

Sygn. akt: KIO 738/13

## Odpis wyroku

**WYROK**  
z dnia 12 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Małgorzata Stręciwiłk**

Członkowie: **Agnieszka Trojanowska**

**Renata Tubisz**

Protokolant: **Paulina Nowicka**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 marca 2013 r. przez wykonawcę

w postępowaniu prowadzonym przez

przy udziale wykonawcy

zgłaszającego swoje przystąpienie

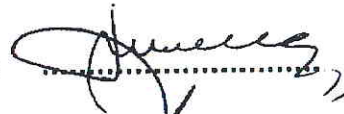
do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

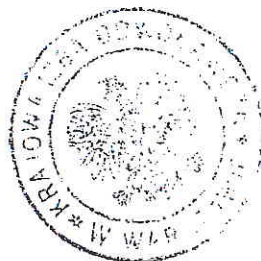
1. oddała odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę  
i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 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

Przewodniczący:

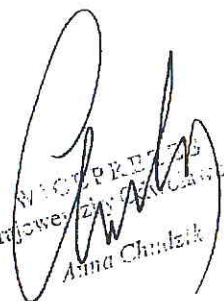


Członkowie:



Wyrokiem z dnia 2010 r. w sprawie

**Za zgodność**



Wiceprezesa  
Krajowej Izby Odwoławczej  
Anna Chudzik

### Uzasadnienie

(dalej: „Zamawiający”) prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: *„Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych na terenie miasta ...* Postępowanie to prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej: „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia

W postępowaniu tym wykonawca

(dalej: „Odwołujący”) w dniu 29 marca 2013 r. złożył odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Kopia odwołania została przekazana Zamawiającemu w tej samej dacie. Złożone odwołanie dotyczy postanowień Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz treści ogłoszenia o zamówieniu

Zamawiający o złożonym odwołaniu poinformował wykonawców, zamieszczając na stronie internetowej w dniu 29 marca 2013 r. jego kopię.

(dalej: „Przystępujący”) w dniu 2 kwietnia 2013 r. złożył zgłoszenie przystąpienia do przedmiotowego postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego. Kopie przystąpienia zostały przekazane stronom postępowania odwoławczego.

Izba po przeprowadzeniu czynności formalno prawnych związanych z wniesionym odwołaniem skierowała odwołanie do rozpoznania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron, a następnie na rozprawie. Posiedzenie oraz rozprawa w przedmiotowej sprawie odbyły się w dniu 10 kwietnia 2013 r.

Uwzględniając pisma złożone w sprawie odwołania oraz oświadczenia złożone w trakcie rozprawy Izba ustaliła następujące stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego:

## I. Stanowisko Odwołującego

Odwołujący w odwołaniu wskazał na naruszenie przez Zamawiającego:

- 1) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, poprzez bezpodstawne wskazanie w SIWZ, jako jedynej instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, a tym samym wprowadzenie ograniczeń udziału w postępowaniu, które są niezasadne i które zmierzają do ograniczenia uczciwej konkurencji,
- 2) art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez sporządzenie SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym m.in. poprzez zaniechanie określenia sumy ubezpieczenia, na którą ma być opłacona polisa, potwierdzająca właściwą sytuację ekonomiczną wykonawcy,
- 3) art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz art. 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia sytuacji finansowej, która będzie pozwalała wykonawcy na właściwą realizację zamówienia,
- 4) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w wyniku czego dochodzi do nieuzasadnionego uprzywilejowania jednego podmiotu gospodarczego przy realizacji zadania przetargowego,
- 5) art. 36 ust 1 pkt. 16 ustawy Pzp, poprzez zamieszczenie we wzorze umowy załączonym do SIWZ wykluczających się wzajemnie postanowień,
- 6) art. 85 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, poprzez wprowadzenie terminu związania ofertą, który nie odpowiada wartości zamówienia,
- 7) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jednolity Dz. U. 2003 r. Nr 153, poz. 1503),

Ponadto Odwołujący wskazał, że naruszone zostały niżej opisane przepisy innych ustaw i rozporządzeń:

- 1) ustawa o utrzymaniu w czystości,
- 2) ustawa o odpadach,
- 3) ustawa o finansach publicznych,
- 4) Kodeks cywilny,
- 5) rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od

właścicieli nieruchomości (Dz. U. z dnia 11 stycznia 2013 r. poz. 122).

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany postanowień SIWZ poprzez zmianę zapisów:
  1. pkt 5.4. ppkt 1 SIWZ w zakresie dostosowania wymagań bazy magazynowo - transportowej do przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym m.in. poprzez wprowadzenie zapisu o obowiązku posiadania tytułu prawnego do nieruchomości, na której zlokalizowana jest baza magazynowo - transportowa,
  2. pkt 5.5. SIWZ poprzez określenie sumy ubezpieczenia, na którą ma być opłacona polisa, potwierdzająca właściwą sytuację ekonomiczną wykonawcy,
  3. wpisanie do treści SIWZ możliwości dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy w stosunku do treści oferty w przypadkach opisanych w projekcie umowy (stosownie do treści art. 144 ust. 1 ustawy Pzp),
  4. zmianę pkt 9 SIWZ poprzez wprowadzenie 60 dniowego terminu związania ofertą
  5. pkt 4.22.a załącznika do SIWZ pod nazwą „Opis przedmiotu zamówienia” poprzez wykreślenie go w całości i zastąpienie następującą treścią „przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) dla Regionu wskazanych w załączniku nr 2 do Uchwały nr XXVII/435/12 Sejmiku Województwa Łódzkiego z dnia 24 września 2012 roku.”
  6. skreślenie i wpisanie do treści SIWZ jaka sytuacja finansowa, zdaniem Zamawiającego, pozwala na wykonanie niniejszego zamówienia,
  7. wprowadzenie do SIWZ zapisów w sprawie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zgodnie z wymaganiami art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz przepisami właściwego rozporządzenia m.in. po doprecyzowaniu sytuacji finansowej wykonawców biorących udział w postępowaniu.

- oraz wprowadzenie odpowiednich zmian w ogłoszeniu o zamówieniu i wydłużeniu o co najmniej 14 dni terminu składania ofert.
- 2) dokonanie modyfikacji wzoru umowy stanowiącej załącznik do SIWZ poprzez:
  1. wykreślenie pkt 1) w § 2 ust. 1, jako niezrozumiałego,

2. zmianę § 5 ust. 3 poprzez wprowadzenie obowiązku zachowania przez wykonawcę należytej staranności (a nie najwyższej staranności, jak wpisano do projektu Umowy),

3. wskazanie w § 6 ust. 2 projektu umowy czy w ostatnim zdaniu (tekst wyboldowany) chodzi o termin przesunięcia harmonogramu, czy też o termin przesunięcia zamówienia:

(w zapisie: „(...) w przypadku zawarcia umowy w terminie uniemożliwiającym realizację zamówienia we wskazanym terminie - na uzasadniony wniosek Wykonawcy może termin ten być przesunięty przez Zamawiającego”)

4. zmianę § 6 ust. 4 pkt.1 umowy poprzez wykreślenie go w całości i zastąpienie go zapisem o treści:

„przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) dla Regionu

wskazanych w załączniku nr 2 do Uchwały nr XXVII/435/12 Sejmiku *gminy...*, z dnia 24 września 2012 roku lub innego równorzędnego aktu prawa miejscowego”

5. zmianę § 10 przez:

- wykreślenie dotychczasowej treści ust. 5, 6 i 7,

- zastąpienie ich ust. 5 w brzmieniu:

„Zamawiający zastrzega możliwość zwiększenia kwot określonych w § 10 ust. 2 jeżeli w trakcie trwania umowy stanie się to konieczne dla zapewnienia ciągłości świadczenia usług”.

- oznaczenie dotychczasowego ust. 8 numerem 6.

6. zmianę ust. 8 pkt 1 w § 10 umowy poprzez wykreślenie go w całości i zastąpienie go zapisem o treści:

„koszt odbioru, transportu i zagospodarowania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPO) dla Regionu *gminy...*, wskazanych w załączniku nr 2 do Uchwały nr XXVI/435/12 Sejmiku *gminy...* z dnia 24 września 2012 roku.”

7. wykreślenie ust. 2 w § 14.

8. wykreślenie ust. 4 i 5 w § 15 projektu umowy i zastąpienie go zapisem:

„zmiany powszechnie obowiązujących przepisów prawa, która skutkuje wzrostem

zadań lub kosztów w zakresie odbierania odpadów będących przedmiotem niniejszego postępowania przetargowego."

- 3) nakazanie zamawiającemu równego traktowania wszystkich podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia w sposób umożliwiający zachowanie zasad uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący odniósł się do wszystkich postanowionych zarzutów i żądań, przedstawiając w tym zakresie stosowną argumentację. Do odwołania dołączył on także treść uchwały Nr XXVII/435/12 Sejmiku Województwa z dnia 24 września 2012 r. opublikowaną w Dz. U. Województwa w dniu 3 października 2012 r. pod poz. 2028., w której wskazano oprócz RIPOK-u także inne instalacje do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych, w tym instalację należąca do odwołującego jak również, gdzie wskazano dodatkowo instalacje zastępcze, w tym także – obok instalacji - instalację należąca do Przystępującego.

W toku rozprawy Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko i wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika. Zmodyfikował również zakres swojego zaskarżenia wskazując, że nie podtrzymuje zarzutu dotyczącego wprowadzenia nieuprawnionego terminu związania ofertą, naruszenia art. 85 ust.1 pkt 2 i 3 i wniosku w tym zakresie o zmianę pkt 9 SIWZ oraz zarzutu dotyczącego braku wpisania do treści SIWZ możliwości dokonywania istotnych zmian postanowień zawartej umowy stosownie do treści art. 144 ust.1 ustawy Pzp.

Dodatkowo złożył do akt sprawy pisemne stanowisko w sprawie wskazujące na naruszenie przez Zamawiającego przepisów poszczególnych ustaw dla zlecenia odprowadzenia opadów do konkretnej instalacji Spółki. Odwołał się również do opinii Ministerstwa Środowiska, której odpis przedłożył do akt sprawy, wskazując jednocześnie, że przywołana opinia nie określa, na jakich zasadach ma nastąpić to wskazanie regionalnej instalacji, gdyż zasady te określa art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej i art. 3 ust. 1 ustaw Pzp. Odwołujący przywołał też stanowisko UZP z dnia 23 sierpnia 2012 r. nr UZP/DP/O-PKA/31411/8670/12 o braku możliwości powierzania zadań w zakresie odbioru odpadów w sytuacji, kiedy spółka komunalna otrzymywałaby jako jedyna takie zlecenie, przedkładając jego odpis do akt sprawy. Do akt sprawy przedłożył on również opinię prof. z dnia 17 stycznia 2013 r. dotyczącą dopuszczalności świadczenia na gruncie polskiego systemu prawnego usług odbierania i zagospodarowania opadów komunalnych przez spółki komunalne na rzecz gmin, będących ich udziałowcami z pominięciem regulacji ustawy Pzp, wskazując, że w oparciu o tę opinię, na gruncie polskich

regulacji brak jest możliwości innego traktowania spółek komunalnych od innej spółki prawa handlowego, a polski ustawodawca nie wyłączył powierzania spółkom komunalnym realizacji określonych zadań bez stosowania ustawy Pzp, a jeżeli w danym regionie funkcjonuje kilka instalacji, brak jest uzasadnienia ekonomicznego i prawnego do kierowania strumienia odpadów tylko do jednej instalacji. Odwołujący wskazał także, iż powiadomił Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów o nieuprawnionym działaniu Zamawiającego i uzyskał w piśmie z dnia 2 kwietnia 2013 r. informację, że w dniu 29 marca 2013 r. zostało przez UOKiK wszczęte postępowanie wyjaśniające, mające na celu wstępne ustalenie, czy na skutek wskazania w SIWZ w prowadzonym postępowaniu tylko jednego RIPOK-u naruszyło przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odpis tego pisma jako dowód w sprawie przedłożył do akt sprawy.

## II. Stanowisko Zamawiającego

Zamawiający w piśmie z dnia 8 kwietnia 2013 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Co do zarzutu bezpodstawnego wskazania w SIWZ,

jako jedynej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych Zamawiający podkreślił, że miał prawo wskazać spółkę , jako regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK). Podniósł, że instalacja ta prowadzona przez spółkę została wskazana w uchwale Nr XXVI/435/12 Sejmiku Województwa z dnia 24 września 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami województwa na lata 2012 -2017 z perspektywą na lata 2018 - 2023, w załączniku 2 do tejże uchwały, gdzie wyraźnie zaznaczono, że jest to instalacja właściwa dla Regionu godnie z załącznikiem nr 1 zaprezentowanej uchwały sejmiku Wskazał na podobną sprawę, którą zajmowała się KIO (sygn. akt: KIO 2829/12), gdzie nie dopatrzyła się naruszeń prawa przy wskazaniu przez Miasto Gdynia instalacji prowadzonej przez podmiot, w którym to Miasto Gdynia jest udziałowcem.

Zamawiający wskazał, że w SIWZ w zgodzie z art. 9e ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przewidział obowiązek przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, a wskazanie RIPOK nastąpiło jedynie w odniesieniu do odpadów zmieszanych, co uzasadnia treść przepisu art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.



Wskazał też, że nie ma znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy kwestia wyboru podmiotu prowadzącego RIPOK. Jak stanowi art. 3a ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jedynie do przetargów, o których mowa w ust. 3 pkt 1 tej ustawy, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę Pzp. Ograniczenie to – w jego ocenie – nie wyklucza pozaprzetargowych form wyłonienia podmiotu prowadzącego RIPOK, co więcej taką możliwość wprost przewidziała ustawa o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 1 lipca 2011 r. (Dz. U. Nr 152, poz. 897). Zwrócił też uwagę, że na mocy art. 19 ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw z dnia 1 lipca 2011 r., w przypadku instalacji wskazanej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami jako zakład zagospodarowania odpadów, dla której przed dniem wejścia w życie ustawy wydano decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach lub decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu, lub której budowa lub eksploatacja rozpoczęła się przed dniem wejścia w życie ustawy, przepisów art. 3a ustawy zmienianej w art. 1 nie stosuje się. Taki charakter – według niego – ma instalacja prowadzona przez spółkę która uzyskała decyzję i przystąpiła do budowy zakładu termicznego przekształcania odpadów komunalnych, będącego zakładem zagospodarowania odpadów. Jako dowód w sprawie wskazał na decyzję z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie ustalenia środowiskowych uwarunkowań zgody na realizację przedsięwzięcia polegającego na budowie

Co do zarzutu sporządzenia SIWZ w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, w tym poprzez zaniechanie określenia sumy ubezpieczenia, na którą ma być opłacona polisa, potwierdzająca właściwą sytuację ekonomiczną wykonawcy Zamawiający wskazał, że art. 29 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy opisu przedmiotu zamówienia, a nie SIWZ i choćby z tego względu zarzut nie może się ostać. Podkreślił, że przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający stanął na stanowisku, że zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 11 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r., nie miał on obowiązku wskazywania w polisie sumy ubezpieczenia, w szczególności, że Zamawiający nie dokonał opisu warunku sytuacji ekonomicznej, poprzez odniesienie się do wysokości posiadanego ubezpieczenia; mógł jednak żądać przedstawienia opłaconej polisy, z czego skorzystał.

Co do zarzutu naruszenia art. 22 ust. 1 pkt 4 oraz 36 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie określenia sytuacji finansowej, która będzie pozwalała wykonawcy na właściwą realizację zamówienia podkreślił, że nie musiał dokonywać powyższego. Wskazał, że jeżeli Zamawiający nie sporządził opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawiając je w blankietowej postaci zapisanej w art. 22, nie może żądać przedłożenia dokumentów na potwierdzenie spełniania tych warunków, gdyż do weryfikacji ich spełniania wystarcza oświadczenie

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, zamawiający z uwagi na brak dostatecznego opisu nie może zająć stanowiska, podkreślił, że Odwołujący się nie precyzuje bliżej zarzutu i nie przedstawia dowodów na niezgodne z tym przepisem działanie Zamawiającego.

Co do zarzutu zamieszczenia we wzorze umowy załączonym do SIWZ wykluczających się wzajemnie postanowień Zamawiający także podkreślił, że musi domyślać się na czym polega naruszenie art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp.

Co do zarzutu dotyczącego nieprawidłowego terminu związania ofertą wskazał, że nie doszło tu do naruszenia przepisów ustawy Pzp, gdyż w zgodzie z art. 85 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, określono termin związania ofertą na 90 dni, ponieważ wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość 10 000 000 euro.

Co do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 tym razem w zw. z art. 3 ustawy Pzp oraz art. 15 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wskazał, że brak rzeczowej argumentacji wykonawcy uniemożliwia mu zajęcie precyzyjnego stanowiska w tej sprawie. Z ostrożności jednak wyjaśnił, że jeżeli przedmiotem tego zarzutu jest kwestia wyboru RIPOK, prowadzącego przez spółkę Zamawiający podtrzymuje wcześniej podnoszoną argumentację.

Podkreślił też, że nie może się domyślać konkretów w zakresie ogólnie postawionych zarzutów dotyczących przepisów innych ustaw i rozporządzeń.

W uzasadnieniu swoje odpowiedzi na odwołanie odniósł się również w sposób szczegółowy co do żądań zgłoszonych przez Odwołującego.

W toku rozprawy Zamawiający podtrzymał swoje stanowisko i wniósł o oddalenie odwołania.

### III. Stanowisko Przystępującego

Przystępujący złożył swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie ~~Zamawiającego~~<sup>Odwolującego</sup>, wskazując na zasadność zarzutów odwołania. Podkreślił, że Zamawiający wskazując konkretną instalację do odprowadzania odpadów korzysta ze swojej dominującej pozycji, co czyni w efekcie także spółka komunalna [ ] czym Zamawiający narusza art. 9 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Przystępujący dodatkowo wskazywał na konieczność zobowiązania Zamawiającego o szczegółowe uzasadnienie prognozowanych ilości na okres realizacji zamówienia opisanych w pkt 4.5 załącznika do SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) oraz wskazanie na jakiej podstawie Zamawiający prognozuje spadek ilości w 2015 r. w stosunku do roku 2014 części odpadów prognozowanych do odbioru, transportu i zagospodarowania, a na jakiej podstawie wzrost ilości. Przystępujący wniósł także o doprecyzowanie informacji podanych w załączniku nr 5 do pkt 4.6 załącznika do SIWZ co do ilości podanych posesji. Wskazał też na postanowienia pkt 10 załącznika do SIWZ, jak i § 13 ust. 2 pkt 5 wzoru umowy niedostatecznie precyzyjne co do obowiązku przekazania harmonogramu, co zdaniem Przystępującego uniemożliwia prawidłowe przygotowanie oferty.

Podkreślił też, że do tej pory żadne z postępowań w myśl art. 3a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie zostało przez Gminę [ ] przeprowadzone a wskazanie instalacji [ ] z pominięciem innych instalacji wskazanych w Uchwale Sejmiku Województwa [ ] stanowi naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp

W toku rozprawy Przystępujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i poparł w całości stanowisko Odwołującego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy w sprawie, w tym w szczególności dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również stanowiska stron i uczestnika postępowania, zaprezentowane na piśmie i ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, a skutkujących odrzuceniem odwołania w całości.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła skuteczność zgłoszenia przystąpienia po stronie Odwołującego dokonanego przez wykonawcę

Izba zweryfikowała wypełnienie w tym względzie wymogów formalnych skutecznego zgłoszenia przystąpienia, określonych w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy Pzp i stwierdziła ich wypełnienie przez wskazanego wykonawcę.

Izba ustaliła również, że Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania. W tym przypadku Odwołujący, podnosząc zarzuty wobec postanowień SIWZ oraz treści ogłoszenia o zamówieniu, które w jego ocenie utrudniają mu dostęp do niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w dostateczny sposób wykazał swój uszczerbek w uzyskaniu zamówienia, stosownie do regulacji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zaskarżone czynności Zamawiającego bowiem w sposób pośredni pozbawiały Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia publicznego.

Izba, rozpoznając odwołanie w granicach zarzutów podniesionych w odwołaniu, uznała je za niezasadne.

Co do pierwszego podstawowego zarzutu odwołania, odnoszącego się do wskazania w SIWZ jako jedynej instalacji do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła w tym zakresie, że Zamawiający w pkt 4 ppkt 22 lit. a) Opisu przedmiotu zamówienia, określonym w załączniku do SIWZ, wskazał na to, że wykonawca w ramach realizacji usług odbierania odpadów komunalnych zobowiązany jest do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych

wskazanej w załączniku nr 2 do Uchwały Nr XXVI/435/12 Sejmiku Województwa ł. z dnia 24 września 2012 r.

W oparciu o wskazane postanowienie SIWZ Zamawiający wskazał jedną regionalną instalację do przekazywania zmieszanych odpadów. Powyższe postanowienie zostało zaskarżone przez Odwołującego jako naruszające uczciwą konkurencję w postępowaniu, w sytuacji gdy w danym regionie funkcjonuje kilka instalacji wskazanych także obok instalacji

w Uchwale Sejmiku Województwa . W takiej sytuacji – w ocenie Odwołującego – brak jest uzasadnienia ekonomicznego i prawnego do kierowania strumienia opadów tylko do jednej, wybranej przez Zamawiającego poza trybem zamówień publicznych instalacji.

W ocenie Izby zarzut jest niezasadny. Odwołujący de facto stawia zarzut odnoszący się do braku wyboru w trybie przepisów ustawy Pzp instalacji, do której miały być odprowadzane odpady zmieszane. W pierwszej kolejności należało zauważyć, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, zostało wszczęte przez Zamawiającego wyłącznie w zakresie odbierania odpadów komunalnych, a nie ich odbierania i zagospodarowania. Zamawiający jedynie w zakresie odbioru odpadów zmieszanych przewidział wymóg odprowadzania tych odpadów do jednej instalacji.

Postępowanie, którego dotyczy wniesione odwołanie, prowadzone jest w oparciu o art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. t.j. z 2012 r. poz. 391 ze zm.) i jest to postępowanie (przetarg) wyłącznie na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości, a nie postępowanie (przetarg) na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Powyższe postępowanie nie jest też postępowaniem prowadzonym w trybie art. 3a ust. 1 pkt 1 wskazanej ustawy. Nie jest to bowiem postępowanie (przetarg) prowadzone na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych. Tak więc – w ocenie Izby – to, w jaki sposób Zamawiający dokonał wyboru regionalnej instalacji, do której mają być odprowadzane zmieszane odpady, nie należy do oceny przez Izbę w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne, prowadzonym wyłącznie w zakresie odbioru odpadów. Zamawiający nie wskazał, w jakim trybie dokonał wyboru wskazanej jednej instalacji do odprowadzania odpadów zmieszanych i w tym zakresie właściwe do oceny takiego, a nie innego sposobu postępowania przez Zamawiającego mogą być inne właściwe podmioty i organy, takie jak choćby Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, czy Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów, do którego stosowne zawiadomienie skierował Odwołujący i który to organ – jak wynika z informacji przedstawionej przez Odwołującego – wszczął postępowanie wyjaśniające w tej sprawie. W niniejszym postępowaniu o zamówienie publiczne, a Izba uprawniona jest do oceny naruszeń przepisów ustawy Pzp w trybie odwoławczym w konkretnym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, wskazanie jednej instalacji, do której mają być odprowadzane odpady zmieszane znajduje swoje oparcie w art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przepis ten stanowi, że podmiot, który odbiera odpady od właścicieli nieruchomości ma obowiązek przekazywania zmieszanych odpadów

komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów. Powyższe w żaden sposób nie utrudnia uczciwej konkurencji. Wymóg określony w opisie przedmiotu zamówienia, aby odpady zmieszane były odprowadzane do jednej regionalnej instalacji może być spełniony na równych zasadach przez wszystkie podmioty ubiegające się o dane zamówienie. Wszystkie podmioty, które potencjalnie mogą wygrać postępowanie na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, mają równe szanse na spełnienie wymogu Zamawiającego, który w ten sposób zabezpieczenia również własne interesy związane z gospodarką śmieciowa na terenie Gminy za co ponosi odpowiedzialność. Brak dopuszczenia jako regionalnej instalacji innej, wskazanej również w uchwale Sejmiku Województwa . nie ogranicza Odwołującemu możliwości uczestnictwa w tym postępowaniu i możliwości jego realizacji, tak przez Odwołującego, jak i przez Przystępującego.

Nieprzekonująca pod kątem naruszenia przepisów ustawy Pzp była – w ocenie Izby - argumentacja podniesiona przez Odwołującego, jak i Przystępującego, o poważnych nakładach finansowych tych podmiotów poczynionych w związku z dostosowaniem możliwości swoich zakładów do wymogów nakładanych na regionalne instalacje odprowadzania odpadów komunalnych. Powyższe może być zrozumiałe w sensie ekonomicznym, jednak nie może wskazywać na naruszenie przepisów ustawy Pzp przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu. Przedsiębiorcy funkcjonujący na rynku prowadzą swoją działalność w określonych warunkach gospodarczych i w tym zakresie podejmują określone działania, które mogą być również obarczone pewnym ryzykiem ekonomicznym. Powyższe jednak nie może stanowić samoistnej podstawy do uwzględnienia zarzutów odwołania.

Tym samym w tym postępowaniu o zamówienie publiczne z uwagi na jego przedmiot i zakres nie doszło – zdaniem Izby - do utrudnienia uczciwej konkurencji, o czym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Co do drugiego zarzutu odwołania, odnoszącego się do sporządzenia SIWZ w sposób niejednoznaczny, w tym co do zaniechania określenia sumy ubezpieczenia, na którą ma być opłacona polisa, potwierdzająca właściwą sytuację ekonomiczną wykonawcy, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że Zamawiający w pkt 5.5 SIWZ wskazał na konieczność spełniania przez wykonawców warunku odpowiedniej sytuacji ekonomicznej. Zamawiający stwierdził tam, że uzna, iż wykonawca znajduje się w sytuacji ekonomicznej zapewniającej wykonanie

zamówienia, jeżeli wykonawca ten wykaże, że posiada opłaconą polisę, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący wskazuje w tym zakresie na konieczność uszczegółowienia przez Zamawiającego wartości wymaganej polisy ubezpieczeniowej. W toku rozprawy Odwołujący doprecyzował w tym zakresie żądanie, wskazując, że satysfakcjonującym dla niego byłby wymóg określenia wartości polisy 1 mln zł na wszystkie sektory.

Zdaniem Izby wskazany zarzut w żaden sposób nie prowadzi do naruszenia art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, wskazanego przez Odwołującego jako podstawa naruszenia. Kwestia podlegająca zaskarżeniu mieści się w opisie sposobu dokonywania oceny spełnia warunków udziału w postępowaniu (opisie warunku dokonywanym przez Zamawiającego stosownie do dyspozycji art. 2 ust. 4 ustawy Pzp), tj. warunku kwalifikującego podmiotowo najbardziej wiarygodnych wykonawców do udziału w postępowaniu. Nie jest to jednak kwestia odnosząca się do opisu przedmiotu zamówienia, czyli sposobu realizacji zamówienia publicznego. Tym samym wskazany przez Odwołującego przepis nie mógł być w tych okolicznościach w żaden sposób naruszony przez Zamawiającego. Co do najistotniejszej kwestii podnoszonej przez Odwołującego w opisie zarzutu, stwierdzić należało, że przyjęty przez Zamawiającego opis warunku weryfikowany był wyłącznie w kategoriach dysponowania jakimkolwiek ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Zamawiający nie dookreślił konkretnej wartości wymaganej polisy ubezpieczeniowej, tak więc w trakcie oceny ofert będzie zmuszony dopuścić do udziału w postępowaniu każdego wykonawcę, który posiada jakiegokolwiek wysokości ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej. Określenie warunku podmiotowego udziału w postępowaniu na minimalnym poziomie nie narusza przepisów ustawy Pzp, a tylko w tym zakresie Izba może dokonywać oceny prawidłowości zapisów SIWZ w kontekście postawionych w odwołaniu zarzutów. Jeśli więc opisany przez Zamawiającego warunek jest związany z przedmiotem zamówienia i nie narusza podstawowej zasady prowadzenia postępowania o zamówienie publiczne zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji w postępowaniu na gruncie przepisów ustawy Pzp jest dopuszczalny. Zaniżenie warunku udziału w postępowaniu nie ogranicza dostępu do zamówienia, a wprost przeciwnie, umożliwia szerszą konkurencję w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, stąd też taka sytuacja nie może być kwalifikowana jako naruszenie przepisów ustawy Pzp.

Co do trzeciego zarzutu odwołania, odnoszącego się do braku określenia przez Zamawiającego warunku odnoszącego się do sytuacji finansowej wykonawcy, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie opisał w ogóle warunku finansowego, wskazując jedynie w pkt 5.1 SIWZ na konieczność spełniania przez wykonawców generalnych warunków ustawowych udziału w postępowaniu wynikających z art. 22 ust.1 ustawy Pzp.

Odwołujący domagał się dookreślenia tego warunku przez Zamawiającego wskazując, że satysfakcjonującym dla niego byłoby określenie wymogu dysponowania środkami finansowymi na poziomie ok. 2 mln zł na sektor.

Odnosząc się do powyższego Izba uznała, że Zamawiający nie ma obowiązku określenia (opisywania) w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkich warunków ustawowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. W każdym postępowaniu indywidualnie zamawiający, jako gospodarz tego postępowania, dokonuje oceny tak przedmiotu zamówienia, jego charakteru, jak i konkurencji na danym rynku usług, dostaw, czy robót budowlanych i dokonuje opisu tych warunków ustawowych, które w danym momencie w odniesieniu do konkretnego zamówienia będą mu niezbędne do wyłonienia najbardziej wiarygodnego podmiotu, który będzie realizował przedmiot zamówienia. Odpowiedzialność za określony efekt postępowania w tym zakresie spoczywa na zamawiającym. Z punktu widzenia przepisów ustawy Pzp nie można wskazywać na jakiegokolwiek naruszenie przepisów tej ustawy w sytuacji, gdy zamawiający nie decyduje się na opisanie jednego, czy kilku warunków ustawowych, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp. Argumentacja przedstawiona powyżej co do oceny zarzutu dotyczącego potencjału ekonomicznego pozostaje aktualne również w odniesieniu do tego zarzutu.

Co do kolejnego zarzutu odwołania, odnoszącego się do braku dostosowania wymagań bazy magazynowo-transportowej do przepisów rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w tym m.in. poprzez wprowadzenie zapisu o obowiązku posiadania tytułu prawnego do nieruchomości, na której zlokalizowana jest baza magazynowo-transportowa, Izba uznała, że zarzut ten nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że w tym zakresie Zamawiający w pkt 5.4 ppkt 1) określił w ramach warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym do wykonania zamówienia szczegółowe wymogi co do bazy magazynowo-transportowej.



Według Odwołującego postawione tam wymogi nie stanowią wyczerpania przepisów wskazanego wyżej rozporządzenia Ministra Środowiska, co do braku zapisu o posiadaniu tytułu prawnego do nieruchomości, na której będzie zlokalizowana wskazana baza.

Odnosząc się do powyższego w pierwszym rzędzie należy podnieść, że w tym zakresie pozostają także aktualne rozważania i argumentacja Izby co do opisu warunków udziału w postępowaniu w sposób mniej rygorystyczny dla wykonawców ubiegających się o zamówienie i pozwalający w związku z powyższym na zwiększenie konkurencji w danym zamówieniu. Izba uznała też, że przedmiotowy zarzut odwołania wskazuje na naruszenie przepisów innego aktu prawnego niż ustawa Pzp (rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.), tymczasem w świetle art. 179 ust. 1 ustawy Pzp Izba jest upoważniona do rozstrzygania jedynie zarzutów odwołania odnoszących się do czynności i zaniechań zamawiającego prowadzących do naruszenia przepisów ustawy Pzp. Z tych choćby względów zarzut podlega oddaleniu. Niezależnie jednak od powyższego zauważyć należy, że zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający określając warunek odnoszący się do potencjału technicznego wykonawcy powinien uwzględnić szerszy aspekt posługiwania się tym potencjałem. Ustawodawca w tym zakresie użył bowiem określenia: „dysponowania” potencjałem technicznym, co oznacza, że wymagane, aby wykonawca musiał wykazywać się tutaj określonym tytułem prawnym co do bazy magazynowo-transportowej prowadziłoby do naruszenia wskazanego przepisu ustawy Pzp. Dodatkowo – jak podnosił Zamawiający – zabezpieczył on się w tym względzie poprzez inny warunek opisany w pkt 5.3 SIWZ i wskazanie na konieczność dysponowania zaświadczeniem o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych w gminie na terenie, na którym zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Izba nie oceniając zasadności tego warunku, który nie podlegał zaskarżeniu, stwierdziła, że również faktyczne dysponowanie wskazanym zaświadczeniem pozwala także na weryfikację wykonawcy co do spełniania wymogów określonych w przepisach wskazanego rozporządzenia Ministra Środowiska.

Co do kolejnej grupy zarzutów odwołania, odnoszących się do konkretnych postanowień wzoru umowy, który stanowi załącznik do SIWZ, Izba uznała, że zarzuty te nie potwierdziły się.

W tym zakresie Izba przede wszystkim oparła się na dyspozycji art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, który to przepis – jak już przywołano powyżej – wskazuje na kognicję Izby do rozpoznawania zarzutów odwołania podnoszonych w odniesieniu do konkretnych czynności czy zaniechań zamawiającego podjętych w postępowaniu o zamówienie publiczne, które z

jednej strony pozbawiają wykonawcy uzyskania zamówienia, narażając go tym samym na poniesienie określonej szkody, a z drugiej strony wskazują na naruszenie konkretnych przepisów ustawy Pzp. W odniesieniu do zarzutów odwołania dotyczących postanowień treści wzoru umowy Odwołujący de facto nie wykazał naruszenia żadnego przepisu ustawy Pzp. Jedyne przepisy przywołane przez niego to art. 36 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp, który stanowi, że elementem obligatoryjnym treści SIWZ są bądź to wzór umowy, bądź jej projekt albo też istotne postanowienia umowy. W przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne Zamawiający określił wzór umowy stanowiący załącznik do SIWZ, zatem wskazany przepis wskazany przez Odwołującego jako naruszenie, znalazł swoje wypełnienie i tym samym nie został naruszony przez Zamawiającego. W odniesieniu do konkretnych zastrzeżeń zgłoszonych co do wzoru umowy przez Odwołującego nie wykazał on jednak żadnego innego naruszenia przepisów ustawy Pzp, z tych też względów Izba nie odnosiła się szczegółowo do tych zarzutów, uznając ich niezasadność z powodu niewykazania naruszenia przepisów ustawy Pzp przy formułowaniu postanowień wzoru umowy przez Zamawiającego.

Co do generalnego zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 w zw. z art. 3 ustawy Pzp, jak również naruszenia art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Izba uznaje za aktualną argumentację przedstawioną powyżej. Odwołujący, wskazując na naruszenie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji nie wykazał naruszenia przepisów ustawy Pzp. Poza tym zarzut nie został przez Odwołującego dookreślony co do naruszenia art. 7 ust. 1 w związku z art. 3 ustawy Pzp, poprzez wskazanie konkretnych okoliczności faktycznych, których dopuścił się Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu. Tym samym zatem należało stwierdzić, że zarzut jako taki nie został przez Odwołującego sformułowany.

Izba nie rozpoznała pozostałych zarzutów odwołania, które nie zostały przez Odwołującego w toku rozpraw podtrzymane.

Izba nie rozpoznawała także dodatkowych zarzutów podniesionych przez Przystępującego w zgłoszeniu przystąpienia. Zgodnie z przepisami ustawy Pzp przystępujący do postępowania odwoławczego wykonawca po stronie zamawiającego lub odwołującego przystępuje do tego postępowania w granicach zaskarżenia określonych w odwołaniu. Nie może także podejmować czynności, które pozostawałyby w sprzeczności z

czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił. Przystąpienie Izba może rozpoznawać tylko w związku z toczącym się postępowaniem odwoławczym. Jeśli wykonawca chciał podnieść dodatkowe zarzuty miał nieograniczone prawo skorzystania w tym zakresie samodzielnie ze środka ochrony prawnej. Miał zatem prawo do złożenia swojego odrębnego odwołania w granicach zaskarżenia, które nie były objęte odwołaniem, do którego przystąpił po stronie Odwołującego.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że przywołane w odwołaniu naruszenie określonych przepisów ustawy Pzp nie potwierdziło się.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.