

Sygn. akt: KIO 2350/20

**WYROK**  
z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w 21 września 2020 r. przez wykonawcę KOMA Olsztyn Sp. z o.o., ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez Miasto i Gminę Lubowidz, ul. Zielona 10, 09-304 Lubowidz

orzeka:

1. umarza postępowanie w zakresie zarzutu dotyczącego zobowiązania wykonawcy w Roz. V pkt 10 OPZ oraz § 3 ust. 7 wzoru umowy (zał. nr 3 do SIWZ) do osiągnięcia poziomów recyklingu na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, pomimo że w/w akt prawny w § 1 określa, że będzie miał zastosowanie do 31.12.2020 r. a zatem będzie nieaktualny do przedmiotowego zamówienia ponieważ to rozpoczyna się od 01.01.2021 r., z uwagi na jego uwzględnienie.

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

3. kosztami postępowania obciąża KOMA Olsztyn Sp. z o.o., ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę KOMA Olsztyn Sp. z o.o., ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn tytułem wpisu od odwołania,

3.2. zasądza od KOMA Olsztyn Sp. z o.o., ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn e na rzecz Miasta i Gminy Lubowidz, ul. Zielona 10, 09-304 Lubowidz kwotę 3 770 zł 97 gr (słownie: trzy tysiące siedemset siedemdziesiąt złotych dziewięćdziesiąt trzy grosze) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986 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 Płocku.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 2350/20

**Uzasadnienie**

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbiór i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych na terenie Miasta i Gminy Lubowidz.” zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych Nr 584542 - N - 2020, data zamieszczenia 14.09.2020 r. przez Miasto i Gmina Lubowidz, ul. Zielona 10, 09-304 Lubowidz zwane dalej: „Zamawiającym”. Tego samego dnia zamieszczono postanowienia Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ” na stronie internetowej Zamawiającego.

W dniu 21.09.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) KOMA Olsztyn Sp. z o.o, ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn zwany dalej: „KOMA Olsztyn Sp. z o.o.” albo „Odwołującym” wniosła odwołanie na w/w czynność z 14.09.2020 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał 21.09.2020 r. (e-mailem). Zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w związku z § 3 ust. 1 pkt 5, 6, 7, 10, 11 i 12 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz, stanowiącego załącznik do Uchwały nr 65/VII/2019 Rady Miejskiej w Lubowidzu z dnia 17 czerwca 2019 r. poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami, tj. przez pominięcie w zakresie przedmiotu zamówienia (tj. w szczególności w Roz. 3 pkt 2 lit b SIWZ, formularz ofertowy stanowiący załącznik do SIWZ, Roz. I pkt 2 lit. b OPZ stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ, § 8 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ) odbioru następujących frakcji odpadów:

- odpady ulegające biodegradacji,
- popiół i żużel,
- odpady zielone,

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
- meble i inne odpady wielkogabarytowe,
- zużyte opony, w sytuacji gdy art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakazując

wójtowi/burmistrzowi/prezydentowi miasta udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych nie przewiduje udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie jedynie części odpadów komunalnych, 2) art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy w Roz. V pkt 10 OPZ oraz § 3 ust. 7 wzoru umowy (zał. nr 3 do SIWZ) do osiągnięcia poziomów recyklingu na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, pomimo że w/w akt prawny w § 1 określa, że będzie miał zastosowanie do 31.12.2020 r. a zatem będzie nieaktualny do przedmiotowego zamówienia ponieważ to rozpoczyna się od 01.01.2021 r. Wnosił o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian w SIWZ poprzez:

- objęcie zamówieniem na odbiór i zagospodarowanie wszystkich odpadów komunalnych tj. zmianę SIWZ w szczególności w Roz. 3 pkt 2 lit b SIWZ, formularz ofertowy stanowiący załącznik do SIWZ, Roz. I pkt 2 lit. b OPZ stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ, § 8 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego zał. nr 3 do SIWZ i dodanie w nich pozostałych frakcji odpadów komunalnych powstających w gminie tj. odpadów ulegających biodegradacji, popiołu i żużla, odpadów

zielonych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opony,

- zmodyfikowanie postanowień z Roz. V pkt 10 OPZ oraz § 3 ust. 7 wzoru umowy (załącznik nr 3 do SIWZ) poprzez usunięcie lub zastąpienie Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia, dalszych postanowieniach SIWZ oraz załącznikach do SIWZ, względnie

3) unieważnienie postępowania,

4) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz:

- Uchwały Nr 65/VII/2019 Rady Miejskiej w Lubowidzu z dnia 17 czerwca 2019 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz - pisma Koma Działdowo Sp. z o.o. z dnia 17.08.2020 r. w Mieście i Gminie Lubowidz obowiązuje Regulamin Utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz przyjęty Uchwałą nr 65/VII/2019 Rady Miejskiej w Lubowidzu z dnia 17 czerwca 2019 r. Miasto i Gmina Lubowidz postanowiła w § 3 ust. 1, że odpady komunalne z gminy będą zbierane selektywnie wg. podziału na:

1) papier, w tym tektura, odpady opakowaniowe z papieru i odpady opakowaniowe z tektury, 2) metale, w tym odpady opakowaniowe z metali,

3) tworzywa sztuczne, w tym odpady opakowaniowe tworzyw sztucznych, odpady opakowaniowe wielomateriałowe,

4) szkło, w tym odpady opakowaniowe ze szkła,

5) odpady komunalne ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów,

6) popiół i żużel,

7) odpady zielone, Dziennik Urzędowy Województwa Mazowieckiego - 4 - Poz. 7789

8) przeterminowane leki i chemikalia,

9) zużyte baterie i akumulatory,

10) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,

11) meble i inne odpady wielkogabarytowe,

12) zużyte opony,

13) odpady budowlane i rozbiórkowe (w tym okna) stanowiące odpady komunalne,

W § 3 ust. 3 i następane uchwały, a także w kolejnych § uchwały ustalono zasady odbioru tych odpadów. We wskazanym postępowaniu zakres zamówienia publicznego (przedmiot) został określony w Roz. 3 SIWZ, do którego dostosowano pozostałe zapisy dokumentacji postępowania a w szczególności: formularz ofertowy stanowiący zał. do SIWZ, Roz. I pkt 2 lit. b OPZ stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ, § ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu nie został zawarty odbiór i zagospodarowanie następujących odpadów:

- odpady ulegające biodegradacji,

- popiół i żużel,

- odpady zielone,

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,

- meble i inne odpady wielkogabarytowe,

- zużyte opony, pomimo, że te rodzaje odpadów komunalnych przewidziane są w Regulamin Utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz i muszą zostać odebrane od właścicieli nieruchomości a ich odbiór nie został uwzględniony w przedmiocie zamówienia.

Pismem z 17.08.2020 r. (jeszcze przed wszczęciem postępowania) Koma Działdowo Sp. z o.o. zwracała uwagę Zamawiającemu, że jego zamierzenie wyłączenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego niektórych odpadów frakcji i odbieranie ich we własnym zakresie jest niezgodne z obowiązującymi przepisami prawa.

Dnia 01.09.2020 r. Zamawiający ogłosił przetarg na zakup używanego pojazdu do wywozu odpadów, w terminie składania ofert wpłynęła jednak oferta.

Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010), dalej: „upcg” „wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów” Zamówienie może być także udzielone trybach przewidzianych w Pzp lub w formule „in-house”, na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp, w ramach realizacji zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego związanych z gospodarką komunalną, także w zakresie odbierania lub odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. W przypadku skorzystania z formuły „in-house” zamówienie to musi być powierzone spółce komunalnej, powołanej do realizacji konkretnego celu, w tym przypadku m.in. do odbierania lub odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Przepisy nie przewidują, że zadanie własne, określone w art. 3 upcg, gminy mogą realizować z użyciem bezpośrednio pracowników urzędu, bądź zakładów budżetowych. Wyjątek stanowi możliwość prowadzenia samodzielnie przez gminę punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), na prowadzenie którego gmina nie jest zobowiązana uzyskać zezwolenie na zbieranie odpadów (art.45 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, Dz.U. z 2020 r. poz. 797). Pomimo powyższych zapisów, z których wynika obowiązek Zamawiającego udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych Zamawiający wyłączył odbiór części odpadów komunalnych powstających w jego gminie z zamówienia publicznego i zamierza odbierać je samodzielnie o czym dowodzi ogłoszenie postępowania na zakup używanego pojazdu do odbioru odpadów komunalnych.

Wyłączenie frakcji:

- odpady ulegające biodegradacji,

- popiół i żużel,

- odpady zielone,

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,

- meble i inne odpady wielkogabarytowe,

- zużyte opony, z postępowania prowadzonego przez Zamawiającego o udzielenie zamówienia publicznego jest niezgodne z przywołanym wyżej art. 6d ust. 1 upcg, a w związku z tym opis przedmiotu zamówienia dokonany przez Zamawiającego pozostaje w sprzeczności z art. 29 ust. 1 Pzp ponieważ nie uwzględnia zakresu przewidzianego dla tego zamówienia w przepisach szczególnych tj. w upcg. Dodatkowo Zamawiający wyłączając poszczególne frakcje odpadów utrudnia Wykonawcy osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, za których nieosiągnięcie Zamawiający przewidział karę umowną w § 12 ust. 1 lit c wzoru umowy.

Kwestią dopuszczalności samodzielnego odbioru odpadów komunalnych przez samorząd gminny dwukrotnie zajmował się Trybunał Konstytucyjny. Po raz pierwszy w wyroku wydanym 28 listopada 2013 r. (Wyrok TK z 28 listopada 2013 r., K 17/12, OTK-A 2013, nr 8, poz. 125), Trybunał stwierdził, że w świetle art. 6d ust. 1 i 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego. Zdaniem TK ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi lex specialis względem ustawy o gospodarce komunalnej. Gminna jednostka organizacyjna będzie mogła

odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jedynie w przypadku, gdy zostanie wyłoniona w drodze przetargu. Oznacza to, że aby przystąpić do przetargu, będzie musiała przekształcić się w spółkę prawa handlowego. Art. 6e został sformułowany kategorycznie, a prawodawca nie przewidział w tym zakresie żadnych wyjątków. Przyjęcie odmiennej argumentacji prowadziłoby w istocie do obejścia ustawy. Zawarte w o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odesłanie do Pzp w realizacji przetargu, o którym mowa w art. ust. 1 i art. 6e o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, stoi na przeszkodzie powierzeniu odbioru odpadów komunalnych samorządowym zakładom budżetowym. Wewnętrzny i administracyjny charakter stosunku łączącego zakład budżetowy i gminę wyklucza możliwość zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą zgodnie z definicją zamówienia publicznego. Podsumowując, TK stwierdził, że chociaż przepisy art. 6d i art. 6e o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ograniczają swobodę jednostek samorządu terytorialnego w wykonywaniu zadania własnego w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, to jednak mają uzasadnienie w Świecie konstytucyjnych norm i wartości oraz nie stanowią nadmiernej ingerencji prawodawczej. Artykuły 6d i 6e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach są zgodne z art. 16 ust. 2 zdanie drugie w związku z art. 166 ust. 1 Konstytucji RP. Po raz drugi TK zajął się tą problematyką w postanowieniu z dnia 26 lutego 2014 r. w pełnym składzie podzielił zasadnicze wnioski wyroku składu 5 sędziów wydanego dnia 28 listopada 2013 r. (Postanowienie TK z 26 lutego 2014 r., K 52/ 12, OTK-A 2014).

Odbiór i transport odpadów komunalnych jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292). Zgodnie z art. 9c ust. 1 upcg przedsiębiorca, odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązany jest do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne. Ponadto transport odpadów wymaga na podstawie art. 50 ust. 1 pkt 5 ppkt b ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach uzyskania wpisu do rejestru prowadzonego przez Marszałka województwa. Wpis umożliwia między innymi prowadzenie ewidencji odpadów z użyciem bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami. Brak dopełnienia tych obowiązków uniemożliwia wykonywanie czynności z zakresu odbioru i transportu odpadów komunalnych. Wpisy do w/w rejestrów w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych uzyskać mogą wyłącznie przedsiębiorcy, nie może go uzyskać gmina.

Podmioty realizujące usługi odbioru odpadów komunalnych zobowiązane są również do spełnienia wymagań określonych 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), do których należy między innymi posiadanie odpowiednio wyposażonej bazy magazynowo-transportowej, posiadanie co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej dwóch pojazdów przystosowanych do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, a także co najmniej jednego pojazdu do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej oraz spełnienia wielu innych, dodatkowych wymagań technicznych i organizacyjnych, których Miasto i Gmina Lubowidz nie spełnia.

W kwestii zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy do osiągnięcia poziomów recyklingu wg. zasad określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów komunalnych, zauważyć należy że § 1 tego aktu prawnego, przewiduje że ma on zastosowanie do 31.12.2020 r. a zatem będzie nieaktualny do przedmiotowego zamówienia ponieważ to rozpoczyna się od 01.01.2021 r. Niejasne zasady zawarte w dokumentacji w zakresie osiągnięcia przez Wykonawcę poziomów recyklingu, mają o tyle kluczowe znaczenie, że wzór umowy § 12 ust. 1 lit c przewiduje kary umowne za ich nieosiągnięcie. Powyższe świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 29 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Zamawiający w dniu 22.09.2020 r. (na stronie internetowej Zamawiającego) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenie przystąpienia nie miało miejsca.

W dniu 07.10.2020 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP), a 09.10.2020 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp odpowiedź na odwołanie, w której częściowo uwzględniło odwołanie, a częściowo oddalił. Kopia została przekazana Odwołującemu. Stwierdził, że wnosi o:

1. oddalenie odwołania w części dotyczącej zarzutu naruszenia art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z § 3 ust. 1 pkt 5, 6, 7, 10, 11, 12 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz poprzez niezgodne z wymienionymi przepisami dokonanie opisu przedmiotu zamówienia jako bezzasadnego,
2. przeprowadzenie dowodów z dokumentów wymienionych w odpowiedzi na odwołanie,
3. o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Uwzględnia odwołanie w części dotyczącej nieprawidłowego określenia poziomów recyklingu, które zobowiązany będzie wykonawca począwszy od dnia 01.01.2021 r.

W pierwszej kolejności zaznaczył, że istotnie w SIWZ w zał. nr 3 omyłkowo powołano się na obecnie obowiązujące rozporządzenie określające poziomy wymagane poziomy recyklingu, zamiast na rozporządzenie wskazane przez Odwołującego, które będzie obowiązywało od 01.01.2021 r. Zamawiający niezwłocznie po otrzymaniu odwołania tj. w dniu 22.09.2020 r. zmienił zapisy specyfikacji o czym poinformował wykonawców publikując stosowne ogłoszenia.

Miasto i Gmina Lubowidz nie podziela natomiast argumentacji Odwołującego dotyczącej niewłaściwego, dokonanego w sprzeczności z art. 29 ust 1 Pzp orz art. 7 Pzp opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający opisując przedmiot zamówienia w SIWZ przestrzegając reguł opisanych tym przepisem. Przedmiot zamówienia opisuje się bowiem w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny, nie pozwalający na dowolną interpretację i nie powodujący naruszenia zasad uczciwej konkurencji. Zamawiający w sposób dokładny i precyzyjny wskazał wymogi dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych; rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości; standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska; określił zakres obowiązku prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem; szczegółowy sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów; instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane; szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zatem szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawierał wszystkie konieczne elementy jakich wymaga art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z art. 6 d zdaniem Zamawiającego nie można wyinterpretować zakazu wyłączenia niektórych frakcji odpadów, co próbuje wykazać Odwołujący. Art. 6 d ust. 4 pkt 2 ustawy wymaga bowiem jedynie wskazania jakie frakcje odpadów będą odbierane selektywnie od właścicieli

nieruchomości, co jednoznacznie wskazuje, że wyłączenie niektórych z nich nie jest zakazane a można nawet stwierdzić, że jest dozwolone. Biorąc pod uwagę treść tego przepisu Zamawiający wskazał, że usługą, której dotyczy postępowanie ma polegać na odbiorze: zmieszanych odpadów komunalnych, papieru, metali, tworzyw sztucznych, szkła, przeterminowanych leków i chemikaliów, baterii, akumulatorów, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych oraz odpadów budowlanych i rozbiórkowych. Taka konstrukcja opisu, zdaniem Zamawiającego, nie narusza w żaden sposób art. 29 ust. 1 Pzp czy art. 7 Pzp.

Nadmienił, że jak wskazała KIO w wyroku z 21.11.2019 r. jeżeli SIWZ nie przewiduje określonego zakresu przedmiotu zamówienia do realizacji i jest to świadoma decyzja Zamawiającego, a taka świadoma decyzja została podjęta w przedmiotowej sprawie, to nie można zarzucić mu naruszenia przepisu art. 29 ust. 1 Pzp (KIO 2244/19), co sugeruje Odwołujący. Ponadto jak wskazała Izba w tym samym orzeczeniu kognicja Izby ogranicza się jedynie do stwierdzenia naruszeń Pzp, a nie do oceny zachowania gmin na gruncie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Ponadto wskazują, że we wzorze umowy stanowiącej zał. nr 3 do SIWZ kara umowna będzie miała zastosowanie w przypadku nieosiągnięcia przez Wykonawcę wymaganego poziomu recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami frakcji odpadów obejmujących: papier, metale, tworzywa sztuczne i szkło (§ 12 ust. 2 lit. c umowy), zatem kara dotyczy frakcji, których zbieranie jest przedmiotem postępowania, nie ma tym samym racji Odwołujący zarzucając Zamawiającemu utrudnianie osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu przez przyszłego Wykonawcę.

**Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, zaś Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem.

Izba dopuściła także jako dowód dołączone do odwołania przez Odwołującego załączniki:

1) Uchwała Nr 65/VII/2019 Rady Miejskiej w Lubowidzu z dnia 17 czerwca 2019 r. w sprawie Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz;

2) pismo Koma Działdowo Sp. z o.o. z dnia 17.08.2020 r.

Izba dopuściła również jak dowód w sprawie załączone przez Zamawiającego wraz odpowiedzią na odwołanie:

1) Zmiana treści SIWZ z dnia 22.09.2020 r. wraz z potwierdzeniem publikacji na stronie internetowej Zamawiającego bip.uglubowidz.pl oraz na tablicy ogłoszeń Urzędu Miasta i Gminy w Lubowidzu;

2) Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia załącznik nr 8 do SIWZ;

3) Wzór umowy - załącznik 3 do SIWZ.

Dowodami w sprawie są również złożone przez Odwołującego na rozprawie:

•zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 02.10.2020 r. w postępowaniu na dostawę używanego pojazdu do wywozu odpadów komunalnych

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także złożone pisma procesowe w sprawie, tj. odpowiedź na odwołanie, stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów w zakresie których nie miało miejsce umorzenie z racji uwzględnienia, stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułował w odwołaniu następujące zarzuty naruszenia:

1) art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w związku z § 3 ust. 1 pkt 5, 6, 7, 10, 11 i 12 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Miasta i Gminy Lubowidz, stanowiącego załącznik do Uchwały nr 65/VII/2019 Rady Miejskiej w Lubowidzu z dnia 17 czerwca 2019 r. poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób niezgodny z powszechnie obowiązującymi przepisami, tj. przez pominięcie w zakresie przedmiotu zamówienia (tj. w szczególności w Roz. 3 pkt 2 lit b SIWZ, formularz ofertowy stanowiący załącznik do SIWZ, Roz. 1 pkt 2 lit. b OPZ stanowiącego zał. nr 8 do SIWZ, § 8 ust. 2 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 3 do SIW) odbioru następujących frakcji odpadów:

- odpady ulegające biodegradacji,

- popiół i żużel,

- odpady zielone,

- zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,

- meble i inne odpady wielkogabarytowe,

- zużyte opony, w sytuacji gdy art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakazując wójtowi/burmistrzowi/prezydentowi miasta udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych nie przewiduje udzielenia zamówienia na odbiór i zagospodarowanie jedynie części odpadów komunalnych,

2) art. 29 ust. 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp poprzez zobowiązanie wykonawcy w Roz. V pkt 10 OPZ oraz § 3 ust. 7 wzoru umowy (zał. nr 3 do SIWZ) do osiągnięcia poziomów recyklingu na zasadach określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 14 grudnia 2016 r. w sprawie poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami niektórych frakcji odpadów komunalnych, pomimo że w/w akt prawny w § 1 określa, że będzie miał zastosowanie do 31.12.2020 r. a zatem będzie nieaktualny do przedmiotowego zamówienia ponieważ to rozpoczyna się od 01.01.2021 r.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie do przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności Izba przywołuje stan faktyczny wynikający z treści odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje

Odnosnie do zarzutu pierwszego, Izba uznała w/w zarzut za podlegający oddaleniu.

Istota sporu sprowadzała się do tego, czy Zamawiający z zakresu przedmiotu zamówienia mógł wyłączyć określone frakcje, jak miało to miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. W ocenie Izby, generalnie brak jest przepisu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, jak i przepisu Pzp, który zakazywałby Zamawiającemu takich działań. Odnosząc się do wskazywanego na rozprawie przez Odwołującego przepisu dotyczącego podziału gminy na sektory, w

ocenie Izby nie oznacza to, że nie jest możliwy inny podział zamówienia także na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w konsekwencji wyłączenie określonych frakcji w ramach tego podziału. Przywołany art. 6 d ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku miał na celu przeciwdziałanie monopolizacji gminy, tj. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie całej gminy przez jeden podmiot. Podobnie przepisy w zakresie tzw. PSZOKU, czy też nieruchomości niezamieszkałych nie oznaczają, że nie jest możliwy inny podział zamówienia także na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, w konsekwencji wyłączenie określonych frakcji w ramach tego podziału. W konsekwencji, skoro nie ma przepisu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, a niewątpliwie nie jest nim ani art. 6 d ust. 1, jak i art. 6 d ust. 3, to należy zaistniały stan faktyczny rozpatrywać w kontekście przepisów Pzp, tj. art. 5 d ust. 1 Pzp, art. 36 aa Pzp, czy też art. 6 a Pzp. Niewątpliwie tak podział zamówienia na części lub też udzielenie zamówienia częściowego, czyli w częściach byłby dopuszczalny. Na obecnym etapie brak jest podstaw do kwestionowania przyszłych działań Zamawiającego co do wyłączonych frakcji. Zamawiający bowiem nie dokonał jeszcze żadnych czynności w tym zakresie. Trudno więc aktualnie wiarygodnie twierdzić, że Zamawiający nie zamierza udzielić zamówienia publicznego na wyłączone frakcje. Złożony dowód przez Odwołującego nie świadczy o tym, co zamierza, nie złożono nawet postanowień SIWZ, z którego wynikałoby, do jakich odpadów, konkretnie frakcji miałyby być przeznaczony zakupiony pojazd i jakie jest jego docelowe przeznaczenie. Wszelkie wywody w tym zakresie nie zostały niczym wymiernym poparte. Zamawiający kilkakrotnie oświadczył, że nie ma wiedzy co do ewentualnego działania w przyszłości (gminy dopisek autora) w zakresie wyłączonych frakcji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnosnie do zarzutu drugiego został w/w zarzut przez Zamawiającego uwzględniony, co skutkowało umorzeniem odwołania w zakresie tego zarzutu, zgodnie z treścią sentencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. a i b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł oraz dojazdu na rozprawę (170, 97 zł), tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. a i b w/w rozporządzenia).

**Przewodniczący:**

.....