

Sygn. akt: KIO 919/13

WYROK

z dnia 9 maja 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę **MPO sp. z o.o. w Białymstoku**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Zambrów z siedzibą w Zambrowie**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie modyfikacji postanowienia Rozdziału II SIWZ, pkt VI, ppkt 1.3. lit e) specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz modyfikacji postanowienia sekcji III.2.1. ppkt 1.3. lit e) ogłoszenia o zamówieniu poprzez wykreślenie użytych w tych postanowieniach słów „*oraz posiadanie, co najmniej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację tego przedsięwzięcia*” oraz wykonanie obowiązków informacyjnych związanych z modyfikacją, wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Miasto Zambrów z siedzibą w Zambrowie i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MPO sp. z o.o. w Białymstoku tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. **zasądza od Gminy Miasta Zambrów z siedzibą w Zambrowie na rzecz wykonawcy MPO sp. z o.o. w Białymstoku kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz 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 **Łomży**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Miasto Zambrów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie miasta Zambrów”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 12 kwietnia 2013 r., Nr 2013/S 072-120171.

Wobec czynności zamawiającego, polegającej na dokonaniu opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, zamieszczonym w Rozdziale 2 część VI pkt 1.3 ppkt e SIWZ, wykonawca MPO sp. z o.o. w Białymstoku, zwany dalej „odwołującym”, wniósł w dniu 19 kwietnia 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji, a tym samym uniemożliwiający uczestniczenie w przetargu, prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji i zasady równego traktowania wykonawców,
- 2) art. 22 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wprowadzenie warunków udziału w postępowaniu nieadekwatnych dla przedmiotu zamówienia oraz w części niemożliwych do spełnienia,
- 3) art. 25 ustawy Pzp poprzez żądanie od wykonawców dokumentów, które nie są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia,
- 4) art. 29 ust. 2 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w postępowaniu w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) dokonania modyfikacji treści SIWZ polegającej na: wykreśleniu warunku udziału w postępowaniu przewidzianego w Rozdziale 2 część VI pkt 1.3 pdpkt e,
- 2) wykonanie innych czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia poprawności postępowania w związku z ww. zmianami,
- 3) zwrotu na rzecz odwołującego kosztów spowodowanych wniesieniem odwołania, w tym w szczególności kosztów wpisu od odwołania.

W uzasadnieniu odwołujący podniósł, że przedmiot zamówienia został określony przez zamawiającego jako „odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych na terenie miasta Zambrów”. Natomiast w SIWZ przedmiot zamówienia rozszerzono poprzez wskazanie obowiązku utworzenia i prowadzenia gminnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (rozdział 2.1.2 SIWZ). Warunki wykonywania działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych reguluje ustawa o porządku i czystości w gminach - rozdział 4a „Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych”. Ustawodawca wskazał w nim konkretne wymagania, jakie muszą spełniać podmioty, które będą prowadzić działalność objętą ww. przedmiotem. W szczególności art. 9d ust 1 ww. ustawy wskazuje konkretnie, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia wymienionych w nim wymagań. Z kolei art. 6 d ust. 1 ww. ustawy stanowi, że 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. A zatem wykonawca powinien odebrać z określonych miejsc odpady i je zagospodarować. Wykonawca w ramach tych zadań będzie zobowiązany także do odbioru odpadów z punktów selektywnej zbiórki odpadów komunalnych czy z mobilnych punktów, ale nie może być zobowiązany do tworzenia tych punktów w ramach przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Przedmiot tych zamówień nie jest tożsamy. Zatem w pojęciu „odbiór i zagospodarowanie odpadów” komunalnych nie mieści się pojęcie utworzenia i prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, a tym bardziej obowiązek utworzenia i prowadzenia gminnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, który powinien być objęty odrębnym postępowaniem w ramach zamówień publicznych. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 3 ust. 2 pkt 5 nakłada na gminy obowiązek ustanowienia selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W tym celu zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 6 ww. ustawy gminy tworzą punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp mieszkańców gminy.

Odwołujący wywiódł, że opis warunku udziału w postępowaniu preferuje wykonawców, którzy posiadają takowe prawo do dysponowania nieruchomością i umożliwia złożenie w postępowaniu ofert przez wszystkich zdolnych do realizacji zamówienia wykonawców. Co więcej, zakres przedmiotowy określony w SIWZ i ogłoszeniu nie daje podstaw zamawiającemu do żądania od wykonawców ww. dokumentów. Skoro zamówienie obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów, a żaden przystępujący wykonawca przed ogłoszeniem nie mógł przewidzieć zawarcia zakwestionowanego wymogu, gdyż nie wynika to z przepisów prawa, to w chwili obecnej niemożliwe jest uzyskanie wymaganych dokumentów w tak krótkim czasie. W ocenie odwołującego, działanie

zamawiającego jest celowe i ukierunkowane na jedyne wykonawcę, który jest w stanie spełnić to wymaganie - Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zambrowie. Jak wynika z dotychczasowej praktyki, znajdującej oparcie m.in. w Programie ochrony środowiska dla gminy Zambrów na lata 2004-2011 - 4.3.1 Gromadzenie i transport odpadów komunalnych - zbiórkę odpadów na terenie gminy prowadziło właśnie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., jak również - 4.3.2. Gromadzenie i transport surowców odpadowych - obsługę systemu selektywnej zbiórki odpadów na terenie gminy prowadziło Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zambrowie.

Odwołujący wywodził także, że dysponowanie punktem selektywnego zbierania odpadów komunalnych nie może stanowić warunku udziału w postępowaniu, gdyż przedmiotem zamówienia jest dopiero jego utworzenie, w przypadku wyłonienia przedsiębiorcy jako wykonawcy. Posiadanie prawa do dysponowania nieruchomością na zlokalizowanie PSZOK przed wyborem wykonawcy, co więcej posiadanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację tego przedsięwzięcia, wymaga uzyskania niezbędnych pozwoleń administracyjnych. Wprowadzenie tego zapisu jako warunku udziału w postępowaniu oznacza promowanie przedsiębiorców, którzy taki warunek spełniają i jest ograniczaniem uczciwej konkurencji. W tej sytuacji jedynie PGK sp. z o.o. w Zambrowie spełnia warunki postawione przez zamawiającego w SIWZ, a zatem pozostali wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, co narusza zasadę konkurencji.

Odwołujący podniósł również w odwołaniu, że należy uznać za niedopuszczalne wprowadzenie takich warunków udziału w postępowaniu, które pomijałyby faktyczny zakres i rodzaj usług wymaganych dla realizacji tego zamówienia. Jedną z naczelnych „reguł” postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyrażoną w ustawie Pzp jest zasada uczciwej konkurencji. Wywodził, że należy zwrócić szczególną uwagę na regulacje odnoszące się do określania przez zamawiających warunków udziału w postępowaniu, oraz opisu przedmiotu zamówienia, które to bezpośrednio nawiązują do zasady uczciwej konkurencji i wymagają bezwzględnego jej stosowania. Zgodnie z aktualną regulacją zawartą w art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1 ww. przepisu, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Istotne jest wskazanie, iż opis sposobu spełniania warunków udziału w postępowaniu, który nie jest związany z przedmiotem zamówienia oraz nie jest w stosunku do niego proporcjonalny, narusza zasadę uczciwej konkurencji. Zgodnie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Oznacza to w szczególności zakaz posługiwania się przez zamawiających przy określaniu przedmiotu zamówienia jakimikolwiek sformułowaniami lub parametrami, które wskazywałyby na konkretny wyrób, produkt, czy też wykonawcę. Co istotne, na podstawie ww. przepisu do

postawienia zarzutu zamawiającemu wystarczające jest jedynie wskazanie możliwości utrudnienia uczciwej konkurencji poprzez sformułowanie niezgodnego z przepisami ustawy Pzp opisu przedmiotu zamówienia, niekoniecznie zaś realne uniemożliwienie takiej konkurencji.

Zamawiający, w trakcie rozprawy wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została także wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie dokonywania przez zamawiającego w SIWZ opisu warunków udziału w postępowaniu oraz przedmiotu zamówienia, sporządzenie tych opisów w taki sposób, który może naruszać uczciwą konkurencję, czy też w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, jak również w sposób, który może uniemożliwić wykonawcy złożenie niepodlegającej odrzuceniu oferty prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest:

- 1) odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od wszystkich właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w granicach administracyjnych miasta Zambrów,
- 2) utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów,
- 3) wyposażenie w pojemniki i worki nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne.

Nadto Izba ustaliła, że w rozdziale 2 SIWZ, pkt VI, ppkt 1.3. lit e), zamawiający dokonał opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnego potencjału technicznego, jakim muszą dysponować wykonawcy, aby ubiegać się o zamówienie. Zamawiający wskazał w tym postanowieniu, że o udzielenie zamówienia ubiegać się mogą wykonawcy, którzy posiadają prawo do dysponowania na terenie miasta Zambrów nieruchomością o utwardzonym podłożu, ogrodzoną i oświetloną, umożliwiającą dojazd dla mieszkańców, z możliwością zaparkowania samochodu, na której zlokalizowany będzie PSZOK oraz posiadają, co najmniej, decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację tego przedsięwzięcia.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że przygotowanie opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz opisu przedmiotu zamówienia stanowi jedną z najistotniejszych czynności zamawiającego, które wywierają decydujący wpływ na tok postępowania i tym samym na jego wynik. Oczywistym jest zatem, że czynności tych zamawiający muszą dokonywać z uwzględnieniem naczelnej zasady art. 7 ust. 1 ustawy Pzp statuującej obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Przejawem zasady uczciwej konkurencji w zakresie ww. czynności są przepisy art. 22 ust. 4 ustawy Pzp i art. 29 ust. 2 ustawy Pzp.

Stosownie do art. 22 ust. 4 ustawy Pzp opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przywołany przepis nakazuje zamawiającemu dokonywać takiego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu który jest związany z przedmiotem zamówienia oraz do niego proporcjonalny. Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania. Na konieczność przestrzegania zasady proporcjonalności zwracał również uwagę Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Przykładowo, w wyroku z 23 grudnia 2009 r. w sprawie Serrantoni Srl i Consorzio stabile edili Scrl przeciwko Comune di Milano (C-376/08), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wskazał, że przy określaniu jacy wykonawcy nie mogą wziąć udziału w postępowaniu, niezbędne jest zachowanie zasady proporcjonalności, a więc ograniczania konkurencji gwarantowanej w Traktacie ustanawiającym Wspólnotę Europejską w stopniu jak najmniejszym i jedynie niezbędnym dla osiągnięcia celów. W wyroku z dnia 27 października 2005 r. w sprawie Contse SA przeciwko Instituto Nacional de Gestion Sanitaria (C-234/03), Europejski Trybunał Sprawiedliwości wywiódł, że naruszeniem Traktatu jest żądany przez zamawiającego wymóg doświadczenia, który winni udowodnić wykonawcy, jeśli nie jest niezbędny dla oceny zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia.

Jednocześnie stosownie do art. 29 ust. 2 ustawy Pzp przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. Z przepisu tego w orzecznictwie wywodzi się również, że przejawem dyskryminacyjnego opisu przedmiotu zamówienia może być nadmierne połączenie w jednym postępowaniu różnego rodzaju usług, których uzyskanie może być wynikiem odrębnego postępowania. Efektem takiego opisu może być bowiem sytuacja, że grupa wykonawców potencjalnie zdolnych do wykonania zasadniczej, głównej części zamówienia, nie będzie w stanie złożyć niepodlegającej odrzuceniu oferty z uwagi na brak, czy też ograniczone możliwości, wykonania dodatkowej części zamówienia. Oznacza to znaczne ograniczenie konkurencyjności, które przejawia się mniejszą liczbą ofert złożonych w postępowaniu.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt przedmiotowej sprawy, należało stwierdzić, co następuje.

Zamawiający połączył w jednym postępowaniu odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów. Obowiązek przeprowadzenia postępowania dot. pierwszego przedmiotu zamówienia tj. odbioru i zagospodarowania odpadów wynika z art. 6d ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zgodnie z przywoływanym przepisem *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. Z kolei wymogi w zakresie podmiotu odbierającego odpady komunalne określa art. 9d ust. 1 ww. ustawy. Stosownie do przywoływanego przepisu *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia następujących wymagań:**

- 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;
- 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.

Uszczegółowienie ww. wymogów ustawowych zawiera wydane na podstawie art. 9d ust. 2 ww. ustawy *Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 25.01.2013 r. poz. 122)*.

Z kolei, drugim przedmiotem zamówienia jest utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów. Ten przedmiot zamówienia wynika z kolei z nałożenia na gminę obowiązku utworzenia gminnych punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych w sposób zapewniający łatwy dostęp mieszkańców gminy (art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach).

W ocenie Izby z przywoływanych przepisów wynika, iż według ustawodawcy nie jest koniecznym łącznie w jednym postępowaniu odbioru i zagospodarowania odpadów oraz utworzenia i prowadzenia punktu selektywnej zbiórki odpadów. Ustawodawca w sposób wyraźny przewidział bowiem konieczność przeprowadzenia przetargu na odbiór, względnie odbiór i zagospodarowanie odpadów, zaś w innym miejscu ustawy wprowadza - jako obowiązek własny gminy – utworzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów. Ponadto w przywołanym rozporządzeniu z 11.01.2013 r. ustawodawca określa minimalne wymogi, jakie musi spełniać podmiot, któremu zostanie powierzony odbiór odpadów komunalnych. Nie obejmują one konieczności posiadania przez wykonawcę prawa do dysponowania nieruchomością, o utwardzonym podłożu, ogrodzoną i oświetloną, umożliwiającą dojazd dla mieszkańców, z możliwością zaparkowania samochodu, na której zlokalizowany będzie PSZOK oraz posiadania, co najmniej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację tego przedsięwzięcia.

Ponadto nie ulega wątpliwości, że spośród ww. przedmiotów zamówienia to odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych jest świadczeniem wartościowo znaczniejszym, determinującym charakter całego postępowania o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby, pomimo to, połączenie ww. przedmiotów zamówienia w jednym postępowaniu nie musi naruszać - co do zasady - reguł uczciwej konkurencji. Przedmioty zamówienia są bowiem zbliżone do siebie, uregulowane jedną ustawą, możliwym jest znalezienie co najmniej kilku wykonawców, działających w sferze gospodarowania odpadami, którzy będą w stanie zaoferować zamawiającemu oczekiwane przez niego świadczenia. Jednocześnie jednak, połączenie ww. przedmiotów zamówienia w jednym postępowaniu, wymusza na zamawiającym szczególną dbałość w zakresie kształtowania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do akcesoryjnej, ubocznej części przedmiotu zamówienia, których spełnienie jest niemożliwe bez uzyskania wcześniejszej wiedzy o planowanym połączeniu, nie mogą prowadzić do wykluczenia z postępowania wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Stoi temu na przeszkodzie przywoływana zasada niedyskryminacji wynikająca z prawa unijnego, której odzwierciedleniem jest zasada uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 i zasada proporcjonalności warunku udziału w postępowaniu, wynikająca z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp.

Według Izby odwołujący wykazał, że wykonawcy pomimo, iż obiektywnie są zdolni do wykonania całości przedmiotu zamówienia, nie są stanie przed upływem terminu składania ofert uzyskać decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, polegającego na utworzeniu gminnego punktu selektywnej zbiórki odpadów.

Nie było sporne pomiędzy stronami, że przedsięwzięcie którego przedmiotem jest utworzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów jest przedsięwzięciem mogącym potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko w rozumieniu 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 ze zm.). Taka kwalifikacja wynika z przepisu §3 ust. 1 pkt 81 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. Nr 213 poz. 1397).

Zatem wprawdzie ogólne przepisy postępowania administracyjnego (art. 35 § 2 KPA) przewidują zasadniczy, miesięczny termin załatwienia sprawy, to jednak dalsze terminy wynikają z przepisów ww. ustawy. Z art. 39 ust. 1 pkt 4 ustawy wynika, że w przypadku inwestycji mogących potencjalnie znacząco oddziaływać na środowisko zapewnia się udział społeczeństwa w postępowaniu administracyjnym celem umożliwienia składania uwag i wniosków w terminie co najmniej 21 dniowym. Ponadto organ właściwy do wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, w drodze postanowienia stwierdza, czy konieczne będzie przeprowadzenie oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko.

Postanowienie takie wydaje się w terminie 30 dni od dnia wszczęcia postępowania w sprawie wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach (art. 65 w zw. z art. 63 ust. 1-2 ww. ustawy).

Ponadto, w przypadku przeprowadzania oceny oddziaływania przedsięwzięcia na środowisko, przed wydaniem decyzji właściwy organ ma obowiązek wystąpić do innych organów o uzyskanie stosownych opinii i uzgodnień, zaś organy uzgadniające mają na przedstawienie swojego stanowiska określony termin 30 dniowy (art. 77 ust. 6 ww. ustawy).

Zatem, biorąc pod uwagę wynikające z przepisów prawa administracyjnego terminy, jak również to, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 12 kwietnia 2013 r., zaś termin składania ofert upływa 23 maja 2013 r., niemożliwym było spełnienie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, jeżeli już przed wszczęciem postępowania nie dysponował nieruchomością, objętą decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, polegającego na utworzeniu punktu selektywnej zbiórki odpadów w Zambrowie. Izba wzięta w tym zakresie pod uwagę to, że wykonawcy, pomimo dołożenia należytej staranności, nie mogli wcześniej aniżeli w dniu wszczęcia postępowania powziąć wiadomości o wymaganej przez zamawiającego decyzji administracyjnej, co mogłoby ewentualnie umożliwić wcześniejsze rozpoczęcie przygotowań celem spełnienia warunku. Według Izby, wbrew twierdzeniom zamawiającego przedstawionym w trakcie rozprawy, zamiar połączenia w jednym postępowaniu odbioru i zagospodarowania odpadów oraz prowadzenia gminnego punktu selektywnej zbiórki odpadów nie wynikał z treści uchwały nr 122/XXV/13 Rady Miasta Zambrów z 22 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów ani uchwały nr 118/XXV/13 Rady Miasta Zambrów z 22 stycznia 2013 r. w sprawie uchwalenia Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy, zamieszczonych w Biuletynie Informacji Publicznej zamawiającego. Z przywołanych przez zamawiającego przepisów ww. uchwał, tj. §16 uchwały nr 118/XXV/13 czy § 6 uchwały nr 122/XXV/13 wynika jedynie, jakie rodzaje odpadów przyjmować będzie punkt selektywnej zbiórki odpadów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenie Izba stwierdziła, że wymaganie od wykonawców dysponowania na terenie miasta Zambrów nieruchomością posiadającą co najmniej decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach na realizację przedsięwzięcia, polegającego na utworzeniu punktu selektywnej zbiórki odpadów nie znajduje dostatecznego uzasadnienia w charakterystyce, zakresie, stopniu złożoności czy warunkach realizacji zamówienia. Oznacza bowiem, że w postępowaniu którego przedmiotem jest

wszakże dopiero utworzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów, wykonawcy już przed wszczęciem postępowania musieli dysponować nieruchomością, w stosunku do której przeprowadzono długotrwałą i generującą odpowiednie koszty procedurę administracyjną. Natomiast, co oczywiste, zwrot tych kosztów nie jest gwarantowany, gdyż uzależniony od okoliczności przyszłej i niepewnej, jaką jest uzyskanie zamówienia. Zatem ponoszenie takich kosztów przez wykonawcę (nawet pośrednio, tj. w sytuacji gdy udostępnienie zasobu nastąpi na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp przez podmiot trzeci), bez gwarancji ich odzyskania, jak również możliwości ewentualnej odsprzedaży, przeczy zasadom racjonalnej gospodarki.

Jednocześnie Izba uznała jednak, że żądanie odwołującego w zakresie, w jakim zmierzało do całkowitego usunięcia wymogu dysponowania na terenie miasta Zambrów nieruchomością o utwardzonym podłożu, ogrodzoną i oświetloną, umożliwiającą dojazd dla mieszkańców, z możliwością zaparkowania samochodu, na której zlokalizowany będzie PSZOK, było zbyt daleko idące. W ocenie Izby odwołujący nie wykazał, aby wymóg ten był nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, naruszał zasadę uczciwej konkurencji czy też był niemożliwy do spełnienia. Izba ocenia opisane przez zamawiającego cechy nieruchomości jako organizacyjnie uzasadnione i niezbędne aby prowadzić na niej działalność w zakresie punktu selektywnej zbiórki odpadów. Konieczność utwardzenia nieruchomości wynika z wymogów w zakresie ochrony wód. Skoro do punktu selektywnej zbiórki odpadów dowożone będą przez mieszkańców odpady wielkogabarytowe, to musi istnieć możliwość dojazdu do niej i zaparkowania samochodu. Zaś ogrodzenie i oświetlenie działki uzasadnione jest względami bezpieczeństwa.

Izba wzięła pod uwagę również to, że odwołujący nie wykazał w jakikolwiek sposób, że napotkał poważniejsze trudności w zapewnieniu sobie prawa do dysponowania na terenie miasta Zambrów nieruchomością o utwardzonym podłożu, ogrodzoną i oświetloną, umożliwiającą dojazd dla mieszkańców, z możliwością zaparkowania samochodu, choćby w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Co więcej, w trakcie rozprawy odwołujący przyznał, że jest w trakcie prowadzenia rozmów z kontrahentem dysponującym nieruchomością, która spełnia ww. cechy. Zaś na dzień rozprawy porozumienie nie zostało jeszcze osiągnięte wyłącznie ze względów finansowych.

Nie będąc związana żądaniem odwołania, a jedynie zarzutami, Izba nie nakazała zatem zamawiającemu wykreślenia całego kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu. W ocenie Izby nakazana w pkt 1 sentencji modyfikacja warunku uczyni zadość zasadzie proporcjonalności, wynikającej z art. 22 ust. 4 ustawy Pzp oraz zasadzie uczciwej konkurencji, wynikającej z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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 wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

Przewodniczący: