenia zwalnia okoliczność prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną gminą lub gminami (art. 45 ust 1 pkt 11 UO). Oznacza to, że w przypadku, gdy Zamawiający obciąży obowiązkiem prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych wykonawcę - podmiot inny niż gmina, to będzie on zmuszony do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, co więcej - w okolicznościach sprawy musiałoby to nastąpić na tyle szybko, aby dysponował on właściwą zgodą administracyjną najpóźniej na dzień 1 marca 2021 r.

Aby wykazać, jak nierealistyczne jest oczekiwanie uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów w tak krótkim czasie, przywołać wystarczy niezwykle liczne wymogi, które spełnić trzeba przy ubieganiu się o to zezwolenie, przy czym szereg z nich stanowi warunek wstępny i konieczny, żeby w ogóle przystąpić do opracowania wniosku. Co więcej, katalog obligatoryjnych elementów takiego wniosku o zezwolenie na przetwarzanie odpadów i przesłanek, których spełnienie należy wykazać, jest nad wyraz obszerny i bardzo szczegółowy i liczy kilkadziesiąt elementów, zawartego w art. 41a -43 UO. Najistotniejsze z nich to:

1)dysponowanie właściwym tytułem prawnym do nieruchomości, na której zlokalizowany będzie PSZOK: własność, użytkowanie wieczyste, użytkowanie albo dzierżawa, ustanowione w formie szczególnej, tj. formie aktu notarialnego, opatrzonego oświadczeniem o świadomości odpowiedzialności solidarnej;

2)określenie proponowanej formy i wysokości zabezpieczenia roszczeń;

3)określenie szczegółowej charakterystyki obiektu, w tym maksymalnych, największych i całkowitych parametrów związanych z gospodarowaniem odpadami;

4)wykazanie kwalifikacji zawodowych lub przeszkolenia pracowników oraz liczby i jakości posiadanych instalacji i urządzeń odpowiadających wymaganiom ochrony środowiska;

5)przedstawienie szeregu zaświadczeń o niekaralności i oświadczeń o braku sankcji nałożonych na podmiot w ciągu ostatnich 10 lat;

6)dysponowanie decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu (jeżeli jest wymagana);

7)sporządzenie operatu przeciwpożarowego;

8)przeprowadzenie kontroli przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska, zakończonej pozytywnie;

9)przeprowadzenie kontroli przez komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej, zakończonej pozytywnie.

Udzielenie zezwolenia na zbieranie odpadów poprzedzone jest długotrwałą i drobiazgową oceną wymaganych wniosków i dokumentów. Z doświadczenia Odwołującego, który prowadzi na obszarze Polski działalność obejmującą zbieranie odpadów w wielu lokalizacjach i w związku z tym wielokrotnie występował o wydanie oraz o zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów, wynika, że aktualnie minimalny czas oczekiwania na wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych to około 6-7 miesięcy (przy czym jest to okres liczony od złożenia wniosku o wydanie takiego zezwolenia do jego wydania - a złożenie takiego wniosku musi być poprzedzone szeregiem innych czynności, w

tym zabezpieczeniem prawa do nieruchomości, które również trwają co najmniej 2-3 miesiące). Często jednak takie postępowania trwają dłużej, nawet powyżej jednego roku. Jest to spowodowane zarówno dużą ilością informacji, które są analizowane przed wydaniem zezwolenia, jak i koniecznością przeprowadzenia kontroli w planowanym miejscu zbierania odpadów. Aktualnie, w warunkach epidemii COVID-19, okres oczekiwania na zezwolenie może wydłużyć się jeszcze bardziej.

Jak wynika jednoznacznie z powyższego, nałożenie na wykonawcę obowiązku polegającego na:
1) dysponowaniu nieruchomością zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta Żarów, w formie prawnej własności, na cele PSZOK, względnie złożenie oświadczenia o tym, że będzie ona w jego dyspozycji - i to w sposób zgodny z przepisami prawa, przez co rozumieć należałoby przede wszystkim zachowanie szczególnej formy aktu i uzyskanie oświadczeń wskazanych powyżej, już od 1 stycznia 2021 r.;
2) udostępnianie PSZOK mieszkańcom gminy nie później niż do 1 marca 2021 r.
jest żądaniem nierealnym, niemożliwym do spełnienia. Nawet gdyby wykonawca przystąpił do wyłonienia nieruchomości, na której miałby zostać zlokalizowany PSZOK, i ubiegania się o zapewnienie sobie do niej prawa natychmiast, nie czekając na rozstrzygnięcie postępowania, to nawet przy dołożeniu przez wykonawcę najwyższej zawodowej staranności nie jest możliwe, aby uzyskał wymagane prawo do dysponowania nią, w formie przepisanej, juz na dzień 1 stycznia 2021 r., tj. w ciągu tygodnia, tym bardziej że w międzyczasie przypadają liczne dni wolne od pracy związane z przypadającymi na ten czas Świętami Bożego Narodzenia i Nowym Rokiem. Oczywistym jest, że szczegółowa ocena nieruchomości pod kątem wymagań określonych w ustawie o odpadach, zapewnienie sobie tytułu prawnego do niej oraz jej dostosowanie do wymagań wynikających z funkcji, którą będzie miała pełnić, wymaga znacznie więcej czasu.

Ponadto nie wydaje się możliwe i nie potwierdza tego praktyka administracyjna, aby realne było uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów w wymaganym terminie, który przypada najpóźniej na dzień 1 marca 2021 r., a więc po upływie zaledwie dwóch miesięcy. Nie sposób nie wspomnieć w tym kontekście także o istotnej przeszkodzie praktycznej, jaką jest konieczność opracowania operatu przeciwpożarowego przez osobę posiadającą wymagane uprawnienia, a to ze względu na fakt, że specjalistów takich jest w Polsce niewielu, w efekcie tak szybkie uzyskanie opracowania nie wydaje się możliwe.

W tym kontekście Odwołujący podniósł zarzut niemożliwości. Zgodnie ze stanowiskiem piśmiennictwa, niemożliwość, o której mowa w art. 387 KC, odnosi się do świadczenia. O tym, czy art. 387 KC ma zastosowanie do konkretnej umowy, przesądza abstrakcyjna ocena faktycznej i prawnej możliwości wykonania wynikającego z niej zobowiązania zgodnie z jego treścią. Nieważność umowy o świadczenie niemożliwe zachodzi wtedy, gdy niemożliwość jest faktyczna lub prawna. Ocena możliwości świadczenia sprowadza się do odpowiedzi na pytanie, czy ktokolwiek na miejscu strony zobowiązanej - do spełnienia określonego świadczenia, mógłby je spełnić (por. I. Rosenblüth,
w: J, Korzonek, I. Rosenblüth, Komentarz KZ, 1934, T. I, s. 124-125).

Prawna niemożliwość świadczenia zachodzi wtedy, gdy zachowanie prowadzące do wykonania zobowiązania zgodnie z jego treścią jest sprzeczne z prawem. Niemożliwe
w sensie prawnym może być zarówno świadczenie polegające na działaniu, jak
i zaniechaniu. Prawna niemożliwość świadczenia polegającego na zaniechaniu może jednak mieć miejsce tylko wtedy, gdy obowiązek określonego działania przewiduje prawo
(B. Lanckoroński, komentarz do art. 387 k.c., w: Kodeks Cywilny. Komentarz, K. Osajda (red.), wyd. 26, 2020). Umową o świadczenie niemożliwe będzie również umowa zobowiązująca do dokonania czynności prawnej, która wprawdzie istnieje w systemie prawnym, ale nie może być dokonana skutecznie w przewidziany przez strony sposób
(P. Machnikowski, Prawo zobowiązań, część ogólna, w: System Prawa Prywatnego,
K. Osajda (red.), t. 5, 2020, s. 622).

W ocenie Odwołującego mamy do czynienia z tym drugim rodzajem niemożliwości, dla podmiotu, który w tym momencie nie dysponuje stosowną nieruchomością zlokalizowaną w granicach administracyjnych miasta Żarów, nie istnieje bowiem faktyczna możliwość wykonania wynikającego z umowy zobowiązania zgodnie z jego treścią, w szczególności
w zakresie dysponowania niezbędnym prawem do dysponowania taką nieruchomością na cele PSZOK ani też uzyskania w terminie zaledwie dwóch miesięcy zezwolenia na zbieranie odpadów, koniecznego do uruchomienia PSZOK. Stan ten powoduje ponad wszelką wątpliwość, że obowiązek dysponowania nieruchomością na cele prowadzenia PSZOK, jak
i wykonywanie tej działalności (do czego niezbędne byłoby posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów) w terminach odpowiednio: 1 stycznia i 1 marca 2021 r., ma charakter świadczenia niemożliwego i na mocy art. 387 § 1 KC jest nieważny.

W istocie kwestionowane postanowienia mogą także w sposób nieuczciwy uprzywilejowywać podmiot, który już obecnie dysponuje nieruchomością zlokalizowaną
w granicach administracyjnych miasta Żarów przeznaczoną na cele związane
z gospodarowaniem odpadami i posiada zezwolenie na zbieranie odpadów.

W tym stanie rzeczy konieczne jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie takiej zmiany SIWZ, która doprowadzi do zgodności jego treści z przepisami obowiązującego prawa, eliminując z treści OPZ te zobowiązania, które są niemożliwe do spełnienia.

Zamawiający - decydując się na powierzenie zadań z zakresu prowadzenia PSZOK wykonawcy - powinien uwzględnić czas niezbędny na uzyskanie stosownych zgód. Termin na uruchomienie PSZOK powinien wynosić co najmniej 9 miesięcy i rozpoczynać bieg w dniu podpisania umowy. Jeżeli zaś Zamawiający zdecydował się na jego określenie datą kalendarzową, to również powinna ona uwzględniać: konieczność uzyskania zezwoleń
i decyzji, ale także ryzyko przedłużenia postępowania o udzielenie zamówienia. Alternatywnym rozwiązaniem, powszechnie zresztą stosowanym przez innych zamawiających, jest pozostawienie obowiązków w zakresie prowadzenia PSZOK po stronie Zamawiającego, co pozwala znacznie obniżyć koszty jego funkcjonowania.

Dlatego Odwołujący wnosił o:
1)usunięcie pkt 7 OPZ dotyczącego utworzenia i utrzymywania PSZOK przez wykonawcę lub względnie zastąpienie go postanowieniem, zgodnie z którym to Zamawiający będzie prowadził PSZOK na wskazanym przez siebie terenie, a wykonawca będzie zobowiązany jedynie do odpowiedniego jego wyposażenia oraz zapewnienia jego obsługi, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowanie odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie Zamawiający;
2)lub alternatywnie - w przypadku pozostawienia obowiązków w zakresie utworzenia
i prowadzenia PSZOK przez wykonawcę - zawarcie w OPZ postanowienia, zgodnie
z którym:
•obsługujący PSZOK zobowiązany będzie do posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w punkcie;

•wykonawca zobowiązany będzie po podpisaniu umowy do podjęcia starań w celu uzyskania decyzji na zbieranie odpadów w PSZOK;
•Zamawiający zobowiązuje się do udzielenia wykonawcy wszelkiej pomocy w zakresie uzyskania decyzji pozwalającej na zbieranie odpadów, w szczególności do niezwłocznego ustanowienia użytkowania nieruchomości w formie i w zakresie wymaganym w art. 41 b UO;
•do czasu uzyskania przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów w PSZOK Zamawiający będzie podmiotem zbierającym odpady w punkcie;
•Zamawiający jako użytkownik główny w rejestrze BDO upoważni wykonawcę jako użytkownika podrzędnego do działania w systemie BDO w tym zakresie;
•wykonawca zobowiązany będzie do poniesienia kosztów związanych
z uruchomieniem PSZOK, a w szczególności do sporządzenia operatu przeciwpożarowego (art. 42 ust 4b UO) oraz dokonania instalacji monitoringu miejsc magazynowania odpadów na terenie PSZOK (art. 25 ust. 6a-6d UO) oraz spełnienia wymagań przeciwpożarowych dla miejsc magazynowania i zbierania odpadów, o których mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 43 ust. 8 UO.

Założenia zawarte punktach są powszechnie stosowane przez zamawiających w tego rodzaju zamówieniach i stanowią dobrą praktykę umożliwiającą udzielanie i wykonywanie zamówień zgodnie z przepisami UO, a jednocześnie w sposób zapewniający możliwie dużą konkurencyjność postępowań.

2.Postanowienia w zakresie kar umownych

Zamawiający w myśl § 9 pkt 3 Projektu Umowy przyjął założenie, że Wykonawca miałby ponosić kary w wysokości 500 zł za każdą brakującą jednostkę sprzętu, pojemnik lub worek w ciągu dnia w ramach świadczenia usługi odbioru odpadów. Obciążanie Wykonawcy karą umowną za każdy jednostkowy przypadek braku tych elementów należy uznać za niedopuszczalne w sytuacji, gdy zdarzenie to może być niezależne od wykonawcy. Przykładowo, czynniki atmosferyczne (np. silny wiatr) mogą spowodować przemieszczenie worka z miejsca, gdzie został on umieszczony, a co uprawni Zamawiającego do naliczenia kar umownych z tego tytułu.

Wykonawca nie ma jakiegokolwiek wpływu na sposób przekazywania tych elementów posiadaczom nieruchomości. Jest to szczególnie widoczne w przypadku worków na odpady, które są umieszczane np. w ogrodzeniu, bowiem załoga pojazdu asenizacyjnego nie ma innej możliwości ich wręczenia właścicielowi nieruchomości. Co więcej, zgodnie z przyjętą
w OPZ zasadą „worek za worek", posiadacz nieruchomości otrzyma tyle nowych worków, ile worków z odpadami pozostawi do odbioru, a zatem w przypadku chociaż jednej nieruchomości może zaistnieć podstawa do naliczenia kary w wysokości wielokrotności 500 zł.

Umowa natomiast nie przewiduje jakiegokolwiek mechanizmu weryfikacji zgłoszeń braku tych elementów. Wykonawca nie będzie zatem w stanie wykazać, że wywiązał się
z obowiązku ich przekazania posiadaczom nieruchomości. W praktyce oznacza to niczym nieskrępowane uprawnienie Zamawiającego do naliczania kar umownych na tej podstawie, także w przypadkach, nieuzasadnionych czy wynikających z działania siły wyższej
(sił natury), tymczasem zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem sądów powszechnych oraz KIO kara umowna nie może być naliczana wykonawcy za okoliczności, za które nie ponosi on odpowiedzialności.

Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowienia w ten sposób, że kary umowne nie będą naliczane za każdy jednostkowy przypadek braku jednostki sprzętu, pojemnika lub worka w ciągu dnia w ramach świadczenia usługi odbioru odpadów, a ponadto o wprowadzenie do OPZ lub Projektu Umowy mechanizmu zapewniającego wiarygodną weryfikację wywiązywania się przez wykonawcę z omawianego obowiązku.

Niezależnie od powyższego zastrzeżone przez Zamawiającego kary umowne za brak elementów są również rażąco wysokie i powinny zostać odpowiednio zmniejszone, tak aby ich wysokość odpowiadała ewentualnej szkodzie, jaką może ponieść Zamawiający. Obciążenie wykonawcy ryzykiem nałożenia rażąco wysokich kar jest nieadekwatne
i nieproporcjonalne do szkody, jaką może ponieść Zamawiający w przypadku ziszczenia się okoliczności uprawniających do ich naliczenia. Pozostawienie kar umownych w aktualnej wysokości może spowodować nieuprawnione wzbogacenie się Zamawiającego.

Na poparcie tej tezy przywołać można wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 30 października 2017 r., sygn. akt XVIII C 773/17, przekonującego, że: *„Wskazuje się
w literaturze przedmiotu, że wysokość kary umownej nie jest limitowana w przepisach prawa, co powoduje, że instytucja ta jest nadużywana i skutkuje zastrzeganiem kar wielkiej wartość, mających często niewiele wspólnego z uszczerbkiem, jaki z tego tytułu ponosi druga strona umowy. Zastrzeżenie takiej wyolbrzymionej kary może być nieważne od początku jako sprzeczne z naturą zobowiązania (art. 353 1 k.c. w zw. z art. 58 §2 k.c.), a już ha pewno winno stanowić podstawę jej miarkowania (art. 484 § 2 k. c.)".*

Powszechny jest pogląd, że kary umowne mają na celu uzyskanie przez Zamawiającego zryczałtowanego odszkodowania. Rażąco wysoka kara umowna neguje taki cel, co powoduje, że tak ukształtowana kara jest niezgodna z art. 483 KC, a także z zasadą proporcjonalności i adekwatności. Tymczasem Zamawiający zastrzegł karę za każdy stwierdzony przypadek braku jednostki sprzętu, pojemnika lub worka w ciągu dnia w ramach świadczenia usługi odbioru odpadów. Oznacza to możliwość naliczania kar umownych
w wysokości wielokrotności 500 zł w odniesieniu do jednej nieruchomości.

Odwołujący wnosił o zmianę postanowienia § 9 ust. 3 Projektu umowy – wysokości kary umownej z 500 zł do 50 zł.

Wobec powyższego Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Sygn. akt KIO 3447/20

W tym samym postępowaniu odwołanie, na podstawie art. 179 ust. 1 w zw. z art. 180 ust. 1 ustawy Pzp złożył również Wykonawca **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu**, dalej jako: „Odwołujący 1" lub „ALBA".

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności Zamawiającego polegających na sporządzeniu dokumentacji postępowania - ogłoszenia
o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ") wraz
z załącznikami z naruszeniem przepisów prawa.

Odwołujący ALBA zarzucał Zamawiającemu naruszenie:
1.art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 701) poprzez zaniechanie dokonania OPZ w sposób uwzględniający wszystkie wymagania i okoliczności

mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i nie zapewniający równego traktowania wykonawców poprzez wprowadzenie wymogu, by Punkt Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) został zorganizowany i udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż do dnia 1 marca 2021 r., w sytuacji gdy prowadzenie PSZOK wymaga uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, która to procedura trwa kilka miesięcy, przez co wymóg uruchomienia PSZOK
w terminie wskazanym przez Zamawiającego jest niemożliwy do spełnienia dla wykonawców nie prowadzących dotychczas PSZOK-u w Żarowie;

2.art. 353^1 k.c. oraz art. 387 § 1 k.c. w. zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c. w związku z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp poprzez zawarcie w OPZ zapisów naruszających równowagę stron i zasady współżycia społecznego, zakładających nadmierne obciążenie wykonawcy ryzykiem kontraktowym w zakresie, w jakim Zamawiający może obciążyć wykonawcę karą umowną za każdy dzień opóźnienia w przystąpieniu do wykonania przedmiotu umowy w zakresie przewidzianym w § 9 ust. 1 pkt 2) projektu umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ, w przypadku gdy Wykonawca nie przystąpi do wykonywania przedmiotu umowy w zakresie uruchomienia PSZOK z przyczyn od niego niezależnych, w szczególności w przypadku nieuzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów lub innych niezbędnych dokumentów, mimo wystąpienia przez Wykonawcę o ich wydanie lub sporządzenie w odpowiednim terminie.

3.art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 6 i art. 4 ust. 2 pkt 1 ppkt b) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 1 pkt. 4 uchwały nr XXIV/178/2020 Rady Miejskiej w Żarowie z dnia 19 listopada 2020 r. w sprawie regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Żarów poprzez niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia i pominięcie niektórych rodzajów odpadów, jakie powinny być zbierane
w PSZOK, a w szczególności brak odpadów wszystkich chemikaliów wytwarzanych
w gospodarstwach domowych, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych
w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek (ex 20 01 99), wszystkich odpadów budowlanych i rozbiórkowych możliwych do wytworzenia w gospodarstwie domowym;

4.art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez podanie niewyczerpujących danych w OPZ dotyczących wymaganej nośności wagi, które uniemożliwiają precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, jak również brak ustanowienia obowiązku ważenia odpadów na PSZOK uwzględniając, czy ma być to waga odpadów przyjmowanych czy wydawanych z PSZOK, które to braki uniemożliwiają precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji czynią nieadekwatnym
i nieproporcjonalnym do przedmiotu zamówienia obowiązek wyposażenia PSZOK w wagę,
w sytuacji gdy nie nałożono na Wykonawcę obowiązku samego ważenia;

5.art. 29 § 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieproporcjonalny, powodujący nadmierne obciążenie wykonawcy nieadekwatne do przedmiotu zamówienia w postaci obowiązku żądania przez wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości, z której przewiezione zostały odpady, które nie znajduje uzasadnienia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego ani przepisach powszechnie obowiązującego prawa, co utrudnia uczciwą konkurencję.

Odwołujący ALBA wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1.nakazanie Zamawiającemu dokonania zmian treści SIWZ poprzez:
a. zmianę terminu uruchomienia PSZOK określając go jako 14 dni od dnia uzyskania ostatecznego zezwolenia na zbieranie odpadów na nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK albo
b. zobowiązanie Gminy Żarnów do prowadzenia PSZOK do czasu uzyskania ostatecznej decyzji - zezwolenia na zbieranie odpadów na określonej nieruchomości, podczas gdy Wykonawcy zlecone będą usługi utworzenia i obsługi PSZOK a na Zamawiającym (Gminie Żarnów) spoczywać będą wyłącznie obowiązki związane z prowadzeniem ewidencji odpadów w Bazie Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Odpadami oraz o dokonanie stosownych modyfikacji w OPZ stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ oraz projekcie umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ;

2.zmianę punktu 7 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ poprzez wydłużenie terminu na spełnienie obowiązku dysponowania przez Wykonawcę działką na cele PSZOK na dzień nie wcześniejszy niż na dzień złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów na tej działce lecz nie późniejszy niż 1 miesiąc od zawarcia umowy na wykonanie zamówienia lub zapewnienie, że to Zamawiający będzie dysponował działką na cele PSZOK i wystąpi o zezwolenie na zbieranie odpadów na tej działce we własnym imieniu i na własną rzecz;

3.zmianę § 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy stanowiącego Załącznik nr 4 do SIWZ poprzez dodanie, że kara umowna za nieprzystąpienie do wykonania przedmiotu nie dotyczy przypadku, gdy Wykonawca wystąpił o wydanie decyzji - zezwolenia na zbieranie odpadów na działce wyznaczonej na cele PSZOK i zezwolenia tego nie uzyskał w terminie założonym przez Zamawiającego w SIWZ na uruchomienie PSZOK;

4.uzupełnienie punktu 1 OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ poprzez określenie wszystkich rodzajów odpadów zbieranych w PSZOK wynikających z art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, tj. dodając kody 20 01 25 Oleje
i tłuszcze jadalne, 20 01 26 Oleje i tłuszcze inne niż wymienione w 20 01 25, 20 01 27; Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne, 20 01 28 Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice inne niż wymienione w 20 01 27, 20 01 29* Detergenty zawierające substancje niebezpieczne, 20 01 30 Detergenty inne niż wymienione w 20 01 29; ex 20 01 99 - odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek - nie podano w szczególności kodu ex 20 01 99, 17 01 06* Zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne, 17 01 81 Odpady z remontów i przebudowy dróg, 17 01 82 Inne niewymienione odpady;

5.uzupełnienie punktu 1 OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ poprzez podanie wymaganej nośności wagi i wskazanie czasu ważenia: przy przyjmowaniu odpadów do PSZOK albo przy wydawaniu odpadów z PSZOK,

6.usunięcie z punktu 7 ust. 2 OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ obowiązku żądania przez Wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości, z której przewiezione zostały odpady.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

Odwołujący wskazał, iż jest uprawniony do wniesienia odwołania. Jako podmiot prowadzący działalność

gospodarczą w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych posiada interes w uzyskaniu zamówienia. Działania Zamawiającego, który
w sposób uchybiający przepisom ustawy sformułował treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, uniemożliwiają Odwołującemu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Odwołujący może ponieść szkodę
w postaci nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcie spodziewanego zysku z jego realizacji.

I. i II. Zarzut naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach - termin uruchomienia PSZOK w związku z zarzutem naruszenia przepisu art. 353^1 k.c. oraz art. 387 § 1 k.c. w. zw. z art. 5 k.c. oraz art. 487 § 2 k.c.

Przepis art. 29 ust. 1 ustawy Pzp nakłada na Zamawiającego obowiązek opisania przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, oraz obowiązek uwzględnienia wszystkich wymagań
i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty.

Terminowe wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim dotyczy usługi polegającej na utworzeniu i udostępnieniu PSZOK mieszkańcom Gminy nie później niż do dnia 1 marca 2021 r. nie jest obiektywnie możliwe do spełnienia dla wykonawców, którzy dotychczas nie świadczyli tego typu usługi w Gminie Żarów i nie dysponują zezwoleniem na zbieranie odpadów dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK. Działanie Zamawiającego w sposób nieuprawniony faworyzuje wykonawców, którzy obecnie świadczą tego typu usługi, co narusza zasadę konkurencyjności i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający przewidział, że rozpoczęcie realizacji zamówienia nastąpi w dniu
1 marca 2021 r., zaś zakończenie jego realizacji w dniu 31 grudnia 2022 r., przy czym utworzenie i udostępnienie mieszkańcom gminy PSZOK ma nastąpić nie później niż do dnia 1 marca 2021 r. Opis przedmiotu zamówienia przewiduje, że Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia, utrzymania i obsługi PSZOK, na nieruchomości stanowiącej własność Wykonawcy lub co do której Wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 stycznia 2021 r. będzie nią dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa. Punkt ten powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Żarów.

Odwołujący nie jest w stanie należycie przygotować oferty, gdyż nie jest możliwe skalkulowanie w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia w zakresie uruchomienia PSZOK. Takie działanie Zamawiającego, który dokonuje opisu przedmiotu zamówienia bez uwzględnienia okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, uniemożliwia złożenie przez wykonawców prawidłowych ofert i w znaczący sposób ogranicza lub wręcz całkowicie eliminuje konkurencję. Sprzeczne
z przepisami ustawy jest wymaganie uruchomienia PSZOK najpóźniej do dnia 1 marca 2021 r. i obwarowanie terminowego przystąpienia do realizacji zamówienia wysoką karą umowną, w sytuacji gdy uruchomienie PSZOK w tak krótkim terminie jest wymogiem niemożliwym do spełnienia. Zamawiający zdaje się całkowicie pomijać fakt, że stworzenie PSZOK wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i uzyskania stosownych decyzji administracyjnych. Odwołujący ALBA szacuje, że w sprzyjających warunkach, czas uzyskania stosownych dokumentów i decyzji administracyjnych niezbędnych do uruchomienia PSZOK kształtuje się następująco:

■sporządzenie operatu przeciwpożarowego - 2 miesiące;
■uzyskanie uzgodnienia komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej – 1 miesiąc;
■zezwolenie odpadowe - ok. 3 miesiące, nie licząc okresów dla wydania postanowień Państwowej Straży Pożarnej i Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska;
■wyrażenie opinii przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, właściwych ze względu na miejsce prowadzenia zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów - 1 miesiąc;
■przeprowadzenie kontroli przez Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska;
i wydanie postanowienia - 1-2 miesiące;
■przeprowadzenie kontroli przez komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej i wydanie postanowienia - 1 miesiąc.

Podsumowując, szacowany przez Wykonawcę czas na uzyskanie ostatecznej decyzji - zezwolenia na zbieranie odpadów trwać może co najmniej 6 miesięcy. Taki szacowany czas na uruchomienie PSZOK został również uwzględniony w wyroku KIO z dnia 19 października 2020 o sygn. KIO 2041/20):

Zbieranie odpadów zgodnie z definicją zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia
14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 701) polega na gromadzeniu odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. b ustawy o odpadach. Ma to o tyle istotne znaczenie, że w świetle przepisu art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach prowadzenie zbierania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. Zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych zwolniony jest z obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów, jeżeli prowadzony jest samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną gminą lub gminami. Dla innych podmiotów prowadzących PSZOK konieczne jest uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów w trybie art. 42 ust. 1 ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy o odpadach wniosek posiadacza odpadów
o zezwolenie na zbierania odpadów zawiera:
1)numer identyfikacji podatkowej (NIP) posiadacza odpadów;
2)wyszczególnienie rodzajów odpadów przewidzianych do zbierania;
3)oznaczenie miejsca zbierania odpadów;
4)wskazanie:
a)miejsca i sposobu magazynowania oraz rodzaju magazynowanych odpadów,
b)maksymalnej masy poszczególnych rodzajów odpadów i maksymalnej łącznej masy wszystkich rodzajów odpadów, które mogą być magazynowane w tym samym czasie oraz które mogą być magazynowane w okresie roku,
c)największej masy odpadów, które mogłyby być magazynowane w tym samym czasie w instalacji, obiekcie budowlanym lub jego części lub innym miejscu magazynowania odpadów, wynikającej z wymiarów instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów,
d)całkowitej pojemności (wyrażonej w Mg) instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów;
5)szczegółowy opis stosowanej metody lub metod zbierania odpadów;

6)przedstawienie możliwości technicznych i organizacyjnych pozwalających należycie wykonywać działalność w zakresie zbierania odpadów, ze szczególnym uwzględnieniem kwalifikacji zawodowych lub przeszkolenia pracowników oraz liczby i jakości posiadanych instalacji i urządzeń odpowiadających wymaganiom ochrony środowiska;
7)oznaczenie przewidywanego okresu wykonywania działalności w zakresie zbierania odpadów;
8)opis czynności podejmowanych w ramach monitorowania i kontroli działalności objętej zezwoleniem;
9)opis czynności, które zostanę podjęte w przypadku zakończenia działalności objętej zezwoleniem i związanej z tym ochrony terenu, na którym działalność ta była prowadzona;
9a) proponowaną formę i wysokość zabezpieczenia roszczeń, o którym mowa w art. 48a;
10)informacje wymagane na podstawie odrębnych przepisów.

Zgodnie z art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach do wniosku o zezwolenie na zbieranie odpadów dołącza się operat przeciwpożarowy, zawierający warunki ochrony przeciwpożarowej instalacji, obiektu lub jego części lub innego miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, wykonany przez: rzeczoznawcę do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych, o którym mowa w rozdziale 2a ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o ochronie przeciwpożarowej (t.j. Dz. U.
z 2018 r. poz. 620 ze zm.) - w przypadku gdy organem właściwym do wydania zezwolenia jest marszałek województwa albo regionalny dyrektor ochrony środowiska, albo osobę,
o której mowa w art. 4 ust. 2a tej ustawy (tj. posiadającą tytuł zawodowy inżynier pożarnictwa lub ukończone w Szkole Głównej Służby Pożarniczej studia wyższe w zakresie inżynierii bezpieczeństwa w specjalności inżynieria bezpieczeństwa pożarowego) - w przypadku gdy organem właściwym jest starosta.

Ponadto, w świetle przepisów ustawy o odpadach zbieranie odpadów komunalnych, wymagające uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, odbywa się wyłącznie na nieruchomości, której właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem albo dzierżawcą jest posiadacz odpadów gospodarujący odpadami. Stosownie do art. 41 b ust. 2 ustawy o odpadach ustanowienie użytkowania nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga złożenia oświadczenia w formie aktu notarialnego również przez użytkownika. W oświadczeniu wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na nieruchomości będącej przedmiotem użytkowania. Zgodnie zaś z art. 41 b ust. 3 umowa dzierżawy nieruchomości, na której będą zbierane lub przetwarzane odpady, wymaga zawarcia w formie aktu notarialnego. W umowie wskazuje się masę i rodzaje odpadów, które mogą być zbierane lub przetwarzane w okresie roku na tej nieruchomości. Do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów dołączyć należy dokument potwierdzający dysponowanie tytułem prawnym do nieruchomości odpowiadający wymaganiom ustawowym co do formy.

Organ właściwy wydaje zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów po zasięgnięciu opinii wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, właściwych ze względu na miejsce prowadzenia zbierania odpadów lub przetwarzania odpadów. Ponadto, przed wydaniem zezwolenia na zbieranie odpadów dokonywana jest kontrola instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub miejsc magazynowania odpadów, w których ma być prowadzone przetwarzanie odpadów lub zbieranie odpadów,
w zakresie spełniania wymagań określonych w przepisach ochrony środowiska przez Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska (art. 41 a ust. 1 ustawy o odpadach).
Z wnioskiem o przeprowadzenie kontroli w tym zakresie występuje właściwy organ, przekazując kopię niezbędnej do przeprowadzenia kontroli dokumentacji.
Po przeprowadzeniu kontroli wojewódzki inspektor ochrony środowiska niezwłocznie wydaje postanowienie w przedmiocie spełnienia wymagań określonych w przepisach ochrony środowiska. W przypadku postanowienia wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska negatywnie opiniującego spełnienie wymagań określonych w przepisach ochrony środowiska właściwy organ odmawia wydania zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów.

Przed wydaniem zezwolenia na zbieranie odpadów dokonywana jest także kontrola instalacji, obiektu budowlanego lub jego części lub miejsc magazynowania odpadów,
w których ma być prowadzone przetwarzanie odpadów lub zbieranie odpadów, w zakresie spełniania wymagań określonych w przepisach dotyczących ochrony przeciwpożarowej oraz w zakresie zgodności z warunkami ochrony przeciwpożarowej, o których mowa w operacie przeciwpożarowym przez Komendanta Powiatowego (Miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej. Kontrola ta jest dokonywana niezależnie od operatu przeciwpożarowego, na wniosek organu prowadzącego postępowanie w przedmiocie wydania zezwolenia na zbieranie odpadów. Po przeprowadzeniu kontroli komendant powiatowy (miejski) Państwowej Straży Pożarnej wydaje postanowienie w przedmiocie spełnienia wymagań określonych w przepisach dotyczących ochrony przeciwpożarowej oraz w zakresie zgodności z warunkami ochrony przeciwpożarowej. Zgodnie z art. 41 a ust. 4a ustawy
o odpadach, w przypadku postanowienia komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej negatywnie opiniującego spełnienie wymagań określonych
w przepisach dotyczących ochrony przeciwpożarowej lub zgodność z warunkami ochrony przeciwpożarowej, o których mowa w operacie przeciwpożarowym, o którym mowa w art. 42 ust. 4b pkt 1, oraz w postanowieniu, o którym mowa w art. 42 ust. 4c, właściwy organ odmawia wydania zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenia na przetwarzanie odpadów lub pozwolenia na wytwarzanie odpadów uwzględniającego zbieranie lub przetwarzanie odpadów.

Podczas organizacji PSZOK uwzględnić należy także wymagania wynikające
z ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. Prawo wodne (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 2268 ze zm.),
np. w zakresie uzyskania pozwolenia wodnoprawnego - w przypadku wprowadzania ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego do kanalizacji będących we władaniu innych podmiotów, czy też odprowadzania wód opadowych i roztopowych do pobliskiego rowu lub ich rozsączanie do gruntu oraz wykonania urządzeń wodnych przez które te wody do rowu lub gruntu są odprowadzane.

Wprawdzie nie istnieje ustawowa definicja punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, niemniej jednak przyjmuje się, że PSZOK powinien zajmować wydzielony, przygotowany i zabezpieczony teren, na którym umieszczone zostaną urządzenia zapewniające bezpieczną zbiórkę odpadów komunalnych, dostosowane do właściwości poszczególnych frakcji i kategorii odpadów (zob. M. Górski, PSZOK-i w proponowanej nowelizacji, Przegląd Komunalny 2014, Nr 12, s. 16). PSZOK powinien być zlokalizowany na terenie ogrodzonym, oświetlonym i zabezpieczonym przed dostępem osób niepowołanych. Miejsca magazynowania odpadów powinny być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje znajdujące się na terenie PSZOK.

Prowadzenie PSZOK wiąże się nie tylko z obowiązkiem należytego zabezpieczenia terenu, na którym PSZOK jest prowadzony, ale także z koniecznością zadośćuczynienia pozostałym wymogom przewidzianym przepisami

powszechnie obowiązującego prawa dla miejsca, w którym zbierane są odpady. Do wymogów tych należy zgodnie z art. 25 ust. 6a ustawy o odpadach prowadzenie wizyjnego systemu kontroli miejsca magazynowania lub składowania odpadów, zapewniającego przez całą dobę zapis obrazu i identyfikację osób przebywających w tym miejscu oraz przechowywanie zapisu przez miesiąc i udostępnianie organom kontrolnym. PSZOK musi spełniać standardy sanitarne, o których mowa
w Rozporządzaniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997 r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz. U. z 2003 r., nr 169, poz. 1650 ze zm.) oraz w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. z 2009 r., nr 104, poz. 868).

Odwołujący ALBA podnosił, że pracownikowi zatrudnionemu do obsługi PSZOK należy tak zorganizować miejsce pracy, by uczynić zadość przepisom bhp, zapewnić zaplecze socjalne, itp. Lista aktów prawnych określających wymagania, jakim odpowiadać powinien PSZOK, jest dużo dłuższa i obejmuje, wyliczając tylko najistotniejsze: ustawę z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (t.j. Dz. U.
z 2018 r., poz. 1466), ustawę z dnia 24 kwietnia 2009 r. o bateriach i akumulatorach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 521), rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 5 października 2015 r.
w sprawie szczegółowego sposobu postępowania z olejami odpadowymi (Dz. U. z 2015 r., poz. 1694).

W celu zorganizowania PSZOK konieczne jest podjęcie przez wykonawcę szeregu prac adaptacyjnych oraz uzyskanie stosownych zezwoleń administracyjnych. Czas jaki Zamawiający przewidział na uruchomienie PSZOK, tj. najpóźniej do 1 marca 2021 r. jest zdecydowanie za krótki, na zorganizowanie PSZOK, w sposób, który uczyni zadość wymogom ustawowym.

PSZOK ma zostać zorganizowany w Żarowie na nieruchomości wedle wyboru Wykonawcy, ale sam wybór odpowiedniej nieruchomości, na której będzie możliwe utworzenie i uruchomienie punktu jest zajęciem niezwykle wymagającym w świetle obowiązujących przepisów prawa. Wykonawca musi dysponować odpowiednią nieruchomością oddaloną od nieruchomości zamieszkałych, gdyż dla miejsca składowania odpadów wyznaczana jest strefa zagrożenia wybuchem. Konieczne jest aby w bezpośredniej bliskości nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK znajdowały się hydranty
o określonej przepustowości. Samo więc znalezienie działki, spełniającej wymogi stawiane przepisami prawa jest zajęciem niezwykle czasochłonnym. PSZOK musi być zlokalizowany w miejscu, w którym dopuszcza to aktualny miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. Zwrócić trzeba przy tym uwagę na szczegółowe zakazy, np. lokalizacji przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko, czy zapisy dotyczące gospodarowania odpadami, np. zakaz zbierania czy magazynowania odpadów lub substancji niebezpiecznych. PSZOK musi być przy tym, zgodnie z przepisem art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.) zlokalizowany w miejscu łatwo dostępnym dla wszystkich mieszkańców gminy, a przy tym zapewniającym możliwość odbioru odpadów przez pojazdy ciężarowe. Przed uruchomieniem PSZOK konieczne jest podjęcie licznych prac organizacyjnych, poprzedzających możliwość zwrócenia się do stosownych organów administracyjnych
z wnioskiem o wydanie decyzji warunkujących możliwość prowadzenia PSZOK na danym terenie. Operat przeciwpożarowy, który należy dołączyć do wniosku o zezwolenie na zbieranie odpadów, może zostać sporządzony dopiero w sytuacji gdy utworzona została odpowiednia infrastruktura. To znacząco przedłuża całą procedurę uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów, bez którego nie jest możliwe prowadzenie działalności na terenie PSZOK.

Istotną częścią przygotowania PSZOK jest opracowanie dokumentacji projektowej. Kluczowymi elementami będą tu projekt budowlany i wykonawczy, kosztorysy i przedmiary, specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Projekt powinien spełniać wszystkie wymogi określone w szczególności w ewentualnej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, a także zawierać szczegółowe rozwiązania związane z bezpieczeństwem osób korzystających i pracujących w punkcie, kwestiami przeciwpożarowymi, czy minimalizacją oddziaływań na tereny sąsiednie, jak wykonanie pełnego ogrodzenia, pasów zieleni izolacyjnej czy rozwiązań minimalizujących emisję hałasu czy nieprzyjemnych zapachów. Są to prace konieczne, gdyż nie sposób prowadzić zbiórki odpadów takich jak zużyte baterie i akumulatory czy zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, bez odpowiedniego zabezpieczenia miejsca ich zbierania przed warunkami atmosferycznymi. W tym celu konieczne jest zaaranżowanie np. budynków kontenerowych socjalno-magazynowych lub dostosowanie innych budynków dla celów prowadzenia PSZOK. Sporządzenie dokumentacji projektowej jest więc konieczne, gdyż w świetle przepisu art. 43 ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1466) miejsca, w których jest magazynowany zużyty sprzęt elektroniczny
i elektryczny, wyposaża się w:
1)zadaszenie zapobiegające oddziaływaniu czynników atmosferycznych oraz,
w przypadku zużytego sprzętu zawierającego substancje ciekłe, które podczas uszkodzenia zużytego sprzętu mogą spowodować niekontrolowane wycieki do środowiska
- w nieprzepuszczalne podłoża wraz z urządzeniami do likwidacji wycieków oraz,
w stosownym przypadku, odstojnikami i odolejaczami;
2)utwardzone podłoże;
3)zabezpieczenie uniemożliwiające dostęp osobom postronnym.

Wymóg postawiony przez Zamawiającego co do uruchomienia PSZOK w terminie do 1 marca 2021 r. jest niemożliwy do spełnienia. Rozpoczęcie działalności w tym zakresie nie może nastąpić bez uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, a to poprzedzone jest koniecznością uzyskania szeregu innych decyzji administracyjnych oraz koniecznością przeprowadzenia licznych prac organizacyjnych i dostosowawczych jeżeli chodzi
o infrastrukturę. Odwołujący ALBA podkreślał, że uzyskanie stosownych decyzji administracyjnych to proces czasochłonny. Trudno jest przewidzieć czas, w jakim możliwe będzie uzyskanie wszelkich wymaganych prawem decyzji administracyjnych dla celów prowadzenia PSZOK w Żarowie.

Zdaniem Odwołującego ALBA uprawniony jest wniosek, że opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, gdyż wymóg zorganizowania PSZOK w Żarowie jest możliwy wyłącznie dla podmiotów, które obecnie prowadzą PSZOK i dysponują już stosownymi decyzjami administracyjnymi, w tym zezwoleniem na zbieranie odpadów.

Na Zamawiającym ciąży zaś obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji, a więc taki, który nie będzie eliminować z udziału w postępowaniu określonej grupy wykonawców bądź nie będzie stwarzać określonej grupie wykonawców uprzywilejowanej

pozycji. Pełne uruchomienie PSZOK nie będzie możliwe z uwagi na okoliczności, za które Wykonawca nie ponosi odpowiedzialności, obciążanie go obowiązkiem zapłaty kary umownej, jest niedopuszczalne i narusza zasady współżycia społecznego. Odwołujący ALBA podkreślał, że w świetle przepisu art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach zbieranie odpadów bez wymaganego zezwolenia jest deliktem administracyjnym, za który wymierza się administracyjną ę pieniężną w wysokości do 1.000.000 zł.

Ze względu na to że przepisy ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach wyraźnie dopuszczają możliwość zorganizowania PSZOK przez gminy bez konieczności uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, celowa w ocenie Odwołującego ALBA jest taka zmiana SIWZ, która zobowiąże Zamawiającego Gminę Żarów do utworzenia PSZOK we własnym imieniu do czasu uzyskania zezwolenia na zbieranie przez Wykonawcę, gdy w tym czasie Wykonawca będzie wykonywał obsługę PSZOK na zlecenie Zamawiającego lub też wydłużenie terminu na uruchomienie PSZOK o co najmniej 6 miesięcy, tyle bowiem będzie minimalnie trwało uzyskanie niezbędnych zezwoleń i sporządzenie obligatoryjnej dokumentacji.

Odwołujący ALBA wnosił o modyfikację zapisów zawartych w SIWZ, zapisów samego ogłoszenia o zamówieniu, a także projektu umowy, stanowiącego załącznik numer 4 do SIWZ.

Odwołujący ALBA wnosił również o wyłączenie zastosowania kary umownej za każdy dzień opóźnienia w przystąpieniu do wykonania przedmiotu umowy w zakresie przewidzianym w § 9 ust. 1 pkt 2) projektu umowy stanowiącym załącznik nr 4 do SIWZ

w przypadku, gdy Wykonawca nie przystąpi do wykonywania przedmiotu umowy w zakresie uruchomienia PSZOK z przyczyn od niego niezależnych, w szczególności w przypadku nieuzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów lub innych niezbędnych dokumentów, mimo wystąpienia przez Wykonawcę o ich wydanie lub sporządzenie w odpowiednim terminie.

III.Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 pkt 6 i art. 4 ust. 2 pkt 1 ppkt b) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i § 3 ust. 1 pkt 4 regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Żarów - pominięcie niektórych rodzajów odpadów, jakie powinny być zbierane w PSZOK.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności:

6) tworzą punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie

co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w pkt 5, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi,

w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 pkt 1 ppkt b) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach 2. Regulamin utrzymania czystości i porządku w gminie określa szczegółowe zasady utrzymania czystości i porządku na terenie gminy dotyczące:

b) selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzonego przez punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych: wymienionych w lit. a, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii

i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz odpadów tekstyliów i odzieży.

Zgodnie z § 3 ust. 1 pkt. 4 regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Żarów (dalej: Regulamin UCPG):

4)przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony, odpady tekstyliów i odzieży, zużyte igły

i strzykawki oraz paski po monitoringu substancji we krwi, odpady budowlane i rozbiórkowe w ilości nie większej niż 0,5 m3 należy przekazywać do punktu selektywnego zbierania odpadów.

Pomimo takich postanowień ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Regulaminu UCPG obowiązującego w Gminie Żarów w OPZ oraz SIWZ brak jest:

-odpadów wszystkich chemikaliów wytwarzanych w gospodarstwach domowych - nie podano kompleksowo wszystkich możliwych kodów, m.in. 20 01 25 Oleje i tłuszcze jadalne, 20 01 26 Oleje i tłuszcze inne niż wymienione w 20 01 25, 20 01 27* Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice zawierające substancje niebezpieczne, 20 01 28 Farby, tusze, farby drukarskie, kleje, lepiszcze i żywice inne niż wymienione w 20 01 27, 20 01 29* Detergenty zawierające substancje niebezpieczne, 20 01 30 Detergenty inne niż wymienione w 20 01 29;

-odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych powstałych

w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji

i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek - nie podano w szczególności kodu ex 20 01 99,

-wszystkich odpadów budowlanych i rozbiórkowych możliwych do wytworzenia

w gospodarstwie domowym - nie podano kodów 17 01 06* Zmieszane lub wysegregowane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia zawierające substancje niebezpieczne, 17 01 81 Odpady z remontów

i przebudowy dróg, 17 01 82 Inne niewymienione odpady. W związku z tym listę odpadów komunalnych przyjmowanych w PSZOK określoną w OPZ należy rozszerzyć o wyżej podane kody.

IV.Zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez brak podania wymaganej nośności wagi i czasu ważenia.

Brak podania wymaganej nośności wagi (czy ma być ona stosowana do małych odpadów, czy odpadów większych gabarytowo) uniemożliwia precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji ocenę kosztu wyposażenia PSZOK w taką wagę. Zamawiający nie wskazał również czasu ważenia, czy ważeniu podlegają odpady przyjmowane do PSZOK czy wydawane z PSZOK, które to braki uniemożliwiają precyzyjne określenie przedmiotu zamówienia, bowiem z doświadczenia wiadomo, że istnieją różnice wagowe wynikające z czasu zbierania i składowania

odpadów.

Konieczne jest dodanie w OPZ - Załączniku nr 1 do SIWZ nośności wagi i wskazanie czasu ważenia: przy przyjmowaniu odpadów do PSZOK albo przy wydawaniu odpadów z PSZOK.

V.Zarzut naruszenia art. 29 § 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - nałożenie obowiązku żądania przez wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości

Ustawa o odpadach, jak również ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie nakłada na prowadzącego PSZOK obowiązku weryfikacji tożsamości osób oddających odpady do PSZOK. Legitymacja ustawowa do weryfikacji tożsamości osób dotyczy tylko punktu zbierania odpadów metali i jest usankcjonowana w art. 102 ust. 2 ustawy o odpadach. W pozostałych przypadkach brak jest podstawy prawnej żądania okazania dokumentu tożsamości i adresu nieruchomości, z której pochodzą odpady.

Wykonawca nie może, mimo żądania Zamawiającego, w sposób legalny gromadzić i przetwarzać danych osobowych osób, które oddają odpady do PSZOK. Tym samym nałożenie na Wykonawcę takiego obowiązku jest sprzeczne z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, które dla zbierania i przetwarzania danych osobowych wymagają istnienia stosownej podstawy prawnej. Konieczność pozyskania tych danych osobowych nie znajduje również odzwierciedlenia w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, a tym bardziej w przepisach powszechnie obowiązującego prawa.

Dlatego też stosownym jest żądanie usunięcia z punktu 7 ust. 2 OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ obowiązku żądania przez wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości, z której przewiezione zostały odpady.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestników postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, ogłoszeniu o zamówieniu, wyjaśnieniach zamieszczonych na stronie internetowej Zamawiającego, opisie przedmiotu zamówienia, wzorze umowy, innych dokumentach, odwołaniu, pismach procesowych, a także wyrażone ustnie i pisemnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, iż obaj Odwołujący wykonawcy jako zainteresowani ubieganiem się o przedmiotowe zamówienie oraz deklarujący potencjał do jego realizacji, wykazali interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SIWZ opisu przedmiotu zamówienia i ustalania warunków zobowiązania umownego, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia i ustalenie warunków umowy w sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto takie czynności prowadzą do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego zgłoszenie przystąpienia złożyli Wykonawcy:

1)po stronie Zamawiającego - **Eneris Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach** (sygn. akt KIO 3446/20, KIO 3447/20);

2)po stronie Odwołującego - **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu** (sygn. akt KIO 3446/20).

Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonych przystąpień.

Zamawiający złożył pisemne odpowiedzi na odwołania, w których w zakresie zarzutów odnoszących się do obowiązku utworzenia punktu PSZOK oświadczył, że w dokumentach postępowania nastąpiła omyłka pisarska w trakcie tworzenie dokumentacji przetargowej. Udostępnienie PSZOKu mieszkańcom powinno nastąpić w terminie nie później niż od dnia 1 maja 2021. W związku z powyższym Zamawiający zobowiązał się że wprowadzi następujące zmiany do SIWZ:

„Wykonawca zobowiązany jest do utworzenia, utrzymania i obsługi punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), na nieruchomości stanowiącej własność Wykonawcy lub co do której Wykonawca przedłoży oświadczenie, że od 1 marca 2021 r. będzie nią dysponował na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa. Punkt powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Żarówi powinien być udostępniony mieszkańcom gminy nie później niż od dnia 1 maja 2021 roku."

W pozostałym zakresie Zamawiający podał, że nie może się zgodzić z argumentacją Odwołujących dotyczącej długości postępowania związanego z długością oczekiwania na pozytywną decyzję na zbieranie odpadów i uruchomienie PSZOK w Żarowie.

Zamawiający uważa, że pewne działania przygotowawcze, bezkosztowe związane z ewentualnym uruchomieniem PSZOK po podpisaniu umowy, Odwołujący mogli podjąć już w dniu ogłoszenia postępowania, np. uzyskanie wypisu z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego.

Odnosząc się do zbyt krótkiego terminu uruchomienia PSZOK oraz długotrwałego procesu związanego z uzyskaniem niezbędnego zezwolenia Zamawiający zaznaczył, że organy wydające stosowne zezwolenia/decyzje administracyjne są zobowiązane do stosowania przepisów ustawowych określonych w ustawie z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U z 2020 r., poz. 256). Organy administracji publicznej zobowiązane są załatwić sprawy niezwłoczne, bez zbędnej zwłoki, zachowując ustawowe terminy. Termin „niezwłoczny" — to jak najszybszy termin realny, zaś termin „bez zbędnej zwłoki" oznacza, iż ewentualna zwłoka w załatwieniu sprawy musi mieć charakter niezbędny tj. uzasadniony. Ustawowe terminy na załatwienie sprawy wymagającej postępowania wyjaśniającego, jeżeli wskazane powyżej dowody będą niewystarczające, powinno nastąpić nie później niż w ciągu miesiąca, a sprawy szczególnie skomplikowanej nie późnej niż dwa miesiące od dnia wszczęcia sprawy. W niezałatwienia sprawy w terminie mamy do czynienia z tzw. „bezczynnością" a w przypadku gdy postępowanie jest prowadzone dłużej niż jest to niezbędne do załatwienia sprawy — mamy do czynienia z tzw. „przewlekłością".

W powyższych przypadkach przepisy prawa określają sposoby postępowania, stosując ścieżki na zwalczanie opieszałości na załatwianie spraw administracyjnych — ponaglenia i skargi.

Zarzut, że zapisy dotyczące PSZOK tak sformułowane, faworyzują obecną firmę wywozową jest bezzasadny,

gdyż dbałość o utrzymanie konkurencyjności jest równie dla Zamawiającego ważna, jak zabezpieczenie jakości świadczonych w przyszłości usług. Zamawiający nie zgadza się z zarzutami Odwołujących i nie zamierza zmieniać pozostałych zapisów dotyczących PSZOKU gdyż określając przedmiot zamówienia określił potrzeby gminy w tym względzie. Ponadto 20.08.2019r. Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznała odwołanie Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. podnoszące praktycznie te same zarzuty odnośnieorganizacji PSZOKu i oddaliła odwołanie spółki.

Odnośnie do zarzutu dotyczącego kar umownych odwołania FB Serwis, Zamawiający podkreślił, że w SIWZ musi tak zabezpieczyć realizację usługi, aby była realizowana również w sposób ciągły a gwarancją jej ciągłości jest terminowe dostarczenie mieszkańcom gminy pojemników i worków oraz posiadanie odpowiedniej ilości sprzętu. To są czynności, na które wpływ ma mieć firma obsługująca i nie można ich traktować w kategoriach zdarzeń losowych a kary umowne określone w § 9 mają głównie charakter dyscyplinujący.

Mając jednak na uwadze argumenty co do wysokości i weryfikacji naliczenia kary Zamawiający zobowiązał się dokonać następującej zmiany:
„§ 9 ust. 1 pkt 3 wzoru umowy - Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne: za każde stwierdzone nie zapewnienie w ramach świadczenia usługi zadeklarowanej w ofercie ilości wymaganego sprawnego sprzętu, pojemników lub worków na odpady w wysokości 200,00 zł za każdą brakującą jednostkę sprzętu, pojemnik lub worek, za każdy dzień opóźnienia".

W przypadku zarzutu dotyczącego kar umownych w odwołaniu ALBA Zamawiający zaznaczył, że nie przychyla się do całkowitego wyłączenia kar, o których mowa w § 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy, gdyż jest to jedyna możliwość wyegzekwowania od Wykonawcy prawidłowej realizacji umowy, a Zamawiający w pierwszej kolejności musi zabezpieczyć interesy mieszkańców gminy Żarów, polegające na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów. Jednakże Zamawiający zobowiązał się wprowadzić następujące zmiany do SIWZ:
„2) za opóźnienie w przystąpieniu do wykonania przedmiotu umowy — w wysokości 0,2% wysokości wynagrodzenia, brutto za cały okres realizacji zamówienia o którym mowa w § 8 ust. 8 za każdy dzień opóźnienia".
W przypadku zarzutu odwołania ALBA pominięcia w opisie przedmiotu zamówienia niektórych rodzajów kodów odpadów, Zamawiający zobowiązał się, że wprowadzi w Opisie Przedmiotu Zamówienia wszystkie wnioskowane odwołaniem zmiany.

Odwołujący ALBA wnosił także o określenie nośności wagi oraz wskazanie czasu ważenia. Zamawiający wskazał, że doprecyzuje opis przedmiotu zamówienia wskazując, że nośność wagi powinna być minimum 40 Mg, a odpad powinien być ważony przy przyjmowaniu odpadu na PSZOK.

Odwołujący ALBA wnosił o wykreślenie z punktu 7 ust. 2 OPZ obowiązku żądania przez Wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości, z której przewiezione zostały odpady. Zdaniem Zamawiającego zarzut jest zupełnie bezzasadny, gdyż PSZOK przeznaczony jest wyłącznie dla osób zamieszkujących Gminę Żarów i ponoszących na jej rzecz opłatę z tytułu gospodarowania odpadami. W związku z powyższym Zamawiający musi posiadać informację kto i w jakim zakresie korzysta z PSZOKu. Dodatkowo zgodnie z art. 6k ust 4a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U z 2020 r., poz. 1439) Gmina Żarów może w drodze uchwały zwolnić część mieszkańców kompostujących bioodpady z części opłaty, co będzie skutkowało brakiem możliwości przekazywania takich odpadów na PSZOK. Również w tym przypadku wykazane dane będą niezbędne. Brak jest możliwości innego rodzaju weryfikacji osób korzystających z PSZOK.

Na podstawie dokumentacji przesłanej przez Zamawiającego w formie elektronicznej Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu wiernie przytoczyli zapisy SIWZ, OPZ, ogłoszenia oraz wzoru umowy istotne dla rozstrzygnięcia przedmiotu sporu i nie zachodziła konieczność ich powielania.

Do momentu zakończenia rozprawy Zamawiający nie dokonał zmian dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, do których zobowiązał się odpowiedziami na odwołanie. Zamawiający zamieścił na własnej stronie internetowej, na której prowadzi postępowanie jedynie treść udzielonych odpowiedzi. Zamawiający na rozprawie wywodził, że w jego ocenie stanowi to uczynienie zadość obowiązkowi dokonania zmian zapisów SIWZ.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, skład orzekający Izby uznał, że odwołanie
w sprawie KIO 3446/20 w całości zasługiwało na uwzględnienie, natomiast odwołanie
w sprawie KIO 3447/20 w zdecydowanej części zasługiwało na uwzględnienie,
nie potwierdził się tylko jeden z zarzutów odwołania.

Izba wyraża również stanowisko, że treścią udzielonych odpowiedzi na odwołanie oraz stanowiskiem prezentowanym na rozprawie Zamawiający przyznał zasadność części zarzutów odwołań dotyczących wysokości kar umownych, pominięcia w opisie przedmiotu zamówienia niektórych rodzajów kodów odpadów oraz braku podania wymagań dla nośności wagi i ustalenia momentu ważenia odpadów. Przyznanie to nie budziło wątpliwości Izby, zatem okoliczności dotyczące tych zarzutów nie wymagały dowodzenia. W konsekwencji konieczne stało się nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień SIWZ
i innych dokumentów postępowania, w tym opisu przedmiotu zamówienia i postanowień umownych w zakresie, w jakim Strona uznała ich zasadność, podzielając w istocie argumentację Odwołujących. Dostrzeżenia również wymaga, iż za zmianę zapisów SIWZ
w zakresie częściowo pokrywającym się z zarzutami odwołania by stwierdzić brak podstaw do orzekania, nie można uznać zamieszczenia przez Zamawiającego treści odpowiedzi na odwołanie na stronie internetowej. Choć przepisy ustawy Pzp nie określają wprost jaką postać powinna przyjąć owa zmiana, to czynność ta zmiany zapisów SIWZ nie może mieć charakteru dorozumianego. Wykonawcy zainteresowani postępowaniem nie muszą domyślać się jakie ostatecznie zapisy ich obowiązują. Wyrażenie woli przez Zamawiającego musi przyjąć postać wyraźnej deklaracji, natomiast w złożonych odpowiedziach na odwołania Zamawiający jedynie nieostatecznie deklarował, że dokona zmian w bliżej nieokreślonym terminie. Z tych powodów Izba uznała, że Zamawiający przyznał zasadność części zarzutów i nakazała zmiany odpowiednich zapisów dokumentacji postępowania.

Jednocześnie skład orzekający podziela prezentowany szeroko w orzecznictwie KIO pogląd, iż w pewnych przypadkach Izba, uwzględniając zarzuty odwołania, których zakresem jest związana (art. 192 ust. 7 ustawy Pzp) i jednocześnie nie będąc związana żądaniami odwołania, może orzec inaczej aniżeli wnosili Odwołujący. Treść niektórych żądań wskazywała na wykreślenie zapisów w całości (§ 9 ust. 1 pkt 2 wzoru umowy) lub też nie precyzowała wymagań minimalnych według Odwołującego (nośność wagi).
Tak sformułowane żądania w ocenie Izby były za daleko idące lub niedookreślone,
co jednocześnie nie przekreślało ich zasadności *sui generis*. Biorąc pod uwagę, iż Izba nie jest związana treścią żądania, uznano że czyniącym zadość odwołaniom będzie zmniejszenie wysokości kar umownych do wartości proponowanych przez Zamawiającego oraz wprowadzenie w opisie przedmiotu zamówienia pominiętych kodów

niektórych odpadów, a także określenie, że minimalna nośność wagi wynosi 40 Mg, a odpad powinien być ważony przy przyjmowaniu odpadu na PSZOK.

Izba podziela rozważania Zamawiającego przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, iż istotną zastrzeżenia kar umownych jest zapewnienie Zamawiającemu sprawnego
i niezakłóconego wykonywania zamawianych usług. Zamawiający ma prawo oczekiwać od wybranego Wykonawcy wysokiej staranności i prawidłowego realizowania obowiązków umownych, przy czym to Wykonawca może i powinien zabezpieczyć swoje interesy w ten sposób, by dokumentować w możliwy sposób zrealizowanie nałożonych obowiązków, nawet jeżeli umowa takiego procesu weryfikacji nie przewiduje.

Przewidzenie określonych kar za niedopełnienie obowiązków określonych umową ma charakter dyscyplinujący Wykonawcę do należytego realizowania zobowiązania wzajemnego. Z drugiej strony Zamawiający ustalając wysokość kar nie może przekroczyć przysługujących mu uprawnień, które nie mają charakteru absolutnego. Jak słusznie zauważył Odwołujący FB Serwis obciążenie wykonawcy ryzykiem nałożenia wygórowanych kar jest nieadekwatne i nieproporcjonalne do szkody, jaką może ponieść Zamawiający
w przypadku ziszczenia się okoliczności uprawniających do ich naliczenia. Dlatego też za zasadne Izba uznała zmniejszenie wysokości poszczególnych kar.

Ponad wszelką wątpliwość Zamawiający nie ujął w dokumentacji postępowania kodów niektórych odpadów wskazanych przez Odwołującego, a także nie określił wymogów minimalnych dla nośności wagi i momentu kiedy dokonać należy ważenia odpadów.
Z tych względów w ocenie Izby zmaterializowały się przesłanki nakazujące Zamawiającemu wprowadzenie stosownych zapisów o treści proponowanej w odpowiedzi na odwołanie. Jest to zasadne zwłaszcza w sytuacji, gdy strona odwołująca nie skonkretyzowała żądań co do wymagań dla nośności wagi. Przedstawianie na rozprawie argumentacji, iż proponowana nośność ma nadmierny charakter w odniesieniu do przedmiotu zamówienia uznać należy za spóźnione. Jeżeli wspomniane okoliczności nie zostały wyraźnie i wprost ujęte w treści wniesionego odwołania, to ich późniejsze wskazywanie nie może być, w świetle art. 192 ust. 7 Pzp, brane przez Izbę pod uwagę, choćby okoliczności te mieściły się w ramach ogólnie wskazanej podstawy faktycznej zarzutu. Sformułowane w odwołaniu żądania muszą być na tyle precyzyjne, aby przy uwzględnieniu odwołania możliwe było nakazanie zamawiającemu dokonania konkretnej, a nie blankietowej zmiany zakwestionowanych zapisów dokumentacji postępowania.

Końcowo odnośnie do zarzutów uwzględnionych przez Izbę w tej części uzasadnienia orzeczenia dostrzeżenia wymaga, iż jeżeli Zamawiający uważał, że części zarzutów i żądań odwołania zasługuje na uwzględnienie, winien był przed wdaniem się w spór (co skutkować może obciążeniem strony przegrywającej kosztami postępowania odwoławczego w całości lub w części) dokonać analizy poszczególnych zarzutów i żądań oraz skorzystać z instytucji uwzględnienia zarzutów odwołania w części lub w całości, przewidzianej w art. 186 ustawy Pzp. Wówczas Izba rozstrzygałaby jedynie wobec zarzutów niewycofanych przez Odwołujących i wobec których złożono sprzeciw. Do stwierdzenia, że w postępowaniu odwoławczym doszło do uwzględnienia zarzutów odwołania konieczne jest złożenie przez Zamawiającego stanowczego oświadczenia w tej materii. Sytuacja, w której Zamawiający nie uwzględnił odwołania w wyżej opisany sposób, a jedynie w odpowiedzi na odwołania oraz
w toku rozprawy przyznał zasadność części zarzutów, deklarując zmianę zaskarżonych postanowień SIWZ, nie upoważniała Izby do częściowego umorzenia postępowania odwoławczego lub pominięcia takich zarzutów w rozstrzygnięciu zawartym w wyroku.
W konsekwencji odwołanie podlegało – jak wspomniano – uwzględnieniu w zakresie opisanym sentencji orzeczenia a Zamawiającego należało obciążyć kosztami postępowania odwoławczego.

Izba dała wiarę zarzutom podnoszonym przez obu Odwołujących a związanych
z terminem uruchomienia PSZOK i uzyskaniem zezwolenia na odbiór odpadów.

Niewątpliwie wymóg utworzenia i prowadzenia PSZOK jest wymogiem uzasadnionym potrzebami Zamawiającego i zgodnym z obowiązującymi przepisami. Zdaniem Izby, nie ma prawnych przeszkód, by wymóg utworzenia i prowadzenia punktu odbioru odpadów był nałożony na wykonawcę, tym bardziej, że takie rozwiązanie jest racjonalne i korzystne przede wszystkim dla mieszkańców. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie Zamawiający, punkt selektywnej zbiórki odpadów funkcjonuje z powodzeniem na terenie gminy od kilku lat, mieszkańcy przyzwyczajeni są do istnienia takiego punktu
i z niego korzystają.

Jednakże w ocenie Izby ustalony w SIWZ czas do rozpoczęcia realizacji usługi, przyjmując, że po dokonaniu poprawy oczywistej omyłki pisarskiej biegł będzie od 1 maja 2021 roku, jest niewystarczający. Wszelkie trudności, które mogą zaistnieć w toku ubiegania się o uzyskanie zezwolenia na odbiór odpadów, na które wskazywali obaj Odwołujący dotyczą sfery administracyjnej. Zdaniem składu orzekającego Izby Odwołujący wykazali, że może wystąpić wiele okoliczności niezależnych od podmiotu ubiegającego się o udzielenie zezwolenia, które doprowadzi do sytuacji, gdzie dotrzymanie wyznaczonego przez Zamawiającego terminu z przyczyn obiektywnych nie będzie możliwe. Potwierdza
to przedstawiony na rozprawie przez Odwołujących materiał dowodowy, w tym przedstawienie co najmniej kilku wniosków o wydanie zezwolenia oraz otrzymane decyzje,
z których wynika, że termin miesięczny lub dwumiesięczny nie zostały przez organy wydające zezwolenia dotrzymane. Odwołujący wykazali, iż proces ubiegania się
o zezwolenie ma charakter wieloetapowy i konieczne jest uzyskanie opinii wielu różnych podmiotów, w tym także podmiotów zewnętrznych. Choć nieskomplikowany charakter tworzonego punktu PSZOK, co podkreślali Zamawiający i Przystępujący Eneris, może uzasadniać krótszy czas oczekiwania na wydanie przez organ administracji publicznej decyzji, to jednak może zdarzyć się tak, iż czas wyznaczony przez Zamawiającego, nawet przy zachowaniu należytej staranności przez Wykonawcę, prawidłowym wypełnieniu wniosku i dochowaniu wszelkich formalności administracyjnych będzie za krótki. Zdaje się także,
iż Zamawiający i Przystępujący po jego stronie wykonawca Eneris zapominają o panującym obecnie stanie epidemii, który wiąże się ze zmianami organizacyjnymi pracy urzędów, które nieczęsto wykonują obowiązki w ramach pracy zdalnej, utrudniona i wydłużona jest możliwość uzyskania niezbędnych dokumentów, na terenie całego kraju obowiązują różnego rodzaju obostrzenia, także przy wykonywaniu działalności gospodarczej. Zakładając,
że planowane na 22 stycznia 2021 roku otwarcie ofert zostanie przesunięte z uwagi na konieczność dokonania zmian w SIWZ nakazanych przez Izbę, w lutym Zamawiający dokona badania i oceny ofert, a przy uwzględnieniu czasu na korzystanie przez wykonawców ze środków ochrony prawnej, w marcu ostatecznie zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, wątpliwym wydaje się, by wybrany Wykonawca do 1 maja 2021 roku zdążył uzyskać wymagane zezwolenie za odbiór odpadów i zorganizować punkt PSZOK. Może okazać się że po podpisaniu umowy

Wykonawcy zostanie dokładnie
2 miesiące lub mniej na uzyskanie wymaganej decyzji. Ani zaś Zamawiający,
ani Przystępujący Eneris nie przedstawili dowodów na okoliczność, że uzyskanie decyzji
w tak krótkim czasie jest wykonalne i możliwe. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie sam Zamawiający wskazywał, że w sprawach skomplikowanych postępowanie administracyjne prowadzone może być co najmniej 2 miesiące. W ocenie Izby realnym jest, że w dacie wyznaczonej przez Zamawiającego, czyli 1 maja 2021 roku, możliwe będzie złożenie wniosku o zezwolenie ale nie uzyskanie ostatecznej decyzji administracyjnej.

Z tych powodów Izba nakazała zmianę zapisów odpowiednich punktów opisu przedmiotu zamówienia i wydłużenie terminu na uruchomienie punktu do dnia 1 czerwca 2021 roku. W ocenie Izby generalnie celowym wydaje się określenie powyższego terminu
w miesiącach a nie konkretną datą dzienną, jednak taką decyzję Izba pozostawia Zamawiającemu, wskazując minimalny termin, w jej ocenie, realny i możliwy do uruchomienia punktu. Warto również dodać, że Odwołujący w żądaniach odwołania wskazali Zamawiającemu inne, możliwe do zastosowania modele postępowania, które z jednej strony pozwolą Zamawiającemu na realizację jego ustawowych obowiązków, z drugiej strony pozwolą Wykonawcom na uzyskanie niezbędnych zezwoleń.

Niewątpliwie zorganizowanie i uruchomienie punktu PSZOK będzie zależało od indywidualnej przedsiębiorczości danego wykonawcy. Izba zgadza się z argumentacją,
iż Wykonawcy mogą jeszcze na etapie przygotowawczym, przed złożeniem oferty dokonać rozeznania warunków lokalnych, poszukiwać nieruchomości spełniających wymogi dla prowadzenia punktu zbiórki, pozyskać niezbędne dokumenty, a także uzgadniać umowy przedwstępne. To od indywidualnej inicjatywy wykonawców będzie zależało jak bardzo zaawansowane będzie przygotowanie do rozpoczęcia świadczenia usługi w momencie złożenia oferty. Nie można jednak zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest sporządzenie takiego opisu przedmiotu zamówienia, który wszystkim wykonawcom dawał będzie równe szanse na uzyskanie zamówienia i dla wszystkich będzie ustalał takie same warunki ubiegania się o zamówienie.

Nakazanie przedmiotowej zmiany SIWZ umożliwi wyrównanie szans na ubieganie się o przedmiotowe zamówienie większej liczbie podmiotów, niż tylko te które aktualnie funkcjonują na lokalnym rynku gospodarowania odpadami, posiadają zorganizowaną infrastrukturę – odpowiednie środki materialne i techniczne, zatem z tego względu w sposób zobiektywizowany mają też korzystniejsze warunki do uzyskania zamówienia. Izba podkreśla, że Zamawiający będzie zobowiązany do wprowadzenia nakazanych zmian zachowując jednolitość i spójność postanowień całości dokumentacji postępowania.

Jeżeli uznać, że prowadzenie punktu PSZOK jest obowiązkiem wybranego Wykonawcy, oznacza to, że element ten objęty jest jego oświadczeniem woli w postaci złożenia oferty w postępowaniu obejmującej swym zakresem cały przedmiot zamówienia.
To zaś w ocenie Izby oznacza, że nie ma konieczności składania odrębnego oświadczenia, że Wykonawca nieruchomością dysponuje w określonej dacie – w tym przypadku
od 1 stycznia 2021 roku, co już w tym momencie jest terminem nierealnym i odnoszącym się wstecz do terminu składania ofert. Do wskazania konkretnych lokalizacji z określeniem danych adresowych oraz z określeniem tytułu prawnego uprawniającego do dysponowania nieruchomością na wyznaczony cel - wykonawca powinien zostać zobowiązany
w zawieranej umowie. To w ocenie składu w wystarczający sposób zabezpiecza interesy Zamawiającego. Z tych powodów Izba nakazała wykreślenie obowiązku złożenia przez Wykonawcę oświadczenia, że od 1 stycznia 2021 r. będzie dysponował odpowiednią nieruchomością na cele PSZOK zgodnie z przepisami prawa.

Izba nie uznała zasadności zarzutu i żądań odwołania ALBA dotyczących wykreślenia z dokumentacji postępowania z punktu 7 ust. 2 OPZ stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ obowiązku żądania przez wykonawcę prowadzącego PSZOK potwierdzenia tożsamości właścicieli nieruchomości i lokalizacji nieruchomości, z której przewiezione zostały odpady. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przedstawił przekonującą argumentację,
że wymaganie to stanowi jego uzasadnione potrzeby. Jak wynika ze stanowiska doktryny
i orzecznictwa, sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Co istotne, czynność ta odzwierciedlać ma uprawnienie zamawiającego do opisania przedmiotu zamówienia tak, aby uwzględniał on jego rzeczywiste potrzeby.
Ze względu na okoliczności przywołane w odpowiedzi na odwołanie, to jest przeznaczenie punktu selektywnej zbiórki tylko dla mieszkańców gminy Żarów oraz możliwość przyznania upustów w określonych sytuacjach tylko mieszkańcom, w ocenie Izby uzasadnia to nałożenie na wykonawcę, który realizował będzie usługi obowiązku weryfikacji tożsamości. Zgodnie
z regulacją przetwarzanie danych jest możliwe, gdy jest niezbędne do celów wynikających z prawnie uzasadnionych interesów realizowanych przez administratora lub przez stronę trzecią. Zdaniem Izby Zamawiający wykazał przesłankę niezbędności. Umowa Zamawiającego z podmiotem wybranym
w postępowaniu w zakresie określenia zasad gromadzenia, przetwarzania danych może zostać podpisana po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i nie wydaje się konieczne i niezbędne, by zasady te zostały częścią dokumentacji postępowania, choć nie jest to sytuacja wykluczona i często w praktyce spotykana. Z tych powodów Izba nie uznała zasadności zarzutu odwołania ALBA.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Na podstawie art. 192 ust. 8 w związku z art. 189 ust. 1 ustawy Pzp w sprawie wydano łączne orzeczenie.

Przewodniczący:

……