

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 21 października 2020 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**  
**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron w Warszawie w dniu 21 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2020r. przez **wykonawcę FB Serwis Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Atramentowa 10** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Ząbkowice Śląskie z siedzibą w Ząbkowicach Śląskich, ul. 1 Maja 15**

**postanawia:**

**1. umorzyć postępowanie**

**2. nakazać zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych kwoty 15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz wykonawcy FB Serwis Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Atramentowa 10** tytułem zwrotu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 27 września 2019 r. poz. 1843) na niniejsze postanowienie -

w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

**Przewodniczący: .....**

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Ząbkowice Śląskie zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii europejskiej z dnia 18 września 2020r. za numerem 2020/S 182-438603.

W dniu 28 września 2020r. na treść siwz odwołanie wniósł wykonawca FB Serwis Wrocław spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, ul. Atramentowa 10 – dalej odwołujący. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 26 sierpnia 2020r. udzielonego przez prezesa zarządu ujawnionego w KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 28 września 2020r. Zamawiający twierdzi, że kopię odwołania otrzymał w dniu 29 września 2020r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.Art. 22 ust. 1a ustawy przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w sposób niejednoznaczny, nieprecyzyjny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, zawężając niezasadnie krąg podmiotów potencjalnie zainteresowanych udziałem w postępowaniu, a częściowo nawet niemożliwy do zrealizowania poprzez ukształtowanie warunków sprzecznych z przepisami obowiązującego prawa tj. przez:

a)określenie w Rozdziale V, pkt 1 pkt 2), że wykonawca ma posiadać aktualne zezwolenie wydane przez właściwy organ na zbieranie lub na zbieranie i przetwarzanie lub pozwolenie na wytwarzanie odpadów uwzględniające zbieranie odpadów objęte przedmiotem zamówienia, przy czym nie wiadomo, co Zamawiający rozumie przez „objęte przedmiotem zamówienia”, co prowadzi do tego, że nie wiadomo, jakimi uprawnieniami w rzeczywistości ma wykazać się wykonawca, b)żądanie posiadania aktualnego wpisu do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, pomimo iż rzeczony rejestr już nie istnieje, gdyż od dnia 24 stycznia 2018 r., zgodnie z art. 238 ust. 1 w związku z art. 235 ust 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tj. Dz. U. 2018 poz. 21), Główny Inspektor Ochrony Środowiska zakończył prowadzenie rejestru przedsiębiorców i organizacji odzysku sprzętu elektrycznego i elektronicznego w związku z wprowadzeniem Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami („BDO”),

c)żądanie posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa pomimo, iż zgodnie z art. 49 ust. 6 ustawy o odpadach rejestr ten stanowi integralną część BDO;

2.art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - kodeks cywilny (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zobowiązujący wykonawcę do realizacji obowiązku niemożliwego do wykonania (świadczanie niemożliwe), tj. przez wskazanie w pkt II pkt 5 Opisu Przedmiotu Zamówienia ("OPZ"), że wykonawca zobowiązany jest m.in. utworzenia i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (dalej: „PSZOK”) na terenie gminy Zamawiającego, o szczególnych warunkach wymienionych na str. 11 i 12 OPZ oraz określonych w §9 ust. 1 pkt 7), który to zespół zobowiązań w tak krótkim czasie, jaki pozostanie dla Wykonawcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia w tym zakresie (maksymalnie 4 miesiące od dnia podpisania umowy), jest obiektywnie niemożliwy do zrealizowania, zaś wymaganie posiadania tytułu prawnego do nieruchomości na obszarze gminy w chwili podpisania umowy, w sposób oczywisty niezasadnie faworyzuje podmioty posiadające nieruchomości na obszarze gminy;

3.art. 29 ust. 1 i 2 ustawy w zw. z art. 7 ustawy oraz art. 353(1) k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy przez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, bez uwzględnienia wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który może utrudniać uczciwą konkurencję, a przy tym sprzeczny z zasadami współżycia społecznego, tj. poprzez wskazanie, iż Wykonawca zobowiązany będzie do utworzenia, utrzymania i obsługi „gniazd”, w tym wyposażenia oraz utrzymywania terenu wskazanego przez Gminę na ten cel, bez określenia gdzie ten teren będzie się znajdował, kto będzie posiadał do tytuł prawny do nieruchomości i kto będzie odpowiadał za gromadzone na tymże terenie odpady, jaki charakter mają mieć „gniazda”, wskazane przez zamawiającego oraz jaka będzie ich ilość.

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie zamawiającemu zmiany SIWZ przez:

a. wykreślenie warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale V, pkt 1 ppkt 2), lub ewentualnie jego doprecyzowanie przez wyraźne określenie nie tylko jakiego rodzaju uprawnień, ale w jakim zakresie wymaga ich posiadania zamawiający;

b. w zakresie zarzutu z pkt 1 lit. b) i c) o dostosowanie warunków udziału w postępowaniu do przepisów obowiązującego prawa;

c. wykreślenie pkt VI OPZ, względnie zastąpieniem go postanowieniami, zgodnie z którymi, to zamawiający będzie prowadził PSZOK na wskazanym przez siebie terenie, a wykonawca będzie zobligowany jedynie do odpowiedniego jego wyposażenia oraz zapewnienia jego obsługi, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowania odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie zamawiający.

d. zmianę i doprecyzowanie rozdziału VI pkt 4 OPZ przez określenie, że to zamawiający nie tylko wskazuje, ale odpowiada za tereny przeznaczone do umieszczenia przez wykonawcę „gniazd”, które to są w dyspozycji Gminy, a wykonawca odpowiada jedynie za wyposażenie tych miejsc oraz zapewnienie ich obsługi (obklejenie, zapewnienie utrzymania pojemników terenu we właściwym stanie technicznym i sanitarnym, opróżnianie pojemników, mycie pojemników, obowiązki informacyjne, przekazywanie odpadów podmiotom uprawnionym - odbiór odpadów);

e. w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego utworzenia PSZOK i nałożenia na zamawiającego obowiązku jego utworzenia, a na wykonawcę jedynie obsługi PSZOK, doprecyzowanie OPZ przez wskazanie:

- na jakiej podstawie i w jakim terminie zamawiający udostępni wykonawcy teren wyznaczony na prowadzenie PSZOK przy jednoczesnym wskazaniu, że nastąpi to z uwzględnieniem postanowień art. 41b o odpadach,

- czy teren wyznaczony przez zamawiającego na prowadzenie PSZOK spełnia aktualnie wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenia PSZOK, a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich warunkach zostanie od do tych wymagań dostosowany,

- czy dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK, został sporządzony operat przeciwpożarowy, zawierający warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, o którym mowa w art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach,

- czy dla obszaru, na którym ma być prowadzony PSZOK, został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie, to czy Zamawiający posiada dla nieruchomości decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania -terenu,

- czy teren przeznaczony przez zamawiającego na miejsce prowadzenia PSZOK został dostosowany do wszystkich aktualnie obowiązujących wymogów określonych przepisami ustawy o odpadach (takich jak wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a - 6h ustawy o odpadach), a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich zasadach teren ten do ww. wymogów zostanie dostosowany,

- wskazania informacji niezbędnych do złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie określonym w art. 42 ustawy o odpadach lub wskazania terminu, w którym ww. informacje i dokumenty i miałyby zostać wykonawcy udostępnione.

Ponadto o:

3. zasądzenie na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

W dniu 29 września 2020r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania.

Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił.

W dniu 16 października 2020r. zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie, w której oświadczył, że przeanalizował zapisy SIWZ i dokonał zmian w sposób następujący:

1) Pismem z dnia 12.10.2020 r. (w załączeniu) wykreślił m.in. warunki wskazane w zarzucie nr 1 a, b i c ;

2) W zakresie zarzutu nr 3 Zamawiający zrezygnował z realizacji zamówienia w postaci „gniazd” i dokonał odpowiednich w tym względzie zmian w dokumentacji niniejszego postępowania.

3) W zakresie zarzutu nr 2 Zamawiający wykreślił ze zwrótu umowy pismem z dnia 4.10.2020 r. (w załączeniu) obowiązek posiadania dokumentu potwierdzającego tytuł prawny do dysponowania nieruchomością.

Natomiast jeśli chodzi o kwestie związane z Punktem Selektywnego Zbierania Odpadów tzw. „PSZOK” (dot. zarzutu nr 2) zamawiający podtrzymał pozostałe, dotychczasowe zapisy w dokumentacji postępowania. Zgodnie z art. 29 ustawy do wyłącznych kompetencji zamawiającego należy opisanie przedmiotu zamówienia. Zamawiający w tym zakresie posiada pełną samodzielność ograniczoną ustawowo oraz zasadami współżycia społecznego. Zgodnie z komentarzem praktycznym Lex Aleksandry Sasin pn. „Opis przedmiotu zamówienia publicznego”, cz. I., „Stosownie do postanowień art. 29 ust. 2p.z.p. przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to zatem, że sposób, w jaki instytucja zamawiająca decyduje się określić przedmiot zamówienia, w żadnej mierze nie powinien utrudniać dostępu do tego zamówienia wykonawcom, którzy są zdolni do jego realizacji. Omawiana zasada nie oznacza, że instytucja zamawiająca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie może poprzez opis przedmiotu zamówienia narzucić wysokiego standardu jego wykonania. Każdorazowo instytucja zamawiająca posiada prawo do stawiania wysokich wymagań oraz nabywania dóbr o najwyższych standardach jakościowych, funkcjonalnych, prawnych czy organizacyjnych. Ważne jednak pozostaje, aby wszystkie te wymagania były uzasadnione obiektywnie określonymi potrzebami instytucji zamawiającej. Wskazał na wyrok KIO z dnia 4 grudnia 2009 r., KIO/UZP 1602/09, wyrok KIO z dnia 13 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 707/11, wyrok KIO z dnia 29 kwietnia 2011 r., KIO/UZP 821/11.

Zamawiający opisując instytucję PSZOK-u miał na względzie swoje możliwości i potrzeby. Wykonawca w odwołaniu wnosi o to, aby to zamawiający odpowiadał organizacyjnie „prowadził” PSZOK. Zamawiający poinformował, że nie dysponuje takimi możliwościami. Żadne przepisy - w tym względnie, nie narzucają takiego obowiązku na zamawiającego. Zamawiający opisując w dokumentacji przetargowej warunki związane ze sposobem utworzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych kierował się zadaniem własnym gminy do którego należy w szczególności tworzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, w tym wskazując miejsca, w których mogą być prowadzone zbiórki zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego pochodzącego z gospodarstw domowych.

Istotą utworzenia PSZOK jest umożliwienie mieszkańcom bezpłatnego przekazania tzw. odpadów problemowych.

Jak określa art. 3 ust. 2b ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020r., poz. 1439) gmina również zobowiązana jest do utworzenia co najmniej jednego stacjonarnego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych, samodzielnie lub wspólnie z inną gminą lub gminami.

Zamawiający wszczynając postępowanie przetargowe dążył do utworzenia stacjonarnego PSZOKu samodzielnie, powierzając wykonanie tego zadania wykonawcy, wyłonionego w drodze niniejszego postępowania przetargowego. Zorganizowanie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych wiąże się z podjęciem przez wykonawcę szeregu prac adaptacyjnych oraz uzyskaniem stosowanych zezwoleń. Czas jaki zamawiający przewidział na uruchomienie PSZOKu to termin 4 m-cy od dnia podpisania umowy, który zdaniem zamawiającego jest terminem wystarczającym na zorganizowanie PSZOK-u, w sposób który uczyni zadość wymogom ustawowym, uwzględniając termin realizacji świadczenia usługi tj. okres roczny od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. Odnosząc się do zbyt krótkiego terminu uruchomienia PSZOK- zamawiający nie może zgodzić się z argumentacją przedstawioną przez odwołującego w której stwierdza cyt: 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, które również trwają co najmniej 2-3 miesiące). Zamawiający uważa, że termin 4 miesięcy, przy rocznej umowie, jest jak najbardziej możliwy do spełnienia.

W związku z powyższym zamawiający nie zgodził się z zarzutami wykonawcy dotyczącymi nieuprawnionych zapisów instytucji PSZOK-u. Zamawiający określając przedmiot zamówienia określił potrzeby gminy w tym względzie. Nie można narzucić zamawiającemu, aby nabywał usługi w kształcie, w którym nie będą one zabezpieczać jego potrzeb.

W dniu 21 października 2020r. odwołujący złożył oświadczenie o cofnięciu odwołania w części nieuwzględnionej przez zamawiającego.

Izba w dniu 21 października 2020r. otworzyła posiedzenie niejawnie z udziałem stron, na które stawil się pełnomocnik odwołującego, nie stawil się natomiast zamawiający prawidłowo o terminie powiadomiony. Izba poinformowała odwołującego, że zamawiający nie złożył stawiska procesowego w przedmiocie tego, czy uwzględnić odwołanie w części wynikającej z treści odpowiedzi na odwołanie z dnia 16 października 2020r. W konsekwencji Izba postanowiła odroczyć posiedzenie bezterminowo do czasu uzyskania stanowiska procesowego zamawiającego.

W dniu 21 października 2020r. zamawiający złożył pismo, w którym oświadczył, że uwzględnić odwołanie w części tj. w zakresie wskazanym w piśmie z dnia 16 października 2020r. (tj. odpowiedzi na odwołanie). Jednocześnie zamawiający wskazał, że otrzymał oświadczenie odwołującego o wycofaniu odwołania i akceptuje je.

#### **Izba zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania określone w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy.

Zgodnie z art. 186 ust. 3a ustawy w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego części zarzutów przedstawionych w odwołaniu i wycofania pozostałych zarzutów przez odwołującego, Izba może umorzyć postępowanie na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, którzy przystąpili do postępowania po stronie wykonawcy, pod warunkiem że w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego nie przystąpił w terminie żaden wykonawca albo wykonawca, który przystąpił po stronie zamawiającego nie wniósł sprzeciwu wobec uwzględnienia części zarzutów. W takim przypadku zamawiający wykonuje, powtarza lub unieważnia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu w zakresie uwzględnionych zarzutów.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny nadaje się do subsumpcji pod przytoczoną normę prawną. Zamawiający oświadczył, że częściowo uwzględnić zarzuty odwołania, a odwołujący częściowo cofnął odwołanie w części nieuwzględnionej. Do postępowania odwoławczego nikt nie przystąpił. W konsekwencji tego stanu faktycznego Izba umorzyła postępowanie.

Stosownie do art. 186 ust. 6 pkt. 1 koszty postępowania Izba wzajemnie zniósła. Natomiast zgodnie z § 5 ust. 2 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 41 poz. 238 ze zm. z 2016r. pod. 47) Izba orzekła o dokonaniu zwrotu odwołującemu z rachunku Urzędu kwoty uiszczony tytułem wpisu.

**Przewodniczący:** .....