Sygn. akt: KIO 2019/23

WYROK
z dnia 26 lipca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Aleksandra Patyk
Protokolant:Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 lipca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 lipca 2023 r. przez wykonawcę **ORDO AMZA Sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku**w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Września**
przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A**
z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu zmianę dokumentów zamówienia w zakresie części II poprzez wykreślenie:

1.1.w pkt. 2.4. lit. a Opisu Przedmiotu Zamówienia: „przy czym Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy miejsce zagospodarowania odpadów, znajdować się będzie poza granicami administracyjnymi gminy Września – Zamawiający wymaga by Wykonawca dysponował na terenie gminy Września stacją przeładunkową/bazą magazynowo-transportową, do której Zamawiający dostarczy odpady",

1.2.w pkt. 2.4. lit. c Opisu Przedmiotu Zamówienia: „Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wskazania w ofercie adresu/lokalizacji stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, z której Wykonawca będzie korzystać podczas realizacji Zamówienia",

z uwzględnieniem konsekwencji ww. zmian w pozostałych dokumentach zamówienia.

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

2.1. 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;

2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 19 643 zł 90 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sześćset czterdzieści trzy złote dziewięćdziesiąt groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późń. 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: ……..

Sygn. akt: KIO 2019/23

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

Zamawiający – Gmina Września [dalej „Zamawiający"] prowadzi postępowanie
o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Września w 2024 r.* (znak postępowania: ZP-271/34/WP/2023).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2023 r. pod numerem nr 2023/S 122-388052.

W dniu 10 lipca 2023 r. wykonawca ORDO AMZA Sp. z o.o. z siedzibą
w Czerwonaku [dalej „Odwołujący"] wniósł odwołanie wobec postanowień specyfikacji warunków zamówienia dotyczących części II zamówienia zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 99 ust. 1 i 2 p.z.p. oraz art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie w jakim Zamawiający, poprzez wprowadzenie nadmiernego i niekonkurencyjnego wymogu dysponowania przez wykonawcę stacją przeładunkową/bazą magazynowo-transportową, położoną na terenie gminy Września, podczas gdy taki wymóg nie wynika z przepisów prawa i stanowi uprzywilejowanie Urbis
sp. z o.o. z siedzibą w Gnieźnie, która dysponuje stacją przeładunkową na terenie gminy Września;

2. art. 16 pkt 1 p.z.p. i art. 17 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 9 ust. 1
i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie 18 października 2021 konkurencji
i konsumentów (dalej: „u.o.k.k.") w zw. z art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.k., poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób

naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców, co w konsekwencji skutkuje nadużyciem pozycji dominującej przez Zamawiającego.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości;
2. nakazanie Zamawiającemu zmianę dokumentów zamówienia, odnoszących się do części II, w zakresie następujących postanowień:

− wykreślenie w pkt. 2.4. lit. a OPZ (str. 4.): „przy czym Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy miejsce zagospodarowania odpadów, znajdować się będzie poza granicami administracyjnymi gminy Września – Zamawiający wymaga by Wykonawca dysponował na terenie gminy Września stacją przeładunkową/bazą magazynowo-transportową, do której Zamawiający dostarczy odpady",

− wykreślenie pkt. 2.4. lit. c OPZ (str. 4.): „Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wskazania w ofercie adresu/lokalizacji stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, z której Wykonawca będzie korzystać podczas realizacji Zamówienia",

− wskazanie w załączniku nr 1 do SWZ „Oferta – część 2", pkt 3., adresu stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, z której wykonawca ma odebrać odpady. 3. nakazanie Zamawiającemu wskazania w dokumentach zamówienia, odnoszących się do części II, miejsca, z którego wykonawca odbierze odpady będące przedmiotem zagospodarowania, a odebrane z nieruchomości położonych na terenie gminy Września;

4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że odwołanie dotyczy części II zamówienia, w ramach której Zamawiający wprowadził ograniczające konkurencję, niezgodne z przepisami p.z.p. i u.o.k.k. postanowienia, które *de facto* wskazują jednego wykonawcę, który może zrealizować zamówienie. Postanowienia OPZ wymagają od wykonawców, aby dysponowali na terenie gminy Września stacją przeładunkową, w której będzie odbywał się przeładunek odpadów przed dalszym transportem. Zgodnie z OPZ, każdy wykonawca ubiegający się o to zamówienie musi mieć stację przeładunkową na terenie gminy Września, chyba że będzie zagospodarowywał odpady w instalacji położnej na terenie gminy Września (takich instalacji w gminie Września nie ma). Wynika to z pkt 2.4., str. 4. OPZ. W Postępowaniu mamy więc sytuację, w której Zamawiający wie, że na jego terenie nie znajduje się instalacja do zagospodarowania odpadów objętych częścią II zamówienia. Jest więc oczywiste, że zamówienie może zrealizować tylko podmiot, którego instalacja znajduje się poza terenem gminy Września. Jest to element opisu przedmiotu zamówienia, który – jak wskazuje na to art. 99 ust. 4 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 p.z.p. – utrudnia uczciwą konkurencję, a w zasadzie w ogóle ją z Postępowania eliminuje. Jedynym podmiotem posiadającym stację przeładunkową na terenie gminy Września jest bowiem URBIS sp. z o.o. Wykonawcy, którzy nie mają takiej stacji na terenie gminy Września, nie uzyskają tego zamówienia.

Tym samym, aby ubiegać się o to zamówienie, wykonawca musi posiadać na terenie gminy bazę magazynowo-transportową/stację przeładunkową. Już sam ten wymóg jest nieproporcjonalny, nadmierny i nie znajduje uzasadnienia praktycznego; nie jest też uzasadniony przepisami prawa. Przede wszystkim stacje przeładunkowe stanowią co do zasady element infrastruktury związanej z transportem odpadów i z przepisów prawa nie wynika obowiązek ich posiadania przez wykonawców (czy to odbierających, czy zagospodarowujących odpady).

Nieco inaczej sytuacja wygląda w przypadku baz magazynowo-transportowych, co do których nawet sam ustawodawca dopuszcza ich lokalizowanie poza terenami gmin, z których odbierane są odpady komunalne. Zgodnie z § 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy. Zamawiający natomiast niezasadnie wymaga, by baza magazynowo-transportowa znajdowała się na jego terenie.

Odwołujący wskazał, że trzeba mieć na uwadze, że posiadanie stacji przeładunkowej wymaga posiadania decyzji na zbieranie odpadów, o czym stanowi art. 23 ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (dalej: „u.o."), ponieważ na stacjach przeładunkowych następuje gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania (a więc „zbieranie", o którym mowa w art. 3 pkt 34 u.o.). Wydanie decyzji na zbieranie odpadów, poza dostarczeniem szeregu oświadczeń i dokumentów, wymaga również sporządzenia operatu przeciwpożarowego przez rzeczoznawcę do spraw zabezpieczeń przeciwpożarowych albo osobę, posiadającą tytuł zawodowy inżynier pożarnictwa lub ukończone w Szkole Głównej Służby Pożarniczej studia wyższe w zakresie inżynierii bezpieczeństwa w specjalności inżynieria bezpieczeństwa pożarowego. Ponadto, dla

uzyskania decyzji na zbieranie odpadów w stacji przeładunkowej, konieczna jest decyzja o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, gdy dla terenu, którego wniosek dotyczy, nie został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego. Co jednak szczególnie istotne, poza powyższymi dokumentami, do wniosku o wydanie decyzji na zbieranie należy dołączyć dokument potwierdzający prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, prawo użytkowania albo umowę dzierżawy nieruchomości, ponieważ na stacji przeładunkowej w tym Postępowaniu będą zbierane odpady komunalne. Oznacza to, że nawet jeżeli na terenie gminy Września znajduje się odpowiednia działka, na której możliwe jest prowadzenie działalności w zakresie gospodarki odpadami, to podmiot będący jej właścicielem musi chcieć ją sprzedać albo ograniczyć swoje prawo własności do takiej nieruchomości i ustanowić na rzecz wykonawcy prawo użytkowania wieczystego, prawo użytkowania albo zawrzeć umowę dzierżawy nieruchomości (co wynika z przepisów prawa). Wedle najlepszej wiedzy Odwołującego na terenie gminy Września nie ma obecnie podmiotu zainteresowanego ograniczeniem/odsprzedaniem swojego prawa własności do nieruchomości mogącej stanowić stację przeładunkową. Poza tym, nawet jeżeli na terenie gminy Września znalazłby się podmiot zainteresowany taką współpracą, to i tak konieczna byłaby zmiana posiadanej przez niego decyzji do wymogów Postępowania (choćby przez dostosowanie kodów odpadów do wymagań Zamawiającego), co również wiązałoby się z zainicjowaniem długotrwałej procedury administracyjnej, której ramy czasowe wychodzą znacznie poza ramy Postępowania. Jeżeli więc wykonawca w momencie ogłoszenia tego postępowania nie ma własnej stacji przeładunkowej na terenie gminy Września, nie ma możliwości uzyskania tego zamówienia.

Odwołujący wskazał, że jedynym podmiotem, który może zrealizować zamówienie w ramach części II jest Urbis sp. z o.o., który posiada funkcjonującą stację przeładunkową w Bardzie (miejscowość położona w gminie Września). Stacja jest położona na działce o numerze geodezyjnym 91/4 i jest wyposażona w decyzje administracyjne uprawniające do gospodarowania odpadami na jej terenie. Urbis sp. z o.o. jest jednocześnie podmiotem obecnie (i w poprzednich latach) zagospodarowującym odpady komunalne pochodzące z terenu gminy Września, posiadającym własną instalację w Lulkowie, niedaleko Gniezna.

Nie ulega wątpliwości, że to właśnie Urbis sp. z o.o. jest jedynym, a więc uprzywilejowanym, podmiotem, który może zrealizować to zamówienie. Mimo że w dokumentach zamówienia dla części II Zamawiający posługuje się zwrotem „stacja przeładunkowa/baza magazynowo-transportowa zlokalizowana na terenie gminy Września", to w ramach postępowania nr ZP-271/27/WP/2021 na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Września" Zamawiający wprost wskazuje, że chodzi o stację przeładunkową w Bardzie, a więc tę należącą do Urbis sp. z o.o. Podkreślał, że Zamawiający nie dysponuje stacją przeładunkową w Bardzie, nie posiada do niej tytułu prawnego, jest to stacja przeładunkowa podmiotu, z którym zawarta została umowa na zagospodarowanie odpadów. Tym samym Zamawiający na terenie gminy Września ustanowił monopol zagospodarowania odpadów na rzecz Urbis sp. z o.o. Jak zostało to już wspomniane, w postępowaniu nr ZP-271/27/WP/2021 na odbiór odpadów komunalnych wprost wskazana została stacja przeładunkowa w Bardzie. Umowa z wykonawcą odbierającym odpady została zawarta od 1.01.2022 r. do 31.12.2024 r. Wykonawca odbierający odpady musi je wozić do Barda, co wynika z umowy nr WIK.ZP.272.10.66.2021, zawartą z PUK sp. z o.o. z siedzibą we Wrześni.

Jednocześnie Zamawiający powołując się na fakt „związania umową" twierdzi, że jest zobowiązany do przeładunku odpadów z części II zamówienia na terenie gminy Września. Wymaga podkreślenia, że to Zamawiający jest organizatorem systemu gospodarki odpadami na swoim terenie i jednocześnie gospodarzem organizowanych przez siebie postępowań. Gmina Września nie może swoim błędnym zachowaniem w innych postępowaniach (tu: na odbiór odpadów), sanować naruszania przepisów p.z.p. w kolejnych postępowaniach (tu: na zagospodarowanie odpadów). Gmina Września w ten sposób stworzyła system, w ramach którego żaden inny podmiot, poza dysponentem stacji przeładunkowej w Bardzie, nie może – przy obecnych postanowieniach dokumentów zamówienia – zagospodarowywać odpadów pochodzących z gminy Września. Co przy tym istotne, dysponent stacji w Bardzie jest jednocześnie podmiotem zagospodarowującym odpady, więc trudno uznać, że udostępni swoją stację przeładunkową konkurencji. Jak zostało to już wspomniane, powyższe ukształtowanie systemu gospodarki odpadami w gminie Września, nie ma praktycznego uzasadnienia i nie jest rozwiązaniem typowym, spotykanym w innych tego rodzaju postępowaniach. Potwierdza to również ukształtowanie zasad panujących w pozostałych częściach tego zamówienia.

Odwołujący podniósł, że w ramach części I Zamawiający nie wprowadza podobnych postanowień i pozwala na korzystanie ze stacji przeładunkowej poza terenem gminy Września. Odwołujący przywołał postanowienie pkt 5, 6 i 7 w zakresie części I. W tym przypadku Zamawiający nie wymusza dysponowania stacją przeładunkową na swoim terenie,

co potwierdza, że wymóg dysponowania stacją na zasadach opisanych dla części II zamówienia jest nadmierny, nieefektywny i nie mający praktycznego uzasadnienia. Nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego prowadzące do nieuczciwej konkurencji i nierównego traktowania wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający, organizując Postępowanie w opisany wyżej sposób, narusza nie tylko zasady p.z.p., ale również te wynikające z przepisów u.o.k.k. Zamawiający narusza przepisy u.o.k.k., w szczególności poprzez nadużycie pozycji dominującej, jaką niewątpliwie posiada on w zakresie w jakim jest uprawniony do organizacji usług użyteczności publicznej, co w konsekwencji prowadzi do nieuczciwej konkurencji
i nierównego traktowania wykonawców. Zamawiający jest przedsiębiorcą w rozumieniu art. 4 pkt 1 lit a u.o.k.k. Pojęcie użyteczności publicznej nie zostało zdefiniowane w UOKiK. Należałoby je rozumieć jako wykonywanie zadań z zakresu administracji publicznej, w celu bieżącego i nieprzerwanego zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (takie rozumienie pojęcia zostało wskazane
w ustawie z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej). Do zadań o charakterze użyteczności publicznej zalicza się zadania własne gminy, wymienione w art. 7 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym. Jako usługi o charakterze użyteczności publicznej są wymieniane usługi związane z utrzymaniem czystości i porządku w gminach w tym
w szczególności związane z zagospodarowaniem odpadów. Podmioty, wykonujące zadania z zakresu użyteczności publicznej są traktowane jako przedsiębiorcy (por. m. in. postanowienie SN z 19.10. 1999 r., III CZ 112/99, OSNC 2000, Nr 4, poz. 78). Zamawiający jest więc zobligowany do respektowania zasad konkurencyjności, określonych w u.o.k.k., ale do których obligują go również przepisy p.z.p. (art. 16 pkt 1 p.z.p.). Jednocześnie nie zachodzą podstawy do wyłączenia reguł ochrony konkurencji w tej sprawie na podstawie
art. 3 u.o.k.k. W związku z powyższym należy zbadać, czy zachowanie Zamawiającego nie stanowi naruszenia przepisów u.o.k.k. Jak stanowi art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.k. zakazane są porozumienia, których celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym, polegające w szczególności na ograniczaniu dostępu do rynku lub eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.
Z kolei art. 9 ust. 1 u.o.k.k. stanowi, że zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców, a art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k. wskazuje, że nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.
W szczególności, mając na uwadze kształtowanie postanowień OPZ w postępowaniu
ZP-271/27/WP/2021 na „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, położonych na terenie Gminy Września", gdzie wymaga się od wykonawców transportu odpadów do stacji przeładunkowej w Bardzie i tego Postępowania, gdzie jedynym podmiotem mogącym zagospodarowywać odpady jest Urbis sp. z o.o., działania Zamawiającego stanowią naruszenie art. 9 u.o.k.k. W wyroku SN
z 26.01.2017 r., sygn. akt I CSK 252/15, Sąd Najwyższy orzekł, że uprawnienie do organizowania przez gminę rynku usług nie przekreśla możliwości oceny zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności czy nie jest to przypadek tzw. dławienia konkurencji. Wyrok ten można również odnieść do stanu faktycznego tej sprawy. Gmina Września w taki sposób organizuje system gospodarki odpadami na swoim terenie, że jedynym podmiotem, który faktycznie może zagospodarowywać odpady z terenu tej gminy jest Urbis sp. z o.o. Jest to nadużycie pozycji dominującej przez Zamawiającego, ponieważ to on ukształtował system gospodarki odpadami w monopolistyczny sposób, wpisując odbiorcy odpadów komunalnych na terenie gminy Września wymóg przekazywania odpadów do stacji w Bardzie, a następnie - niejako w konsekwencji tych postanowień – wymaga, by wykonawca usługi zagospodarowania korzystał ze stacji przeładunkowej, znajdującej się na terenie gminy Września (a więc de facto: stacji w Bardzie, należącej do Urbis sp. z o.o.). Takie ukształtowanie postanowień OPZ przez Zamawiającego wpływa na sytuację na rynku odbierania odpadów w gminie Września i dławi konkurencję. Zamawiający ogranicza krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o zamówienie, a tym samym właściwie uniemożliwia świadczenie usług zagospodarowania odpadów na konkurencyjnych, korzystnych dla mieszkańców, warunkach. Wymaga podkreślenia, że Zamawiający jest jedynym podmiotem, który może wybrać podmiot świadczący usługi zagospodarowania odpadów, a więc ma pozycję dominującą na rynku właściwym, jakim jest teren gminy Września (por. art. 4 pkt 9 w zw. z art. 4 pkt 7 u.o.k.k.). W ten sposób Zamawiający wypełnia normę, wynikającą z art. 9 ust. 1 pkt 5 u.o.k.k. Istota praktyki, jak sama nazwa wskazuje, polega na takim działaniu lub zaniechaniu, które ogranicza dostęp do rynku, hamuje rozwój konkurencji istniejących podmiotów na rynku oraz negatywnie oddziałuje na strukturę rynku (por. Ochrona konkurencji i konsumentów, art. 9 SPA T. 8B red. Hauser 2018, wyd. 2, Legalis). Potwierdzeniem tego faktu jest sytuacja z na rynku wrześnieńskim, na którym jedynym podmiotem zagospodarowującym odpady od lat jest Urbis sp. z o.o. Zamawiający powinien organizować rynek

w sposób niedyskryminujący, umożliwiający rozwój konkurencji. Skoro zaś Zamawiający dławi konkurencję na swoim terenie – nadużywa pozycji dominującej, ponieważ uniemożliwia walkę konkurencyjną na równych i niedyskryminujących zasadach. Jest to jednocześnie naruszenie art. 6 ust. 1 pkt 6 u.o.k.k. Bez wątpienia świadczy to również o naruszeniu zasady efektywności, ponieważ umożliwienie ubiegania się
o zamówienie tylko jednemu podmiotowi z całą pewnością nie zapewnia najlepszej jakości usług. Nie jest to również uzasadnione charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację. Przede wszystkim jednak nie sposób uznać by umożliwiało to uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych w stosunku do poniesionych nakładów.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 lipca 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń
i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania,
o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego [dalej „Przystępujący" lub „ALBA"].

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu oraz specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron
#x200ei Uczestnika złożone pisemnie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 24 lipca 2023 r., w tym odpowiedź na odwołanie.

Dodatkowo w ramach postępowania odwoławczego złożone zostały następujące dowody, niestanowiące części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia.

Dowody Odwołującego:

1. protokół posiedzenia i rozprawy z dnia 13 grudnia 2022 r. w sprawie KIO 3165/22;
2. opis przedmiotu zamówienia na zagospodarowanie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych oraz mieszanych na terenie Gminy Oborniki na lata 2022 – 2023, ROS.271.19.2022 – część I, II oraz III;
3. umowa nr WIK.ZP.272.10.88.2018 z dnia 2 lipca 2018 r.;
4. umowa nr WIK.ZP.272.10.45.2021 z dnia 28 czerwca 2021 r.;
5. umowa nr WIK.ZP.272.10.66.2021 z dnia 10 listopada 2021 r.;
6. wydruk artykułu internetowego pt. Stacja Bardo ruszyła! – URBIS Sp. z o.o. w Gnieźnie;
7. informacja z otwarcia ofert postępowania prowadzonego przez Gminę Oborniki z dnia 17 sierpnia 2022 r.;
8. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Gminy Września;
9. informacja o wynikach przetargu Gminy Września w 2021 r.;
10. zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty Gminy Września;
11. zawiadomienie o ponownym wyborze najkorzystniejszej oferty w części 2 postępowania;
12. opis przedmiotu zamówienia dotyczący postępowania, o którym mowa w punkcie 2 powyżej
13. zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu ofert Gminy Oborniki z dnia 12 października 2022 r.;
14. opis przedmiotu zamówienia dotyczący postępowania prowadzonego przez Gminę Września pod numerem referencyjnym: ZP271/65/WP/2022;
15. oferta URBIS Sp. z o.o. złożona w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Września pod numerem referencyjnym: ZP271/65/WP/2022;
16. pismo Zamawiającego z dnia 03.02.2023 r.;
17. informacja o wyborze oferty Miasta i Gminy Szamotuły z dnia 7 kwietnia 2023 r.;
18. pismo Green Line Laboratorium Badań Środowiskowych s.c. z dnia 21 lipca 2023 r.;

19.wyciąg z projektu umowy Miasta i Gminy Szamotuły.

Dowody Zamawiającego:

1. pismo z dnia 01.02.2023 r. – Załącznik nr 1 do odpowiedzi na Odwołanie;
2. pismo z dnia 03.02.2023 r. - Załącznik nr 2 do odpowiedzi na Odwołanie;
3. pismo z dnia 07.02.2023 r. - Załącznik nr 3 do odpowiedzi na Odwołanie;
4. pismo z dnia 16.11.2022 r. - Załącznik nr 4 do odpowiedzi na Odwołanie;
5. pismo z dnia 28.11.2022 r. - Załącznik nr 5 do odpowiedzi na Odwołanie;
6. pismo z dnia 02.12.2022 r. - Załącznik nr 6 do odpowiedzi na Odwołanie;
7. pismo ORDO AMZA Sp. z o.o. z dnia 06.02.2023 r. – Załącznik nr 7 do odpowiedzi na Odwołanie;
8. pismo Komendanta Powiatowej Państwowej Straży Pożarnej z dnia 21.07.2023 r. - Załącznik nr 8 do odpowiedzi na Odwołanie.

Izba wzięła pod uwagę wszystkie przedłożone dowody, jednak wydając rozstrzygnięcie oparła się tylko na niektórych z nich, co znajdzie wyraz w treści uzasadnienia wyroku.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części:

Część I - zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 i odpadów ulegających biodegradacji – bioodpadów – o kodzie 20 02 01,

Część II – zagospodarowanie selektywnych odpadów komunalnych o kodach 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), 15 01 02 (opakowania z tworzyw sztucznych), 15 01 06 (zmieszane odpady opakowaniowe), 15 01 07 (opakowania ze szkła),

Część III -zagospodarowanie odpadów komunalnych zbieranych selektywnie w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Września.

Zgodnie z pkt. 2.4. Opisu Przedmiotu Zamówienia [dalej „OPZ"]:

4)Wykonawca zobowiązany będzie przyjmować selektywne odpady komunalne wchodzące w skład części II zamówienia, od podmiotu realizującego na terenie gminy Września usługę odbioru selektywnych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, wskazanego przez Zamawiającego.

a)Zamawiający nie wprowadza ograniczenia co do celowego miejsca zagospodarowania odpadów objętych niniejszą częścią zamówienia, przy czym Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy miejsce zagospodarowania odpadów, znajdować się będzie poza granicami administracyjnymi gminy Września – Zamawiający wymaga by Wykonawca dysponował na terenie gminy Września stacją przeładunkową/bazą magazynowo-transportową, do której Zamawiający dostarczy odpady.

b)W takim przypadku tj. kiedy usługa zagospodarowania selektywnych odpadów komunalnych będzie realizowana poza granicami administracyjnymi gminy Września, Zamawiający dostarczy odpady wyłącznie do stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej zlokalizowanej na terenie gminy Września.

c)Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wskazania w ofercie adresu/lokalizacji stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, z której Wykonawca będzie korzystać podczas realizacji Zamówienia.

e) Wykonawca zapewni, by miejsca zbierania, magazynowania oraz przetwarzania odpadów, a także sama usługa załadunku, transportu i zagospodarowania odpadów odpowiadały wymaganiom określonym we właściwych przepisach prawa. Wykonawca musi posiadać wszelkie wymagane prawem decyzje, zezwolenia itd. niezbędne do wykonania usługi objętej niniejszą częścią zamówienia.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Przywołując regulacje prawne stanowiące podstawę zarzutu należy wskazać, iż:

- zgodnie z 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;
- zgodnie z art. 17 ustawy Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów;
- zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, 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;
- zgodnie z art. 99 ust. 2 ustawy Pzp, 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;

–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.

Izba wskazuje, iż sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia jest jedną z najważniejszych czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Czynność ta stanowi jednocześnie obowiązek zamawiającego, ale i jego uprawnienie, bowiem zamawiający opisując przedmiot zamówienia odzwierciedla swoje rzeczywiste potrzeby, które chce zaspokoić poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający ma prawo, tak określić przedmiot zamówienia, aby opisać go adekwatnie do wyznaczonego celu, zachowując jednocześnie obiektywizm i precyzję w formułowaniu swoich potrzeb. Izba podziela pogląd wielokrotnie prezentowany w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, iż nie narusza przepisów ustawy Pzp sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia, który uwzględnia potrzeby zamawiającego, nawet jeżeli utrudnia lub uniemożliwia niektórym podmiotom dostęp do zamówienia. Obowiązek zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, iż zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia w sposób odzwierciedlający jego potrzeb. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży, bowiem pojęcie uczciwej konkurencji nie może być utożsamiane z konkurencją absolutną. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający nie ma obowiązku czynienia tego w sposób najbardziej dogodny dla ewentualnych wykonawców. Podkreślić jednak należy, iż w przypadku sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia w sposób uprzywilejowujący lub eliminujący niektórych wykonawców lub produkty, po stronie zamawiającego będzie istniał obowiązek przedstawienia rzeczowych argumentów uzasadniających takie działanie. Przypomnienia również wymaga, że art. 99 ust. 4 ustawy Pzp wskazuje na możliwość utrudniania konkurencji, a nie utrudnienie konkurencji (a zatem na prawdopodobieństwo wystąpienia naruszenia konkurencji, a nie konieczność wystąpienia tego naruszenia),

Następnie Izba wskazuje, że odwołania dotyczące postanowień SWZ, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa, 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 (art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Rolą środków ochrony prawnej nie jest ułatwianie wykonawcom procesu ofertowania i dostosowanie wymagań zamawiającego bezpośrednio do produktów dystrybuowanych przez wykonawców. Odwołanie służy konwalidacji sprzecznych z prawem czynności zamawiającego, które stają na drodze wykonawcom podczas ubiegania się o zamówienie publiczne.

Uwzględniając powyższe rozważania prawne wskazać należy, iż w okolicznościach przedmiotowej sprawy Odwołujący wykazał, że sporządzony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia dotyczący części II narusza zarzucane przez Wykonawcę przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, że przywołany przez Zamawiającego wyrok KIO z dnia 13 grudnia 2022 r. sygn. akt: KIO 3165/22 nie miał znaczenia dla rozpoznania istoty przedmiotowej sprawy, bowiem dotyczył innego stanu faktycznego. Zamawiający pominął, że w poprzednio prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta i Gminy Września w 2023 roku (numer referencyjny: ZP271/65/WP/2022) - w zakresie części II zamówienia - dopuścił możliwość skorzystania przez wykonawcę z własnej stacji przeładunkowej/bazy magazynowo - transportowej przed finalnym przetransportowaniem odpadów komunalnych do zagospodarowania, co potwierdza załącznik nr 2 do odpowiedzi na odwołanie. Na uprawnienie realizacji usługi zagospodarowania odpadów zbieranych selektywnie w zakresie części II zamówienia bez wykorzystania stacji przeładunkowej/bazy magazynowo - transportowej wskazał również Zamawiającemu obecny Odwołujący w piśmie z dnia 6 lutego 2023 r., co potwierdza załącznik nr 7 do odpowiedzi na odwołanie.

Tymczasem przedmiotem niniejszego odwołania objęto postanowienie zawarte w punkcie 2.4. lit. a OPZ, w którym podano, że *„(…) Zamawiający zastrzega, że w przypadku gdy miejsce zagospodarowania odpadów, znajdować się będzie poza granicami administracyjnymi gminy Września – Zamawiający wymaga by Wykonawca dysponował na terenie gminy Września stacją przeładunkową/bazą magazynowo-transportową, do której Zamawiający dostarczy odpady.”,* a także postanowienie określone w punkcie 2.4. lit. c OPZ, zgodnie z którym *„Zamawiający zobowiązuje Wykonawcę do wskazania w ofercie*

adresu/lokalizacji stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej, z której Wykonawca będzie korzystać podczas realizacji Zamówienia".

Z powyższego wynika, iż w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia, odmiennie niż w poprzednio prowadzonym, Zamawiający wprowadził obowiązek dysponowania przez wykonawcę stacją przeładunkową/bazą magazynowo – transportową na terenie gminy Września, a nie jedynie taką możliwość dopuścił. Przyjęta przez Zamawiającego

w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia konstrukcja postanowień opisu przedmiotu zamówienia znalazła odzwierciedlenie w przywołanym wyżej wyroku Izby,

w którym wskazano, że *„Powołany, zapis jest w ocenie Izby zrozumiały, w szczególności co do podstawowej metody tj. odbioru od podmiotu realizującego na terenie gminy Września usługę odbioru selektywnych odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, wskazanego przez Zamawiającego. Alternatywnie dopuszczono korzystanie przez Wykonawcę z własnej stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej przed finalnym przetransportowaniem odpadów komunalnych do zagospodarowania (vide opz)."*

Podsumowując powyższy wątek stwierdzić należy, iż Zamawiający myli postanowienia obu postępowań przetargowych, tj. poprzedniego, w którym dopuszczono możliwość skorzystania przez wykonawcę ze stacji przeładunkowej/bazy magazynowo -transportowej oraz obecnego, w którym taki wymóg postawiono wprost. Nie znajduje zatem potwierdzenia w dokumentach zamówienia stanowisko Zamawiającego zawarte m.in. na s. 7 odpowiedzi, w którym podniesiono, że *„stawiając warunek lokalizacji miejsca przeładunku/magazynowania odpadów selektywnych na terenie gminy przed ich finalnym zagospodarowaniem po pierwsze: dopuścił taką możliwość (…)"* czy też podnoszona na s. 11 odpowiedzi *„możliwość przeładunku odpadów na terenie gminy"* oraz na s. 15 *„(…) Zamawiający dopuszcza przeładunek odpadów w swych granicach administracyjnych".*

Przechodząc następnie do oceny zakwestionowanych przez Odwołującego postanowień opisu przedmiotu zamówienia Izba wskazuje, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie już z tej przyczyny, że Zamawiający nie wykazał, iż wymóg dysponowania stacją przeładunkową lub bazą magazynową – transportową na terenie gminy Września jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Jak wskazano powyżej opisanie przedmiotu zamówienia stanowi obowiązek i uprawnienie zamawiającego. Niemniej jednak potrzeby zamawiającego wyrażone w dokumentach zamówienia muszą być związane

z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalne do jego wartości i celów.

W kontekście powyższego wskazać należy, iż bezspornie przedmiotem niniejszego zamówienia publicznego w zakresie części II jest zagospodarowanie selektywnych odpadów komunalnych o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 06 i 15 01 07. Tym samym dla osiągnięcia celu przedmiotowego zadania publicznego konieczne jest dysponowanie instalacją zagospodarowania odpadów, co do której Zamawiający nie wprowadził ograniczeń dotyczących docelowego miejsca zagospodarowania odpadów. Poza sporem było również, że na terenie gminy Września nie ma instalacji zagospodarowania odpadów objętych częścią II zamówienia, co oznaczało, iż zamówienie może zrealizować wyłącznie podmiot, którego instalacja znajduje się poza terenem gminy. Rozstrzygnięcia natomiast wymagało, czy realizacja przedmiotu niniejszego zamówienia obiektywnie wymaga posiadania przez wykonawcę stacji przeładunkowej albo bazy magazynowo – transportowej na terenie gminy Września. Zdaniem Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy Zamawiający nie wykazał, aby dysponowanie przez wykonawcę stacją przeładunkową/bazą magazynowo – transportową związane było z wykonaniem przedmiotu zamówienia. Zważyć należy, iż ww. elementy infrastruktury związane są z odbieraniem czy transportem odpadów, podczas gdy przedmiotem i celem zadania publicznego jest zagospodarowanie odpadów selektywnych, odebranych od mieszkańców gminy przez inny podmiot (PUK Sp. z o.o. z siedzibą we Wrześni), aniżeli wyłoniony w niniejszym przetargu. Skoro zatem za odbiór i transport odpadów komunalnych z terenu gminy Września odpowiedzialny jest PUK Sp. z o.o.

z siedzibą we Wrześni na mocy umowy zawartej 10 listopada 2021 r., a w ramach części II Zamawiający nie wymagał transportu odpadów, to nie sposób uznać postawionego przez Zamawiającego wymogu za uzasadniony przedmiotem zamówienia.

Odnosząc się do wymogu dysponowania stacją przeładunkową wskazać należy, iż bezsporna między Stronami postępowania odwoławczego była okoliczność, że na terenie gminy Września jedynym podmiotem posiadającym stację przeładunkową jest URBIS

Sp. z o.o. (stacja przeładunkowa w miejscowości Bardo), co oznacza, że pozycja tego wykonawcy jest uprzywilejowana względem innych podmiotów. Ponadto podmiot ten obecnie, jak i w poprzednich latach zagospodarowuje odpady komunalne z terenu gminy Września we własnej instalacji w Lulkowie ok. Gniezna, co potwierdzają dowody Odwołującego nr 8 – 11. Odpady do stacji przeładunkowej w Bardzie dowozi z kolei spółka PUK Sp. z o.o. z siedzibą we Września na mocy umowy o zamówienie z dnia 10 listopada 2021 r. obowiązującej od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2024 r. (dowód Odwołującego nr 5), w której Zamawiający (gmina Września) zobowiązał wykonawcę (PUK Sp. z o.o.) do

transportu odpadów do rzeczonej stacji.

Przechodząc następnie do wymogu dysponowania bazą magazynowo – transportową, który był mocniej akcentowany przez Zamawiającego, zauważyć należy, iż wprowadzony w opisie przedmiotu zamówienia wymóg dysponowania bazą na terenie gminy Września jest bardziej restrykcyjny niż określone przepisami prawa wymogi dotyczące lokalizacji bazy. Zgodnie bowiem z § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 122), podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną: 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy; 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny. Z powyższego wynika zatem, iż po pierwsze baza magazynowo – transportowa nie jest elementem infrastruktury związanej z zagospodarowaniem odpadów, lecz elementem infrastruktury odbioru odpadów, po drugie winna być ona usytuowana w gminie, z której terenu dany podmiot odbiera odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy, a po trzecie podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązany jest posiadać bazę na terenie, do którego posiada tytuł prawny. Tymczasem w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający nie dopuścił możliwości dysponowania bazą magazynowo – transportową w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy, mimo że sam ustawodawca dopuszcza położenie bazy poza terenem gmin,
z których odbierane są odpady komunalne. W tym miejscu warto również wskazać, iż Zamawiający nie odniósł się do stanowiska Odwołującego zawartego w punkcie 8 pisma
z dnia 24 lipca 2023 r., w którym Wykonawca podniósł, że *„gdyby w OPZ znalazły się rozwiązania, które przewidują przepisy rozporządzenia, nie można byłoby mówić*
o ograniczaniu konkurencji, ponieważ zdecydowanie szerszy krąg podmiotów mógłby uczestniczyć w ubieganiu się o to zamówienie."

Dalej podnieść należy, iż za gołosłowne Izba uznała stanowisko Zamawiającego, który akcentował, iż na terenie gminy Września występuje sześć podmiotów posiadających decyzje zezwalające na zbieranie odpadów, co oznaczałoby, że potencjalny wykonawca zamówienia na zasadzie podwykonawstwa mógłby nawiązać współpracę z takimi podmiotami. W powyższym zakresie Zamawiający nie podjął jednak żadnej inicjatywy dowodowej wbrew obowiązkowi wynikającemu z art. 534 ust. 1 ustawy Pzp. Co więcej, stanowisko Zamawiającego było szczątkowe, oparte na lakonicznym wskazaniu, że na terenie gminy Września aż sześć podmiotów dysponuje stosownymi decyzjami, które potencjalnie mogłyby stanowić miejsca przeładunku odpadów selektywnych. Zamawiający nie odparł przy tym stanowiska Przystępującego, który odnośnie podmiotów wymienionych przez Zamawiającego wskazał, że: w przypadku podmiotu Almar decyzja o zezwoleniu na zbieranie odpadów wygasła w 2022 r., w zakresie podmiotu Mawid podniesiono, iż z BDO nie wynika, że podmiot ten posiada decyzję zezwalającą na zbieranie odpadów, odnośnie MK-MET zauważono, że jest to podmiot prowadzący skup złomu, z kolei podmiot Autotak prowadzi kasację pojazdów, podmiot Kosłom nie został przez Przystępującego odnaleziony w BDO, a w przypadku Alscrap decyzja zezwalająca na zbieranie odpadów wygaśnie we wrześniu 2023 r. Hasłowe powoływanie się przez Zamawiającego, iż na rynku lokalnym istnieje co najmniej kilka podmiotów posiadających potencjalne miejsca mogące służyć jako miejsce przeładunku odpadów selektywnych objętych częścią II zamówienia Izba uznała za niewystarczające dla wykazania, że ukształtowane przez Zamawiającego wymogi są związane z przedmiotem zamówienia i nie mają charakteru dyskryminującego. Zamawiający, oprócz braku inicjatywy dowodowej w powyższym zakresie, nie dokonał żadnej analizy charakteru działalności gospodarczej prowadzonej przez ww. podmioty, posiadanych przez te podmioty decyzji zezwalających na zbieranie odpadów, w tym rodzaju frakcji oraz ilości odpadów, w zestawieniu z wymogami opisu przedmiotu zamówienia.

Podsumowując powyższy wywód Izba wskazuje, iż Zamawiający w żaden sposób nie powiązał postawionego wymogu dysponowania przez wykonawcę stacją przeładunkową/bazą magazynowo – transportową na terenie gminy Września z przedmiotem niniejszego zamówienia, tj. zagospodarowaniem odpadów komunalnych, a tym samym nie wykazał, że przeładunek odpadów na terenie gminy Września jest elementem usługi zagospodarowania odpadów. Zamawiający nie odparł twierdzeń Odwołującego
i Przystępującego, którzy wskazywali, iż stacja przeładunkowa/baza magazynowo – transportowa nie stanowią elementów infrastruktury niezbędnej do prawidłowej realizacji usług objętych częścią II zamówienia, dla wykonania których kluczowa jest instalacja przetwarzania odpadów. Zamawiający nie odniósł się także do twierdzeń Odwołującego dotyczących niedopuszczenia lokalizacji bazy magazynowo – transportowej w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy, choć przepisy prawa taką możliwość dopuszczają. Nie wykazano jednocześnie, że na terenie gminy Września występują nieruchomości, na których realnie odpady komunalne objęte częścią II zamówienia mogłyby być gromadzone.

Zamawiający nie odparł również twierdzeń Odwołującego dotyczących niewspółmiernie wysokich - względem wartości zamówienia - kosztów budowy stacji przeładunkowej na terenie gminy oraz długiego czasu wybudowania stacji,

stanowiących barierę w uzyskaniu zamówienia oraz złożonego na tę okoliczność dowodu nr 17 i 19, tym bardziej, że jak stwierdzono powyżej, Zamawiający nie wykazał, iż posiadanie stacji przeładunkowej jest warunkiem koniecznym do osiągnięcia celu zamówienia.

Nie zostały skutecznie podważone przez Zamawiającego twierdzenia Odwołującego dotyczące długotrwałej procedury uzyskiwania czy też zmiany decyzji na zbieranie odpadów. Słusznie wskazał Odwołujący, że złożone przez Zamawiającego jako dowód pismo Komendanta Powiatowego PSP we Wrześni z dnia 21 lipca 2023 r. odnosi się wyłącznie do wąskiego wycinka całej procedury. Zamawiający nie wykazał przy tym długości trwania procedury administracyjnej dotyczącej wydania zezwolenia na zbieranie odpadów prowadzonej przez Starostwo Powiatowe do określonej ilości odpadów (do 3000 Mg
w okresie roku). Zamawiający nie zakwestionował złożonego przez Odwołującego dowodu stanowiącego pismo Green Line Laboratorium Badań Środowiskowych s.c. – podmiotu profesjonalnie zajmującego się uzyskiwaniem/zmianą m.in. zezwoleń na zbieranie odpadów, z którego wynika, że *„postępowanie administracyjne trwa obecnie od 6 miesięcy do 3 lat. Obecnie Urząd Marszałkowski ze względu na duże obciążenie pracy Departamentu Zarządzania Środowiskiem i Klimatu, kieruje do podmiotów, które obsługuje nasza firma pisma o braku możliwości załatwienia sprawy w danym terminie".* Ponadto uwzględniając przewidzianą w specyfikacji możliwość zwiększenia ilości przekazanych odpadów
w stosunku do wyliczeń Zamawiającego zawartych w punkcie 2. 3) opisu przedmiotu zamówienia w zależności od faktycznych potrzeb i ilości, nie jest obecnie możliwe jednoznaczne przesądzenie, że organem właściwym do wydania decyzji byłby Starosta Powiatowy jak podnosił Zamawiający, a nie Urząd Marszałkowski. Powyższe jedynie potwierdza, że stanowisko Zamawiającego jest ograniczone do powoływania się na okoliczności pasujące do prezentowanej tezy.

Następnie Izba wskazuje, iż Zamawiający w okolicznościach rozpoznawanej sprawy nie wykazał, że wymóg dysponowania stacją przeładunkową albo bazą magazynową – transportową na terenie gminy Września jest uzasadniony obiektywnymi potrzebami gospodarza postępowania. W szczególności Zamawiający nie wskazał konkretnych przepisów dotyczących gospodarki odpadami uzasadniających ukształtowanie postanowień opisu przedmiotu zamówienia w sposób opisany w punkcie 2.4. lit. a) oraz c).

Zdaniem Izby wprowadzenie do postanowień dokumentów zamówienia powyższych wymogów w istocie wynikało z dotychczasowej polityki prowadzonej przez Zamawiającego
w obszarze gospodarki odpadami komunalnymi, w szczególności związanej z zawarciem
w 2021 r. umowy na odbiór odpadów od mieszkańców gminy przez PUK Sp. z o.o.
z siedzibą we Wrześni. Na mocy rzeczonej umowy Zamawiający zobowiązał wykonawcę (PUK Sp. z o.o.) do odbierania od mieszkańców gminy odpadów komunalnych i ich transportu do konkretnej stacji przeładunkowej (w Bardzie) niebędącej w dyspozycji Zamawiającego, bowiem prowadzonej przez podmiot prywatny, tj. URBIS Sp. z o.o., posiadający jednocześnie instalację zagospodarowania odpadów w Lulkowie, do której trafiają odpady odebrane z terenu gminy Września. Wykreowany przez Zamawiającego sposób gospodarki odpadami komunalnymi w obszarze odbioru i zagospodarowania na terenie gminy doprowadził do realnego zamknięcia niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie części II na konkurencję. Zamawiający nakazał bowiem odbiorcy odpadów komunalnych na terenie gminy Września przekazywanie odpadów do stacji
w Bardzie, a następnie - niejako w konsekwencji tych postanowień – wymaga, by wykonawca usługi zagospodarowania korzystał ze stacji przeładunkowej/bazy magazynowo - transportowej, znajdującej się na terenie gminy Września. W konsekwencji w realiach sprawy podmiot zagospodarowujący odpady objęte częścią II zamówienia jest znany przed rozstrzygnięciem niniejszego postępowania. Tylko URBIS Sp. z o.o. posiadająca na terenie gminy stację przeładunkową, wskazana przez Zamawiającego w umowie na odbiór odpadów z dnia 10 listopada 2021 r. (obowiązującej do końca 2024 roku) jako właściwa do przyjęcia odpadów pochodzących z terenu gminy Września, posiadająca jednocześnie instalację zagospodarowania odpadów w Lulkowie, jest w stanie realnie spełnić wymagania opisu przedmiotu zamówienia.

Co więcej, oceny Izby nie zmieniło stanowisko Zamawiającego, który wymóg wskazania w ofercie adresu stacji przeładunkowej/bazy magazynowo-transportowej uzasadniał koniecznością transportu odpadów odebranych z terenu gminy do stacji lub bazy podanej przez wykonawcę. Wskazać należy, iż gdyby nawet hipotetycznie uznać wymóg dysponowania przez wykonawcę bazą magazynowo – transportową albo stacją przeładunkową za niezbędny do osiągnięcia celu zamówienia oraz uzasadniony potrzebami Zamawiającego, to Zamawiający nie wykazał, iż na gruncie umowy o zamówienie publiczne zawartej z PUK Sp. z o.o. świadczącą obecnie usługę odbioru odpadów z terenu gminy została przewidziana możliwość zmiany podmiotu, do którego dostarczane są odpady selektywne odbierane od mieszkańców (stacja przeładunkowa w Bardzie). Poza lakonicznym twierdzeniem, iż Zamawiający zmieni umowę z wykonawcą PUK Sp. z o.o., wobec czego PUK Sp. z o.o. nie będzie woził odebranych odpadów komunalnych do stacji przeładunkowej w Bardzie, lecz w miejsce podane przez wybranego w niniejszym postępowaniu wykonawcę, nie wskazano postanowienia umowy przewidującego taką możliwość, mimo że rzeczona umowa została przekazana przez Odwołującego w ramach materiału dowodowego (dowód nr 5). Z kolei brak takiej możliwości na gruncie umowy z dnia 10

listopada 2021 r. podnosił Odwołujący, czego Zamawiający nie odparł.

Końcowo podkreślić należy, iż system gospodarki odpadami w gminie musi być spójny i tworzyć całość, zwłaszcza w sytuacji gdy Zamawiający nie decyduje się przeprowadzić jednego postępowania o udzielenie zamówienia na odbieranie

i zagospodarowanie odpadów, czy też nie posiada własnej stacji przeładunkowej. Oczywiste jest, że odbiór odpadów jest ściśle powiązany z ich dalszym zagospodarowaniem, dlatego też decyzje Zamawiającego w tym zakresie powinny być przemyślane i nie mogą prowadzić do zaburzenia konkurencji. Nie zasługuje zdaniem Izby na ochronę prawną ukształtowany przez Zamawiającego system gospodarki odpadami, w którym uprzywilejowany został podmiot wskazany przez Zamawiającego w umowie z dnia 10 listopada 2021 r., będący przy tym jedynym podmiotem dysponującym na terenie gminy stacją przeładunkową oraz instalacją zagospodarowania odpadów w Lulkowie.

Mając na uwadze powyższe okoliczności Izba uznała, że Zamawiający naruszył zarzucane przez Odwołującego przepisy ustawy Pzp, bowiem przedmiot zamówienia został opisany w sposób nadmierny, oderwany od celu zamówienia, a także ograniczający krąg podmiotów, które mogłyby ubiegać się o przedmiotowe zamówienie. Wobec powyższego Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu wykreślenie stosownych postanowień opisu przedmiotu zamówienia zgodnie z żądaniem Odwołującego, co znalazło odzwierciedlenie w punkcie 1. sentencji.

Jednocześnie Izba nie nakazała Zamawiającemu wskazania w dokumentach zamówienia, odnoszących się do części II, miejsca, z którego wykonawca odbierze odpady będące przedmiotem zagospodarowania, a odebrane z nieruchomości położonych na terenie gminy Września. W ocenie Izby Zamawiający powinien kompleksowo przeanalizować obowiązujący w gminie system gospodarki odpadami komunalnymi, w tym zawarte już umowy na odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu gminy i podjąć niezbędne działania zmierzające do usunięcia skutków wykreowanego uprzednimi decyzjami ograniczenia konkurencji w obszarze zagospodarowania odpadów selektywnych objętych częścią II zamówienia.

Podniesioną przez Odwołującego argumentację dotyczącą naruszenia przez Zamawiającego pozycji dominującej i stosownych przepisów ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2021 r. poz. 275), jako wykraczającą poza właściwość Izby, pozostawiono bez rozpoznania.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..