Sygn. akt: KIO 749/13

WYROK
z dnia 19 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych S.A., ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Jastarnia, ul. Portowa 24, 84-140 Jastarnia;**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu - Gminie Miastu Jastarni, ul. Portowa 24, 84-140 Jastarnia - zmianę postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób wskazany w treści uzasadnienia;**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Miasto Jastarnię, ul. Portowa 24, 84-140 Jastarnia** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych S.A., ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od **Gminy Miasta Jastarni, ul. Portowa 24, 84-140 Jastarnia** na rzecz **Przedsiębiorstwa Robót Sanitarno-Porządkowych S.A., ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gdańsku.

Przewodniczący: ……..……

Sygn. akt 749/13

Uzasadnienie

Gmina Miasto Jastarnia, ul. Portowa 24, 84-140 Jastarnia (dalej: „zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie i posegregowanych odpadów komunalnych z nieruchomości na terenie Gminy Jastarnia oraz organizacja i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w miejscowości Jastarnia". Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą" lub „Pzp".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 22 marca 2013 r. pod numerem 2013/S 056-092463. W tej samej dacie zamawiający opublikował na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja"). Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 2 kwietnia 2013 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Robót Sanitarno-Porządkowych S.A., ul. Trakt Św. Wojciecha 43/45, 80-044 Gdańsk (dalej: „odwołujący") wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) dotyczące treści siwz. W tej samej dacie odwołujący, w formie faksu, przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W treści odwołania odwołujący wskazywał:

I. Naruszenie art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. …) - dalej: „ustawa o utrzymaniu porządku i czystości" - w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 roku o ochronie konkurencji i konsumentów (dalej: u.o.k.k.), polegający na nieuprawnionym połączeniu w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dwóch odrębnych usług tj. odbierania i zagospodarowywania odpadów oraz organizacji i prowadzenia PSZOK, a także, braku wskazania i udostępnienia wykonawcom nieruchomości, na której zgodnie z m.p.z.p. dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK oraz stanowiącym konsekwencję tych naruszeń ograniczeniu dostępu do zamówienia i naruszeniu zasad uczciwej konkurencji. Powyższy zarzut odwołujący formułował w szczególności

względem: pkt 3.1 siwz, pkt.10.1.6 siwz (w zakresie, w jakim zamawiający wymaga uzyskania przez wykonawców, jeszcze przed złożeniem oferty, zezwolenia na magazynowanie odpadów na terenie Gminy Jastarnia), pkt 10.1.8 siwz, 10.3.6 i 10.3.7 siwz oraz treść Załącznika nr 2 do siwz (w całości), które to postanowienia nakładają na wykonawcę obowiązek utworzenia PSZOK. Odwołujący podnosił, iż konsekwencją opisanych powyżej naruszeń przez zamawiającego art. 29 ust. 1 Pzp, stanowi naruszenie także art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp, w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 u.o.k.k., albowiem nieuprawnione połączenie usługi utworzenia i prowadzenia PSZOK z usługą odbioru i zagospodarowania odpadów zakwalifikować należy jako określenie i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób mogący utrudniać uczciwą konkurencję. Za naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 Pzp zdaniem odwołującego uznać należy także niewskazanie i nieudostępnienie wykonawcom nieruchomości, na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK.

Odwołujący wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu i nakazanie zamawiającemu zmiany określenia i opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób, aby był on zgodny z wymogami art. 7 oraz 29 ust. 1 Pzp, jak i z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku, w szczególności poprzez:

- usunięcie z treści siwz postanowień nakładających na wykonawcę obowiązek prowadzenia PSZOK, w tym, usunięcie z siwz części następujących postanowień: pkt 3.1 siwz, pkt.10.1.6 siwz (w zakresie, w jakim zamawiający wymaga uzyskania przez wykonawców, jeszcze przed złożeniem oferty, zezwolenia na magazynowanie odpadów na terenie Gminy Jastarnia), pkt 10.1.8 siwz, 10.3.6 i 10.3.7 siwz oraz treści Załącznika nr 2 do siwz
- nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym, także nakazanie powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu

lub też, ewentualnie:

- nakazanie zamawiającemu modyfikacji siwz poprzez zobowiązanie się zamawiającego do wskazania i odpłatnego udostępnienia wykonawcy, z którym zawrze umowę na wykonanie przedmiotu zamówienia, nieruchomości położonej na terenie miejscowości Jastarnia, na której zgodnie z postanowieniami m.p.z.p. dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK; wówczas, treść siwz powinna wskazywać także warunki finansowe (wysokość miesięcznego czynszu najmu lub dzierżawy) udostępnienia nieruchomości do korzystania na potrzeby realizacji zamówienia, tak aby wykonawcy mieli możliwość uwzględnienia tych kosztów przy określaniu ceny ofertowej i

uzyskania wymaganych zezwoleń i decyzji administracyjnych niezbędnych do utworzenia PSZOK.

II. Naruszenie art. 94 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 183 ust. 1 Pzp, polegający na sprzecznym z tą normą skróceniu terminu, w jakim zamawiający zawrze umowę w sprawie niniejszego zamówienia publicznego z wyłonionym w postępowaniu wykonawcą do 5 (pięciu) dni, podczas gdy w/wym. przepis stanowi wyraźnie, iż umowa taka winna zostać zawarta w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty. Powyższy zarzut odwołujący formułował względem pkt 19.8 siwz, w treści którego zamawiający zastrzegł sobie możliwość zawarcia umowy z wykonawcą w takim terminie, jakby postępowanie niniejsze dotyczyło zamówienia o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Odwołujący wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz poprzez:
- zmianę pkt 19.8 siwz polegającą na uzupełnieniu tego postanowienia o terminy wskazane w art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz wykreśleniu terminów wynikających z art. 94 ust. 1 pkt 2 Pzp,
- nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym także nakazanie powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu.

III. Naruszenie art. 23 ust. 1 i ust. 4 w zw. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 K.c., polegające na nieuprawnionym i nie znajdującym oparcia w przepisach Pzp żądaniu, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia zawarli umowę o treści żądanej przez zamawiającego tj. zawierającą narzucone przez zamawiającego postanowienia. Powyższy zarzut odwołujący formułował względem pkt 19.3.1 siwz, w treści którego zamawiający nakłada na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązek zawarcia w umowie konsorcjum żądanych przez siebie postanowień. Odwołujący wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz poprzez:
- zmianę pkt 19.3.1 siwz polegającą na ograniczeniu żądania zamawiającego do udostępnienia przez wykonawców umowy regulującej zasady ich współpracy, bez narzucania im obowiązku zawarcia umowy konsorcjum i bez wskazywania, jakie powinny być istotne postanowienia zawieranej umowy,

- nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym, także nakazanie powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu.

IV. Naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie o dokumentach”) w zw. z art. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym oraz art. 214 pkt 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, wyrażającego się w szczególności w nałożeniu na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku m.in. załączenia dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, podczas gdy w dacie ogłoszenia o zamówieniu rejestr taki już nie obowiązywał, wobec czego wykonawcy nie mają obowiązku legitymowania się wpisem do tegoż rejestru. Powyższy zarzut odwołujący formułował w szczególności względem pkt 10.1.7 siwz. Odwołujący wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz poprzez:

• zmianę pkt 10.1.7 siwz polegającą na usunięciu tego postanowienia z treści siwz,
• nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym, także nakazanie ew. powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu.

V. Naruszenia art. 22 ust. 1 pkt. 11 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w zw. z art. 9 ust. 2 pkt. 5 u.o.k.k., wyrażającego się w szczególności w nałożeniu na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, zgodnie z Załącznikiem nr 3 do siwz, obowiązku załączenia do oferty decyzji Starosty Puckiego o udzieleniu zezwolenia na zbieranie i transport odpadów, podczas gdy potencjalni wykonawcy mogą legitymować się decyzją w tym przedmiocie wydaną przez inne organy administracyjne, właściwe terytorialnie dla ich siedziby, jednakże, dostateczną dla zgodnego z przepisami wykonania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Zarzut odwołującego obejmował także

zobowiązanie wykonawców, aby wszelkie wskazane przez zamawiającego orzeczenia administracyjne (m.in. pkt 10.1.5 i 10.1.8 siwz) uzyskali już przed złożeniem oferty. Powyższy zarzut odwołujący formułował w szczególności względem pkt 10.1.5,10.1.6,10.1.8 siwz oraz pkt. 1 tiret *2* Załącznika nr 3 do siwz. Odwołujący wnosił o rozstrzygnięcie odwołania w zakresie niniejszego zarzutu poprzez nakazanie zamawiającemu zmiany treści siwz poprzez:

- zmianę pkt 10.1.8 siwz polegającą na usunięciu tego postanowienia z treści siwz,
- zmianę pkt. 1 tiret *2* Załącznika nr 3 do siwz w taki sposób, aby zamawiający za dostateczne uznał legitymowanie się przez wykonawcę obowiązującym zezwoleniem na prowadzenie działalności polegającej na zbieraniu i transporcie odpadów, wydanym na podstawie ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 roku o odpadach, bądź też, na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach, niezależnie od organu wydającego taką decyzję,
- zmianę pkt 10.1.5 oraz 10.1.8 siwz w taki sposób, aby zamawiający za dostateczne uznał legitymowanie się przez wykonawcę wskazanymi w tych postanowieniach orzeczeniami administracyjnymi przed przystąpieniem do wykonywania zamówienia, nie zaś już na etapie składania oferty,
- nakazanie zamawiającemu wykonania pozostałych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia prawidłowości postępowania w związku z w/wym. zmianą, w tym, także nakazanie powtórzenia czynności w postępowaniu związanych z uwzględnieniem niniejszego zarzutu.

W treści uzasadnienia odwołania odwołujący podnosił, że:

Ad 1

Zgodnie z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Odwołujący podnosił, że ustawodawca zakreślił więc wyraźnie, jaki powinien być przedmiot zamówienia dotyczącego odpadów komunalnych w Gminie wskazując, że przedmiotem takiego postępowania może być wyłącznie odbiór odpadów, bądź też, odbiór i zagospodarowanie odpadów. Ustawodawca, także przez wzgląd na zapewnienie uczciwej konkurencji, umożliwienie możliwie dużej liczbie wykonawców udziału w takim postępowaniu (co ma oczywisty wpływ na konkurencyjność postępowania, a co za tym idzie, na koszt wykonania przedmiotu zamówienia), nie dopuścił więc możliwości łącznego prowadzenia jednego zamówienia na

usługi odbioru (lub odbioru z zagospodarowaniem) odpadów z innymi usługami. W treści art. 6d ust. 1 Ustawy o utrzymaniu czystości brak umocowania do objęcia przedmiotem jednego zamówienia usług odbioru odpadów i utworzenia (organizacji) PSZOK.

Ponieważ przedmiot zamówienia realizowany ma być na terenie województwa pomorskiego, odwołujący wyjaśniał, iż analogiczna wykładnia w/wym. przepisów przedstawiana była w toku spotkań konsultacyjnych organizowanych przez organy Województwa Pomorskiego, gdzie zaproszeni eksperci na pytanie, "Czy Miasto może ogłosić jeden przetarg na zorganizowanie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz utworzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów?" udzielili odpowiedzi jednoznacznie negatywnej, wskazując jednocześnie, że zbieranie odpadów w PSZOK może stanowić przedmiot odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanego przez Gminę (tak m.in. materiały ze spotkań konsultacyjnych w Regionach Gospodarki Odpadami w Województwie Pomorskim źródło: www.urzad.pomorskie.eu.)

Odwołujący zauważał, iż ustawa o utrzymaniu czystości wyraźnie rozróżnia odbiór odpadów komunalnych od tworzenia PSZOK - art. 3 ust. 1 tej ustawy do dwóch odrębnych zadań własnych gminy zalicza nadzór nad realizacją zadań powierzonych podmiotom odbierającym odpady komunalne (pkt 3) od tworzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, w tym, wskazania miejsca, w których mogą być prowadzone zbiórki zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego pochodzącego z gospodarstw domowych (pkt 6). Co więcej, z treści przywołanych przepisów wynika, iż to Gmina powinna wskazać lokalizację PSZOK. Tymczasem zgodnie z zaskarżonymi postanowieniami siwz, wskazanie lokalizacji PSZOK pozostawiono wykonawcy. W ocenie odwołującego, takie delegowanie przez zamawiającego uprawnienia (i obowiązku) wskazania lokalizacji PSZOK nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o utrzymaniu porządku i czystości. Gmina zobowiązana jest bowiem zadbać m.in. aby PSZOK zlokalizowany został w miejscu zapewniającym łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy. Zastrzeżenie przez zamawiającego, iż PSZOK powinien zostać utworzony w miejscowości Jastarnia nie czyni zadość temu wymogowi. Także w miejscowości Jastarnia znajdują się lokalizacje o utrudnionym dostępie dla mieszkańców Gminy.

Odwołujący podnosił, że Minister Ochrony Środowiska stoi natomiast na stanowisku, iż dopuszczalne jest połączenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zbierania odpadów z PSZOK z odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jednakże, Minister w sposób wyraźny dopuścił taką możliwość wyłącznie w przypadku tworzenia punktów selektywnego zbierania przez gminę. Minister nie

zaaprobował zaś łączenia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego tworzenia PSZOK przez wykonawcę z odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Tymczasem zamawiający na podstawie postanowień siwz objętych treścią niniejszego zarzutu połączył w ramach jednego postępowania odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz organizację i prowadzenie PSZOK, nie wskazując nawet lokalizacji PSZOK. Zdaniem odwołującego działanie takie ogranicza zaś w sposób nieuzasadniony zakres podmiotów zdolnych do realizacji przedmiotu zamówienia. Ilość wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia na odbiór odpadów komunalnych jest bowiem istotnie większa od ilości podmiotów, które jednocześnie są zdolne do organizacji PSZOK. Odwołujący zwracał uwagę, że połączenie realizacji obydwu w/wym. zadań, bez wskazania przez zamawiającego i udostępnienia nieruchomości, na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK, wykluczy zatem z udziału w postępowaniu szereg potencjalnych wykonawców, a co za tym idzie, ograniczy konkurencję w ramach niniejszego postępowania. Odwołujący wskazywał także, iż miejscowość Jastarnia (gdzie zgodnie z wymogami zamawiającego utworzony miałby zostać PSZOK) nie jest rozległa terytorialnie, stąd też ilość lokalizacji, na których można utworzyć PSZOK, jest niezwykle ograniczona. W opinii odwołującego wskazany przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia niezasadnie uprzywilejowuje podmioty działające już na terenie Gminy Miasta Jastarnia, które już w dacie ogłoszenia o zamówieniu dysponują infrastrukturą odpowiadającą wymogom PSZOK. W praktyce niemożliwe jest bowiem, aby pozostali potencjalni wykonawcy, pomijając nawet kwestię znalezienia odpowiedniej nieruchomości dla PSZOK, w terminie określonym przez zamawiającego uzyskali całość decyzji i zezwoleń administracyjnych niezbędnych do uruchomienia PSZOK (organizacja PSZOK zgodnie z art. 71 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego

ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz. U. Nr 199, poz. 1227 z późn. zm.), wymaga bowiem m.in. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach realizacji przedsięwzięcia). W uzasadnionym przekonaniu odwołującego, połączenie w jednym zamówieniu odbioru i zagospodarowania odpadów z organizacją PSZOK uprzywilejowuje podmiot, który na dzień ogłoszenia o zamówieniu dysponuje taką bazą na terenie miejscowości Jastarnia. Wedle wiedzy odwołującego istniał zaś tylko jeden taki podmiot, który spełniał przesłanki udziału w niniejszym postępowaniu związane z połączeniem odbioru i zagospodarowania odpadów z organizacją PSZOK (spółka kapitałowa z udziałem Gminy Miasta Jastarnia). Zaskarżone niniejszym zarzutem postanowienia siwz uznać należy nie tylko za naruszające normy ustawy o utrzymaniu porządku i czystości, ale równocześnie, za sprzeczne z art. 7 ust. 1 i art. 29 ust. 1 i 2 Pzp jak i z art. 9 ust. 2 pkt. 5 u.o.k.k. Koszt prowadzenia PSZOK stanowi bowiem marginalny koszt w relacji do kosztów wykonania zasadniczej części zamówienia.

Tymczasem, na skutek połączenia w ramach jednego postępowania dwóch odrębnych usług, nałożenie na wykonawców obowiązku realizacji drugiej z tychże usług - utworzenia i organizacji PSZOK (o znaczeniu i wartości marginalnej w stosunku do odbioru i zagospodarowywania odpadów) - w oczywisty sposób ograniczy konkurencyjność zamówienia i uniemożliwi licznym potencjalnym wykonawcom ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Ad 2

W przekonaniu odwołującego, zamawiający w treści siwz naruszył także bezwzględnie obowiązujący przepis art. 94 ust. 1 pkt. 1 w zw. z art. 183 ust. 1 Pzp. Zgodnie bowiem z treścią informacji zawartych w siwz, postępowanie niniejsze dotyczy zamówienia o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Stąd też, zamawiający uprawniony jest do zawarcia umowy na wykonanie zamówienia publicznego nie wcześniej niż w terminach określonych w art. 94 ust. 1 pkt. 1 Pzp (10/15 dni). Tymczasem, w pkt. 19.8 siwz zamawiający zastrzega sobie możliwość zawarcia umowy z wykonawcą wyłonionym w wyniku postępowania w terminie wskazanym w art. 94 ust. 1 pkt. 2 PZP (5/10 dni), właściwym dla zamówień poniżej w/wym. progu.

Ad 3

Zgodnie z aktualną treścią pkt 19.3.1 siwz, zamawiający żąda od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, aby w zawieranej umowie regulującej ich stosunki zawarli postanowienia wymagane przez zamawiającego. Zdaniem odwołującego w/wym. postanowienie siwz świadczy o naruszeniu przez zamawiającego art. 23 ust. 1 i ust. 4 w zw. art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 K.c. sądania zamawiającego zawarte w pkt 19.3.1 siwz nie znajdują bowiem oparcia w treści Pzp, naruszając jednocześnie swobodę umów. Stąd też, w ocenie odwołującego, zasadne jest nakazanie zamawiającemu zmiany pkt 19.3.1. siwz polegającej na ograniczeniu żądania zamawiającego do udostępnienia przez wykonawców umowy regulującej zasady ich współpracy, bez nakładania na wykonawców zawarcia w jej treści określonych postanowień.

Ad 4

Odwołujący zarzucał również, iż zamawiający uzależnił możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia od załączenia do oferty dokumentu, który w aktualnie obowiązującym stanie prawnym nie jest już wydawany, potwierdzającego wpis do rejestru, który od dnia 23 stycznia 2013 roku, który nie istnieje. Zgodnie z pkt 10.1.7 siwz, zamawiający zażądał od wykonawców załączenia do oferty m.in. dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru

podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska. W opinii odwołującego żądanie takie nie znajduje jednak oparcia w art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach. Przepisy m.in. art. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym, nakładające na wykonawców zajmujących się m.in.

zbieraniem zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego obowiązek wpisu do rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, zostały bowiem uchylone z dniem 23 stycznia 2013 roku. Główny Inspektor Ochrony Środowiska nie prowadzi już zatem takiego rejestru - nie obowiązują już bowiem podstawy prawne jego prowadzenia. W konsekwencji, przedsiębiorcy nie mają obowiązku legitymować się wpisem do takiego rejestru. Zatem zdaniem odwołującego zamawiający nie ma zatem prawa żądać od wykonawców przedstawienia dokumentów wskazanych w pkt 10.1.8 siwz Jest to bowiem dokument niemożliwy do uzyskania w obowiązującym stanie prawnym.

Ad 5

W ocenie odwołującego, również postanowienia pkt 10.1.5, 10.1.6, 10.1.8 siwz oraz pkt. 1 tiret *2* Załącznika nr 3 do siwz są niezgodne z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 22 ust. 1 pkt. 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w zw. z art. 9 ust. 2 pkt. 5 u.o.k.k. Zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 3 do siwz, nałożył na wykonawców m.in. obowiązek załączenia do oferty decyzji Starosty Puckiego o udzieleniu zezwolenia na zbieranie i transport odpadów, podczas gdy potencjalni wykonawcy mogą legitymować się decyzją w tym przedmiocie wydaną przez inne organy administracyjne, właściwe terytorialnie dla ich siedziby, jednakże, dostateczną dla zgodnego z przepisami wykonania usług stanowiących przedmiot zamówienia. Niniejszy zarzut odwołującego obejmuje także zobowiązanie wykonawców w treści siwz aby także i pozostałe orzeczenia administracyjne wskazane przez zamawiającego, dotyczące nie tyle posiadania uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów w ogólności, co wymagane do realizacji na terenie Gminy Miasta Jastarnia skonkretyzowanego już przedmiotu zamówienia, uzyskali do dnia składania ofert.

16 kwietnia 2013 r. w trakcie posiedzenia z udziałem stron zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. W piśmie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania złożonego przez odwołującego w całości i zwrot kosztów udziału pełnomocnika zgodnie z załączonymi rachunkami. W uzasadnieniu pisma zamawiający ustosunkował się do poszczególnych zarzutów:

I.

Wyjaśniał, że zarzut odwołującego się wskazany w pkt I odwołania sprowadza się w zasadzie do próby narzucenia zamawiającemu tego co ma być przedmiotem jego zamówienia i jakie potrzeby zamawiającego ma zaspokoić umowa zawarta w wyniku postępowania. Co do zasady to zamawiający decyduje o przedmiocie zamówienia, jego rodzaju, parametrach, zakresie, warunkach realizacji czy innych obowiązkach i sposobach ich wykonywania przez Wykonawcę (tak KIO 1691/12 oraz 1704/12). Zdaniem zamawiającego miał on pełne prawo do tego, aby zarówno odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów powierzyć podmiotowi wyspecjalizowanemu w tego typu usługach. Niewątpliwie gminy mają obowiązek prowadzenia PSZOK, a obowiązek ten jest elementem zagospodarowania odpadów komunalnych. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku wskazuje na dwa podstawowe obowiązki gmin:

- obowiązek zlecenia odbioru i zagospodarowania odpadów oraz
- organizacji Punktu Selektywnej Zbiorki Odpadów Komunalnych (PSZOK)

Zamawiający podnosił, że mimo twierdzeń odwołującego się w ustawie brak jest zapisu o obowiązku prowadzenia PSZOK siłami własnymi gminy. Przepisy art. 6 e ustawy o utrzymaniu porządku i czystości wskazują jedynie, iż odbiór odpadów (bądź odbiór i zagospodarowanie) gminy mogą zlecać jedynie poprzez wyłonienie wykonawcy w drodze przetargowej. Brak podobnego warunku w odniesieniu do organizacji PSZOK oznacza jedynie większą dowolność gmin w wyborze wykonawcy usługi, w tym prawo do zlecenia organizacji PSZOK własnej spółce komunalnej bez konieczności przeprowadzenia przetargu. Nie jest to jednak równoznaczne z brakiem prawa do zlecenia usługi podmiotom zewnętrznym. Zamawiający nie skorzystał z prawa do samodzielnego prowadzenia PSZOK, w tym prawa do zlecenia tej usługi swojej spółce komunalnej z następujących powodów:

- Gmina Miasta Jastarnia nie dysponuje własną jednostką organizacyjną oraz

pracownikami, którzy mogliby przejąć prowadzenie PSZOK,
- Gmina Miasta Jastarnia nie posiada spółki komunalnej, która mogłaby przejąć organizację PSZOK w trybach poza ustawą Pzp, a szacowana wartość tej usługi przewyższa 14.000 Euro,
- Gmina jest zainteresowana tym, aby odbiór i zagospodarowanie odpadów, w tym tych zbieranych selektywnie prowadził jeden wykonawca, gdyż jest to rozwiązanie bardziej funkcjonalne, uzasadnione techniczno-organizacyjnie oraz tańsze niż podział zamówienia.

Zamawiający uznał że połączenie obu zadań będzie korzystniejsze finansowo. Samodzielne prowadzenie PSZOK wymaga poniesienia nie tylko kosztów jego budowy i eksploatacji, ale także posiadania pojazdów odbierających posortowane odpady i

pracowników zajmujących się transportem. W przypadku jednego wykonawcy koszt gromadzenia i transportu odpadów segregowanych z PSZOK oraz z innych miejsc zbierania (z nieruchomości mieszkańców) będzie niższy niż w przypadku gdy zajmować się tym będą dwa podmioty. Należy także pamiętać, iż zgodnie z prawem miejscowym do PSZOK mieszkańcy mogą oddać bezpłatnie każdą ilość selektywnie zebranych odpadów. Nie sposób obliczyć jaką ilość odpadów selektywnych zbierze wykonawca w PSZOK, a jaką zbierze się w trakcie odbioru odpadów z nieruchomości. Biorąc pod uwagę specyfikę gminy, w której w miesiącach letnich funkcjonuje bardzo dużo pensjonatów, kwater i innych miejsc zakwaterowania turystów, jest wielce prawdopodobne, iż duża część selektywnie zbieranych odpadów (szkło, plastik) będzie przez właścicieli obiektów oddawana dodatkowo do PSZOK, gdyż zbieranie ich w workach nie zaspokoi potrzeb takich obiektów. Oznacza to poważne problemy z ustaleniem wartości przedmiotu zamówienia dla prowadzenia samego PSZOK, gdyż trudno oszacować ilości odpadów, które zostaną przyjęte przez PSZOK oraz które muszą zostać odtransportowane. W tej sytuacji koszty wykonawcy prowadzącego kompleksową obsługę potrzeb gminy w zakresie odpadów będą, zdaniem Zamawiającego niższe, niż w sytuacji gdyby odrębnych usług w tym zakresie. Wybór jednego wykonawcy pozwoli także na rzetelne oszacowanie czy gmina osiąga właściwy poziom odzysku i recyklingu. Przy podziale usługi mogłoby dojść do niesprawiedliwego ukarania wykonawcy odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych za nie osiągnięcie tego poziomu np. w sytuacji gdyby wiele odpadów zbieranych selektywnie mieszkańcy odprowadzaliby w PSZOK a nie w workach na terenie własnych nieruchomości. Problemem przy podziale usługi byłoby także ustalenie zasad wynagrodzenia dla poszczególnych wykonawców i ryzyko tego, iż gmina zmuszona byłaby podwójnie płacić za odbiór i zagospodarowanie odpadów zbieranych selektywnie, raz w ramach ryczałtowego wynagrodzenia dla wykonawcy usługi głównej a drugi raz za wywóz zbieranych selektywnie odpadów z PSZOK. W sytuacji gdyby poziom wynagrodzenia dla prowadzącego PSZOK i dla Wykonawcy usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych uzależniony był od ilości odebranych przez nich odpadów, istniałoby ryzyko „podkradania" sobie selektywnie zebranych odpadów. Dodatkowo, zdaniem zamawiającego jeden wykonawca dysponując odpadami zebranym selektywnie z nieruchomości oraz tymi samymi frakcjami odpadów odebranymi w PSZOK uzyska lepsze warunki ich dalszego zagospodarowania, a tym samym obniży to koszty zamawiającego

4) Zdaniem zamawiającego brak jest także prawnych zakazów takiej decyzji zamawiającego. PSZOK jest zadaniem własnym Gminy i Gmina ma prawo wyboru sposobu jego realizacji. Pzp zabrania jedynie sztucznego podziału przedsięwzięcia na mniejsze zadania (w celu uniknięcia przekroczenia progów unijnych) nigdzie nie zabrania natomiast łączenia różnych zadań w jedno postępowanie przetargowe. Zamawiający ma

prawo formułować warunki udziału w postępowaniu przetargowym w taki sposób aby zagwarantować sobie należyte wykonanie zadania.

Zamawiający wskazywał, że odwołujący zarzucał, iż zamawiający nie wskazał, ani nie udostępnił nieruchomości na której dopuszczalne byłoby utworzenie PSZOK, żądając między innymi aby dokonać modyfikacji treści siwz poprzez zobowiązanie się zamawiającego do wskazania i odpłatnego udostępnienia wykonawcy nieruchomości na której zgodnie z miejscowym planem PSZOK mógłby być prowadzony. Zarzuty oraz

żądanie wydają się wypaczać zasadę, iż to zamawiający określa swoje potrzeby i sposoby ich realizacji. Radni Gminy Jastarnia postanowili, że system musi być tak zorganizowany aby był funkcjonalny i jak najbardziej dogodny dla mieszkańców. W związku z tym zadecydowali że PSZOK musi być zlokalizowany w miejscowości Jastarnia gdyż taka lokalizacja gwarantuje łatwy dostęp dla mieszkańców całej Gminy. Gmina Jastarnia ma specyficzne położenie geograficzne (środkowa część półwyspu helskiego do której prowadzi jedyna droga dojazdowa bardzo zatłoczona w sezonie letnim) oraz bardzo duży stopień sezonowości a więc i bardzo duże zróżnicowanie w wytwarzaniu odpadów komunalnych. W związku z tym Rada Miasta Jastarni zobowiązała Burmistrza do uwzględnienia tych specyficznych uwarunkować w postępowaniu przetargowym na transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Gmina nie posiada własnego gruntu na którym można by zorganizować PSZOK. Wymóg utworzenia i prowadzenia PSZOK na terenie Gminy zamawiającego w miejscowości Jastarnia, nie jest ograniczeniem konkurencji. Nie jest także niemożliwe jego pozyskanie a zamawiający dopuszcza podwykonawstwo (w tym utworzenie i prowadzenie PSZOK). Dodatkowo wskazujemy, iż o wymogu prowadzenia PSZOK w ramach zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów, zamawiający odpowiednio wcześnie poinformował wszystkich ew. zainteresowanych publikując wstępne ogłoszenie. Ogłoszenie ukazało się 10 stycznia 2013r. i zdaniem zamawiającego dało zainteresowanym czas na pozyskanie nieruchomości i uzyskanie niezbędnych decyzji na jego lokalizację. Dzięki wcześniejszej wiedzy o wymogach zamawiającego, zarówno odwołujący się jak i inni potencjalni wykonawcy, mieli wystarczającą ilość czasu aby przygotować się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przetargowym.

II.

Zarzut odwołującego się polegający na wskazaniu na naruszenie art. 94 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 183 ust. 1 Pzp w zakresie skrócenia terminu, w jakim zamawiający zawrze umowę z wykonawcą, zamawiający uznaje za nieuzasadniony z tego względu, iż zapis siwz stanowi oczywistą omyłkę pisarską w treści siwz. Zamawiający oczywiście nie miał i nie ma zamiaru skracania terminów ustawowych, a oczywiste jest iż skoro przepis art. 94 ust. 1 pkt

1 ustawy nakłada obowiązek zawarcia umowy w terminie nie krótszym niż 10 dni od przekazania zamówienia o wyborze oferty najkorzystniejszej, to zamawiający zachowa terminy ustawowe. O tym, że dany zapis siwz stanowi oczywistą omyłkę świadczy również to, iż w treści umowy oraz siwz wskazano wyraźnie, iż świadczenie usług odbywać się będzie od 1 maja 2013 r. lub gdy umowa zostanie zawarta po tej dacie, od dnia następnego po jej podpisaniu. Zapis ten świadczy o woli zamawiającego zachowania terminów ustawowych na podpisanie umowy, gdyż w sytuacji gdy otwarcie ofert planowano na dzień 15 kwietnia 2013 r. w przypadku odwołań zachowanie terminu rozpoczęcia wykonywania umowy mogłoby być utrudnione, oczywista omyłka pisarska nie świadczy o woli zamawiającego naruszenia przepisów a jedynie o napisaniu siwz na wzorze dla zamówień poniżej progów obligujących do publikacji w Dzienniku Wspólnot Europejskich. Dodatkowo uznać należy iż zapis art. 94 stanowi ius cogens więc nie ma możliwości jego samodzielnej modyfikacji a ew. zamiany w takim zakresie uznać należy za niedodane.

III.

Zamawiający wskazywał, że odwołujący zarzucał także naruszenie art. 23 ust. 1 i ust.4 w zw. art.139 ust. 1 PZP w zw. z art. 353 ^{1} k.c. polegające na nieuprawnionym żądaniu, aby wykonawcy wspólnie ubiegający się o wykonanie zamówienia zawarli umowę o treści żądanej przez zamawiającego. Również ten zarzut zamawiający uznał za niezasadny. Wyjaśniał, że w pkt 19.3.1. siwz posłużył się sformułowaniem „konsorcjum", gdyż jest to powszechnie przyjęta, uznana i zrozumiała nazwa obejmująca podmioty nie związane innym stosunkiem prawnym (np. umową spółki cywilnej), będące wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Oczywiste, iż na gruncie polskiego prawa nie istnieje byt prawny o nazwie konsorcjum, przy czym nie zmienia to faktu, iż pojęcia tego używa powszechnie w celu uproszczenia posługiwania się pojęciem „wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia" i zawsze należy mieć na uwadze, że jest to skrót myślowy, a nie odrębna instytucja. Zgodnie z art. 23 Pzp o wykonanie danego zamówienia może ubiegać się więcej niż jeden podmiot. Jednocześnie, zgodnie a art. 23 ust.4 Pzp, skoro zamawiający może przed zawarciem umowy stanowiącej przedmiot zamówienia

publicznego, żądać umowy regulującej współpracę, to logiczne wydaje się iż ustawodawca żąda zawarcia takiej umowy przez konsorcjantów i powinna być ona zawarta na piśmie - inaczej nie sposób zrealizować żądania zamawiającego. Zamawiający zwracał uwagę, że odwołujący zarzucał, iż zamawiający nie ma prawa wskazywać istotnych dla niego postanowień umowy. Trudno się z tym zgodzić. Skoro przyjmiemy, iż zamawiający zgodnie z treścią art. 23 ust.4 Pzp może żądać umowy, to konsekwentnie należy przyjąć prawo aby była to umowa regulująca stosunki pomiędzy jej stronami. Jednocześnie oczywistym wydaje

się iż wobec faktu, że umowa konsorcjum, należy do tzw. umów nienazwanych w kodeksie cywilnym, to brak jest ustawowych warunków jej ważności. Brak ten nie oznacza jednak dowolności. W literaturze oraz w orzecznictwie przyjęły się pewne cechy charakterystyczne stosunku prawnego, którym charakteryzuje się stosunek konsorcjum. Są to tzw. essentialia negoti umowy, których istnienie determinuje charakter umowy. Minimalne cechy tego stosunku opisał zamawiający w pkt. 19.3.1. siwz. Są to powszechnie przyjęte cechy, wynikające nie tylko ze stanowiska orzecznictwa oraz doktryny ale także pośrednio mające oparcie w przepisach PZP - w tym art 141 PZP (solidarna odpowiedzialność) oraz art. 7 ust.3 Pzp. Podnosił, że trudno odmówić zamawiającemu prawa do wskazania wykonawcom, jakie elementy winna zawierać umowa regulująca ich stosunek., tak aby można jej było przypisać cechy konsorcjum. Nie chodzi tu bynajmniej o ingerowanie zamawiającego w treść umowy, ale o wskazanie (wobec braku regulacji ustawowych) jakie minimalne cechy powinna umowa spełniać.

IV.

Zamawiający wskazał, że uznaje zarzut 4 odwołania, tj. bezprawne żądanie przez zamawiającego dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska, za całkowicie nieuzasadniony. Wyjaśniał, że istotnie, zgodnie z treścią art. 214 pkt 4 ustawy o odpadach (ustawa z dnia 14 grudnia 2013r.) wykreślono zapis mówiący o prowadzeniu przez GIOŚ rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt (art. 6 pkt 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym), jednakże nie oznacza to braku konieczności legitymowania się przez wykonawców wpisem do takiego rejestru. Zgodnie bowiem ze zmienioną treścią (zmiana wynikająca z art. 214 pkt 16 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2013 r.) art. 37 ustawy o zużytym sprzęcie, zbierający zużyty sprzęt jest obowiązany do jego selektywnego zbierania, przyjęcia z gospodarstw domowych bez opłat oraz uzyskania wpisu do rejestru. O tym kto prowadzi obecnie rejestr i kogo dotyczy obowiązek wpisu wskazuje art. 49 ustawy o odpadach, mówiący o obowiązkach w tym zakresie nałożonych na Marszałka Województwa. Wobec faktu, że rejestr taki obecnie jeszcze nie powstał, a jego funkcjonowanie odłożono (zgodnie z treścią art. 234 ust 1 ustawy o odpadach) na maksymalnie 36 miesięcy od daty wejścia w życie ustawy (tj. do stycznia 2016r.) zastosowanie winny mieć przepisy przejściowe ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 232 ustawy o odpadach, zgodnie z którym:

„1. Zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych *stają się odpowiednio zezwoleniami na zbieranie odpadów i zezwoleniami na przetwarzanie odpadów, w*

rozumieniu przepisów niniejszej ustawy".

2. Zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenie na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów, wydane na podstawie przepisów dotychczasowych, zachowują ważność na czas, na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż przez dwa lata od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.

Dodatkowo zgodnie z treścią art. 234 ust.3 ustawy o odpadach, po utworzeniu przez Marszałka Województwa rejestru, podmioty posiadające wpis do rejestru prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska na podstawie przepisów dotychczasowych są wpisywane do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, z urzędu. Marszałek województwa dokonuje wpisu w terminie 6 miesięcy od dnia utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1. Dokonując wpisu marszałek województwa przydziela nowy numer rejestrowy.

Powyższe oznacza iż do czasu utworzenia nowego rejestru, zbieranie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wymaga wpisu do rejestru (art. 37 ustawy o zużytym sprzęcie), przy czym do czasu jego utworzenia wpisy dotychczasowe są obowiązujące a dodatkowo w myśl art. 235 ust.2 i 3 ustawy o odpadach stosuje się następująca regułę - postępowanie o wpis prowadzi nadal GIOŚ na podstawie przepisów dotychczasowych - art. 235 ust.2 i 3 ustawy o odpadach: *„Główny* Inspektor Ochrony Środowiska prowadzący rejestr na podstawie przepisów dotychczasowych zakończy prowadzenie tego rejestru z dniem utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1. Do czasu utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, do rejestrów stosuje się przepisy dotychczasowe.
Dopiero po upływie 42 miesięcy od dnia wejścia w życie ustawy lub z dniem uzyskania wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, wygasają wpisy do rejestru prowadzonego na podstawie przepisów dotychczasowych odpowiednio przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska lub przez starostę (art. 234 ust.9 ustawy o odpadach).
V.

Zamawiający zwracał, że zarzut naruszenia art.22 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z par. 1 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w zw. z art. 9 ust.2 pkt 5 u.o.k.k. wyrażający się w nałożeniu na wykonawców obowiązku załączenia do oferty decyzji Starosty Puckiego o udzieleniu zamówienia na zbieranie i transport odpadów podczas, gdy wykonawcy mogą legitymować się decyzją wydaną przez innego, właściwego terytorialnie starostę, nie powinien być w ogóle rozpatrywany, gdyż w wyjaśnieniach z dnia 27 marca 2013 r. zamawiający w odpowiedzi na pytanie wykonawcy zmienił treść siwz.

Kolejno zamawiający podnosił, że odwołujący zarzucał także naruszenie art.22 ust. 1 pkt 1 Pzp oraz art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z par. 1 ust. 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w

zw. z art. 9 ust.2 pkt 5 u.o.k.k. wyrażający się w żądaniu zamawiającego aby decyzje administracyjne związane z prowadzeniem działalności na terenie gminy, objęte pkt. 10.1.5, 10.1.6 i 10.1.8 siwz oraz pkt. 1 tiret 2 załącznika nr 3 do siwz uzyskali przed przystąpieniem do wykonania zamówienia. Mowa tu o następujących decyzjach:

• decyzji Burmistrza Miasta Jastarni o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych - zamawiający żądał jedynie daty i nr decyzji
• decyzji Starosty Puckiego o udzieleniu zezwolenia na zbierania i transport odpadów z załącznikiem określającym kategorię odpadów,
• decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub zawiadomienie Burmistrza o wszczęciu postępowania w sprawie wydania takiej decyzji dla organizacji i budowy PSZOK.

Zamawiający wskazywał, że nie rozumie stanowiska odwołującego się, który twierdził iż żądane powyżej decyzje ograniczają konkurencję i uprzywilejowują podmioty, które w dacie ogłoszenia prowadziły już działalność na terenie gminy. Nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku dokonana ustawą z 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 152, poz. 897 - ustawą nowelizującą) istotnie zmieniła formułę prewencyjnego nadzoru wójta (burmistrza czy prezydenta) nad jakością świadczenia usług związanych z odbiorem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zastąpiono bowiem dotychczasową formułę zezwolenia na świadczenie takich usług obowiązkiem uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej. Przepisy o rejestrze, wprowadzone ustawą nowelizującą, weszły w życie 1 stycznia 2012 r., co oznacza iż podmiot (przedsiębiorca) zamierzający prowadzić (podjąć) działalność polegającą na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinien uzyskać wpis do rejestru działalności regulowanej (prowadzonego przez wójta). Posiadanie takiego wpisu jest niezbędne dla podjęcia działalności. Nowy art. 9b ust. 1 ustawy u.c.p.g. wyraźnie stwierdza, że **„działalność** w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej", tym samym odsyłając do wskazanej ustawy (Dz. U. z 2010 r. nr 220, poz. 1447, z późn. zm. - ustawa s.d.g.). Obowiązek uzyskania wpisu do rejestru powinien być dopełniony przed rozpoczęciem prowadzenia działalności uznanej za regulowaną, co wyraźnie stwierdza art. 64 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „Jeżeli przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu niniejszej

ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej, z zastrzeżeniem art. 75." Wpis do rejestru jest więc warunkiem podjęcia

18

---

działalności. Zamawiający żądał jego przedłożenia już na etapie składania ofert, z uwagi na krótki okres pomiędzy otwarciem ofert a planowanym rozpoczęciem wykonywania zamówienia (ustalonym na 1 maja 2013r.).

Odnośnie decyzji wskazanej w pkt. 10.1.8 siwz, tj. decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach lub zawiadomienia Burmistrza o wszczęciu postępowania w sprawie wydania takiej decyzji dla organizacji i budowy PSZOK, wskazujemy iż powodem żądania takich dokumentów jest krótki termin na rozpoczęcie działalności PSZOK, a wykonawcy mogli się przygotować w tym zakresie wobec faktu publikacji wstępnego ogłoszenia o zamówieniu.

W toku posiedzenia z udziałem stron pismo procesowe złożył odwołujący. W piśmie zawarto dodatkową argumentacją w zakresie zarzutów zawartych w treści odwołania. W toku rozprawy strony podtrzymały stanowiska zaprezentowane w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę dowody oraz pisma, a także oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji wraz z jej zmianami zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

Izba po przeprowadzeniu badania stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp.

Bez wątpienia odwołujący jest potencjalnym wykonawcą zainteresowanym uzyskaniem zamówienia publicznego, którego dotyczy postępowanie objęte niniejszym odwołaniem. Postanowienia specyfikacji, jak dowodził odwołujący zawierają postanowienia naruszające przepisy Pzp. Zatem zarzucane uchybienia mogą uniemożliwić odwołującemu złożenie oferty konkurencyjnej w stosunku do ofert innych wykonawców lub w ogóle uniemożliwić złożenie oferty. Wobec powyższego działanie zamawiającego może naruszać interes odwołującego, albowiem może doprowadzić do utraty możliwości uzyskania zamówienia publicznego i związanego z tym wynagrodzenia.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

19

I.

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 7 ust 1 w zw. z art. 29 ust. 1 oraz w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy w zw. z art. 9 ust. pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów, w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut w zakresie naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 29 ust. 2 podniesiony w odwołaniu potwierdził się.

Izba wskazuje, że zgodnie z ustaloną linią orzeczniczą Izby, określenie przedmiotu zamówienia jest nie tylko obowiązkiem, ale i uprawnieniem zamawiającego, który ma prawo wziąć w tym zakresie pod uwagę swoje uzasadnione potrzeby. Jednak wymagania zamawiającego muszą być adekwatne do przedmiotu zamówienia - ani zbyt wysokie, gdyż mogłyby utrudniać uczciwą konkurencję, ani zbyt niskie, gdyż przez selekcję przeszliby wykonawcy niezdolni do realizacji zamówienia (wyrok KIO z dnia 17 lipca 2009 r. o sygn. akt KIO/UZP 857/09). Wskazać należy, że opisanie przedmiotu zamówienia w sposób obiektywny, z zachowaniem zasad ustawowych, nie jest jednoznaczne z koniecznością zapewnienia możliwości realizacji zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży.

Jednakże, dyspozycją art. 29 ust. 2 ustawy ustawodawca wprowadził zakaz opisywania przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Taka konstrukcja niniejszego zapisu służy realizacji zasady uczciwej konkurencji, a co za tym idzie zasady równego dostępu do zamówienia, wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy.

Zgodnie poglądami doktryny należy podkreślić, że w myśl przepisów Pzp, nie jest konieczne wykazanie, że do naruszenia uczciwej konkurencji faktycznie doszło. Wystarczy jedynie uprawdopodobnienie takiej sytuacji. Istotnym jest, że art. 29 ust. 2 Pzp posługuje się sformułowaniem „mógłby utrudniać uczciwą konkurencję". Takie pojęcie użyte przez ustawodawcę powoduje, że na wykonawcy ciąży jedynie obowiązek uprawdopodobnienia, że opis przedmiotu zamówienia może utrudniać uczciwą konkurencję, zaś dowód na okoliczność, że do takiego utrudnienia nie doszło ciąży na zamawiającym (wyroku KIO z dnia 30 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1463/08), który nie udowodnił, że sporządzony przez niego opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że z taką sytuacją mamy odczynia w przedmiotowym postępowaniu, ponieważ zamawiający w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego zamawiający, opisując przedmiot zamówienia połączył dwie odrębne usługi, tj. odbieranie i zagospodarowanie odpadów oraz organizację i prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej: „PSZOK") na terenie miejscowości Jastarnia. Treścią pkt. 10.3.6 siwz zamawiający wymagał, aby wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia wraz z ofertą złożył oświadczenie o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczonej na PSZOK (załącznik nr 21 do oferty).

Nie było sporu między stronami, że lwią część przedmiotu zamówienia stanowi usługa odbierania i zagospodarowania odpadów podczas, gdy usługa utworzenie i prowadzenie PSZOK ma charakter jedynie marginalny.

Izba stanęła na stanowisku, że scalenie w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia usługi odbieranie i zagospodarowanie odpadów wraz utworzenie i prowadzeniem PSZOK, który winien znajdować się na terenie miejscowości Jastarnia spowodowało, że całość przedmiot zamówienia może zrealizować jedynie podmiot, który wykaże, że na dzień składania ofert jest w posiadaniu odpowiedniej nieruchomości na terenie Jastarni, na której możliwe jest zlokalizowanie PSZOK. Izba uznała, że tak sporządzony przez zamawiającego opis przedmiotu zamówienia narusza zasadę uczciwej konkurencji w postępowaniu.

W rozpoznawanej sprawie niezwykle istotnym jest, że położenie (półwysep helski) oraz turystyczny charakter miejscowość Jastarnia przesądza o tym, że ilość nieruchomości na których miałyby zostać utworzony i prowadzony PSZOK jest bardzo ograniczona. W toku rozprawy odwołujący twierdził, że pozyskanie nieruchomości w celu prowadzenia PSZOK jest nie tylko utrudnione, ale wręcz niemożliwe, gdyż właściciele nieruchomości nie są zainteresowani posiadaniem na swojej działce obiektów związanych z odpadami. Zwracał uwagę, że w zasadzie występuje jeden podmiot, który dysponuje odpowiednią nieruchomością na cele związane z utworzeniem i prowadzeniem PSZOK (spółka kapitałowa z udziałem Gminy Miasta Jastarnia). Odwołujący podnosił także, iż podejmował starania w celu pozyskania praw do odpowiedniej nieruchomości. Jednak pomimo tego, iż jest jedną z największych firm w branży, działającą na półwyspie helskim, jego działania zakończyły się fiaskiem z powodów opisanych powyżej Podkreślał również, że zwracał się do zamawiającego z prośbą o wskazanie odpowiedniej nieruchomości, która spełniałaby wymogi dla organizacji i prowadzenia PSZOK, jednakże zamawiający nie udzielił odwołującemu takiej informacji. W toku rozprawy zamawiający wyjaśniał co prawda, nie dysponuje odpowiednią nieruchomością, którą mógłby przeznaczyć na ten cel, jednak na

terenie miejscowości Jastarnia istnieje więcej niż jedna nieruchomość o charakterze przemysłowym, na której można zlokalizować i prowadzić PSZOK. Istotnym jest, że poza

ogólnikowymi stwierdzeniami zamawiający nie przedstawił na potwierdzenie powyższego, żadnego dowodu. Izba dała wiarę twierdzeniom odwołującego, gdyż wielce prawdopodobnym jest, że w miejscowości Jastarnia, która ma charakter miejscowości typowo wypoczynkowej, znajduje się niewiele obszarów o przeznaczeniu przemysłowym, które mogłyby być wykorzystane na potrzeby utworzenia i prowadzenia PSZOK.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba stanęła na stanowisku, że połączenie dwóch elementów opisanych powyżej jest błędne, gdyż powoduje ograniczenie w konkurowaniu pomiędzy wykonawcami, a tym samym narusza przepis art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie uprzywilejowuje podmiot dysponujący w dniu składania ofert odpowiednią nieruchomością w celu utworzenia i prowadzenia PSZOK.

Odnosząc się do argumentacji prezentowanej przez zamawiającego zarówno w odpowiedzi na odwołanie jak również w toku rozprawy Izba wskazuje, że zamawiający nie przedstawił żadnego przekonywującego dowodu na okoliczność wykazania konieczności połączenia w ramach jednego postępowania o udzielenie zamówienia - bez podziału na części – odbierania i zagospodarowania odpadów oraz zorganizowania i prowadzenia PSZOK.

Odwołanie się przez zamawiającego do argumentacji - że rozdzielenie usług opisanych powyżej będzie nastręczało duże trudności, gdyż w okresie letnim mamy do czynienia ze znacznym zwiększeniem ilości odpadów, podczas gdy mieszkańcy mogą oddawać do PSZOK odpady selektywnie zbierane, a więc ustalenie ścisłego grafiku może być nieodpowiednie z uwagi na to, że trudno jest przewidzieć jakich odpadów w danym okresie będzie więcej – Izba uznała za nietrafne.

Rację ma odwołujący, który podnosił, że usługi dotyczące selektywnego zbierania dla mieszkańców, nie są niczym nowym, a celem ustawodawcy było stworzenie PSZOK, aby mieszkańcy mogli oddawać odpady nie tylko surowcowe, ale także inne, m.in. gruz, trawę, urządzenia elektryczne i odpady wielkogabarytowe. Zgodzić się należy z odwołującym, który podkreślał, że zamawiający ma wiedzę na temat tego jaka jest szczegółowa ilość odpadów, gdyż w załączniku do umowy w tabeli w harmonogramie podał szczegółowo ilości odpadów w danych miesiącach. Wobec tego za nieuzasadnione należy uznać stanowisko zamawiającego, które wskazywał, że ilość odpadów w okresie letnim będzie znacząco większa i ciężko przewidzieć jakiego rodzaju będą to odpady. Ponadto w załączniku do

umowy zamawiający w tabeli, zamawiający wskazał na częstotliwość odbiorów odpadów od mieszkańców. Tym samym nie jest kłopotem określenie terminów odbioru przez wykonawcę odpadów z PSZOK. W ocenie Izby powyższy problem można rozwiązać w sposób bardzo prosty poprzez określenie w specyfikacji częstotliwości odbiorów odpadów z PSZOK.

Kolejno zamawiający wskazywał również na trudności związane z rozliczeniem wykonawcy tworzącego i prowadzącego PSZOK. W opinii zamawiającego w takim przypadku należałoby zastosować wynagrodzenie ryczałtowe, a nie rozliczanie w oparciu o ilość odbieranych odpadów, ponieważ mielibyśmy do czynienia z dublowaniem opłaty w stosunku do wykonawcy prowadzącego PSZOK oraz do wykonawcy odbierającego i który zagospodarowuje odpady.

Odnosząc się do powyższego Izba wskazuje zamawiający w siwz określił, że wynagrodzenie w prowadzonym postępowaniu ma charakter wynagrodzenia ryczałtowego. Tym samym pula środków, którą dysponuje zamawiający pozostaje niezmienna, bez względu na to czy świadczenie opisanych powyżej usług będzie odbywało się w ramach jednego przedmiotu zamówienia czy też w podziale na części.

Za nietrafne Izba uznała także stanowisko zamawiającego, który podnosił, że realizowanie obu usług przez jednego wykonawcę będzie tańsze. Podkreślić należy, że w wynikiem połączenia przez zamawiającego obu usług w jedną całość nie wątpliwie będzie złożenie oferty przez niewielką ilość wykonawców o ile nie przez jednego wykonawcę, a w takim przypadku ciężko mówić o konkurencji cenowej pomiędzy wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Z doświadczenia życiowego wprost wynika, że występowanie monopolu na określonym rynku dostaw, usług czy też robót budowlanych nie sprzyja uzyskaniu niskiej ceny. Tym samym twierdzenia zamawiającego w zakresie oszczędności finansowym w przypadku połączenia obu usług w jedną całość Izba uznała za chybione.

Zgodnie z art. 83 ust. 2 ustawy zamawiający może dopuścić możliwość złożenia oferty częściowej, jeżeli przedmiot zamówienia jest podzielny.

Izba wskazuje, że ustawodawca uzależnił możliwość składania ofert częściowych od tego, czy przedmiot zamówienia jest podzielny. Po zbadaniu dokumentacji postępowania Izba stwierdziła, że w niniejszym przypadku podział zamówienia na części jest możliwy i celowy ze względu na rozszerzenie kręgu wykonawców, którzy mogliby wówczas złożyć ofertę oraz stworzyć warunki konkurencji cenowej.

Izba wzięła pod uwagę, że dopuszczenie możliwości złożenia oferty częściowej, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, jest uprawnieniem zamawiającego. Jednak Izba wyjaśnia, że przyznane zamawiającemu w powyższym przepisie Pzp prawo nie jest prawem bezwzględnym. Podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielony, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-648/05).

Biorąc pod uwagę zaprezentowane powyżej rozważania Izby wskazać należy, że w celu poszanowania zasady uczciwej konkurencji zamawiający winien oddzielić zakres usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów od zakresu związanego z utworzeniem i prowadzeniem PSZOK.

Konkludując, analiza wskazanych powyżej postanowień siwz wskazuje, iż zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Tym samym Izba nakazuje zmianę specyfikacji poprzez rozdzielenie przedmiotu zamówienia, tj. rozdzielenie zakresu usług związanych z odbieraniem i zagospodarowaniem odpadów od zakresu prac związanych z utworzeniem i prowadzeniem PSZOK i dopuszczenie składania ofert częściowych na jedną lub obie części w ramach przedmiotowego postępowania.

Izba w powyższym postępowaniu, w obszarze zgłaszanych zarzutów w stosunku do sporządzonego przez zamawiającego opisu przedmiotu zamówienia nie dopatrzała się naruszenia art. 29 ust. 1 Pzp.

II.

Kolejno Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp i uznała zgłoszony zarzut za zasadny.

W pkt 19.8 siwz zamawiający wskazał, że zawrze umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183 Pzp, w terminie nie krótszym niż 5 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, albo 10 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób.

Przepis art. 94 ust.1 pkt. 1 Pzp stanowi, że zamawiający zawiera umowę w sprawie zamówienia publicznego, z zastrzeżeniem art. 183, w terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, jeżeli zawiadomienie to zostało przesłane w sposób określony w art. 27 ust. 2 Pzp, albo 15 dni - jeżeli zostało przesłane w inny sposób - w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Izba ustaliła, że postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone przez zamawiającego jest zamówieniem o wartości wyższej niż kwoty określone w przepisanych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Tym samym zamawiający jest uprawniony do zawarcia umowy na wykonanie zamówienia nie wcześniej niż w terminach określonych w powyższym przepisie. Wobec tego odwołanie się w treści siwz do regulacji właściwej dla

zamówień o wartości niższej niż kwoty określone w przepisanych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp należy uznać za nieprawidłowe.

Zamawiający wyjaśniał, że powyższy zapis stanowi oczywistą omyłkę pisarską, i nie było wolą zamawiającego skracania terminów ustawowych właściwych dla zawarcia umowy z wybranym wykonawcą. Izba dała wiarę wyjaśnieniom zamawiającego, że jedynie przez omyłkę odwołał się do przepisu art. 94 ust. 1 pkt 2 Pzp i tym samym skrócił termin do zawarcia umowy na wykonanie zamówienia. Jednakże, z ustaleń Izby wynika, że zamawiający nie poprawił opisanej powyżej omyłki i nie zmodyfikował treści specyfikacji w omawianym zakresie. Wobec powyższego w treści siwz nadal pozostaje błędny zapis w zakresie terminu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, który narusza przepis art. 94 ust. 1 pkt 1 Pzp. Dodatkowo należy, że treść specyfikacji w powyższym kształcie może wprowadzać w błąd wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Tym samym zamawiający winien jest zmodyfikować jej treść w ten sposób aby doprowadzić do zgodności siwz z przepisem art. 94 ust. 1 pkt. 1 Pzp.

III.

Następnie Izba rozpoznała zarzut naruszenia art. 23 ust. 1 Pzp i ust. 4 w zw. z art. 139 ust. 1 Pzp w zw. z art. 353^1 k.c. Zgłoszony zarzut Izba uznała za zasadny.

Z ustaleń Izby wynika, że w specyfikacji w pkt. 19.3.1 zamawiający sprecyzował, iż umowa regulująca współpracę wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia powinna zwierać w szczególności:

a) wskazanie podmiotów tworzących konsorcjum,

b) określenie celu wspólnych działań jako złożenie oferty wspólnej oraz zrealizowanie przedmiotu zamówienia,
c) wskazanie zakresu obowiązków i działań każdego z uczestników konsorcjum,
d) oznaczenie czasu trwania konsorcjum na okres nie krótszy niż okres realizacji przedmiotu zamówienia,
e) stwierdzenie, iż każdy z członków konsorcjum odpowiada wobec zamawiającego solidarnie,
f) określenie sposobu prowadzenia spraw konsorcjum przez wskazanie pełnomocnika wszystkich uczestników konsorcjum, pełnomocnictwo to może obejmować zarówno reprezentowanie członków konsorcjum w postępowaniu, jak również reprezentowanie w postępowaniu i zawarcie umowy,
g) zakaz rozwiązania umowy konsorcjum w trakcie wykonywania zamówienia przez jakiekolwiek działanie uczestników konsorcjum,
h) zakaz zmiany uczestników konsorcjum w trakcie wykonania zamówienia,
i) zakaz zmiany postanowień umowy konsorcjum.

Zgodnie z art. 23 Pzp wykonawcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. Wówczas wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (ust. 2). W przypadku gdy oferta wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia została wybrana, zamawiający może żądać przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców (ust. 4).

Izba zwraca uwagę, że przywołana powyżej regulacja zezwala nie tylko pojedynczemu wykonawcy, ale także większej liczbie wykonawców wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia. W takim przypadku wykonawcy występujący wspólnie są zobligowani do ustanowienia pełnomocnika, który będzie ich reprezentował w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentował w postępowaniu oraz w zakresie czynności zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podczas gdy treść 23 ust. 4 Pzp, przywołanego powyżej, zezwala zamawiającemu jedynie na żądanie, od wykonawców wspólnie składających ofertę w postępowaniu, przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego umowy regulującej współpracę tych wykonawców. Zacytowany powyżej przepis, ani żaden inny przepis Pzp, nie zezwala zamawiającemu na modelowanie

postanowień umownych, które mają być zawarte w umowie o współpracy zawieranej pomiędzy wykonawcami wspólnie ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. W ocenie Izby oczywistym jest, że kształtowanie treści takiej umowy jest prawem wyłącznie stron umowy, w

tym przypadku wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, a nie zamawiającego, który nie jest uprawniony go ingerowania w jej treść, przez narzucanie wykonawcom konkretnych treści, które w jego ocenie powinny być w umowie o współpracy zawarte.

Wobec powyższego zamawiający zobowiązany jest do zmodyfikowania treści pkt. 19.3.1 siwz, w ten sposób, aby ograniczyć żądanie zamawiającego do udostępnienia przez wykonawców umowy regulującej zasady ich współpracy, bez żądania zawarcia w treści umowy o współpracy konkretnych treści opisanych powyżej w siwz.

IV.

Po zbadaniu zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentach oraz w zw. art. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym a także art. 214 pkt 4 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach – Izba stwierdziła, że podniesiony zarzut jest nieuzasadniony.

W pkt 10.1.7 siwz zamawiający sprecyzował, że żąda aby wykonawcy wraz z ofertą złożyli m.in. dokument potwierdzający wpis do rejestru podmiotów zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny prowadzony przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska na podstawie przepisów ustawy o zużyty sprzęcie elektrycznym i elektronicznym wraz z załącznikiem określającym kategorie odpadów, których dotyczy zezwolenie (załącznik nr 6 do oferty).

W omawianej kwestii Izba w pełni podzieliła argumentację oraz stanowisko prezentowane przez zamawiającego. Z analizy stanu prawnego przedstawionej w odpowiedzi na odwołanie jasno wynika, że wykonawca prowadzący zbiórkę odpadów elektrycznych i elektronicznych winien jest posiadać wpis do rejestru stosownego rejestru, którego prowadzącym jest nadal Główny Inspektor Ochrony Środowiska (do czasu utworzenia nowego rejestru przez Marszałka Województwa). Tym samym twierdzenia odwołującego jakoby przedsiębiorcy nie mieli obowiązku legitymowania się wpisem do takiego rejestru Izba uznała za błędne.

V.

Jako ostatni Izba rozpoznała zarzut niezgodności postanowień siwz pkt.10.1.5, 10.1.6, 10.1.8 siwz oraz pkt 1 tiret 2 załącznika nr 3 do siwz z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z § 1 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia o dokumentch oraz w zw. z art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Izba uznała, że zarzuty potwierdziły się.

W treści specyfikacji zamawiający określił, że wykonawcy mają przedłożyć m.in.:
- pkt 10.1.5 - informację o numerze i dacie wydania decyzji Burmistrza Miasta Jastarnia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (załącznik nr 4 do oferty);
- pkt. 10.1.6 decyzję Starosty Puckiego o udzieleniu zezwolenia na zbieranie i transport odpadów komunalnych wydaną na podstawie przepisów ustawy o odpadach wraz z załącznikiem określającym kategorie odpadów, których dotyczy zezwolenie (załącznik nr 5 do oferty);
- decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub zawiadomienie Burmistrza Jastarni o wszczęciu postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach dla organizacji i budowy Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w miejscowości Jastarnia (załącznik nr 7 do swiz);
- pkt 1 tiret 2 Załącznika nr 3 do siwz – decyzję Starosty Puckiego o udzieleniu zezwolenia na zbieranie i transport odpadów komunalnych wydaną na podstawie przepisów ustawy o odpadach wraz z załącznikiem określającym kategorie odpadów, których dotyczy zezwolenie.

W wyjaśnieniach związanych z treścią siwz z dnia 27 marca 2013 r. w odpowiedzi na pytanie 2 zamawiający wskazał, że zmienia treść siwz w pkt. 10.1.6 i pkt. 15.5 siwz. W toku rozprawy zamawiający oświadczył, że zaniechanie poprawienia treści siwz w pkt 1 tiret 2 Załącznika nr 3 do siwz stanowi jedynie niedopatrzenie zamawiającego. W celu zapewnienia jednolitości postanowień siwz zamawiający winien zmienić także postanowienia siwz zawarte w pkt 1 tiret 2 Załącznika nr 3 w ten sposób, aby były one tożsame z postanowieniami siwz ukształtowanymi treścią wyjaśnień z dnia 27 marca 2013 r. Izba podkreśla, że nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku posiadania ww. dokumentów na tak wczesnym etapie postępowania jest niezasadne. Zdaniem Izby na etapie składania ofert wystarczającym jest żądanie, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia wylegitymowali się wyłącznie decyzją potwierdzającą ich ogólne uprawnienie do prowadzenia działalności polegającej na zbieraniu i transporcie odpadów. Zaś w zakresie zarzutów odnoszących się treści siwz w pkt. 10.1.5 i 10.1.8 Izba stanęła na stanowisku, że w ramach omawianego postępowania wystarczającym jest nałożenie na wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia obowiązku uzyskania wskazanych powyżej dokumentów już po rozstrzygnięciu prowadzonego postępowania, a jeszcze przed przystąpieniem do wykonania przedmiotu zamówienia. Tym samym zamawiający winien jest dokonać zmiany specyfikacji w ten sposób, aby dokumenty wymienione w pkt. 10.1.5 i 10.1.8 siwz wykonawcy, których oferta została uznana za najkorzystniejszą, byli zobligowaniu

dostarczyć zamawiającemu po rozstrzygnięciu prowadzonego postępowania, a jeszcze przed przystąpieniem do wykonania przedmiotu zamówienia.

Izba potwierdza, że naruszenie opisanych powyżej przepisów może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec tego Izba nakazała w powyższym zakresie zmianę postanowień specyfikacji. Izba wskazuje, iż nakazanie wykonania ww. czynności zamawiającemu jest równoznaczne z zmianą ogłoszenia o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu w zakresie w którym dotyczy wykazanych naruszeń siwz.

W toku rozprawy odwołujący złożył następujące dowody:
- referencję z dnia 3 kwietnia 2013 r. wystawioną przez „Bryza” Sp. z o.o.;
- referencję z dnia 4 kwietnia 2013 r. wystawioną przez Ośrodek Szkoleniowo Wypoczynkowy „KAPER”;
- referencję z dnia 5 kwietnia 2013 r. wystawioną przez TP Edukacja i Wypoczynek Sp. z o.o.
- opinię z dnia 12 kwietnia 2013 r. Pana R…… S……...

Izba zapoznała się z treścią opisanych powyżej dowodów i stwierdziła, że pozostają one bez istotnego wpływu na rozstrzygnięcie zasadności zarzutów podniesionych w odwołaniu.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 pkt 1 i pkt 2 lit b), § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty odwołującego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika w kwocie 3.600 zł. rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący:

……