

WYROK

Warszawa, dnia 10 maja 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 kwietnia 2024 r. przez wykonawcę Hydrogeotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Prażmów

orzeka:

zamraża postępowanie w zakresie zarzutów nr 1 i 4 w odniesieniu do żądań nr 1 (tj. dotyczącego pkt 8.1.4 SWZ) i nr 5 (tj. dotyczącego pkt 20 SWZ, pozycja 3 w tabeli) ze względu na ich wycofanie,

w pozostałym zakresie oddala odwołanie,

kosztami postępowania obciąża wykonawcę Hydrogeotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach i:

zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Hydrogeotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania zasądza od wykonawcy Hydrogeotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach na rzecz zamawiającego Gmina Prażmów kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt:KIO 1321/24

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Prażmów (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przetargu nieograniczonego pn.: „Usunięcie, odbiór i utylizacja szkodliwych odpadów z miejscowości Nowy Prażmów” (znak postępowania: ZAM.271.3.2024). Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 kwietnia 2024 r. pod numerem 3ead2faa-545d-49d2-8b93-c88b4a5609bd-01.

W dniu 18 kwietnia 2024 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu złożył wykonawca Hydrogeotechnika sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono wobec treści SWZ i jej załączników:

1. pkt 8.1.4 SWZ tj. określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez wskazanie, że w postępowaniu może wziąć udział wykonawca, który w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonywał usługi polegające na zagospodarowaniu odpadów w zakresie minimum 25% kodów odpadów wskazanych w pkt. 8.1. SWZ przy masie minimum 500 Mg tych odpadów łącznie – zakres zaskarżenia wyłuszczone;
2. pkt 8.1.2 SWZ tj. określenie warunków udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez wskazanie, że udział w postępowaniu może wziąć wykonawca, który posiada aktualną i obowiązującą decyzję zezwalającą na zagospodarowanie odpadów o kodach określonych w pkt 8.1.2. SWZ w ilości dla minimum 30 000 Mg/rok. — zakres zaskarżenia wyłuszczone;
3. pkt 4.2.10 OPZ (załącznik nr 9 do SWZ) tj. zamieszczenie w treści OPZ zapisów utrudniających uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców poprzez wymóg, aby Wykonawca zrealizował transport Odpadów bezpośrednio do instalacji ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania i niedopuszczenie możliwości zbierania przez Wykonawcę Odpadów w miejscach pośrednich tj. innych niż teren instalacji ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania;
4. pkt 20 SWZ, pozycja 3 w tabeli tj. zamieszczenie w kryteriach oceny ofert kryterium: „potencjał efektu ekologicznego”, które jest w istocie kryterium pozornym, a jednocześnie niemożliwym do rzetelnej weryfikacji przy ocenie ofert;

5. pkt 5 SWZ tj. postawienie nieracjonalnych i nadmiernych wymagań pozbawionych uzasadnienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, przy jednoczesnym zamieszczeniu w kryteriach oceny ofert kryterium: „skrócony termin realizacji”, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców narażając ich niemożność zrealizowania zamówienia w terminie i narażenie na konieczność zapłaty kar umownych i w efekcie pomniejszenie ich wynagrodzenia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 112 ust. 1, art. 112 ust. 2 pkt 2 i 4 ustawy Pzp, poprzez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej oraz posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy,

2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp – poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w tym obowiązków wykonawcy w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz zasady równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości;

3. art. 240 ustawy Pzp – poprzez wprowadzenie jako kryterium oceny ofert (Potencjał efektu ekologicznego) kryterium opisanego w sposób niejednoznaczny i niezrozumiały, uniemożliwiającego weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach, co w konsekwencji bezzasadnie zawęży krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia zmian w treści ogłoszenia oraz SWZ i jej załącznikach polegających na:

1. zmianie warunku udziału dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej wykonawcy poprzez wskazanie, że warunek ten zostanie spełniony w przypadku wykonania przez wykonawcę usług polegających na usunięciu i zagospodarowaniu u uprawnionych podmiotów odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne w ilości min. 2000 Mg;

2. zmianie warunku udziału dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej poprzez wskazanie, że warunek ten zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże się posiadaniem wpisu do Bazy Danych o Produktach i Opakowaniach oraz o Gospodarce Opakowaniami (dalej: BDO);

3. wykreśleniu z OPZ wymogu, aby Wykonawca zrealizował transport Odpadów bezpośrednio do instalacji ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania i niedopuszczenie możliwości zbierania przez Wykonawcę Odpadów w miejscach pośrednich tj. innych niż teren instalacji ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania;

4. zmianie terminu wykonania zadania w ten sposób, że:

- w terminie 6 miesięcy od daty podpisania Umowy Wykonawca zobowiązany będzie usunąć z hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwiania ostatecznego co najmniej 50% wagi Odpadów znajdujących się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości 1 000 Mg odpadów;

- w terminie kolejnych 6 miesięcy od daty podpisania Umowy Wykonawca zobowiązany będzie usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwiania ostatecznego wszystkie pozostałe odpady znajdujące się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie;

5. wykreśleniu kryterium: „potencjał efektu ekologicznego” jako jednego z kryteriów oceny ofert i dokonanie stosownych zmiany wag pozostałych kryteriów oceny ofert.

Odwołujący wskazał, że posiada interes prawny we wniesieniu niniejszego odwołania albowiem jest zainteresowany złożeniem oferty w postępowaniu, a zaskarżone postanowienia SWZ mogą mu utrudnić uczciwe konkurowanie z innymi wykonawcami na równych zasadach i w efekcie poniesienie szkody wskutek niezyskania zamówienia mimo posiadanych możliwości jego należytej realizacji i niezbędnego doświadczenia oraz zasobów rzeczowych i finansowych.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał w dniu 8 kwietnia 2024 r. (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 18 kwietnia 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Uzasadniając zarzut nr 1 (zgodnie z przyjętą przez Odwołującego kolejnością w uzasadnieniu odwołania) dotyczący żądania nr 1 Odwołujący wskazał, że ograniczenie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia jedynie do zagospodarowania odpadów przez uprawnione podmioty (czyli w przyjęciu odpadów na instalację termicznego przekształcania lub na wydzieloną kwaterę składowiska) nie umożliwia oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w zakresie procedur wcześniejszych tj. tych poprzedzających zagospodarowanie na instalacji.

W odniesieniu do zarzutu nr 2 dotyczącego żądania nr 2, Odwołujący podniósł, że Zamawiający postawił

nieproporcjonalny warunek udziału dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji (pkt 8.1.2 SWZ). Odwołujący przywołał przy tym treść pkt 8.1.4 SWZ, 11.4.1 SWZ, pkt 7.2 OPZ oraz par. 10 ust. 15 wzoru umowy. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, nie ma podstawy do żądania spełnienia warunku posiadania przez wykonawcę „własnej” decyzji na zagospodarowanie odpadów czy też np. pozwolenia zintegrowanego, skoro na etapie składania oferty nie jest wiadome ani pod jakimi kodami będzie można odebrać odpady z hali, ani na jakiej instalacji będzie można dokonać ich unieszkodliwienia lub odzysku, a Zamawiający dopuszcza ich zagospodarowanie na dowolnej instalacji w ramach podwykonawstwa. Można zatem postawić pytanie po co wykonawcy „własna” decyzja, skoro i tak może jej w ogóle w trakcie realizacji zamówienia wykorzystać, a w całości posłużyć się podwykonawcami i ich decyzjami. Nie jest jasne również, na jakiej podstawie Zamawiający, bez dokonania jakiejkolwiek analizy własnej odpadów określił kody odpadów. Przedkładana przez niego opinia została sporządzona na potrzeby innego postępowania, jest też opinią sprzed dwóch lat i nie ma żadnej pewności, że zachowuje aktualność. W myśl art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach to wykonujący usługę usuwania jest wytwórcą odpadów i to on określa kody odpadów. Odwołujący przywołał dalej treść pkt 4.2 OPZ. W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że zapisy SWZ jednoznacznie wskazują, że ostateczna identyfikacja kodów odpadów objętych zamówieniem należy do wykonawcy. Jeśli zatem to na wykonawcy ciąży obowiązek nadawania kodów odpadom wywożonym z hali, to nie ma żadnych merytorycznych ani ustawowych przesłanek do tego, aby Zamawiający mógł żądać posiadania decyzji w zakresie przetwarzania jakiegokolwiek kodu odpadów. Nie jest to bowiem konieczne do osiągnięcia zamierzonego celu jakim jest należyte wykonanie prac związanych z usunięciem, transportem i przekazaniem odpadów do zagospodarowania uprawnionym podmiotom, także podwykonawcom. Z dotychczasowych doświadczeń Odwołującego jako podmiotu, który zajmuje się usuwaniem „bomb ekologicznych” wynika, że odpady te klasyfikowane są zwykle pod kilkoma kodami, w tym głównie: 16 81 01*, 16 03 03*, 16 03 05*, 16 10 01*. Stawiany przez Zamawiającego wymóg prowadzi natomiast do oligopolizacji rynku usług związanych z usuwaniem „bomb ekologicznych”, ponieważ umożliwia dostęp do zamówienia jedynie dużym przedsiębiorcom posiadającym własne instalacje mające technologiczne możliwości zagospodarowania odpadów niebezpiecznych o zróżnicowanych kodach i skutecznie eliminując małe i średnie firmy, które nie posiadają własnych instalacji lub składowisk odpadów niebezpiecznych, na których mogą unieszkodliwić wszystkie kody wskazane przez Zamawiającego. Tymczasem te ostatnie firmy, działając na rynku od wielu lat, posiadają odpowiednią wiedzę i doświadczenie w klasyfikacji odpadów oraz wykonywaniu prac polegających na usunięciu nielegalnie zgromadzonych i magazynowanych odpadów w postaci „bomb ekologicznych”, częstokroć w znacznie większych ilościach niż w przedmiotowym zamówieniu oraz unieszkodliwieniu ich na instalacjach zarządzanych przez podmioty, z którymi posiadają zawarte umowy, które gwarantują przyjęcie i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości (zgodnie z zapisami pkt 7.2. OPZ). Odwołujący podniósł też to, że warunek udziału w postępowaniu, tj. żądanie przedstawienia decyzji na zagospodarowanie odpadów w ilości 30.000 Mg/rok jest niezgodny z zasadą proporcjonalności w zamówieniach publicznych, ponieważ jest zbyt wygórowany i nadmierny.

W zakresie zarzutu nr 3 odnoszącego się do żądania nr 3, Odwołujący wskazał, że Zamawiający wprowadził zapisy, które dotyczą sposobu wykonywania prac objętych przedmiotem zamówienia. Przy formułowaniu wymogów w ramach OPZ obowiązkiem Zamawiającego jest stosować zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, która wyraża nakaz powstrzymywania się od nieuzasadnionego obiektywnymi względami preferowania – bezpośrednio lub pośrednio – poszczególnych wykonawców. Tym samym oznacza również zakaz dyskryminowania poszczególnych wykonawców oraz nieuzasadnionego ograniczania kręgu dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący przywołał przy tym treść pkt 6 OPZ. Odwołujący podnosił też, że żaden prawnie chroniony interes Zamawiającego nie dozna uszczerbku jeśli usuwane odpady nie będą poddane de facto natychmiastowej utylizacji. Miejsca przeznaczone do zbierania odpadów posiadają wizyjny system kontroli miejsc magazynowania, bezpieczny system przeciwpożarowy oraz wymagane decyzje środowiskowe, dlatego są znacznie bardziej przystosowane do przepakowania odpadów niż miejsca nielegalnego składowania tychże odpadów. Gwarantują bezpieczeństwo i sprawną organizację pracy podczas segregacji odpadów, w tym podczas rozdzielania odpadów ze względu na właściwości fizyko-chemiczne, stan skupienia (rozdzielenie frakcji stałych i płynnych) oraz prawidłową identyfikację i nadanie odpowiednich kodów odpadom. Zapisy wprowadzone przez Zamawiającego w OPZ (tj. niedopuszczenie przez Zamawiającego możliwości zbierania odpadów w miejscach pośrednich w celu ich konfekcji, a następnie ich przewiezienia do instalacji ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania) utrudniają uczciwą konkurencję i bezzasadnie zawężają krąg potencjalnych wykonawców, mogących złożyć oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, poprzez eliminację podmiotów zagranicznych posiadających własne instalacje do zagospodarowania odpadów poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz polskie małe i średnie przedsiębiorstwa, które posiadają podpisane umowy na odbiór odpadów z podmiotami posiadającymi instalacje poza terytorium

Rzeczypospolitej Polskiej i mogłyby zagospodarować odpady w zagranicznych spalarniach. Godzi się także wskazać na to, że możliwość uzyskania zgody na przewóz odpadów poza granice Polski jest poprzedzona bardzo skomplikowanymi procedurami związanymi z uzyskaniem pozwolenia na transgraniczny przewóz odpadów. Proces jest długotrwały, a minimalny czas uzyskania notyfikacji to 2-3 miesiące. Ze względu na fakt, że niniejsze postępowanie zakłada bardzo krótki termin jego realizacji, nie jest możliwe uzyskanie pozwolenia na wywóz odpadów do spalarni zagranicznych i zrealizowanie zamówień z gwarancją ich terminowego wykonania. Dopuszczając do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy posiadają decyzje na zbieranie odpadów i ich czasowe magazynowanie, Zamawiający zwiększa konkurencyjność zamówienia, ponieważ wykonawcy mogą uzyskać zezwolenie na wywóz części odpadów pochodzących z „bomb ekologicznych”, w tym o międzynarodowych kodach: 16 03 03*, 16 03 05*, poza terytorium Polski z miejsc ich zbierania. Umożliwiłoby to im szybki wywóz odpadów z miejsca ich przetrzymywania na terenie hali, bez konieczności oczekiwania na wydanie zezwolenia na transgraniczny transport odpadów dopiero po podpisaniu umowy z zamawiającym oraz podejmowania ogromnego ryzyka niewykonania przedmiotu zamówienia w terminie umownym, przy zastrzeżeniu przez Zamawiającego drakońskich wręcz kar umownych. Odwołujący wskazał, że ograniczanie kręgu potencjalnych wykonawców do spalarni w Polsce, które nie muszą uzyskiwać zezwolenia na wywóz odpadów za granicę, prowadzi do sytuacji, w których polskie spalarnie, nie posiadające wystarczających mocy przerobowych, oferują wykonanie zagospodarowania odpadów po znacznie wyższych cenach, niż spalarnie zagraniczne. Przyjęte przez Zamawiającego zapisy prowadzą więc do realnego i bezpośredniego zagrożenia brakiem możliwości ich zagospodarowania i prowadzi do nieuniknionej sytuacji, w której nieliczne spalarnie odpadów w Polsce, nieposiadające wystarczających zasobów (pojemności piecowych) do likwidacji nielegalnie zgromadzonych w różnych miejscach w Polsce odpadów, nie będą w stanie przyjąć na instalacje i unieszkodliwić tak ogromnej ilości odpadów z bomb ekologicznych. „Bomby ekologiczne”, które stwarzają zagrożenie dla zdrowia i życia ludzi oraz środowiska naturalnego, należy usuwać w jak najszybszym tempie z miejsc ich nielegalnego przetrzymywania, jak dzieje się to w przypadku hali. Konieczne jest zatem zapobieżenie stosowaniu przez Zamawiającego praktyki ograniczającej konkurencję, polegającej na próbie stworzenia dla działających w Polsce spalarni odpadów niebezpiecznych dominującej lub uprzywilejowanej pozycji rynkowej, która stworzy im możliwość działania na rynku w znacznym zakresie, niezależnie od konkurentów i będzie zapobiegać skutecznej konkurencji przez uniemożliwienie małym i średnim przedsiębiorcom świadczenia usług wywozu odpadów z terenu Polski do spalarni zagranicznych.

W zakresie zarzutu nr 4 odnoszącego się do żądania nr 5, Odwołujący podniósł, że kryterium „Potencjał efektu ekologicznego” jest pozornym kryterium. Zgodnie z doświadczeniem Odwołującego, w przypadku takiego nieweryfikowalnego na etapie oceny ofert kryterium pozacenowego wszyscy wykonawcy i tak oferują, a w zasadzie deklarują najwyższą możliwą ilość przetworzenia odpadów, co sprowadza się do tego, że wybór oferty najkorzystniejszej dokonuje się wyłącznie na podstawie pozostałych kryteriów.

W odniesieniu do zarzutu nr 5 dotyczącego żądania nr 4, Odwołujący podniósł, iż prace związane z usuwaniem odpadów niebezpiecznych mają bardzo skomplikowany charakter i muszą być prowadzone z zachowaniem drastycznych środków bezpieczeństwa, w celu uniknięcia zagrożenia dla zdrowia ludzi mieszkających na obszarze sąsiadującym z terenem nieruchomości, na której są zgromadzone odpady oraz pracowników zajmujących się ich usuwaniem, transportem, jak również dla minimalizowania zagrożenia skażenia środowiska. Wiąże się to z szeregiem wyzwań, ponieważ nierzadko pojemniki, w których zgromadzone są odpady są w stanie uniemożliwiający ich właściwy odbiór, w tym: rozszczelnione, z przeciekami, w związku z czym wymagają przepakowania odpadów do szczelnych pojemników, z zachowaniem zasad bezpieczeństwa, przy odpowiednim nadzorze uprawnionego chemika i koniecznością wykonania badań składu chemicznego odpadów, dlatego pośpiech przy tego typu pracach jest niewskazany. Optymalny termin wykonania prac objętych zamówieniem, przy jego skomplikowanym charakterze, wynosi w ocenie Odwołującego, na bazie jego doświadczeń, jeden rok od daty podpisania Umowy. Termin ten odpowiednio chroni interesy Zamawiającego i gwarantuje bezpieczne i należyte wykonanie zamówienia. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że termin usunięcia 2000 Mg odpadów nie może być krótszy niż sześć miesięcy od daty podpisania Umowy. Dodatkowo Zamawiający w SIWZ (w pkt 20) określił ponadto „Termin realizacji” jako jedno z kryteriów oceny ofert, jednakże bez wskazania w specyfikacji konkretnych dat lub liczby dni maksymalnego skrócenia terminu. W efekcie można zaproponować nawet miesięczny termin realizacji, który choć de facto nierealny zostanie odpowiednio przekalkowany w cenie uwzględniającej kary umowne. Zdaniem Odwołującego w sytuacji gdy Zamawiający ustanowił termin realizacji zamówienia jako kryterium oceny ofert, winien był wskazać konkretne daty lub liczbę dni maksymalnego skrócenia terminu. Termin dużo krótszy niż praktykowany w danej branży zazwyczaj zwiększa koszty wykonania zamówienia i ceny ofert. Konieczność skracania terminu wykonania zamówienia na etapie składania oferty bez podania terminu minimalnego, poniżej którego Wykonawcy nie mogą deklarować wykonania zamówienia powoduje, że

wykonawcy muszą kalkulować w oferowaną cenę również ryzyko związane z niewywiązaniem się w terminie z realizacją zamówienia i naliczaniem przez zamawiającego kar umownych z tego tytułu. Trzeba mieć tu także na względzie realne możliwości odebrania odpadów przez uprawnione podmioty w tak krótkim czasie. Rynek wywozu odpadów jest mało konkurencyjny, zdominowany przez kilka firm, które opracowały własne technologie i wybudowały instalacje do zagospodarowania odpadów lub posiadają własne składowiska. Celem ich utrzymania kontraktują zagospodarowanie na wiele miesięcy naprzód. I nie chodzi tu bynajmniej o likwidację „bomb ekologicznych” tylko o odpady niebezpieczne powstające w wyniku codziennej produkcji przemysłowej. Nagła potrzeba zagospodarowania bardzo dużej ilości odpadów (w przypadku przedmiotowego zamówienia: 2000 Mg) w bardzo krótkim czasie wymusza wyższe stawki za odzysk, spalanie i składowanie odpadów.

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Zamawiający pismem z dnia 6 maja 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie, podnosząc że zarzuty zawarte w treści odwołania oraz wnioski Odwołującego częściowo zostały przez Zamawiającego uwzględnione. W związku z tym Zamawiający dokonał zmiany SWZ oraz OPZ w zakresie: pkt. 8.1.4. SWZ (nowe brzmienie warunku udziału w postępowaniu), pkt 8.1.2 SWZ (wartość 30 000 Mg/rok zastąpił wartością 8 000 Mg/rok), zmiany terminu realizacji zamówienia oraz usunięcia kryterium potencjału ekologicznego. W pozostałym zakresie Zamawiający nie zgodził się z zarzutami i wnioskami stawianymi przez Odwołującego, w związku z czym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W szczególności, Zamawiający nie zgodził się ze sformułowanym w pkt 2 Odwołania dotyczącym zakresu zaskarżenia zarzutem, jakoby w pkt. 8.1.2. SWZ w zakresie dotyczącym wymogu posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej warunki zostały ustalone w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji. Zamawiający wskazał przy tym, że odstępianie od wymogu sformułowanego w pkt. 8.1.2. SWZ mogłoby prowadzić do sytuacji, w której przystępujący do przetargu wykonawcy nie byłiby w stanie zrealizować zamówienia z uwagi na fakt nieposiadania zezwoleń wymaganych do jego zrealizowania. Intencją Zamawiającego jest uniknięcie sytuacji, w której wykonawcy będą występować o stosowne zezwolenie dopiero po rozstrzygnięciu przetargu. Z tego powodu Zamawiający nie zamknął drogi do udziału w przetargu konsorcjom, w skład których wejdą podmioty posiadające łącznie wymagane przez Zamawiającego zezwolenia. Zamawiający podniósł, że podejmuje działania zmierzające do ograniczenia ryzyka niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu zamówienia, eliminując podmioty, które nie dają gwarancji jego wykonania bądź właściwego wykonania już na etapie określenia stosownych kryteriów dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Stąd waga, którą Zamawiający przykładają do dwóch istotnych kryteriów, jakimi bez wątpienia są posiadane przez wykonawców doświadczenie oraz zakres posiadanych zezwoleń, które gwarantują zdolność do unieszkodliwienia odpadów danego typu. Dlatego też Zamawiający liczy na udział w zamówieniu podmiotów gotowych do wspólnej realizacji zamówienia. Istotne jest bowiem dla Zamawiającego doprowadzenie do sytuacji, w której wykonawcy będą posiadać szerokie doświadczenie i szerokie przygotowanie w zakresie zdolności do przetworzenia i neutralizacji odpadów. W ocenie Zamawiającego w tym zakresie ważne jest osiągnięcie efektu synergii, w którym suma doświadczenia i kompetencji pozwoli na skuteczne wykonanie zadania. Skonstruowane przez Zamawiającego warunki dopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia polegają na tym, że wykonawca i jego podwykonawcy weryfikowani są już na etapie składania ofert. Zmiana podwykonawcy lub dopuszczenie nowego podwykonawcy w toku realizacji zamówienia dopuszczalne są jedynie za zgodą Zamawiającego, który tego rodzaju sytuacje traktuje jako wyjątkowe zakładając, że na etapie wykonawczym może dojść do wykrycia odpadów, które nie są objęte posiadanymi przez wykonawcę zezwoleniami. Zamawiający nie zgadza się z twierdzeniem Odwołującego, zgodnie z którym nie wiadomo, czy opinia biegłego dotycząca rodzaju odpadów niebezpiecznych będących przedmiotem niniejszego postępowania, jest aktualna. Otóż według najlepszej wiedzy Zamawiającego zarówno ilość, jak i rodzaj składowanych nielegalnie odpadów nie uległy zmianie. Natomiast fakt, że opinia została sporządzona na potrzeby innego postępowania wskazuje jedynie na to, jak trudno jest skutecznie przeprowadzić postępowanie o usunięcie odpadów niebezpiecznych z uwagi na fakt przystępowania do tego rodzaju postępowań podmiotów o wątpliwej reputacji. Jednocześnie Zamawiający wskazuje, że skoro Odwołujący kwestionuje aktualność opinii, to powinien ten brak aktualności wykazać, ponieważ na nim spoczywa ciężar przeprowadzenia dowodu w tym zakresie. Tymczasem Odwołujący swoje twierdzenia nie poparł żadnym dowodem w tym względzie, ograniczając się do domniemań. Zamawiający podnosi, że z uwagi na ilość zgromadzonych odpadów niebezpiecznych, szacowaną na ok. 2 tys. ton, nie jest możliwe ani konieczne przebadanie wszystkich zeskładowanych odpadów. Przez to wymóg posiadania przez wykonawców zezwoleń w zakresie kodów ujętych w pkt. 8.1.2. SWZ jest jak najbardziej uzasadniony, gwarantuje bowiem możliwość unieszkodliwienia także i tych odpadów, które nie zostały przez Zamawiającego do tej pory zidentyfikowane. Poza tym restrykcyjne określenie tego wymogu pozwoli na uniknięcie sytuacji, w której dopiero po wygraniu przetargu wykonawcy będą się o te zezwolenia starać, co z kolei przeciągnie termin realizacji zamówienia, na co Zamawiający nie może sobie pozwolić z uwagi na konieczność rozliczenia dotacji przyznanej na likwidację składowiska do końca stycznia 2025 r. Innymi słowy każde przeciągnięcie tego procesu w czasie grozi Zamawiającemu

niepowetowaną szkodą w postaci utraty dotacji. Zamawiający przyznał przy tym, że faktem jest, że to wykonawcy będą dokonywać ostatecznej klasyfikacji odpadów i z tego właśnie powodu konieczne jest utrzymanie szerokiej gamy kodów, wskazanych w pkt. 8.1.2. SWZ. Zamawiający za niedopuszczalne uznaje żądanie, aby wystarczającym kryterium w tym zakresie było zaledwie wpisanie wykonawcy do BDO, o co wnosi Odwołujący. Ograniczenie kryteriów dopuszczenia w postępowaniu do posiadania przez wykonawcę wpisu do BDO doprowadziłoby do sytuacji, w której w postępowaniu mogliby wziąć udział przedsiębiorcy prowadzący np. punkty handlowe oraz gastronomiczne, wprowadzające do obrotu określone produkty jednorazowego użytku z tworzywa sztucznego, ponieważ i na nich ciąży obowiązek wpisu do BDO na mocy ustawy o odpadach. Takie podmioty natomiast nie dają najmniejszej gwarancji prawidłowego wykonania zamówienia.

Zamawiający nie widział również uzasadnienia dla żądania zmiany treści pkt. 6.1. i 6.6. OPZ w zakresie, w jakim nakładają na wykonawców obowiązek bezpośredniego przewozu odpadów do instalacji, w której zostaną poddane procesowi ostatecznego odzysku lub unieszkodliwienia. Jak wskazywał, Zamawiający sam padł ofiarą praktyki polegającej na tym, że podmiot, który nie był obowiązany do bezpośredniego przewiezienia odpadów do instalacji, nielegalnie zeszkładował odpady niebezpieczne na terenie Gminy Prażmów, po czym rozplynął się w powietrzu. Z tego powodu Zamawiający ustalił warunki przetargu w sposób gwarantujący to, że usunięte odpady niebezpieczne nie zostaną po prostu przewiezione w inne miejsce. Zamawiający zwrócił uwagę na to, że w celu kontroli nad prawidłowością procesu wywożenia odpadów, Zamawiający zapewnił sobie szeroką możliwość jego monitorowania, w tym m.in. z wykorzystaniem nadajników GPS. W ocenie Zamawiającego wymóg bezpośredniego przewiezienia odpadów do instalacji jest kluczowy dla prawidłowości ich unieszkodliwienia. Przy tym, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie istnieje wymóg tego, żeby odpady podlegały przetworzeniu bądź unieszkodliwieniu bezpośrednio po tym, jak do instalacji zostaną przewiezione. Zamawiający oczekuje jedynie gwarancji tego, że zostaną do instalacji bezpośrednio przewiezione, po czym mogą zostać poddane stosownym procesom w dostępnych terminach. W zamyśle Zamawiającego pozwoli to na uniknięcie ewentualnych, a niestety powszechnych na rynku unieszkodliwiania odpadów patologii, w których odpady nie są poddawane odzyskowi czy unieszkodliwieniu, ale są przewożone z miejsca w miejsce, co gwarantuje gigantyczne zyski podmiotom w ten proceder zaangażowanym. Zamawiający przywołał przy tym treści art. 3 ust. 1 pkt 19) oraz art. 24 ust. 3 ustawy o odpadach. Zamawiający chce uniknąć sytuacji, w której utraci kontrolę nad tym, co będzie się działo z odpadami, które trafią do miejsca tymczasowego składowania. Poza tym przewiezienie odpadów bezpośrednio do instalacji daje niemalże stuprocentową gwarancję tego, że odpady zostaną przetworzone lub unieszkodliwione. Ryzyko niezgodnego z prawem działania podmiotu prowadzącego instalację (w tym przypadku posiadacza odpadów po ich odbiorze), który dysponuje odpowiednim kapitałem, zezwoleniami, etc., jest obiektywnie rzecz ujmując o wiele niższe, niż takie ryzyko w przypadku podmiotu, który miesiąc po odebraniu odpadów może złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości. Zamawiający zwrócił przy tym też uwagę na nieaktualność argumentu polegającego na zbyt małej ilości czasu na realizację zamówienia, ponieważ termin realizacji zamówienia został znacząco wydłużony w stosunku do pierwotnie wskazanej w SWZ daty 30 września 2024 r., tj. do 30 grudnia 2024 r. Dzięki temu wykonawcy będą dysponować wystarczającą ilością czasu dla uzyskania ewentualnych zezwoleń wywozowych na odpady, które miałyby trafić do instalacji zlokalizowanych poza granicami RP, o wysokich możliwościach przerobowych.

W odniesieniu do pkt 5 SWZ, Zamawiający poinformował o wydłużeniu terminu realizacji zamówienia, wskazując, że kierował się w pierwszej kolejności postulatami zgłaszanymi przez wykonawców w pytaniach do SWZ. Przy czym Zamawiający przeprowadził analizę rynku i ustalił, że zrealizowanie zamówienia zarówno w terminie pierwotnym, jak i w nowym terminie, jest obiektywnie możliwe. Jak wskazywał dalej, skoro z doświadczenia Odwołującego wynika, że sześć miesięcy jest okresem wystarczającym do usunięcia odpadów w ilości 2 000 Mg, to nowy termin realizacji zamówienia w pełni to doświadczenie odzwierciedla. Uwzględniając zatem aktualny termin wykonania zamówienia z SWZ, Odwołujący nie wykazał w sposób obiektywny rzeczywistej konieczności przedłużenia tego terminu. Zamawiający podziela pogląd Odwołującego, że termin realizacji zamówienia jest kluczowym elementem składanej oferty, a wszelkie ryzyka związane z jego niedotrzymaniem powinny w treści oferty zostać uwzględnione. Nie jest jednak rolą Zamawiającego udzielanie Odwołującemu wskazówek w tym względzie. Termin realizacji ma przy tym dla Zamawiającego istotne znaczenie przede wszystkim z uwagi na fakt, że Zamawiający do końca stycznia 2025 r. jest zobowiązany do rozliczenia dotacji przyznanej na likwidację składowiska. W związku z czym z przyczyn obiektywnych przedłużenie terminu realizacji poza terminy wskazane w SWZ prowadziłoby do sytuacji, w której Zamawiający zostałby pozbawiony środków na zapłatę wynagrodzenia, na co z oczywistych przyczyn Zamawiający nie może sobie pozwolić.

Odwołujący na posiedzeniu z udziałem stron w dniu 7 maja 2024 r. oświadczył, iż cofa zarzuty w odniesieniu do żądań nr 1 (tj. dotyczącego pkt 8.1.4 SWZ) i nr 5 (tj. dotyczącego pkt 20 SWZ, pozycja 3 w tabeli), tj. oznaczone w uzasadnieniu odwołania również jako zarzuty odpowiednio nr 1 i nr 4.

Po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła ponadto, że Odwołujący wykazał przesłanki skorzystania ze środków ochrony prawnej zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze oświadczenie Odwołującego złożone na posiedzeniu z udziałem stron o wycofaniu części zarzutów odwołania, Izba umorzyła postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów w odniesieniu do żądań nr 1 (dotyczącego pkt 8.1.4 SWZ) i nr 5 (dotyczącego pkt 20 SWZ, pozycja 3 w tabeli).

Pozostałe zarzuty odwołania zostały rozpoznane na rozprawie.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

Mając również na uwadze dokonane przez Zamawiającego zmiany treści pkt 8.1.2 SWZ oraz w zakresie terminu realizacji zamówienia, Izba ustaliła następujący stan faktyczny.

W aktualnie obowiązującym pkt 8.1.2 SWZ Zamawiający postawił warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów w postaci posiadania aktualnej i obowiązującej decyzji zezwalającej na zagospodarowanie odpadów o kodach określonych w tym punkcie, w ilości dla minimum 8 000,00 Mg/rok.

W pkt 4.2.10 OPZ Zamawiający wymagał, aby do obowiązków Wykonawcy należał transport odpadów z nieruchomości bezpośrednio do instalacji prowadzącej ostateczny proces odzysku lub unieszkodliwiania, z uwzględnieniem wszelkich przepisów mających zastosowanie, krajowych oraz międzynarodowych, w tym zwłaszcza tych w zakresie przewozu odpadów niebezpiecznych.

Ponadto w pkt 6.1 OPZ Zamawiający wskazał, że: *Wykonawca zrealizuje transport Odpadów bezpośrednio do instalacji ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania. Ten sam obowiązek dotyczy Wykonawcy w przypadku transportu odpadów powstałych z Odpadów w procesie ostatecznego odzysku.*

Natomiast wedle pkt 6.6 OPZ: *z racji na fakt, iż Zamawiający oczekuje transportu Odpadów bezpośrednio do instalacji ich prowadzącej proces ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania, Zamawiający nie dopuszcza możliwości zbierania przez Wykonawcę Odpadów w miejscach pośrednich tj. innych niż teren instalacji ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania.*

W aktualnie obowiązującym pkt 5 SWZ Zamawiający określił termin realizacji zamówienia:

a) 16 grudnia 2024 r. – na usunięcie, ostateczny odzysk lub i utylizację odpadów niebezpiecznych,

b) 30 grudnia 2024 r. przekazanie dokumentów potwierdzających osiągnięcie efektu rzeczowego (protokół odbioru końcowego). Terminy powyższe ulegają skróceniu o okres wskazany w ofercie.

Zarazem w zaktualizowanym pkt 8.3.1. OPZ, Zamawiający określił, że:

Do 15 września 2024 roku Wykonawca zobowiązany jest usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego co najmniej 50% wagi Odpadów znajdujących się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości 1 000 Mg odpadów.

Do 16 grudnia 2024 roku Wykonawca zobowiązany jest usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego wszystkie pozostałe odpady znajdujące się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości łącznie co najmniej 2 000 Mg odpadów (tj. kolejnych 50% wagi Odpadów).

Przechodząc do oceny zarzutu nr 2, tj. zarzutu co do treści pkt 8.1.2 SWZ, w ocenie Izby nie zasługiwał on na uwzględnienie. Odwołujący żądał zmiany treści tego warunku udziału poprzez wskazanie, że warunek ten zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże się posiadaniem wpisu do BDO. Odwołujący podnosił, że Zamawiający określił ten warunek w sposób naruszający zasadę proporcjonalności, równego traktowania i uczciwej konkurencji, poprzez wskazanie, że udział w postępowaniu może wziąć wykonawca, który posiada aktualną i obowiązującą decyzję zezwalającą na zagospodarowanie odpadów o kodach określonych w pkt 8.1.2. SWZ.

Na podstawie art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;

3) proporcjonalny.

W art. 112 ust. 1 ustawy Pzp wskazano, że zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Zgodnie z art. 112 ust. 2 pkt 2) ustawy Pzp, warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zauważyć należy, iż określając warunki udziału w postępowaniu, zamawiający ograniczony jest ww. zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności. Zapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji przez zamawiającego oznacza stworzenie warunków umożliwiających wykonawcom konkurowanie między sobą w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na uczciwych zasadach. Mając na celu zachowanie tej zasady, zamawiający nie jest zobowiązany do zapewnienia udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim potencjalnym wykonawcom w tej branży rynku, która odpowiada przedmiotowi zamówienia. Przy tym wskazać trzeba, że zasada równego traktowania oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców. W oparciu o zasadę proporcjonalności wybory dokonywane przez zamawiającego oraz wymagania stawiane wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia powinny być adekwatne do rodzaju i zakresu zamówienia, czyli być racjonalnie proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, z uwzględnieniem w szczególności jego rodzaju i zakresu (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz. Wydanie II, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023). Przy tym zauważyć należy za proporcjonalny warunek udziału w postępowaniu należy traktować warunek pozostający na poziomie usprawiedliwionym dbałością zamawiającego o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego dla celów realizacji zamówienia ograniczenia szans na uzyskanie tego zamówienia. Chodzi więc o wyważenie interesu zamawiającego w uzyskaniu rękąmi należytego wykonania zamówienia z interesem wykonawców, którzy poprzez zbyt wygórowane wymagania mogą mieć ograniczony dostęp do udziału w postępowaniu. Nieproporcjonalność ma zatem miejsce, gdy równowaga tych interesów zostanie zachwiana. Niemniej, podkreślić trzeba, że to na odwołującym spoczywa ciężar wykazania, że określone przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w rezultacie wykonania zamówienia, jak też, że nie są one wymagane do zrealizowania zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Zarazem, w ocenie Izby nie sposób jednak uznać, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach powyższych zasad przy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jak podnosi się w orzecznictwie Izby (tak KIO w wyroku z dnia 4 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 356/21), jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Obowiązkiem zamawiającego jest uwzględnienie własnych potrzeb i możliwości, co w obiektywny sposób doprowadzi do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia, do których nawiązuje art. 112 ustawy Pzp, przy czym ustalone warunki odzwierciedlać mają minimalne poziomy zdolności. Zamawiający ma prawo określić warunki udziału w postępowaniu odnoszące się po pierwsze do przedmiotu zamówienia oraz w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie warunków udziału w postępowaniu, które zaspokoi potrzeby i oczekiwania zamawiającego w ramach realizacji przedmiotu zamówienia w najszerszym kontekście. Niewątpliwie granicę dozwolonych działań zamawiającego w tym zakresie stanowią wspomniane wyżej zasady. O złamaniu zasady konkurencji i równego dostępu do zamówienia nie może przesądzać fakt, że na rynku istnieją podmioty, które w świetle danego opisu przedmiotu zamówienia czy przy przyjętych znaczeniach warunków udziału w postępowaniu mają mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia.

Mając powyższe rozważania na względzie, Izba uznała, iż ustalony przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego warunek, o którym mowa w pkt 8.1.2 SWZ, nie został ustalony w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia i naruszający zasadę równego traktowania i uczciwej konkurencji. Za przekonujące w tym względzie Izba uznała stanowisko Zamawiającego. Odwołujący podnosił, że brak podstaw żądania decyzji wynika z tego, że nie jest wiadome ani pod jakimi kodami będzie można odebrać odpady z hali, ani na jakiej instalacji będzie można dokonać ich unieszkodliwienia lub odzysku, a Zamawiający dopuszcza ich zagospodarowanie na dowolnej instalacji w ramach podwykonawstwa. Z kolei Zamawiający twierdził, że wykonawca i jego podwykonawcy weryfikowani są już na etapie składania ofert a zmiana podwykonawcy lub dopuszczenie nowego podwykonawcy w toku realizacji zamówienia dopuszczalne są jedynie za zgodą Zamawiającego, który tego rodzaju sytuacje traktuje jako wyjątkowe

zakładając, że na etapie wykonawczym może dojść do wykrycia odpadów, które nie są objęte posiadanymi przez wykonawcę zezwoleniami. Stwierdzić trzeba, iż Zamawiający w sposób przekonujący dla Izby wywiódł, iż wprowadzenie takiego warunku udziału w postępowaniu jest zasadne. Jak podnosił Zamawiający, poprzez wprowadzenie warunku podejmuje działania zmierzające do ograniczenia ryzyka niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu zamówienia, eliminując podmioty, które nie dają gwarancji jego wykonania bądź właściwego wykonania już na etapie określenia stosownych kryteriów dopuszczenia do udziału w postępowaniu. Logicznym dla Izby było też przyjęcie przez Zamawiającego, że odstąpienie od tego warunku mogłoby prowadzić do sytuacji, w której wykonawcy nie byłiby w stanie zrealizować zamówienia z uwagi na fakt nieposiadania zezwoleń wymaganych do jego zrealizowania, a intencją Zamawiającego jest uniknięcie sytuacji, w której wykonawcy będą występować o stosowne zezwolenie dopiero po rozstrzygnięciu przetargu. Izba zauważa też, że nie było sporu pomiędzy stronami co do tego, że to wykonawca zobowiązany będzie do określenia kodów odpadów. Odmienna była natomiast interpretacja tego faktu przez strony. Zdaniem Odwołującego fakt ten świadczy o braku przesłanek ku żądaniu decyzji w zakresie przetwarzania jakiegokolwiek kodu odpadów. Odwołujący powołał się przy tym na dotychczasowe doświadczenia związane z usuwaniem „bomb ekologicznych”, wskazując, że odpady te klasyfikowane są zwykle pod kilkoma kodami, co jednakże nie zostało poparte dowodem. Do przeciwnych wniosków w tym względzie doszedł Zamawiający, twierdząc, że właśnie z tego powodu, że to wykonawca będzie określał kody odpadów, konieczne jest utrzymanie szerokiej gamy kodów, wskazanych w pkt 8.1.2. SWZ. Przy czym, Izba stwierdza, iż sam zakres kodów odpadów, które zostały wymienione w ramach ww. warunku, wynikał z opinii laboratoryjnej, stanowiącej załącznik do OPZ. Zakres kodów miał więc swoją podstawę znajdującą się w stanowisku odrębnego od Zamawiającego podmiotu. Natomiast co zaś się tyczy podnoszonej przez Odwołującego kwestii aktualności tejże opinii, Izba potraktowała tę kwestię jako niepotwierdzoną żadnymi obiektywnymi danymi, pozostaje więc ona jedynie subiektywnym przekonaniem Odwołującego. Odwołujący twierdził też, iż takie określenie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej umożliwia dostęp do zamówienia jedynie dużym przedsiębiorcom posiadającym własne instalacje mające technologiczne możliwości zagospodarowania odpadów niebezpiecznych o zróżnicowanych kodach i skutecznie eliminując małe i średnie firmy. Izba podkreśla, co zostało zresztą wcześniej wskazane, iż sama okoliczność, że wobec tak sformułowanego wymogu potencjalnie niektórzy wykonawcy będą mieli mniejsze szanse na uzyskanie zamówienia absolutnie nie przesądza o określeniu warunku udziału w postępowaniu w sposób niezgodnie z ustawą Pzp. Odwołujący nie negował przy tym, że Zamawiający nie zamykał drogi do wspólnego ubiegania się przez wykonawców o udzielenie zamówienia. Izba zaznacza, iż niewątpliwie do instrumentów ułatwiających dostęp sektora małych i średnich przedsiębiorstw do zamówień publicznych zaliczyć trzeba możliwość wspólnego ubiegania się o zamówienie, która pozwala na kumulację potencjałów mniejszych podmiotów, aby skuteczniej ubiegać się o zamówienie. Odwołujący wskazywał przy tym na potencjalne trudności w zawiązywaniu konsorcjów, jednakże w ocenie Izby jest to wyłącznie opinia własna Odwołującego. Zdaniem Izby, Odwołujący nie wykazał zatem w sposób przekonujący, dlaczego ustalone przez Zamawiającego wymagania mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję. Podsumowując powyższe, należy wyraźnie podkreślić, że Odwołujący wszelkie swoje twierdzenia w zakresie nie tylko tego zarzutu, ale w stosunku do całej treści odwołania, nie poparł żadnymi złożonymi przez Odwołującego dowodami. Należy przypomnieć, iż postępowanie odwoławcze przed Izbą ma charakter kontradyktoryjny, a więc strony i uczestnicy mają obowiązek wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, co znajduje wyraz w art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślić też trzeba, że to na Odwołującym spoczywał ciężar dowodu dotyczący wykazania, że Zamawiający nieprawidłowo określił warunek udziału w postępowaniu. Izba uznała więc, że Odwołujący nie udźwignął ciężaru dowodu, który na nim spoczywał i nie znalazła powodów do zaakceptowania stanowiska Odwołującego i w konsekwencji uwzględnienia zarzutu.

W odniesieniu do zarzutu nr 3, tj. zarzutu co do treści pkt 4.2.10 OPZ, w ocenie Izby również nie zasługiwał on na uwzględnienie. Odwołujący żądał wykreślenia z OPZ wymogu, aby wykonawca zrealizował transport odpadów bezpośrednio do instalacji ich ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania i niedopuszczenie możliwości zbierania przez wykonawcę odpadów w miejscach pośrednich tj. innych niż teren instalacji ostatecznego odzysku lub unieszkodliwiania. Odwołujący wskazywał, że zamieszczenie w treści OPZ takiego wymogu utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców.

Zgodnie z art. 99 ust. 4 ustawy Pzp, 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. Co do zasady, każdy opis przedmiotu zamówienia prowadzi w pewnym stopniu do ograniczenia konkurencji. Za niedopuszczalne przy opisywaniu przedmiotu zamówienia uznać należy natomiast preferowanie lub wprost wskazywanie na konkretnego

wykonawcę, które skutkuje jednocześnie niemożnością złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany. Zapisami eliminującymi określonych wykonawców będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (za: red. H. Nowak, M. Winiarz, Prawo Zamówień Publicznych. Komentarz...). Innymi słowy, obiektywne, uzasadnione, oraz niedyskryminujące potrzeby zamawiającego, które służą uzyskaniu zamierzonego celu, prowadzącemu do realizacji tych potrzeb, mogą usprawiedliwiać ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Oznacza to, że zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, analogicznie jak formułując warunki udziału w postępowaniu, nie może pomijać nadrzędnych zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, co zostało szerzej wyjaśnione przy poprzednim zarzucie. Powtórzyć trzeba więc, że przestrzeganie tych zasad nie przeczy temu, że zamawiający nie jest obowiązany do takiego formułowania wymagań w opisie przedmiotu zamówienia, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku ubieganie się o udzielenie zamówienia, a tym samym złożenie oferty. Zarazem to na wykonawcy spoczywa ciężar dowodu, że wymagania określone w opisie przedmiotu zamówienia nie wynikają ze zobiektywizowanych (rzeczywistych) potrzeb zamawiającego.

Tymczasem w ocenie Izby, argumenty podnoszone przez Odwołującego, prowadzą zasadniczo do wniosku, że obowiązek bezpośredniego transportu odpadów jest niewygodny dla Odwołującego, a nie że jego realizacja jest istotnie utrudniona. Podnoszenie zarzutów wobec zapisów SWZ powinno w swojej istocie prowadzić do wykreślenia niezgodnych postanowień z przepisami ustawy Pzp. Nie chodzi tu o wprowadzenie do opisu przedmiotu zamówień rozwiązań, które preferowane będą przez Odwołującego. Izba zauważa przy tym, że stanowisko Odwołującego w zakresie tego zarzutu nie zostało jakkolwiek poparte przedłożeniem dowodów. Tym samym twierdzenia Odwołującego co do zawężenia kręgu potencjalnych wykonawców o podmioty zagraniczne posiadające własne instalacje do zagospodarowania odpadów poza terytorium RP oraz polskie małe i średnie przedsiębiorstwa, które posiadają podpisane umowy na odbiór odpadów z podmiotami posiadającymi instalacje poza terytorium RP, a także co do tego, iż polskie spalarnie, nieposiadające wystarczających mocy przerobowych, oferują wykonanie zagospodarowania odpadów po znacznie wyższych cenach niż spalarnie zagraniczne, należy w ocenie Izby potraktować za opinie własne, niemające obiektywnego potwierdzenia, stąd nie mogą pełnić przesądzającej roli w ocenie zarzutu. Jednocześnie podnoszony przez Odwołującego argument co do tego, iż interes Zamawiającego nie dozna uszczerbku, jeśli usuwane odpady nie będą poddane de facto natychmiastowej utylizacji nie mają, pozostaje w sprzeczności ze stanowiskiem Zamawiającego, który podnosił, że nie istnieje wymóg tego, żeby odpady podlegały przetworzeniu bądź unieszkodliwieniu bezpośrednio po tym, jak do instalacji zostaną przewiezione, a Zamawiający oczekuje jedynie gwarancji tego, że zostaną do instalacji bezpośrednio przewiezione, po czym mogą zostać poddane stosownym procesom w dostępnych terminach. Tym samym zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W ocenie Izby oddaleniu podlegał także ostatni z niewycofanych przez Odwołującego zarzutów – zarzut nr 5, tj. zarzut postawienia przez Zamawiającego nieracjonalnych i nadmiernych wymagań pozbawionych uzasadnienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, przy jednoczesnym zamieszczeniu w kryteriach oceny ofert kryterium: „skrócony termin realizacji”, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców narażając ich niemożność zrealizowania zamówienia w terminie i narażenie na konieczność zapłaty kar umownych i w efekcie pomniejszenie ich wynagrodzenia. Odwołujący żądał wobec tego, aby zmienić termin wykonania zadania w ten sposób, że:

- w terminie 6 miesięcy od daty podpisania Umowy Wykonawca zobowiązany będzie usunąć z hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego co najmniej 50% wagi Odpadów znajdujących się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości 1 000 Mg odpadów;

- w terminie kolejnych 6 miesięcy od daty podpisania Umowy Wykonawca zobowiązany będzie usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego wszystkie pozostałe odpady znajdujące się na posesji przy ul. Akacjowej 18 w Nowym Prażmowie.

Mając na uwadze powyższe poczynione uwagi odnośnie opisywania przedmiotu zamówienia w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji, należy po pierwsze podkreślić, iż Zamawiający dokonał modyfikacji pkt 5 SWZ określając nowe terminy realizacji zamówienia:

a) 16 grudnia 2024 r. – na usunięcie, ostateczny odzysk lub i utylizację odpadów niebezpiecznych,

b) 30 grudnia 2024 r. przekazanie dokumentów potwierdzających osiągnięcie efektu rzeczowego (protokół odbioru końcowego). Terminy powyższe ulegają skróceniu o okres wskazany w ofercie.

Przy czym, w zaktualizowanym pkt 8.3.1. OPZ, Zamawiający określił, że:

Do 15 września 2024 roku Wykonawca zobowiązany jest usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku

(w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego co najmniej 50% wagi Odpadów znajdujących się na posesji przy ul. Akacyjnej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości 1 000 Mg odpadów.

Do 16 grudnia 2024 roku Wykonawca zobowiązany jest usunąć z Hali, przetransportować i poddać procesowi odzysku (w rozumieniu pkt 4.2.13. in fine OPZ) lub unieszkodliwienia ostatecznego wszystkie pozostałe odpady znajdujące się na posesji przy ul. Akacyjnej 18 w Nowym Prażmowie o szacowanej ilości łącznie co najmniej 2 000 Mg odpadów (tj. kolejnych 50% wagi Odpadów).

Powyższe terminy realizacji zamówienia podyktowane były w ocenie Zamawiającego koniecznością rozliczenia przez Zamawiającego dotacji przyznanej na likwidację składowiska do końca stycznia 2025 r. Odwołujący na rozprawie wyraził zrozumienie dla konieczności rozliczenia dotacji, nie kwestionował tej okoliczności. Zarazem poczyniony na rozprawie wywód Odwołującego co do możliwości przedłużenia terminu na rozliczenie dotacji, Izba potraktowała jako opinię własną Odwołującego, nie mającą żadnego obiektywnego potwierdzenia. W ocenie Izby, w takim przypadku Zamawiający uzasadnił w sposób przekonujący, że za ww. wyznaczeniem terminu realizacji zamówienia stała obiektywna przyczyna. Odwołujący poczynił również wywody odnośnie skomplikowanego charakteru prac, w związku z czym: „*Optymalny termin wykonania prac objętych zamówieniem, przy jego skomplikowanym charakterze, wynosi w ocenie Odwołującego, na bazie jego doświadczeń, jeden rok od daty podpisania Umowy. Termin ten odpowiednio chroni interesy Zamawiającego i gwarantuje bezpieczne i należyte wykonanie zamówienia*”. Niemniej jednak twierdzenia Odwołującego także w tej kwestii pozostały gołosłowne, bowiem nie zostały poparte żadnym dowodem.

Równocześnie nie uszło uwadze Izby, co zauważył również Zamawiający, że sam Odwołujący stwierdził w treści odwołania, iż: „*z doświadczenia Odwołującego wynika, że termin usunięcia 2000 Mg odpadów nie może być krótszy niż sześć miesięcy od daty podpisania Umowy*”. Niezależnie już od pewnej sprzeczności w stanowisku Odwołującego co do szacowanych terminów na wykonanie zadania, Izba zauważa, iż wymagany termin realizacji zamówienia po dokonanej przez Zamawiającego zmianie treści SWZ, jest obiektywnie możliwy do spełnienia biorąc pod uwagę również założenie Odwołującego.

Odwołujący nie wykazał więc w sposób obiektywny dalszej konieczności przedłużenia tego terminu. Argumentacja Odwołującego opierała się na twierdzeniach własnych, niepopartych jakimkolwiek dowodem.

Izba zgadza się też z Zamawiającym co do tego, iż Odwołujący na rozprawie podniósł nową, nieznaną treści odwołania okoliczność, a mianowicie, że określenie terminu realizacji zamówienia poprzez daty, a nie okresy od dnia zawarcia umowy jest nieuzasadnione, wobec czego nie mogła ona zostać wzięta przez Izbę pod uwagę przy orzekaniu z uwagi na brzmienie art. 555 ustawy Pzp.

W odniesieniu do uwag Odwołującego w zakresie kryterium oceny ofert „termin realizacji”, Izba wskazuje, że mając na względzie konstrukcję zarzutu nr 5, tj. postawienie przez Zamawiającego nieracjonalnych i nadmiernych wymagań pozbawionych uzasadnienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, przy jednoczesnym zamieszczeniu w kryteriach oceny ofert kryterium: „skrócony termin realizacji”, co utrudnia uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców narażając ich niemożność zrealizowania zamówienia w terminie i narażenie na konieczność zapłaty kar umownych i w efekcie pomniejszenie ich wynagrodzenia, uwagi te, wobec powyżej stwierdzonej przez Izbę niezasadności zarzutu postawienia przez Zamawiającego nieracjonalnych i nadmiernych wymagań pozbawionych uzasadnienia w zakresie terminu realizacji zamówienia, nie mają znaczenia dla oceny tego zarzutu. Odwołujący nie zakwestionował oddzielnie sformułowanego kryterium terminu realizacji zamówienia, jak miało to miejsce w przypadku innego kryterium oceny ofert, tj. „potencjał efektu ekologicznego”, które zostało wykreślone przez Zamawiającego. Uzupełniająco więc Izba wskazuje, zgadzając się z Zamawiającym, że termin realizacji zamówienia jest kluczowym elementem składanej oferty, a wszelkie ryzyka związane z jego niedotrzymaniem powinny w treści oferty zostać uwzględnione, przy czym nie jest rolą Zamawiającego udzielanie Odwołującemu wskazówek w tym względzie.

Reasumując powyższe, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyla się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący:.....