Sygn. akt:KIO 989/21

.....

WYROK

z dnia 20 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Chudzik

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2021 r. przez wykonawcę **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.Az siedzibą we Wrocławiu**,

w postępowaniu prowadzonym przez **Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego z siedzibą w Lesznie**,

orzeka:

1.Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1;

2.W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3.Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. i:

3.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2.zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4 350 zł 35 gr (słownie: cztery tysiące trzysta pięćdziesiąt złotych trzydzieści pięć groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł 00 gr) oraz dojazdu na rozprawę (750 zł 35 gr).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego– prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego.* Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 marca 2021 r. pod numerem 2021/S 053-133659.

W dniu 29 marca 2021 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji warunków zamówienia, zarzucając Zamawiającemu naruszenie przepisów:

1)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp i art. 29a ust. 1 ustawy o odpadach i art. 9e ust. 1 i 1c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez zobligowanie wykonawców w rozdziale III pkt 24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ) do odwożenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów;

2)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach, poprzez zobligowanie wykonawców w rozdziale III pkt 24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ) do odwożenia bioodpadów bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów;

3)art. 99 ust. 1, 2 i 4 w zw. z art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, poprzez zobligowanie wykonawców w rozdziale III pkt 24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ) do odwożenia odpadów zbieranych selektywnie (papier, tworzywa sztuczne i metale, szkło bezbarwne, szkło kolorowe, wielkogabaryty, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) bezpośrednio do instalacji komunalnych albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z

odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie dokonania modyfikacji treści specyfikacji warunków zamówienia poprzez:

- wykreślenie obowiązku przekazania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów poprzez dopuszczenie możliwości przekazania ich w terminie 3 dni roboczych od dnia, w którym nastąpił ich odbiór oraz wyraźne dopuszczenie możliwości przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach (rozdział III pkt 24 SOPZ);
- wykreślenie obowiązku przekazania odpadów zbieranych selektywnie (bioodpadów) bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy o odpadach w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów, poprzez dopuszczenie możliwości przekazania ich w terminie 3 dni roboczych od dnia, w którym nastąpił ich odbiór oraz wyraźne dopuszczenie możliwości przekazywania bioodpadów za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach (rozdział III pkt 24 SOPZ);
- wykreślenie obowiązku przekazania odpadów zbieranych selektywnie (papier, tworzywa sztuczne i metale, szkło bezbarwne, szkło kolorowe, wielkogabaryty, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) bezpośrednio do instalacji komunalnych albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy o odpadach w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów, jeżeli wykonawca posiada zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej i dopuszczenie możliwości przekazania ich do zagospodarowania w terminie, na jaki pozwala mu posiadana decyzja, jednakże nie później niż miesiąc po zakończeniu realizacji usługi objętej przedmiotem zamówienia (rozdział III pkt 24 SOPZ);
- określenie, że dopuszczalne jest odbieranie odpadów przez jednego z konsorcjantów i zbieranie ich na bazie magazynowo-transportowej drugiego z konsorcjantów, który posiada stosowne zezwolenie na zbieranie odpadów;
- dokonanie w dokumentacji przetargowej zmian będących konsekwencją ww. wniosków.

Odpady zmieszane

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III pkt 24 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 11 do SIWZ, dalej: SOPZ) Zamawiający zobligował wykonawcę po każdym wykonaniu usługi odbioru odpadów do odwożenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów.

Odwołujący podniósł, że opis przedmiotu zamówienia dokonany przez zamawiającego stanowi wypadkową uzasadnionych potrzeb zamawiającego oraz konieczności zachowania zasady uczciwej konkurencji przy opisie tych potrzeb, jednak w niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wskazał na szczególne okoliczności uzasadniające konieczność przekazania odpadów do zagospodarowania w tym samym dniu, w którym nastąpił ich odbiór. Zdaniem Odwołującego wystarczające w tym zakresie jest, by wykonawca zobligowany był bezwzględnie do przestrzegania norm powszechnie obowiązującego prawa, które dopuszczają przekazanie odpadów do zagospodarowania w terminie późniejszym.

W ocenie Odwołującego sposób świadczenia usługi wymagany przez Zamawiającego określony został w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Zasada proporcjonalności przewiduje, że uzasadnione potrzeby Zamawiającego mogą ograniczać krąg potencjalnych wykonawców oraz wpływać na zakres oferowanych przez nich usług, dostaw i robót budowlanych, jeżeli wynikają one z celu, dla którego podmiot zamawiający wszczyna określone postępowanie, cel ten jest nakierowany na realizację tychże potrzeb i w żaden inny sposób nie może zostać osiągnięty. Obowiązek przekazywania do zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych w tym samym dniu, w którym nastąpił ich odbiór, jest nadmierny i może utrudniać uczciwą konkurencję. Mamy bowiem do czynienia z potencjalnym uprzywilejowaniem wykonawców, którzy mają zawarte umowy lub porozumienia z instalacjami komunalnymi znajdującymi się w bezpośredniej bliskości gmin, z których następować ma odbiór odpadów lub z instalacjami komunalnymi, które mają wydłużone godziny pracy. Zamawiający ogranicza więc konkurencję poprzez zawężenie kręgu instalacji komunalnych, do których mogą zostać przekazane odebrane odpady. Odwołujący zaznaczył, że w rozdz. III pkt 1 SOPZ Zamawiający przewiduje, że odbiór odpadów będzie następował od poniedziałku do piątku w godzinach 6:00-21:00 oraz w soboty w godzinach 6:00-14:00. W soboty większość instalacji komunalnych jest czynna w godzinach 6:0014:00, co stawia wykonawcy ograniczenia co do możliwości świadczenia usługi odbioru odpadów w pełnym wymiarze godzin określonym w SOPZ.

Odwołujący wskazał, że w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w SIWZ Zamawiający zobowiązuje wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane odpady. Zatem to podmiot odbierający odpady komunalne wybiera i wskazuje w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady. Po zmianach w przepisach ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jakie miały miejsce w 2019 r., nastąpiło zniesienie regionalizacji, a wykonawca uzyskał prawie całkowitą swobodę w doborze instalacji, z którymi nawiązuje współpracę. Wybór instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady następuje na zasadach wolnorynkowych. W świetle ustawy możliwe jest więc przekazanie odpadów do instalacji położonych na terenie całego kraju, według założeń opracowanych przez wykonawcę. Jednakże nałożenie na wykonawcę obowiązku przekazania odpadów do zagospodarowania jeszcze w tym samym dniu, w którym nastąpił ich odbiór, znacząco ogranicza swobodę wykonawcy w zakresie doboru instalacji komunalnej, z którą zamierza on współpracować, co stanowi utrudnianie i ograniczanie konkurencji.

Odwołujący stwierdził, że dobór instalacji na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest elementem strategii biznesowej wykonawców działających w branży odpadowej. Koszt zagospodarowania odpadów stanowi bowiem istotny koszt działalności wykonawcy świadczącego usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, stąd dobór kontrahentów oferujących korzystne ceny i wysoką jakość usług decyduje o przewadze konkurencyjnej danego

przedsiębiorcy na rynku. Cena nie jest tu jedynym czynnikiem mającym znaczenie, trzeba mieć na uwadze obowiązek osiągania wymaganych poziomów recyklingu, dlatego też jakość świadczonych usług ma niezwykle istotne znaczenie w doborze kontrahentów. Odpowiednie rozeznanie rynku i nawiązanie współpracy z podmiotami spełniającymi wymagania, to efekt wieloletnich starań i negocjacji prowadzonych przez wykonawcę przez lata działalności na rynku odpadowym. Właściwy dobór instalacji, do których przedsiębiorca przekazuje odbierane odpady, ma kluczowe znaczenie dla jego polityki cenotwórczej, możliwości konkurowania na rynku, a w konsekwencji pozyskania określonego zamówienia. Odwołujący podkreślił, że istotnym czynnikiem ograniczającym możliwość zawarcia umowy przez instalację komunalną z każdym zainteresowanym współpracą wykonawcą, są ograniczone moce emisyjne poszczególnych instalacji. Nawiązując współpracę z instalacjami komunalnymi, wykonawca musi brać pod uwagę informacje dotyczące standardów emisyjnych danej instalacji, a także prognozowanych wielkości emisyjnych oraz innych warunków określanych w ramach działań protekcyjnych i prewencyjnych skradających się na ochronę środowiska. Nie każdy wykonawca jest więc w stanie zapewnić sobie umowę lub gwarancję odbioru całego strumienia odpadów z instalacją komunalną tak zlokalizowaną, że wykonawca będzie miał gwarancję przekazania do niej odpadów do zagospodarowania jeszcze w tym samym dniu. Przygotowując ofertę w niniejszym postępowaniu należy wziąć pod uwagę odległość poszczególnych instalacji od gmin, z których mają być odbierane odpady, a także czas niezbędny na przetransportowanie odpadów i zróżnicowane godziny, w jakich czynne są poszczególne instalacje.

Zdaniem Odwołującego takie opisanie przedmiotu zamówienia, z jakim mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu, może mieć wpływ na ograniczenie konkurencji, gdyż w istotny sposób ogranicza możliwość przekazywania odpadów do zagospodarowania w instalacjach oddalonych od gmin, z których odbierane mają być odpady, ale oferujących wysoką jakość usług i atrakcyjne stawki zagospodarowania odpadów. Tak sformułowany opis przedmiotu zamówienia ogranicza Odwołującego w możliwości zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacjach należących do spółek z tej samej grupy kapitałowej, a zlokalizowanych w Dąbrowie Górniczej i Chorzowie, w których ma możliwość zagospodarowania odpadów w konkurencyjnych stawkach.

Odwołujący zaznaczył, że w świetle art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej. Zdaniem Odwołującego słowa „bezpośrednio" nie można rozumieć jako bezwzględnego obowiązku przekazania odpadów bezpośrednio do instalacji komunalnej ani do obowiązku ich zagospodarowania jeszcze w tym samym dniu, w którym zostały odebrane. Ww. przepis dopuszcza bowiem przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych za pośrednictwem stacji przeładunkowej, o której mowa w art. 23 ust. 10 ustawy o odpadach. Stacja przeładunkowa może być prowadzona przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub prowadzącego instalację komunalną, lub prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów. Ponadto, wykonawca dysponować może zezwoleniem na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej, co umożliwia optymalizację kosztów świadczenia usługi. Takie sformułowanie opisu przedmiotu zamówienia, które zakłada brak możliwości przeładunku zmieszanych odpadów komunalnych i wprowadza obowiązek ich przekazania do zagospodarowania tego samego dnia, w którym nastąpił ich odbiór, narusza przepisy ustawy.

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III pkt 24 SOPZ Zamawiający dopuszcza, aby odpady były dostarczone w dniu następnym jedynie w wyjątkowych sytuacjach (awaria pojazdu), jednocześnie obligując wykonawcę do każdorazowego poinformowania o takiej sytuacji Zamawiającego w dniu awarii pojazdu drogą elektroniczną. Takie ukształtowanie SOPZ prowadzi do wniosku, że Zmawiający w sposób bardzo wąski interpretuje okoliczności uzasadniające możliwość przekazania odpadów do zagospodarowania w innym terminie, niż dzień odbioru odpadów. Literalna wykładnia tych postanowień nie przewiduje możliwości przekazania odpadów do zagospodarowania w innym terminie z innych przyczyn, np. z powodu awarii instalacji, krótszych godzinach pracy instalacji w okresach okołoświątecznych czy innych, losowych przyczyn, co stanowi nadmierne, nieproporcjonalne ograniczenie, zwłaszcza że w § 8 ust. 2 pkt 2.25 projektu umowy Zamawiający przewidział karę umowną za nieprzekazywanie odebranych odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnych lub instalacji odzysku lub unieszkodliwiania w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów, w wysokości 1000 zł za każdy dzień opóźnienia, z wyjątkiem sytuacji opisanej w Rozdziale III pkt 23 SOPZ.

<u>Bioodpady</u>

Odwołujący wskazał, że z art. 9e ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że bioodpady jako frakcja selektywnie zebranych odpadów komunalnych mogą zostać zagospodarowane poprzez przekazanie bezpośrednio do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów bądź poprzez przekazanie za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy o odpadach, o ile odpady te będą zbierane w stacji przeładunkowej prowadzonej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, prowadzącego instalację komunalną lub prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów. Tym samym aktualne pozostają uwagi dotyczące odpadów zmieszanych.

<u>Pozostałe odpady zbierane selektywnie</u>

Odwołujący wskazał, że w rozdziale III pkt 24 SOPZ Zamawiający stawia wymaganie, aby po każdym wykonaniu usługi odbioru odpadów zbieranych selektywnie (papier, tworzywa sztuczne i metale, szkło bezbarwne, szkło kolorowe, wielkogabaryty, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) wykonawca odwoził je bezpośrednio do instalacji komunalnych albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy o odpadach w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów. Wprawdzie względem tej kategorii odpadów Zamawiający dopuszcza, po uzgodnieniu z Zamawiającym, odwiezienie ich w późniejszym terminie, pod warunkiem, że wykonawca posiada zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej, ale – zdaniem Odwołującego – zapisy SOPZ w tym zakresie są nieprecyzyjne i budzą wątpliwości co do sposobu rozumienia pojęcia „uzgodnienie", jakim posługuje się Zamawiający. Nie jest jasne, na czym polegać ma uzgodnienie, w jakim terminie ma ono zostać dokonane ani w jaki sposób należy liczyć czas, w jakim wykonawca będzie mógł przekazać te odpady do zagospodarowania. Jest to okoliczność, która jest niezwykle istotna przy kalkulowaniu ceny ofertowej. Z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika także jednoznacznie, czy uzgodnienie z Zamawiającym może zostać dokonane jednorazowo na cały okres trwania umowy, czy też musi następować każdorazowo, jeżeli tylko

odwiezienie odpadów nie nastąpi w tym samym dniu, w którym nastąpił odbiór odpadów. Nie jest też jasne, czy samo posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie bazy magazynowo-transportowej stanowi wyłączną przesłankę, jaka musi zostać spełniona przez wykonawcę w celu uzyskania takiej prolongaty. Wydaje się, że jeżeli wykonawca posiada decyzję na zbieranie tych frakcji odpadów wystarczające powinno być powiadomienie Zamawiającego o późniejszym przekazaniu tych frakcji odpadów do zagospodarowania.

Jednocześnie Odwołujący podniósł, że choć w rozdziale 5 punkt 5 SWZ wyraźnie przewidziano, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, to zapisy rozdziału III punkt 24 SOPZ budzą wątpliwości, czy Zamawiający dopuszcza, aby na etapie realizacji przedmiotu zamówienia odbieranie odpadów realizowane było przez jednego z konsorcjantów, a następnie miało miejsce zbieranie odebranych odpadów na bazie magazynowo-transportowej drugiego z konsorcjantów posiadającego zezwolenie na zbieranie odpadów. Nie ma bowiem jasności, w jakich okolicznościach dokonane będzie uzgodnienie z Zamawiającym.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

W związku z tym, że postępowanie o udzielenie niniejszego zamówienia zostało wszczęte po 1 stycznia 2021 r., jest ono prowadzone na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 z późn. zm. (dalej: nowa ustawa Pzp).

Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 505 ust. 1 nowej ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na braku możliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia i w konsekwencji na jego nieuzyskaniu.

Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu oznaczonego w odwołaniu numerem 1, z uwagi na fakt, że Odwołujący złożył podczas posiedzenia Izby oświadczenie o wycofaniu tego zarzutu.

W zakresie zarzutów podtrzymanych odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych) oraz selektywnie zebranych, od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe lub inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe oraz z nieruchomości niezamieszkałych, których właściciele nie zawarli umowy na odbiór odpadów położonych na terenach gmin - uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego (rozdz. 3 pkt 1 SWZ).

W rozdz. III pkt 24 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 11 do SWZ) Zamawiający zamieścił następujące postanowienia:

Zamawiający żąda, aby po każdym wykonaniu usługi odbioru odpadów, Wykonawca odwoził:

− niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów,

− odpady zbierane selektywnie (bioodpady) bezpośrednio do instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów,

− odpady zbierane selektywnie (papier, tworzywa sztuczne i metale, szkło bezbarwne, szkło kolorowe, wielkogabaryty, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) bezpośrednio do instalacji komunalnych albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) w tym samym dniu, w którym następuje odbiór odpadów; Po uzgodnieniu z Zamawiającym dopuszcza się odwiezienie odpadów w późniejszym terminie pod warunkiem, że Wykonawca posiada zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo - transportowej.

W wyjątkowych sytuacjach (awaria pojazdu) Zamawiający dopuszcza, aby odpady były dostarczone w dniu następnym. Wykonawca o każdej sytuacji musi poinformować Zamawiającego w dniu awarii pojazdu drogą elektroniczną na adres e-mail go@kzgrl.pl

Zgodnie z art. 99 nowej ustawy Pzp:

ust. 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty.

ust. 2. Zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia wymagane cechy dostaw, usług lub robót budowlanych. Cechy te mogą odnosić się w szczególności do określonego procesu, metody produkcji, realizacji wymaganych dostaw, usług lub robót budowlanych, lub do konkretnego procesu innego etapu ich cyklu życia, nawet jeżeli te czynniki nie są ich istotnym elementem, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

ust. 4. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Art. 16 nowej ustawy Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny.

Zgodnie z art. 29a ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2013 r. o odpadach, podmiot odbierający odpady komunalne od

właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4.

Art. 23 ustawy o odpadach stanowi:

ust. 2. Zakazuje się zbierania poza miejscem wytwarzania:

1) pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania;

2) komunalnych osadów ściekowych;

3) zakaźnych odpadów medycznych;

4) zakaźnych odpadów weterynaryjnych;

5) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych;

6) bioodpadów stanowiących odpady komunalne.

ust. 10. Zakazu, o którym mowa w ust. 2, nie stosuje się do zbierania odpadów, o których mowa w ust. 2 pkt 5 i 6, w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

1)podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub

2)prowadzącego instalację komunalną, lub

3)prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów.

Stosownie do art. 9e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

ust. 1. Podmiot odbierający odpady komunalne na podstawie umowy z właścicielem nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości:

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

2)niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych bezpośrednio do instalacji komunalnej.

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

W ocenie Izby zaskarżone postanowienia SWZ nie naruszają przytoczonych wyżej przepisów ustawy Pzp, jak również ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

W pierwszej kolejności podkreślić należy, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy mające wpływ lub mogące mieć istotny wpływ na wynik postępowania lub niezgodność projektowanego postanowienia umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści SWZ, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

Następnie podkreślenia wymaga, że to zamawiający, jako nabywca zamawianych towarów, usług lub robót, jest uprawniony do określania swoich oczekiwań co do przedmiotu zamówienia i sposobu jego wykonania. Nie jest to oczywiście uprawnienie nieograniczone – w świetle przywołanych wyżej przepisów ustawy Pzp swoboda zamawiającego w określaniu cech produktów czy usług, które chce nabyć, jest ograniczona koniecznością zachowania w postępowaniu uczciwej konkurencji. Zatem z jednej strony określenie wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia należy do zamawiającego, który jest gospodarzem postępowania i przyszłym nabywcą określonych towarów czy usług. Z drugiej jednak strony niedopuszczalne jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, które ogranicza możliwość złożenia ofert, a które nie jest konieczne dla zaspokojenia racjonalnych i obiektywnie uzasadnionych potrzeb zamawiającego.

Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że konieczności zachowania uczciwej konkurencji nie można utożsamiać z nakazem umożliwienia złożenia oferty przez jak najszerszy krąg wykonawców, w oderwaniu od potrzeb zamawiającego. Okoliczność, że określone postanowienia SWZ uniemożliwiają lub utrudniają niektórym wykonawcom złożenie oferty albo stanowią pewną niedogodność czy zwiększają ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia, nie oznacza sama w sobie niezgodności takich postanowień z ustawą Pzp. O ile wymagania zamawiającego są uzasadnione jego usprawiedliwionymi potrzebami i nie naruszają powszechnie obowiązujących przepisów prawa, nie można ich skutecznie kwestionować w postępowaniu odwoławczym.

W rozpoznawanej sprawie Izba nie stwierdziła, aby zaskarżone postanowienia SWZ naruszały przepisy prawa.

Po pierwsze, brak jest podstaw do stwierdzenia niezgodności tych postanowień z przepisami regulującymi sposób postępowania z odpadami, tj. z przepisami ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Okoliczność, że przepisy prawa dopuszczają przekazanie określonych rodzajów odpadów nie tylko bezpośrednio do właściwej instalacji, ale też za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, nie oznacza niezgodności z tymi przepisami wymogu przekazania odpadów do instalacji w dniu ich odebrania.

Po drugie, Zamawiający przedstawił takie uzasadnienie wprowadzenia do OPZ zaskarżonych postanowień, które w ocenie Izby jest przekonujące i wykazuje, że istnieją obiektywnie uzasadnione potrzeby Zamawiającego w tym zakresie.

Jak wskazał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, wprowadzenie obowiązku przekazania bioodpadów oraz innych odpadów zbieranych selektywnie do instalacji w tym samym dniu, w którym nastąpił ich odbiór, miało na celu zapewnienie kontroli nad strumieniem odbieranych odpadów z uwzględnieniem wyrażonej w ustawie o odpadach zasady bliskości, wyrażonej w art. 20 ust. 2 ustawy o odpadach (który stanowi, że odpady, które nie mogą być przetworzone w

miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001r. – Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art.143 tej ustawy, do najbliżej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone). Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że zastosowanie takiego rozwiązania leży w interesie publicznym, pozwalając chociażby ograniczyć ryzyko związane ze spotykanym w praktyce manipulowaniem ilością odpadów przekazywanych do instalacji. Zamawiający zwrócił też uwagę na aspekt ekologiczny, wskazując, że zastosowane rozwiązanie pozwoli skrócić trasy konieczne do pokonania przy przekazywaniu odpadów.

W ocenie Izby brak jest podstaw do stwierdzenia, że zaskarżone wymagania ograniczą konkurencję w postępowaniu. Jak wskazał Zamawiający (a Odwołujący tej okoliczności nie zakwestionował), w odległości do 60 km i do 100 km od granicy Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego, mierzonej z uwzględnieniem takich miejscowości jak Leszno, Gostyń, Rawicz oraz Śmigiel, jest odpowiednio 7 i 20 instalacji komunalnych wskazanych w wojewódzkich planach gospodarki albo instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Wskazane przez Zamawiającego okoliczności pozwalają stwierdzić, że liczba instalacji zlokalizowanych w niewielkiej odległości od miejsca wykonywania usług pozwala na wykonanie zamówienia z uwzględnieniem wymogu przekazywania odpadów to instalacji w dniu ich odbioru, a profesjonalny wykonawca nie powinien mieć problemu z przygotowaniem oferty i realizacją zamówienia. Ponadto Zamawiający przedstawił jako dowód w sprawie oświadczenie Instalacji Komunalnej Zakładów Zagospodarowania Odpadów w Trzebani, że Odwołujący uzyskał promesę umowy na przyjmowanie odpadów w sytuacji, gdyby Odwołujący uzyskał zamówienie. Stanowi to dodatkowe potwierdzenie tego, że twierdzenia Odwołującego są nieuzasadnione, zwłaszcza że Odwołujący nie wykazał ani nawet nie uprawdopodobnił, aby istniało realne ryzyko braku dostępności instalacji w takiej odległości, która pozwoli wywiązać się z nałożonego przez Zamawiającego obowiązku.

W tej sytuacji należy stwierdzić, że zaskarżone postanowienia nie stanowią uprzywilejowania dla niektórych wykonawców ani nie ograniczają kręgu podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia i to zamówienie z powodzeniem wykonać. W szczególności zauważenia wymaga, że wybór instalacji, do której będą przekazywane odpady, nie ma żadnego wpływu na ocenę ofert, Zamawiający nie wprowadził bowiem kryterium oceny ofert dotyczącego odległości instalacji od miejsca odbioru odpadów.

Dodatkowo zauważenia wymaga, że wymóg przekazania odpadów do instalacji w dniu ich odbioru nie ma charakteru bezwzględnego, Zamawiający dopuścił bowiem w wyjątkowych sytuacjach (awaria pojazdu), aby odpady były dostarczone w dniu następnym, a jedynym warunkiem skorzystania z tej możliwości jest poinformowanie Zamawiającego w dniu takiej awarii. Ponadto, w odniesieniu do odpadów zbieranych selektywnie (papier, tworzywa sztuczne i metale, szkło bezbarwne, szkło kolorowe, wielkogabaryty, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) Zamawiający dopuścił – po uzgodnieniu z Zamawiającym – odwiezienie odpadów w późniejszym terminie pod warunkiem, że wykonawca posiada zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej. Powyższe możliwości łagodzą wymaganie w zakresie obowiązku przekazania odpadów do instalacji w tym samym dniu, w którym zostały odebrane. W szczególności zabezpiecza to wykonawcę na wypadek, gdy masa odpadów zbieranych selektywnie, zwłaszcza wielkogabarytowych, przekroczy możliwości transportowe w danym dniu.

Za niezasadny Izba uznała zarzut, że wymóg dokonania uzgodnienia w powyższym zakresie jest nieprecyzyjny. W ocenie Izby nie ma wątpliwości, że uzgodnienie takie wymaga przekazania przez wykonawcę informacji o zamiarze, miejscu i terminie zbierania odpadów, a jedynym określonym przez Zamawiającego warunkiem skorzystania z takiej możliwości jest posiadanie przez wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej. Skoro innych ograniczeń w tym zakresie Zamawiający nie wprowadził, należy stwierdzić, że spełnienie opisanych wyżej wymagań będzie równoznaczne ze zgodą Zamawiającego na przekazanie odpadów do instalacji w terminie późniejszym.

W ocenie Izby nie sposób podzielić stanowiska Odwołującego, jakoby postanowienia rozdziału III punkt 24 SOPZ budziły wątpliwości, czy Zamawiający dopuszcza, aby na etapie realizacji przedmiotu zamówienia odbieranie odpadów realizowane było przez jednego z konsorcjantów, a następnie miało miejsce zbieranie odebranych odpadów w bazie magazynowo-transportowej drugiego z konsorcjantów posiadającego zezwolenie na zbieranie odpadów. Odnosząc się do tego zarzutu Izba wskazuje na przepisy art. 58 ustawy Pzp, który stanowi m.in.:

- ust. 1: Wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia.
- ust. 4: W odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia w inny sposób niż w odniesieniu do pojedynczych wykonawców, jeżeli jest to uzasadnione charakterem zamówienia i proporcjonalne do jego przedmiotu.
- ust. 5. Przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający nie skorzystał z możliwości określonej w art. 58 ust. 4 ustawy Pzp, tj. nie określił innych wymagań związanych z realizacją przedmiotu zamówienia w odniesieniu do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W rozdz. 5 punkt 5 SWZ wyraźnie przewidziano, że przepisy dotyczące wykonawcy stosuje się odpowiednio do wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji, stosownie do art. 58 ust. 5 ustawy Pzp, konsorcjantów traktuje się analogicznie jak pojedynczych wykonawców. Nie może więc być wątpliwości, że dopuszczalne jest, aby odbieranie odpadów realizowane było przez jednego z konsorcjantów, a następnie miało miejsce zbieranie odebranych odpadów na bazie magazynowo-transportowej drugiego z konsorcjantów, Zamawiający nie ingeruje bowiem w sposób realizacji zamówienia przez konsorcjantów, w tym w podział zadań między nich.

Wobec powyższego odwołanie w zakresie zarzutów niewycofanych podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557, art. 574 i art. 575 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. a i b oraz § 8 ust. 2 z 2020 r. poz. 2437), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący:.....