Sygn. akt: KIO 1719/23

WYROK

z dnia 30 czerwca 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Joanna Gawdzik-Zawalska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2023 r. przez wykonawcę:

Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. we Wrocławiuubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego:

Miasto i Gmina Kórnik

orzeka:

1. **Umarza postępowanie** w zakresie zarzutu kierowanego względem zapisów specyfikacji warunków zamówienia przewidujących wyłącznie jedno miejsce przyjmowania odpadów odbieranych „u źródła" (dla odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 1 opisu przedmiotu zamówienia z wyłączeniem odpadów wskazanych w Rozdziale V pkt. 8)
2. **Oddala odwołanie** w pozostałym zakresie
3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
   - 2.1. zalicza w ich poczet poniesioną przez odwołującego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) tytułem wpisu oraz poniesione przez odwołującego i zamawiającego kwoty po 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
   - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:……..

Uzasadnienie

Miasto i Gmina Kórnik (Plac Niepodległości 1, 62-035 Kórnik) (dalej również: Zamawiający) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) (dalej również: Ustawa lub Pzp) postępowanie na zamówienie o wartości zamówienia powyżej progów unijnych na: „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z ternu Miasta i Gminy Kórnik w 2024 roku", znak referencyjny: B-FP.271.20.2023, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dz. Urz. UE w dniu 05.06.2023 r. pod numerem 2023/S 106-332757 (dalej również: Postępowanie). Warunki zamówienia opisuje specyfikacja warunków zamówienia (dalej również: SWZ), której część stanowi opis przedmiotu zamówienia (dalej również: OPZ).

W dniu 15 czerwca 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie wpłynęło odwołanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. (ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław) (dalej również: Wykonawca lub Odwołujący) wobec treści dokumentów zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 99 ust. 1,2 i 4 w zw. z art. 16 Ustawy i art. 17 ust. 1Ustawy i art. 5 k.c. oraz art. 353/1 k.c. w zw. z art. 8 ust. 1 Ustawy poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, w sposób nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego i jednocześnie uniemożliwiający uzyskanie najlepszej jakości usług oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, oraz w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, który prowadzi do wyeliminowania większości (o ile nie wszystkich) wykonawców, a także w sposób naruszający równość stron stosunku cywilnoprawnego oraz istotnie przekraczający zasadę swobody umów z uwagi na to, że Zamawiający w rozdziale V pkt 7 i 8 OPZ oczekuje, że wykonawca wskaże wyłącznie jedno miejsce przyjmowania odpadów odbieranych „u źródła" (dla odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 1 OPZ z wyłączeniem odpadów wskazanych w Rozdziale V pkt 8) oraz wyłącznie jedno miejsce przyjmowania odpadów

zbieranych w PSZOK tj. instalację (dla wszystkich odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 2 OPZ).

Podnosząc powyższe zarzuty, Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu dokonania modyfikacji treści SWZ poprzez:

- usunięcie zapisu dotyczącego obowiązku wskazania jednego miejsca przyjmowania odpadów określonych w Rozdziale III ust 3 OPZ wyłącznie w instalacji oraz

-wprowadzenie możliwości wskazania dla każdego rodzaju odpadów określonych w Rozdziale III ust 3 pkt 2 Stacji Przeładunkowej lub instalacji; (tutaj, w związku z wyjaśnieniami Zamawiającego Odwołujący zmienił żądanie rezygnując z żądania wprowadzenia możliwości wskazania stacji przeładunkowej jako miejsca przyjmowania odpadów zastępując wprowadzeniem możliwości wskazania oprócz instalacji również miejsca prowadzonego przez podmiot zbierający odpady z uwzględnieniem art. 23 ust. 2 i 10 ustawy o odpadach).

Wniosek obejmował także zmiany dokumentacji postępowania wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

Pismem z dnia 23 czerwca 2023 r. Zamawiający uwzględnił zarzut naruszenia przywołanych powyżej norm prawnych w odniesieniu do żądania wskazania wyłącznie jednego miejsca przyjmowania odpadów odbieranych „u źródła" (dla odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 1 OPZ z wyłączeniem odpadów wskazanych w Rozdziale V pkt 8), w odniesieniu do zarzutu sformułowanego w stosunku do żądania wskazania wyłącznie jednego miejsca przyjmowania odpadów zbieranych w PSZOK tj. instalację (dla wszystkich odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt. 3 ppkt. 2) OPZ) wnosiło o oddalenie.

Zamawiając domagał się dopuszczenia dowodów z dokumentów załączonych do pisma procesowego z dnia 28 czerwca 2023 r., a Odwołujący złożonych na posiedzeniu. Izba dopuściła dowód z SWZ oraz pytań wraz z wyjaśnieniami do SWZ oraz wnioskowanych dokumentów.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, na podstawie zebranego materiału w sprawie, w postaci dokumentów postępowania, załączonych przez strony dokumentów oraz oświadczeń i stanowisk Stron, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co niżej opisano.

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Ustawy, 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, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 Ustawy.

W zakresie zarzutu, co do którego Zamawiający uwzględnił odwołanie Izba uznała, że postępowanie podlega umorzeniu.

W zakresie umorzonym Izba wskazuje, że zgodnie z normą art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 Ustawy postępowanie odwoławcze podlega umorzeniu, w przypadku uwzględnienia odwołania przez zamawiającego, co rodzi obowiązek po stronie zamawiającego wykonania, powtórzenia lub unieważnienia czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

W zakresie zarzutu sformułowanego w stosunku do postanowień dokumentów postępowania dotyczących odpadów wymienionych w Rozdziale III ust. 3 pkt. 2) OPZ Izba oddaliła odwołanie wobec niewykazania przez Odwołującego naruszenia przepisów Ustawy.

Izba ustaliła, że zarzut Odwołującego sformułowany został przy założeniu ograniczenia przez Zamawiającego wykonawcy w zakresie sposobu realizacji przedmiotu zamówienia wobec:

- obowiązku przyjmowania odpadów komunalnych zbieranych w PSZOK określonych w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 2 OPZ wyłącznie w jednym miejscu przyjmowania odpadów tj. wyłącznie w instalacji i jednocześnie, że

- pojęcie instalacji obejmuje wyłącznie miejsce przyjmowania odpadów, w którym oprócz zbierania odpadów dokonywane musi być przetwarzanie – zagospodarowanie - wszystkich odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 2) OPZ.

Odwołujący uzasadniając zarzut podkreślał zróżnicowanie frakcji odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt 3 ppkt 2) OPZ i płynącą z tego faktu nieuprawnioną ingerencję Zamawiającego w swobodę realizacji zamówienia mającą wpływ na:

- ograniczenie liczby potencjalnych wykonawców zdolnych wykonać zamówienie (a więc takich, którzy zapewnić mogliby jedną instalację przeznaczoną do zbierania i przetwarzania wszystkich frakcji odpadów) i

- wyłączającą możliwość uzyskania najlepszych efektów zamówienia i jakości usług w ramach finansowania zamówienia a także

- różne traktowanie takich samych odpadów przyjmowanych z PSZOK względem tych przyjmowanych u źródła, gdzie w odniesieniu do tych drugich Zamawiający przewidział możliwość przyjmowania odpadów zarówno w instalacji jak i stacji przeładunkowej.

Dla uzasadnienia wpływu zapisu ograniczającego zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania oraz

proporcjonalności warunku wskazywał, że „Zapis Rozdziału V pkt 7 OPZ stanowi nadmierne ograniczenie w zakresie realizacji zamówienia, całkowicie nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia i celu jego realizacji. Wskazanie dla tak różnych morfologicznie odpadów wymagających całkowicie odmiennego sposobu zagospodarowania 1 instalacji na wszystkie rodzaje odpadów ogranicza w sposób nieuzasadniony krąg wykonawców zdolnych wykonać takie zamówienie. Odpady budowlane, odpady zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, odpady ulegające biodegradacji (odpady zielone), opony, leki, igły i strzykawki a także odpady farb, lakierów, klejów, surowce wtórne typu papier, tworzywa sztuczne i szkło czy odpady wielkogabarytowe to odpady, których zagospodarowanie odbywa się w wyspecjalizowanych instalacjach. Wiele takich instalacji znajduje się w niedalekiej odległości od gminy Zamawiającego jednakże każda z nich specjalizuje się w przetwarzaniu określonej grupy lub grup odpadów. Wykonawca mogący sprostać wymaganiom Zamawiającego powinien dysponować 1 instalacją, która posiadałaby decyzję na przetwarzanie (a nie na zbieranie odpadów) wszystkich kodów odpadów wymienionych w rozdziale III pkt 3 ppkt 2 OPZ. Według wiedzy Odwołującego na podstawie informacji uzyskanych z ogólnodostępnej bazy danych o odpadach bdo (systemu administrowanego jest przez Ministerstwo Środowiska, a prowadzonego na bieżąco przez marszałków województw) takie instalacje na rynku polskim nie występują. Takie ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia wyklucza możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawców obiektywnie zdolnych i przygotowanych do jego realizacji, posiadających.” Odwołujący przedstawił dowody potwierdzające fakt, że wskazywane przez Zamawiającego przykładowo, jako spełniające warunek OPZ instalacje nie mogą stanowić instalacji jako miejsca przetwarzania wszystkich określonych Rozdziałem III pkt. 3 lit. 2 OPZ frakcji odpadów.

Ponad to, wobec wyjaśnień Zamawiającego, co do zakresu pojęcia instalacji jako miejsca przyjmowania odpadów, Odwołujący uznał je za wystarczające i zgodne z jego oczekiwaniami (przy jednoczesnym umożliwieniu wskazania dla bioodpadów odrębnego miejsca przyjmowania odpadów), lecz nie znajdujące oparcia w brzmieniu zapisów SWZ – stąd podtrzymał swoje stanowisko.

Izba wskazuje, że zgodnie z Pzp;

- art. 99 ust. 1 ,2 ,4 w zw. z art. 16 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; 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; 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; i jednocześnie Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; przejrzysty i proporcjonalny;
- art. 17 ust. 1 Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 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 a także
- art. 5 i art. 353/1 k.c. w zw. z art. 8 Pzp Nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony i strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Mając na uwadze treść zarzutu w tym również przywołanych w nim norm prawnych oraz okoliczności faktyczne Izba oddaliła zarzut wobec ustalenia, że założenie Odwołującego, co do rzeczywistej treści zapisów SWZ stanowiące podstawę zarzutu jest błędne oraz, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów Ustawy poprzez wprowadzenie kwestionowanego wymogu wskazywania jednej instalacji jako miejsca przyjmowania odpadów, w tym w szczególności w zakresie bioodpadów.

Izba ustaliła, że kwestionowane zapisy OPZ nie stoją na przeszkodzie wskazania przez wykonawcę jednej lub wielu instalacji jako miejsca przetwarzania danej frakcji odpadów odrębnej lub tożsamej z instalacją wskazana jako miejsce przyjmowania odpadów (co nie dotyczy bioodpadów, dla których, w sytuacji innej niż opisana art. 23 ust. 2 pkt. 6) w zw. z ust. 10 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. Dz.U.2022.699 t.j) (dalej również: ustawa o odpadach) wymagane będzie wskazanie tej samej instalacji jako miejsca przyjmowania i miejsca przetwarzania

odpadów) i jednocześnie powyższe wynika z treści SWZ wraz z odpowiedziami na pytania udzielonymi w trybie art. 135 Ustawy.

Powyższe Izba ustaliła mając na uwadze, że:

1. zapisy SWZ w zakresie, w jakim ustalają pojęcia i ich wzajemną korelacje: miejsca przyjmowania odpadów komunalnych, instalacji i miejsca przetworzenia mogą budzić wątpliwości, czego wyrazem było wystąpienie przez jednego z wykonawców z pytaniem 1 do Zamawiającego („Wnosimy o doprecyzowanie zapisów dotyczących przetwarzania odpadów. Czy zgodnie rozdziałem I pkt. 1 ppkt. 3 OPZ Zamawiający wymaga, żeby wszystkie frakcje odpadów były przetwarzane w instalacji wskazanej w §1 ust. 3 Umowy oraz w pkt. 4, oraz pkt. 7 i 8 formularza ofertowego ? Czy Zamawiający dopuszcza opcję zbierania i magazynowania wybranych frakcji odpadów zgodnie z posiadanymi przez Wykonawcę decyzjami administracyjnymi, a następnie przekazanie ich do podmiotów zewnętrznych");
2. rzeczywista intencja Zamawiającego, co do dopuszczenia jako miejsca przyjmowania odpadów zarówno instalacji jako miejsca przetwarzania- zagospodarowywania odpadów (odzysk i lub unieszkodliwianie) wszystkich odpadów zdeponowanych uprzednio w PSZOK określonych w OPZ Rozdział III pkt 3 ppkt. 2 jak i instalacji jako miejsca przetwarzania niektórych i zbierania pozostałych odpadów (bez uprawnienia do ich przetwarzania) z opcją dalszego ich transportu do innej instalacji jako miejsca przetwarzania odpadów, wynika z treści:
   a) wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 2 do SWZ, która w paragrafie 1 ust. 2 pkt. 2 przewiduje wskazanie jednej instalacji jako miejsca przyjmowania odpadów wskazanych w rozdziale III ust. 2 ppkt. 2) OPZ i jednocześnie w ust. 3 pkt. 2) przewiduje wskazanie jednej lub więcej instalacji, w których nastąpi przetwarzanie odpadów o których mowa w Rozdziale III ust. 3 pkt. 2) OPZ oraz
   b) zapisów OPZ, w szczególności w brzmieniu Rozdziału V ust. 3 pkt. 1, ust. 7 ust. 9 jak również Rozdziału VII ust. 1-2 OPZ.

Powyższe potwierdza także bezpośrednio:

1. treść udzielonej przez Zamawiającego w trybie art. 135 Ustawy w dniu 26 czerwca 2023 r. odpowiedzi na pytanie 1 („Zamawiający wymaga, aby wszystkie frakcje odpadów były przetwarzane w instalacjach wskazanych i zapewnianych przez Wykonawcę, przy czym nie muszą być to instalacje, w których przyjęto odpady komunalne od Zamawiającego (Rozdział V ust. 9 Opisu Przedmiotu Zamówienia, dalej „OPZ") - zatem wszystkie frakcje odpadów powinny być przetwarzane w instalacjach wskazanych w § 1 ust. 3 Umowy oraz w pkt 7 i 8 formularza ofertowego. W tym miejscu zwrócić należy uwagę, iż pkt 4 formularza nie dotyczy przetworzenia odpadów, ale ich przyjęcia - Zamawiający ponownie odsyła do Rozdziału V ust. 9 OPZ.- Odpowiadając na drugą część pytania, wskazać należy, że Wykonawca jest uprawniony do zagospodarowania odpadów w instalacjach podmiotów trzecich.") oraz
2. stanowisko procesowe Zamawiającego zaprezentowane na rozprawie i w piśmie procesowym z dnia 28 czerwca 2023 r.
3. zaś ewentualne ograniczenie dopuszczalności wskazania instalacji jako miejsca przetwarzania innej niż wskazana jako miejsce przyjmowania odpadów może wyniknąć w określonych okolicznościach faktycznych w stosunku do jednej frakcji odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 3 OPZ tj. bioodpadów , w przypadku nie ziszczenia się wyłączenia z ust. 10 zakazu opisanego w ust. 2 art. 23 ustawy o odpadach.

Dalej Izba ustaliła, co było bezsporne, że na terenie województwa położenia PSZOK istnieją instalacje spełniające warunek miejsca przyjmowania odpadów dla wszystkich odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 3 OPZ oraz instalacje spełniające warunek miejsca przetwarzania dla niektórych z odpadów wymienionych w Rozdziale III pkt. 3 ppkt 3 OPZ, w tym również instalacje zdolne do przetworzenia odpadów przynajmniej w zakresie, w jakim samo zbieranie odpadów poza miejscem wytworzenia byłoby niezgodne z art. 23 ust. 2 w zw. z ust. 10 ustawy o odpadach (bioodpady) np. instalacja w Jarocinie lub Ostrowie.

Izba ustaliła również, co także nie było sporne pomiędzy stronami, że Zamawiający nie wymaga bezpośredniej realizacji usługi przez wykonawcę dopuszczając powierzanie jej wykonania podwykonawcy posiadającemu wymagane przepisami uprawnienia (np. do zbierania, przetwarzania odpadów).

Izba ustaliła również w oparciu o stanowisko Zamawiającego i załączone do pisma z 28 czerwca 2023 r dowody, bezsporną pomiędzy stronami okoliczność, że:

1. Zamawiający przewiduje udzielenie osobnych zamówień publicznych na: 1) odbiór odpadów komunalnych zbieranych od właścicieli nieruchomości pozostających w lokalnym systemie gospodarowania odpadami 2) zagospodarowanie odpadów komunalnych, czego wyrazem jest Postępowanie na zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz
2. Zamawiający zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. Dz.U.2022.2519 t.j. z dnia 2022.12.0) planuje realizować odbiór oraz transport odpadów zdeponowanych w PSZOK własnymi ograniczonymi, co do możliwości transportowych odpadów, zasobami,

poprzez udzielenie zamówienia publicznego w trybie z wolnej ręki (art. 214 ust. 1 pkt 11 Ustawy) podmiotowi zależnemu Wodociągi Kórnickie I Usługi Komunalne Wodkom Kórnik sp. z o.o. w Kórniku.

Powyższe ustalenia skutkują oddaleniem odwołania. W ocenie Izby wymóg zapewnienia w ramach realizacji zamówienia jednego miejsca przyjmowania odpadów uzasadniony jest w świetle potrzeb Zamawiającego, czyniąc zarzut utrudnienia uczciwej konkurencji, nieproporcjonalności środka czy też uzyskania najlepszej jakości i efektów zamówienia niezasadnym, podobnie jak zarzut naruszenia swobody kontraktowania i nadużycia uprawnienia w kształtowaniu wzajemnych praw i obowiązków stron.

Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych oraz uzasadnieniu wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2012 r. sygn. Akt 585/19 odpowiednio, że: „określenie przedmiotu zamówienia jest zarazem obowiązkiem jak i uprawnieniem zamawiającego. Jego określenie w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zdolności realizacji zamówienia przez wszystkie podmioty działające na rynku w danej branży. (...) Zamawiający ma prawo opisać swoje potrzeby w taki sposób, aby przedmiot zamówienia spełniał jego wymagania i zaspokajał potrzeby, pod warunkiem, że dokonany opis nie narusza konkurencji ani równego traktowania wykonawców. Sama okoliczność, że opis przedmiotu zamówienia uniemożliwia złożenie oferty przez Odwołującego nie wskazuje na naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, skoro na rynku działają podmioty mogące brać udział w postępowaniu samodzielnie lub w ramach konsorcjum, czemu Odwołujący nie zaprzeczył" (UZP, Zamówienia publiczne w orzecznictwie, zeszyt orzeczniczy nr 1, Warszawa 2008, s. 35)." oraz , że „każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą ograniczenie konkurencji, pośrednio lub bezpośrednio preferując jednych wykonawców obecnych na rynku i dyskryminując innych. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby"

W ocenie Izby, w niniejszej sprawie właśnie uwarunkowania rynkowe i potrzeby Zamawiającego działającego w sferze swobody kształtowania praw i obowiązków stosunków zobowiązaniowych stron stanowią wystarczające uzasadnienie dla wprowadzenia analizowanego ograniczenia i jako takie ograniczenie to nie może zostać ocenione jako sprzeczne z Ustawą.

Odwołujący nie wskazał ani nie wykazał na czym polegać sprzeczność ze społeczno -gospodarczym przeznaczeniem ani zasadami współżycia społecznego przyjętego rozwiązania ani w jaki sposób narusza ono naturę stosunku.

Dodatkowo Izba wskazuje na zasadność uwzględnienia w analizowanym warunku OPZ reguły określonej art. 9 ea ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zgodnie, z którym PSZOK przekazuje, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebrane odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, co ogranicza swobodę Zamawiającego w zakresie wskazania jako miejsca przyjmowania odpadów oprócz instalacji również stacji przeładunkowej.

Dalej według Izby także to, że odległość PSZOK do miejsca przyjmowania odpadów zgodnego z SWZ i koszty wiążące się z transportem do instalacji mogą przełożyć się na szacowanie ceny ofertowej oraz ocenę oferty w zakresie obu przewidzianych kryteriów oceny oferty (ceny i odległości miejsca przejmowania odpadów) nie wystarcza dla uznania za zasadny zarzutu naruszenia przez Zamawiającego wskazanych odwołaniem przepisów. Określenie warunku jest uzasadnione potrzebami Zamawiającego i nie jest nadmiarowe, zaś kwestia oceny skutków finansowych nie została przez Wykonawcę uszczegółowiona ani wykazana, co czyni zarzut naruszenia art. 17 Pzp gołosłownym.

W ocenie Izby treść pojęcia instalacji obejmującej zarówno miejsce przyjmowania odpadów jak i miejsce przetwarzania odpadów czyni zarzut odwołania nieuzasadnionym. Odwołujący nie sprostał ciężarowi wykazania, że założenie jednego miejsca przyjmowania odpadów w zakresie wszystkich frakcji odpadów wymienionych w rozdziale III pkt. 3 ppkt. 2) OPZ, w tym również bioodpadów stanowiących odpady komunalne (z uwzględnieniem zasady opisanej art. 23 ust. 2 i 10 ustawy o odpadach), narusza zasady Pzp.

W świetle art. 555 ust. 1 w zw. z art. 516 ust. 1 pkt. 8-10 Ustawy „Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu", zaś „Odwołanie zawiera: (…) 8) zwięzłe przedstawienie zarzutów; 9) żądanie co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania; 10) wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności". W niniejszej sprawie, zarzuty sformułowane zostały w stosunku do innych niż rzeczywiste założeń SWZ i odwołanie nie zawierało uzasadnienia faktycznego, które pozwoliłoby na zrekonstruowanie sprzecznego z Ustawą zachowania Zamawiającego czy zdarzenia, wypełniającego przepisy prawa, których naruszenie zarzucił Odwołujący. Zgodnie z art. 554 ust. 1 Ustawy „Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi: 1) naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców", co nie zostało wykazane odwołaniem. Jednocześnie poczynione w sprawie ustalenia przeczą założeniom opisanym w odwołaniu.

Mając na uwadze powyższe, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 552 ust. 1, art.

553, art. 554 ust. 1 pkt. 1) a także w zakresie umorzenia art. 568 pkt. 3 w zw. z art. 522 Ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 i 574 Ustawy oraz § 5 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437).

Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego oraz koszty postępowania poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocników i obciążyła nimi Odwołującego.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodniczący :……