

WYROK
z dnia 26 sierpnia 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Justyna Tomkowska
Członkowie:	Agnieszka Trojanowska Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 sierpnia 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **2 lipca 2021 roku** przez **wykonawcę ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mirosławcu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: **Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnej**

przy udziale wykonawcy **REMONDIS Szczecin Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Szczecinie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Odwołującego**

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów od 2 do 9 odwołania w związku z uwzględnieniem zarzutów przez Zamawiającego,
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego - **ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mirosławcu:**

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mirosławcu** tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od **Odwołującego - ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mirosławcu** na rzecz Zamawiającego – Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnej kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający: Związek Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnej prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości objętych gminnym Systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie Związku Gmin Dolnej Odry”, ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 22 czerwca 2021 r. pod nr 2021/S 119-314902.

Dnia 2 lipca 2021 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ust. 1 i 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021, poz. 1129, dalej jako „ustawa Pzp”) odwołanie złożył wykonawca ATF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Mirosławcu (dalej jako „Odwołujący” lub „ATF”).

Odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, polegających na:

- niejednoznacznym i niewyczerpującym opisie przedmiotu zamówienia, w tym nieuwzględnieniu w opisie przedmiotu zamówienia odbierania odpadów,
- wadliwym opisanium pozacenowych kryteriów oceny ofert,
- niezgodności projektowanych postanowień umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

(1) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888; dalej jako: „u.c.p.g.”) i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez rozdzielenie zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów i niewyczerpujące opisanie przedmiotu zamówienia, nieuwzględniające wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, poprzez wyłączenie z zakresu przedmiotu zamówienia odbierania odpadów komunalnych z terenu ZGDO, mimo że art. 6d ust. 1 u.c.p.g. nakłada obowiązek udzielenia zamówienia na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady efektywności;

ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że powyższy zarzut jest niezasadny:

(2) art. 239 ust. 2 i art. 240 ust. 2 w zw. z art. 134 pkt 18 i art. 17 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez brak uwzględnienia w ramach kryterium pozacenowego oceny ofert możliwości skorzystania przez wykonawców ze stacji przeładunkowych, co nie pozwala na faktyczny wybór oferty najkorzystniejszej, przedstawiającej najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny oraz uniemożliwia Zamawiającemu weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawionych w ofertach, a w konsekwencji osiągnięcie najlepszej jakości dostaw i usług w ramach tego zamówienia i uzyskania jego najlepszych efektów, co również powoduje ograniczenie konkurencji w postępowaniu i faworyzowanie podmiotów, które nie mają odpowiedniej infrastruktury dla zagospodarowania odpadów, tym samym oferując gorszą jakość usług;

(3) art. 99 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 353(1) k.c., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, w szczególności poprzez niedoprecyzowanie zakresu zamówienia co do ilości odpadów przekazywanych wykonawcy w toku realizacji umowy do zagospodarowania, co skutkuje naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

(4) art. 99 ust. 1 ustawy zw. z art. 6r ust. 3 u.c.p.g., poprzez wskazanie w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, że uchwałą Zgromadzenia Związku Gmin Dolnej Odry w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi lub ewentualnie innymi uchwałami, Zamawiający może dowolnie wpływać na zakres zamówienia w trakcie jego realizacji;

(5) art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, w zw. z art. 5 k.c., poprzez ułożenie treści stosunku prawnego w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego, tj. poprzez umożliwienie zlecenia innym podmiotom (np. w ramach kampanii edukacyjnych, czy obsługi PSZOK) możliwości zagospodarowania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, co negatywnie wpływa na możliwość oszacowania przez wykonawcę wielkości zamówienia i powoduje powstanie nieuzasadnionego ryzyka po stronie wykonawcy, polegającego na ograniczeniu przedmiotu zamówienia;

(6) art. 433 pkt 4 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 20, art. 99 ust. 1, i art. 431 oraz 17 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez obarczenie wykonawcy całością lub znacznym stopniem ryzyka za zmiany zakresu zamówienia, ponieważ projektowane postanowienia umowy zawarte w dokumentach zamówienia, a stanowiące integralną część umowy, pozwalają Zamawiającemu na ograniczenie zakresu zamówienia bez wskazania minimalnej wartości

świadczenia stron, co jednocześnie przeczy obowiązkowi współdziałania stron i niekorzystnie wpływa na efektywność udzielanego zamówienia;

(7) art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając wykonawcy odpowiedzialność za obliczenie poziomów recyklingu i ponownego użycia w zakresie, w jakim wykonawca nie odpowiada za nie; wykonawca będzie zagospodarowywał tylko część strumienia odpadów pochodzących z terenu ZGDO, a nie całość, w związku z tym działanie Zamawiającego jest nieproporcjonalne i obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością nie za swoje działania lub zaniechania;

(8) art. 471 k.c. w zw. z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i art. 353(1) k.c. oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp poprzez nałożenie na wykonawcę konieczności osiągnięcia w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych, poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, mimo że wykonawca nie jest podmiotem odbierającym odpady, w związku z czym nie może ponosić odpowiedzialności za działania osób trzecich;

(9) art. 433 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i art. 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowienia umożliwiającego Zamawiającemu odstąpienie od umowy bez zachowania okresu wypowiedzenia, w sytuacji, w której wykonawca opóźnia się 5 dni z rozpoczęciem odbioru odpadów, mimo że przedmiot zamówienia dotyczy zagospodarowania odpadów, jak również z powodu przerwania wykonywania przedmiotu umowy na okres dłuższy niż 2 dni, choć postanowienie nie ogranicza możliwości odstąpienia, co stanowi nieuprawnione przerzucenie na wykonawcę odpowiedzialności oraz wprowadzenie projektowanych postanowień umownych niezgodnych z art. 433 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia przez:

1. zmiany postanowień ogłoszenia o zamówieniu i treści dokumentów zamówienia i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób uwzględniający wymagania wynikające z ustawy szczególnej, tj. z art. 6d ust. 1 u.c.p.g.s poprzez uwzględnienie w zakresie zamówienia także odbierania odpadów,
2. zmiany treści dokumentów zamówienia w sposób uwzględniający wymagania wynikające z ustawy szczególnej, tj. z art. 6 d ust 4 u,c.p.g.s i art. 6f u.c.p.g.s.; ewentualnie, w przypadku uznania przez Izbę, że zarzut nr 1 jest niezasadny,

3. zmianę w pkt. 1.II OPZ (załącznik nr 1 do SWZ), poprzez określenie maksymalnej rocznej ilości odpadów, wraz z określeniem ich kodów, których zagospodarowanie może zostać zlecone innym podmiotom niż wykonawca,
4. zmianę w pkt 1.12 OPZ, poprzez określenie maksymalnej rocznej ilości odpadów, wraz z określeniem ich kodów, których zagospodarowanie może zostać zlecone innym podmiotom niż wykonawca,
5. zmianę w pkt 1.13 OPZ, poprzez określenie maksymalnej rocznej ilości odpadów, wraz z określeniem ich kodów, których zagospodarowanie może zostać zlecone innym podmiotom niż wykonawca,
6. zmianę w pkt. II.1.6 SWZ i 1.6 OPZ w następujący sposób:

„Ilość wytworzonych i odebranych odpadów z terenu gmin położonych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie nie jest zależna od Zamawiającego, Ilości odpadów określone w ust. 4 należy traktować jako orientacyjne, ponieważ mogą one ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu z zastrzeżeniem zdania następującego, Zamawiający oświadcza, że wahania nie przekroczą 10% w odniesieniu do łącznej szacunkowej ilości wskazanej w ust. 4.”;

alternatywnie, jeżeli Zamawiający nie jest w stanie ograniczyć potencjalnych odchyień od szacowanego zakresu zamówienia, wprowadzenie do pkt. II.1.6 SWZ i 1.6 OPZ, klauzul waloryzacyjnych o następującej treści:

„Ilość wytworzonych i odebranych odpadów z terenu gmin położonych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie nie jest zależna od Zamawiającego, ilości odpadów określone w ust. 4 należy traktować jako orientacyjne, ponieważ mogą one ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu, z zastrzeżeniem zdań następujących, Jeżeli jednak zakres zamówienia w czasie realizacji umowy zmniejszy się o więcej niż 10 % w odniesieniu do łączne szacunkowej ilości wskazanej w ust. 4, Wykonawca test uprawniony do dokonania jednostronnej zmiany cen jednostkowych określonych w Formularzu Ofertowym o 2%, informując o tym fakcie Zamawiającego w formie pisemnej pod rygorem nieważności w terminie 7 dni przed wprowadzeniem tej zmiany. W przypadku zmiany wzrostu zakresu zamówienia o ponad 10 % w odniesieniu do łącznej szacunkowej ilości wskazanej w ust. 4, Wykonawca — jeżeli jego instalacja nie posiada wystarczających mocy przerobowych — może od umowy odstąpić składając Zamawiającemu pisemne oświadczenie o odstąpieniu od Umowy z trzydziestodniowym 30 terminem wypowiedzenia albo przekazać odbiór do innej instalacji;

7. zmianę pozacenowego kryterium oceny ofert — pkt. 11.2.4 i 11.2.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt III.4 SWZ - w następujący sposób:

„b) Koszty eksploatacyjne zamówienia (Ke) — waga kryterium 45%, w tym 9 podkryteriów o wadze 5 % - każde w odniesieniu do gmin wchodzących w skład ZGDO,

W ramach kryterium pozacenowego Zamawiający opracował następujący wzór:
najmniejsza odległość od siedziby danej gminy do podanej w ofertach instalacji lub stacji przeładunkowej (spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu)

$Ke(n) = \dots \times 5\text{pkt}$,

Odległość od siedziby danej gminy do podanej w badanej ofercie instalacji lub stacji przeładunkowej gdzie (n) oznacza dane podkryterium (a więc daną gminę wchodzącą w skład ZGDO).

Ilość punktów w tym kryterium stanowi sumę punktów uzyskanych we wszystkich 9 podkryteriach”

a w konsekwencji modyfikację załącznika nr 2 do SWZ - Formularz ofertowy, w zakresie tabeli zawartej pod lit. B w następujący sposób:

- kolumna 2.: „Adres instalacji lub stacji przeładunkowej, do której Wykonawca będzie przyjmował odpady z danej gminy”.

- kolumna 3.: „Najkrótsza droga dojazdowa, w kilometrach, z dokładnością do jednego miejsca po przecinku licząc od adresu danej gminy wskazanej przez Zamawiającego do adresu instalacji lub stacji przeładunkowych wskazanych przez Wykonawcę”,

- tekst pod tabelą: „UWAGA: Odległość liczona jest jako najkrótsza droga dojazdowa po drogach publicznych z siedziby wskazanej gminy członkowskiej Związku Gmin Dolnej Odry (wskazany przez Zamawiającego adres) do lokalizacji instalacji lub stacji przeładunkowych wskazanych w ofercie Wykonawcy (wskazane przez Wykonawcę adres/y) oraz modyfikację pozostałych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia odnoszących się do tego zakresu w analogiczny sposób jak powyżej,

8. usunięcia pkt II.1.16 SWZ i 5 ust. 15 PPU załącznika nr 4 do SWZ — Projektowane Postanowienia Umowy (PPU), które narzucają na wykonawcę konieczność osiągnięcia poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów,

9. zmianę pkt II.1.14 w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na terenie gmin wchodzących w skład ZGDO poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych składających się z papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, określonego w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996r, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2021 r. poz. 888 ze zm.), z zastrzeżeniem, że poziom będzie obliczony na

podstawie określonego WZORU, o którym mowa w ww. ustawie wyłącznie w odniesieniu do ilości odpadów przyjętych przez Wykonawcę do zagospodarowania"

10. zmianę pkt II.1.15. SWZ w następujący sposób:

„Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na terenie gmin wchodzących w skład ZGDO recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, określonego w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2021 r, poz. 888 ze zm.), z zastrzeżeniem, że poziom będzie obliczony na podstawie określonego wzoru, o którym mowa w ww. ustawie wyłącznie w odniesieniu do ilości odpadów przyjętych przez Wykonawcę do zagospodarowania”

11. wykreślenie § 10 ust. 2 pkt. 2 PPU,

12. zmianę § 10 ust. 2 pkt 3 PPU w następujący sposób:

„Zamawiającemu przysługuje prawo do natychmiastowego odstąpienia także w przypadku przerwania wykonywania przedmiotu umowy z winy Wykonawcy na okres dłuższy niż 2 dni”.

Odwołujący wskazał, że zarzuca Zamawiającemu, uchybienia w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, w tym w zakresie nieuwzględnienia w zakresie zamówienia odbierania odpadów, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie przepisów u.c.p.g. Jeżeli na etapie ogłoszenia postępowania, postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów postępowania są określone w sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący i nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności, a w konsekwencji utrudniający złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, to godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Podobnie niezgodne z przepisami ustawy Pzp zaprojektowane zostały postanowienia umowne. Prowadzi to do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Zgodnie z planem zamówień na 2021 r. Zamawiający w sposób bezprawny rozdzielił usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych i zamierza udzielić zamówienia na odbieranie tych odpadów w trybie z wolnej ręki (in-house), w związku z czym Odwołujący nie może inaczej realizować swojego interesu, jak i uchronić się przed potencjalną szkodą, aniżeli wnosząc środki ochrony prawnej w tym postępowaniu.

Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania, polegający na wyeliminowaniu wadliwych postanowień ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów postępowania, dzięki czemu będzie mógł złożyć niepodlegającą odrzuceniu i konkurencyjną ofertę, a tym samym uzyskać zamówienie.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania 22 czerwca 2021 r., w związku z publikacją ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii. W związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu 2 lipca 2021 r. Odwołujący uiszczył wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

Zamawiający, na podstawie przepisów ustawy Pzp oraz u.c.p.g. ogłosił postępowanie, którego przedmiotem jest zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie Związku Gmin Dolnej Odry. Przedmiot zamówienia obejmuje zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie Związku Gmin Dolnej Odry (tj. na dzień wszczęcia postępowania z terenu gmin: Banie, Bielice, Cedynia, Dolice, Lipiany, Marianowo, Moryń, Stare Czarnowo, Warnice) o kodach i szacunkowych ilościach wskazanych w pkt. 11.2.4 ogłoszenia o zamówieniu i pkt. II. 1,4 SWZ.

ZARZUT NR 1: ROZDZIELENIE ZAMÓWIENIA NA ODBIÓR I ZAGOSPODAROWANIE

Jak wynika z treści SWZ podstawę prawną ogłoszonego postępowania stanowią przepisy ustawy Pzp oraz przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zakres zamówienia ogranicza się wyłącznie do zagospodarowania odpadów. Jak natomiast stanowi art. 6d ust. 1 u.c.p.g., wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Przepis ten stanowi więc, że zamawiający ma zasadniczo dwie możliwości udzielania zamówień z zakresu gospodarowania odpadami:

- a) 1. możliwość: udzielenie zamówienia tylko w zakresie odbierania odpadów;
- b) 2. możliwość: udzielenie zamówienia w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów.

Ustawodawca w art. 6d ust. 1 u.c.p.g, wskazuje więc na zasadę prowadzenia gminnej gospodarki odpadami komunalnymi, zgodnie z którą zamawiający zobowiązani są do udzielania zamówień w jednym z dwóch wskazanych wyżej wariantów (odbieranie/odbieranie i zagospodarowanie). Nieuwzględnienie w ramach tych wariantów zamówień na samo zagospodarowanie odpadów, wynika z możliwości powierzenia zagospodarowania odpadów do gminnych instalacji (a więc możliwości realizacji usług zagospodarowania poza trybami określonymi w przepisach p.z.p.).

Zgodnie więc z art. 6d ust. 1 u.c.p.g, udzielanie zamówienia na zagospodarowanie odpadów komunalnych odbywa się łącznie z ich odbieraniem. Jedynym wyjątkiem od tej zasady jest sytuacja, w której Zamawiający powierza usługi zagospodarowania odpadów poza trybami przewidzianymi w p.z.p.. W każdej innej sytuacji (również w tym postępowaniu) zamawiający nie mogą rozdzielać usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych w ramach gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Potwierdza to stanowisko doktryny, orzecznictwa oraz przebieg procesu legislacyjnego. Wprowadzenie możliwości zlecenia zamówień na samo odbieranie odpadów komunalnych miało umożliwić gminom korzystanie z własnych instalacji w trybie bezprzetargowym. Jeżeli jednak gmina nie posiada swojej instalacji - tak jak ma to miejsce w przypadku ZGDO - nie może udzielić zamówienia wyłącznie na zagospodarowanie odpadów, lecz obowiązana jest udzielić zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Działanie Zamawiającego, który rozdzielił zamówienie na odbieranie odpadów od zamówienia na zagospodarowanie odpadów, stanowi więc naruszenie art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, który nakazuje w sposób wyczerpujący opisywać przedmiot zamówienia, z uwzględnieniem wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Aby temu zadośćuczynić konieczne jest nałożenie na opis przedmiotu zamówienia wymagań określonych w przepisach u.c.p.g., co wynika ze specyfiki udzielania zamówień z szeroko rozumianego zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi.

Wskazuje na to chociażby art. 6d ust. 4 u.c.p.g., który określa szczególne wymogi odnoszące się do sporządzania dokumentów zamówienia na odbieranie lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych w tym opisywania przedmiotu zamówienia. Treść art. 6d ust. 4 stanowi, że w dokumentach zamówienia określa się w szczególności:

- 1) wymogi dotyczące przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych;
- 2) rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości;
- 3) standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska;
- 4) obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem;
- 4a) szczegółowy sposób postępowania w przypadku stwierdzenia nieselektywnego zbierania odpadów;
- 5) instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych

odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady;

6) szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Analogiczną treść zawiera art. 6f ust. 1a u.c.p.g.t, który odnosi się do umów w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Treść tych przepisów potwierdza więc wykładnię art. 6d ust. 1 u.c.p.g. a w związku z tym również i bezprawność działania Zamawiającego, polegającą na rozdzieleniu od siebie odbierania i zagospodarowania odpadów, mimo że art. 6d ust. 1 u.c.p.g. nakłada obowiązek udzielenia zamówienia na odbieranie albo odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Dokumentacja przedmiotowego postępowania, które dotyczy wyłącznie czynności zagospodarowania (przetwarzania) odpadów nie uwzględnia obowiązków zamawiającego określonych w przepisach art. 6d oraz 6f u.c.p.g.

Udzielanie zamówień na gospodarowanie odpadami komunalnymi jest w tym zakresie specyficzne i szczegółowo uregulowane ustawą u.c.p.g. Innymi słowy, w odniesieniu do postępowań dotyczących odpadów komunalnych publiczni zamawiający (w tym ZGDO) związani są regulacjami .c.p.g.

Gminy gospodarując odpadami innego rodzaju (inne niż komunalne) i przeznaczając na te zadania środki publiczne nie są związane przepisami ustawy (u.c.p.g,) wobec czego mają prawo prowadzić postępowania przetargowe wyłącznie na zasadach ogólnych ustawy Pzp. W przypadku postępowań przetargowych dotyczących odpadów innych niż komunalne dopuszczalne jest na przykład zlecenie usługi ograniczonej do zagospodarowania odpadów. Takie działanie, z uwagi na postanowienia u.c.p.g, nie jest dopuszczalne w odniesieniu do odpadów komunalnych. Przykładem postępowań wyłączonych spod reżimu u.c.p.g, są postępowania dotyczące odpadów zawierających azbest (odpady niebezpieczne) czy odpadów wytwarzanych przez rolników. W odniesieniu do tego rodzaju postępowań gminy mają całkowitą dowolność w tym, w jaki sposób zorganizować postępowanie w zakresie gospodarowania takimi odpadami, w tym mają prawo ogłosić przetarg na samo zagospodarowanie tych odpadów. Zdaniem Odwołującego podane przykłady pokazują, że przepisy ustawy Pzp i u.c.p.g. nakładają się na siebie i przenikają. Dlatego aby udzielić zgodnego z przepisami zamówienia w sferze gospodarki odpadami komunalnymi, konieczne jest uwzględnienie specyfiki materii regulowanej w u.c.p.g.

Gdyby przepisy u.c.p.g. dopuszczały organizowanie przetargów na samo zagospodarowanie odpadów komunalnych, to w zasadzie nie wymagałoby to oddzielnej

regulacji albo ustawodawca zdecydowałby się na brzmienie tego przepisu, które wprost dopuszczałoby organizowanie oddzielnej procedury na zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Udzielanie zamówień na kompleksową usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych znajduje również potwierdzenie w wyrażonej w art. 17 ust. 1 ustawy Pzp zasadzie efektywności, w szczególności w zakresie uzyskania wymaganych przepisami u.c.p.g, poziomów recyklingu i ponownego użycia. Biorąc pod uwagę pomysł Zamawiającego na zorganizowanie systemu gospodarki odpadami komunalnymi w ramach ZGDO, to mamy aż trzy podmioty, które będą miały realny wpływ na osiągnięcie tych poziomów: Zamawiającego, podmiot odbierający odpady oraz podmiot je zagospodarowujący (choć odpowiedzialność majątkową będzie ponosił zagospodarowujący odpady wykonawca). Realizacja usługi kompleksowej realizuje w pełni założenia zasady efektywności. Rozdzielenia postępowań na odbieranie i zagospodarowanie wiązałoby się z praktycznie dwukrotnym wydłużeniem procedury wyboru podmiotu odbierającego odpady. Poza tym tańsza dla zamawiającego publicznego jest realizacja i późniejsza obsługa jednego zamówienia, a i ceny w ramach realizacji usługi kompleksowej są niższe niż w przypadku, gdyby rozdzielić te zamówienia,

Zasada efektywności powinna znaleźć odzwierciedlenie w dokonanej przez Zamawiającego przed wszczęciem postępowania analizie potrzeb i wymagań, o której mowa w art. 83 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego, analiza potrzeb i wymagań ma stanowić realizację zasady efektywności w praktyce udzielania zamówień. Zamawiający w ocenie Odwołującego nie dokonał efektywnego rozeznania rynku, w ramach którego określiłby wszystkie warianty realizacji zamówień w zakresie gospodarki odpadami na terenie ZGDO, skoro zdecydował się na najmniej efektywny wariant realizacji zamówienia.

Zamawiający winien uwzględnić w prowadzonym postępowaniu również odbieranie odpadów komunalnych z terenu ZGDO i udzielić zamówienia na usługę kompleksową, dokonując odpowiedniej zmiany ogłoszenia o zamówieniu i treści dokumentów zamówienia.

ZARZUT NR 2: NIEUWZGLĘDNIENIE W POZACENOWYM KRYTERIUM OCENY OFERT MOŻLIWOSCI SKORZYSTANIA ZE STACJI PRZEŁADUNKOWYCH

Jeżeli w ocenie Izby nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania, to Zamawiający dokonał w tym postępowaniu szeregu innych naruszeń.

Zgodnie z treścią przepisów ustawy Pzp w treści SWZ zamawiający dokonuje m. in. opisu kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił w dokumentach zamówienia, w szczególności w ramach kryterium oceny ofert, możliwości korzystania przez wykonawcę ze stacji przeładunkowej, co

istotnie wpływa na konkurencję w postępowaniu, ograniczając udział w postępowaniu podmiotom, których instalacje położone są dalej od siedzib gmin wchodzących w skład ZGDO. Należy podkreślić, że w procesie realizacji usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów stacje przeładunkowe odgrywają istotną rolę w zakresie optymalizacji logistycznej i kosztowej. Rola stacji przeładunkowych sprowadza się do tego, że pojazdy dokonujące odbioru odpadów z miejsc ich wytwarzania (tj. śmieciarki) transportują odpady do stacji przeładunkowej zamiast bezpośrednio do instalacji komunalnej, które często położone są w znacznych odległościach od miejsc wytwarzania odpadów. Wykorzystanie sieci stacji przeładunkowych umożliwia efektywniejsze wykorzystanie pojazdów specjalistycznych, zmniejsza amortyzację tych pojazdów, a przede wszystkim pozwala na realizowanie transportu odpadów do instalacji przy użyciu zbiorczych transportów o znaczące ograniczanie zarówno kosztów ekonomicznych, jak i środowiskowych poprzez zmniejszanie emisji liniowej. Brak uwzględnienia możliwości wykorzystania stacji przeładunkowych w sposób istotny ogranicza konkurencję w postępowaniu, a także faworyzuje podmioty, które nie mają odpowiednio rozwiniętej infrastruktury do prowadzenia przeładunku i magazynowania odpadów, a więc oferują mniej efektywną usługę.

W opisie kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert (pkt. II.2.4 i II.2.5 ogłoszenia o zamówieniu oraz pkt III.4 SWZ), Zamawiający określił, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty będzie kierował się następującymi kryteriami i odpowiadającymi im znaczeniami oraz w następujący sposób będzie oceniał spełnienie kryteriów:

a) *Cena (C) waga kryterium 55%*

b) *Koszty eksploatacyjne zamówienia (K_e) — waga kryterium 45%, w tym 9 podkryteriów o wadze 5 % każde w odniesieniu do gmin wchodzących w skład ZGDO,*

W ramach kryterium pozacenowego Zamawiający opracował następujący wzór:

najmniejsza odległość od siedziby danej gminy do podanej w ofertach instalacji (spośród wszystkich ofert niepodlegających odrzuceniu)

$K_e(n) — x \cdot 5 \text{pkt.}$

Odległość od siedziby danej gminy do podanej w badanej ofercie instalacji, gdzie (n) oznacza dane podkryterium (a więc daną gminę wchodzącą w skład ZGDO). Ilość punktów w tym kryterium stanowi sumę punktów uzyskanych we wszystkich 9 podkryteriach.

Dla Zamawiającego istotne jest zatem (wniosek taki uzasadnia waga kryterium pozacenowego), aby koszty eksploatacyjne zamówienia były jak najniższe, co Zamawiający utożsamia z bliskością instalacji komunalnej od miejsc odbierania odpadów. Dlatego jest

niezrozumiałe, że w ramach kryterium pozacenowego Zamawiający nie uwzględnił możliwości wykorzystania stacji przeładunkowych.

Zgodnie z art. 23 ust. 1 u.o., odpady są zbierane w sposób selektywny. Jak z kolei stanowi art. 23 ust. 2 pkt 5 i 6 u.o., zakazuje się zbierania poza miejscem wytwarzania niesegregowalnych (zmieszanych) odpadów komunalnych i bioodpadów stanowiących odpady komunalne. Zakazu tego, wedle art. 23 ust. 10 u.o., nie stosuje się do zbierania odpadów tych odpadów w stacji przeładunkowej prowadzonej przez:

- 1) podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości lub
- 2) prowadzącego instalację komunalną, lub
- 3) prowadzącego instalację do przetwarzania bioodpadów.

Zbieraniem odpadów, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 u.o., jest gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów.

Z powyższego wynika, że działalność stacji przeładunkowej zawiera się w definicji zbierania odpadów. Stacje przeładunkowe stanowią niejako „przedłużenie” instalacji komunalnej, ponieważ umożliwiają zbieranie w nich odpadów i grupowanie ich w większe transporty. Jednocześnie korzystanie ze stacji przeładunkowych nie wpływa negatywnie na aspekty środowiskowe realizacji zamówienia, ponieważ gospodarkę odpadami należy prowadzić w sposób zapewniający ochronę życia i zdrowia ludzi oraz środowiska, tj. w sposób, który nie może:

- 1) powodować zagrożenia dla wody, powietrza, gleby, roślin lub zwierząt;
- 2) powodować uciążliwości przez hałas lub zapach;
- 3) wywoływać niekorzystnych skutków dla terenów wiejskich lub miejsc o szczególnym znaczeniu, w tym kulturowym i przyrodniczym (art. 16 u.o.).

Korzystanie ze stacji przeładunkowych pozwala przy tym na wygenerowanie oszczędności w ramach usługi odbierania i zagospodarowania odpadów, ponieważ podmiot odbierający odpady przywozi je pojazdami odbierającymi odpady do położonej w bliskiej odległości stacji przeładunkowej, skąd zbiorczym transportem odpady są transportowane do instalacji komunalnej w celu ich zagospodarowania. Jest to więc nie tylko oszczędność ekonomiczna (mniejsze odległości od miejsc odbioru pozwalają na bardziej efektywne zaplanowanie tras, co generuje oszczędności oraz pozwala zapewnić mieszkańcom większą częstotliwość odbioru odpadów z nieruchomości), ale i korzyść środowiskowa, ponieważ w efekcie emitowane jest mniej spalin z pojazdów odbierających odpady.

Powyższe wnioski są istotne w kontekście pozacenowego kryterium oceny ofert, który Zamawiający wprowadził do tego zamówienia z wagą aż 45%. O ile bowiem w przypadku formułowania warunków udziału w postępowaniu zamawiający określa je w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, o tyle dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający powinien kierować się przede wszystkim stosunkiem jakości do ceny lub kosztu (art. 239 ust. 2 p.z.p.). Jednocześnie, na podstawie art. 240 ust. 2 p.z.p., kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Odpowiednie sformułowanie kryteriów oceny ofert jest również emanacją w postępowaniu zasady efektywności.

Zamawiający powinien w ramach kryterium „Koszty eksploatacyjne zamówienia” uwzględniać również odpowiednie zaplecze infrastrukturalne, przewidziane ustawą o odpadach. Brak uwzględnienia w ramach pozacenowego kryterium oceny ofert możliwości skorzystania ze stacji przeładunkowej istotnie ogranicza konkurencję, ponieważ - biorąc pod uwagę wagę kryterium pozacenowego - de facto pozbawia szans na uzyskanie zamówienia instalacje znajdujące się w nieco dalszej odległości od gmin wchodzących w skład ZGDO.

ZARZUTY NR 3-6 NIEPRECYZYJNY OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA

W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia jest sporządzony w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący, nieuwzględniający wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie ofert w tym postępowaniu. Skutkuje to utrudnieniem zachowania uczciwej konkurencji, ponieważ na podstawie tak przygotowanego opisu przedmiotu zamówienia, wykonawcy mogą złożyć nieporównywalne oferty.

Zamawiający konsekwentnie nie wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia z jakich nieruchomości będą odbierane odpady podlegające następnie zagospodarowaniu, lecz posługuje się sformułowaniem „nieruchomości objęte gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi”. O tym, jakie nieruchomości wchodzi w skład gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi decyduje Zamawiający, podejmując stosowne uchwały. Nie precyzując tego w ogłoszeniu o zamówieniu i dokumentach zamówienia, pozostawia sobie nieograniczoną niczym swobodę zmniejszania lub zwiększania zakresu zamówienia bez jakiegokolwiek konsultacji z wykonawcą.

Zgodnie z art. 6c ust. 1 i 2 uc.p.g. gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują

mieszkańcy. Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, Chodzi tu więc o tzw. nieruchomości niezamieszkałe, które mogą być włączone do systemu gminnego przez podjęcie stosownej uchwały.

Zgodnie z pkt. II.6 SWZ zamówienie będzie realizowane przez okres 36 miesięcy (od 1.01.2022 r. do 31.12.2024 r.). W tym okresie Zamawiający może więc w dowolny sposób - sięgając choćby po narzędzie określone w art. 6d ust. 2 u.c.p.g. - kształtować jakie nieruchomości wchodzi w skład gminnego systemu gospodarowania odpadami. W ten sposób Zamawiający będzie mógł wpływać na zakres tego zamówienia (ilość i struktura odpadów, które wykonawca ma zagospodarować), włączając do systemu kolejne nieruchomości lub je wyłączając. Takie działania wpływa również na możliwość osiągnięcia przez wykonawcę poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia oraz ograniczenie masy odpadów biodegradowalnych przekazywanych do składowania (w tym zakresie Zamawiający przerzuca swój obowiązek na wykonawcę). Od struktury nieruchomości wchodzących w skład gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi (nieruchomości zamieszkałe i niezamieszkałe) zależy bowiem możliwość osiągnięcia tych poziomów. Odwołujący zauważył, że w tym kontekście warto porównać plany postępowań o udzielenie zamówień publicznych w roku 2021, zamieszczonych w BIP przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego kluczowym elementem specyfikacji jest jasne wskazanie czy odpady komunalne objęte zamówieniem będą pochodzić wyłącznie z nieruchomości zamieszkałych, czy też także z nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne. Brak jednoznacznego wskazania rodzaju nieruchomości, z których pochodzić będą odpady wskazuje, że Zamawiający nie podjął decyzji bądź zamierza modyfikować zakres zamówienia w trakcie realizacji umowy, co w ocenie Odwołującej jest nieuprawnione.

Zdaniem Odwołującego pozostałe postanowienia ogłoszenia o zamówieniu i dokumentów zamówienia wskazują na wadliwe opisanie przedmiotu zamówienia.

I tak, w pkt II.1.7 SWZ, Zamawiający zastrzega sobie prawo odbioru innych niż wymienione w pkt II.1.4. SWZ odpadów zebranych selektywnie, przy czym rozliczenie nastąpi w oparciu o aktualny cennik wykonawcy za dany kod odpadów.

Z kolei w pkt I.11 OPZ (załącznik nr 1 do SWZ): Zamawiający zastrzega sobie prawo do przeprowadzenia w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia, w ramach organizowanych kampanii edukacyjnych/ zbiórek surowców wtórnych, których zagospodarowanie odpadów może zostać zlecone innym podmiotom niż Wykonawca. W związku z powyższym

Wykonawcy nie będą z tego tytułu służyły żadne roszczenia. To postanowienie pozwala Zamawiającemu wyłączyć z zakresu zamówienia dowolne ilości odpadów, pod pretekstem prowadzenia akcji edukacyjnych.

Podobnie jak i pkt I.12 OPZ, w którym Zamawiający zastrzega sobie prawo do prowadzenia lub powierzenia prowadzenia Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, z których zagospodarowanie odpadów może zostać zlecone innemu podmiotowi niż Wykonawca. W związku z powyższym Wykonawcy nie będą z tego tytułu służyły żadne roszczenia. Obecnie z treści dokumentacji nie wynika, czy odpady dostarczane do PSZOK przez mieszkańców gmina należących do ZGDO są objęte zamówieniem.

Naruszenie przepisów ustawy Pzp stanowi także treść pkt I.13 OPZ, zgodnie z którym Zamawiający zastrzega sobie prawo do funkcjonowania ogólnodostępnych punktów zbierania odpadów komunalnych wskazanych w uchwale w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, w szczególności w celu gromadzenia zużytych opon, odpadów wielkogabarytowych oraz zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, z których zagospodarowanie odpadów może zostać zlecone innemu podmiotowi niż Wykonawca. W związku z powyższym Wykonawcy nie będą z tego tytułu służyły żadne roszczenia.

Powyższe postanowienia dają Zamawiającemu niemal nieograniczone możliwości „wyciągnięcia” z zakresu tego zamówienia ilości odpadów „na zewnątrz”, co negatywnie wpływa na jednoznaczność opisu przedmiotu zamówienia i możliwość skalkulowania oferty. Zamawiający w pkt. II.1.6 SWZ potwierdza, że *„ilość wytworzonych i odebranych odpadów z terenu gmin położonych na terenie Związku Gmin Dolnej Odry z siedzibą w Chojnie nie jest zależna od Zamawiającego, ilości odpadów określone w ust. 4 należy traktować jako orientacyjne, ponieważ mogą one ulec zmianie stosownie do rzeczywistych potrzeb Zamawiającego bez prawa Wykonawcy do roszczeń odszkodowawczych z tego tytułu. Zamawiający szacuje, że wahania nie powinny przekroczyć 20% w odniesieniu do łącznej szacunkowej ilości wskazanej w ust. 4”*. Powyższe postanowienie de facto wyłącza odpowiedzialność Zamawiającego za opis przedmiotu zamówienia i jego wahania, w całości przerzucając odpowiedzialność w tym zakresie na wykonawcę. Przedmiot zamówienia jest więc nieokreślony, ponieważ wiele postanowień SWZ rozmywa rzeczywisty zakres przedmiotu zamówienia, zarówno co do ilości odpadów do zagospodarowania, jak i ich rodzaju (identyfikowanych kodem odpadu). Takimi postanowieniami Zamawiający otwiera

sobie możliwość dowolnej modyfikacji zakresu przedmiotu zamówienia w toku realizacji umowy, co jest niedopuszczalne i sprzeczne z przepisami prawa.

Wykonawcy działają w oparciu o decyzje/zezwoleńia, które określają maksymalne ilości odpadów, jakie mogą zostać przetworzone w instalacji lub zebrane w stacji przeładunkowej. Przypisywanie sobie jednostronnych uprawnień w zakresie modyfikacji zakresu zamówienia (jak czyni to Zamawiający), już na etapie realizacji umowy uniemożliwia wykonawcom efektywne rozplanowanie mocy przerobowych instalacji lub stacji przeładunkowych, a nawet należyte wykonanie przedmiotu zamówienia przy zachowaniu limitów określonych w decyzjach/zezwoleńiach. Może się bowiem okazać, że wykonawca kontraktując ilości odpadów do zagospodarowania w danym roku, przyjmując dane liczbowe z dokumentacji przetargowej a nawet uwzględniając sugerowane przez Zamawiającego odchylenia, niepoprawnie oszacuje swoje zdolności czy doprowadzi albo do przekroczenia wynikających z decyzji limitów albo przeciwnie — nie wykorzysta posiadanego potencjału. Zdaniem Odwołującego, takie ukształtowanie postanowień OPZ uniemożliwia wykonawcom realną ocenę czy będą w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, biorąc pod uwagę umowy, jakie posiadają z innym podmiotami na świadczenie analogicznych usług. W efekcie taka sytuacja może wpływać na ograniczenie konkurencji, gdyż w postępowaniu nie wezmą udziału wykonawcy, którzy byliby w stanie zrealizować przedmiot zamówienia, jednak odstąpią od złożenia oferty z uwagi na brak możliwości oszacowania zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia.

Bez znaczenia -- z punktu widzenia wytycznych zawartych w art. 99 ustawy Pzp oraz możliwości szacowania ceny oferty przez wykonawcę — są podawane przez Zamawiającego dane, które z założenia mają precyzować przedmiot zamówienia (dane nt. liczby mieszkańców poszczególnych gmin - pkt II.1.9 SWZ). W istocie stanowią one jedynie formalne wypełnienie przepisów ustawy Pzp i mają posłużyć za uzasadnienie, że przedmiot zamówienia został opisany w prawidłowy sposób.

Przywołane przez Odwołującego postanowienia nie są jednoznaczne i wyczerpujące, ponieważ nie tyle dopuszczają aż 20% wahania ilości odpadów przewidzianych do zagospodarowania (z 1/5 ich szacowanej ilości), co wręcz stanowią, że wahnięcie „nie powinno przekroczyć”. Językowe rozumienie tego postanowienia każe więc założyć, że nawet jeśli ta wartość zostanie przekroczona, to z perspektywy Zamawiającego wykonawca po prostu powinien dodatkową lub mniejszą ilość odpadów zagospodarować. Zamawiający w ogóle nie bierze tu pod uwagę innych zobowiązań wykonawcy, dla którego ilość zagospodarowywanych odpadów jest informacją absolutnie kluczową przy ubieganiu się o udzielenie zamówienia. Nieprecyzyjne opisanie przedmiotu zamówienia nie pozwala

wykonawcy planować przyjmowanych transportów, przestojów w pracy instalacji, czy maksymalnego wykorzystania mocy przerobowych.

Przewidziana przez Zamawiającego możliwość wyłączenia z zakresu przedmiotowego zamówienia nieograniczonego strumienia odpadów selektywnie zbieranych nie pozwala także określić własnych możliwości w zakresie osiągnięcia wymaganych poziomów odzysku i recyklingu. W skrajnym przypadku Zamawiający może zdecydować, że 100% odpadów selektywnie zbieranych zostanie, w ramach prowadzonych akcji edukacyjnych, przekazana do zagospodarowania podmiotowi trzeciemu. Tym samym wykonawca będzie zobowiązany do osiągnięcia poziomów odzysku, recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji materiałowych z odpadów zmieszanych (zmieszane odpady komunalne o kodzie 20 03 01), co jest fizycznie niemożliwe i nieosiągalne. Wykonawca nie posiadając dostępu do odpadów segregowanych „u źródła” nie ma możliwości realizacji obowiązków w zakresie poziomów recyklingu.

Postanowienia te stanowią wyłączenia przedmiotowe, które nie rodzą po stronie wykonawców jakichkolwiek zobowiązań umownych. W istotny sposób wpływają one jednak na możliwość i sposób realizacji umowy, oddziałując na zakres realizowanego zamówienia. Przedmiot zamówienia obejmuje bowiem zagospodarowanie odpadów, a jednym z obowiązków wykonawcy, które Zamawiający na niego przerzuca, jest konieczność osiągnięcia określonych poziomów recyklingu i ponownego użycia oraz ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Od ilości przekazanych wykonawcy odpadów do zagospodarowania zależy potencjalny zysk wykonawcy w ramach tego zamówienia oraz możliwość zaproponowania konkurencyjnych warunków świadczenia usług. Jest to więc istotny element cenotwórczy, od którego bezpośrednio zależy cena oferty.

Poza tym, nie bez znaczenia jest to z jakich nieruchomości pochodzą odpady - faktem notoryjnym jest wyższa jakość odpadów surowcowych, pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych. Zagospodarowanie odpadów pochodzących z tych nieruchomości wpływa na polepszenie sytuacji wykonawcy, pod kątem obliczania poziomów, a wiedza o tym z jakiego rodzaju nieruchomości będą pochodziły odpady objęte zamówieniem ma wpływ zarówno na kalkulację ceny, jak i sposób realizacji usługi.

Na podstawie dokumentów zamówienia wykonawca nie jest więc w stanie oszacować jaką ilość odpadów przyjdzie mu zagospodarować w czasie realizacji umowy, ponieważ nie ma pewności czy Zamawiający nie zmodyfikuje jej zakresu. Wykonawca nie jest w stanie przewidzieć jak zachowa się Zamawiający w trzyletnim okresie, na który zawierana jest umowa. Uzależnienie zakresu zamówienia od uchwał podejmowanych przez Zamawiającego, które mogą ulec zmianie w trakcie obowiązywania umowy zawartej na

podstawie prowadzonego postępowania stanowi dla wykonawcy istotne ryzyko. Zmiana uchwał regulujących sposób gospodarowania odpadami na terenie ZGDO może mieć zasadniczy wpływ na zakres i sposób realizacji usługi, a zatem zmianie ulegnie przedmiot zamówienia. W tym stanie faktycznym trudno by wykonawca był w stanie poczynić założenia na cały okres zamówienia.

Dla Odwołującego oczywistym jest, że Zamawiający nie jest w stanie w trzyletnim okresie realizacji umowy skrupulatnie oszacować ilości odpadów, które zostaną przekazane wykonawcy do zagospodarowania. Zaprzeczeniem idei wynikającej z przepisów ustawy Pzp regulujących kwestie opisu przedmiotu zamówienia, jest jednak obarczenie wykonawcy w całości ryzykiem z tym związanym. Projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać możliwości ograniczenia zakresu zamówienia przez zamawiającego bez wskazania minimalnej wartości lub wielkości świadczenia stron. Zgodnie z § 1 ust. 4 PPU, integralną część umowy stanowią opis przedmiotu zamówienia oraz formularz oferty. Zaproponowane przez Zamawiającego podejście do realizacji umowy przeczy wyrażonemu w art. 431 ustawy Pzp obowiązkowi współdziałania stron umowy oraz narusza art. 353(1) k.c., który dopuszcza swobodę stron umowy w kształtowaniu stosunku umownego, ale pod warunkiem, że jego treść lub cel nie sprzeciwia się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Postanowienia ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia nie przewidują żadnych automatyzmów zmiany umowy, które zagwarantowałyby wykonawcy choćby minimalne ilości odpadów do zagospodarowania czy pozwoliły na zmianę jego wynagrodzenia. Zamawiający dał sobie jedynie prawo do udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przypadku zamówienia polegającego na powtórzeniu podobnych usług polegających na zagospodarowaniu odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami komunalnymi na terenie ZGDO z terenu gmin należących do ZGDO oraz przystępujących do ZGDO w trakcie trwania umowy, do 20% wartości szacunkowej zamówienia - jest to więc zabezpieczenie na wypadek przyjęcia nowych gmin do ZGDO, a nie uznaniowej modyfikacji zakresu zamówienia przez Zamawiającego w toku jego realizacji.

Przepis 99 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Jest to jeden z podstawowych obowiązków zamawiającego jako gospodarza postępowania. Zamawiający do opisu przedmiotu zamówienia wprowadza szereg postanowień, które odpowiedzialność w tym zakresie rozmywiają i faktycznie przenoszą ją na wykonawcę. Jak stanowi art. 5 k.c., nie można czynić ze swego prawa użytku, który by był sprzeczny ze

społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tego prawa lub z zasadami współżycia społecznego. Takie działanie lub zaniechanie uprawnionego nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony.

ZARZUT NR 7: ODPOWIEDZIALNOŚĆ WYKONAWCY ZA OSIĄGNIĘCIE POZIOMÓW OD CAŁOŚCI STRUMIENIA ODPADÓW

Wskazywane uchybienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, rzutują również na pozostałe obowiązki wykonawcy, wynikające z dokumentów zamówienia. Zamawiający przerzuca na wykonawców obowiązek osiągnięcia poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów poddanych zagospodarowaniu w ramach realizacji umowy zawartej z wykonawcą, któremu udzielone zostanie to zamówienie. Świadczą o tym postanowienia pkt II.1.14 i 15 SWZ, wedle których:

— pkt II.1.14: *„Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na terenie gmin wchodzących w skład ZGDO poziomu recyklingu i przygotowania do ponownego użycia frakcji odpadów komunalnych składających się z papieru, metali, tworzyw sztucznych i szkła, określonego w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996r, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2021 r. poz. 888 ze zm.) z zastrzeżeniem, że poziom będzie obliczony na podstawie określonego wzoru, o którym mowa w ww. ustawie”,*

— pkt II.1.15 SWZ: *„Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na terenie gmin wchodzących w skład ZGDO recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne, określonego w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2021 r. poz. 888 ze zm.), z zastrzeżeniem, że poziom będzie obliczony na podstawie określonego wzoru, o którym mowa w ww. ustawie”.*

Zamawiający w sposób bardzo enigmatyczny odnosi się do sposobu obliczania poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku. Istotę obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych, wyznaczają przepisy oraz wydane na podstawie tych przepisów akty wykonawcze (w fazie prac legislacyjnych). Zgodnie bowiem z art. 3b ust. 1 u.c.p.g., gminy są obowiązane osiągnąć poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej:

- 2) 25% wagowo - za rok 2022;
- 3) 35% wagowo za rok 2023;
- 4) 45% wagowo - za rok 2024.

Współczynnik ten stopniowo rośnie, aby ostatecznie w roku 2035 i w każdym kolejnym roku wyniósł 65% wagowo.

Jak stanowi art. 3b ust. 1a u.c.p.g. poziom przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych oblicza się jako stosunek masy odpadów komunalnych przygotowanych do ponownego użycia i poddanych recyklingowi do masy wytworzonych odpadów komunalnych.

Jak z kolei stanowi art. 3b ust. 1b u.c.p.g., przy obliczaniu poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych nie uwzględnia się innych niż niebezpieczne odpadów budowlanych i rozbiórkowych stanowiących odpady komunalne.

Nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, który pozwala Zamawiającemu w sposób niemal dowolny modyfikować jego zakres, może wpłynąć na osiągnięcie przez wykonawcę wymaganych umową poziomów. Jeżeli Zamawiający będzie kierował do zagospodarowania na instalacji odpady o niskiej jakości selektywnej zbiórki (resztę wyłączając do zagospodarowania na rzecz innych podmiotów), wykonawca nie będzie mógł osiągnąć wymaganych poziomów lub będzie musiał to zrobić wyższym kosztem. Warto tu przypomnieć, że zgodnie z planowaną przez Zamawiającego formułą gospodarowania odpadami na terenie ZGDO, wkład w osiągnięcie poziomów wymaganych przepisami prawa będzie miał Zamawiający (jako gospodarz całego systemu), odbierający odpady (od którego w dużej mierze zależy jakość selektywnej zbiórki) oraz wykonawca (zagospodarowujący odpady), który nie ma wpływu na to jaki odpad zostanie mu dostarczony.

Dlatego istotne znaczenie ma też struktura nieruchomości wchodzących w skład gminnego systemu gospodarowania odpadami komunalnymi (tj. czy obejmuje tylko nieruchomości zamieszkałe, czy również niezamieszkałe) — faktem notoryjnym jest wyższa jakość odpadów z selektywnej zbiórki prowadzonej na nieruchomościach niezamieszkałych. Zagospodarowanie takich odpadów znacząco wpływa na możliwość uzyskiwania wymaganych poziomów, to jednak zależy od Zamawiającego w jaki sposób ukształtuje system gospodarowania odpadami na swoim terenie. Odwołujący nie domaga się aby przedmiotowym zamówieniem objęte zostały nieruchomości niezamieszkałe, mając pełną świadomość, że jest to kwestia pozostająca w wyłącznej kompetencji Zamawiającego. Chodzi wyłącznie o zwrócenie uwagi, że brak jednoznacznego wskazania przez Zamawiającego rodzaju nieruchomości, z których odpady przeznaczone do zagospodarowania będą pochodzić stanowi istotny brak w zakresie opisu przedmiotu zamówienia, który utrudnia sformułowanie rzetelnej oferty.

Ponadto, Zamawiający nakłada wymóg uzyskania poziomów recyklingu i ponownego użycia na podstawie wzoru określonego w ustawie, mimo że wymaga on podania łącznej ilości odpadów komunalnych wytworzonych w danym roku kalendarzowym w danej gminie,

a nie tylko odpadów pochodzących z nieruchomości objętych gminnym systemem. Jest to więc wymóg nadmierny i nieproporcjonalny. Wykonawca powinien odpowiadać wyłącznie za zakres, który pozostaje w jego zakresie odpowiedzialności.

Zamawiający narusza w ten sposób przepisy ustawy Pzp, w szczególności art. 431 w zw. z art. 433 pkt 3 Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 Pzp, poprzez wprowadzenie do wzoru umowy postanowień, które stoją wbrew obowiązkowi współdziałania przy wykonaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w celu należytej realizacji zamówienia, narzucając wykonawcy odpowiedzialność za obliczenie poziomów recyklingu i ponownego użycia w zakresie, w jakim wykonawca nie odpowiada. Wykonawca będzie zagospodarowywał tylko część strumienia odpadów pochodzących z terenu ZGDO, a nie całość, W związku z tym jest to działanie nieproporcjonalne, Zamawiający obarcza w ten sposób wykonawcę odpowiedzialnością za nie swoje działania lub zaniechania.

ZARZUT NR 8: NAŁOŻENIE NA WYKONAWCĘ KONIECZNOŚCI OSIĄGNIĘCIA W ODNIESIENIU DO MASY ODEBRANYCH PRZEZ SIEBIE ODPADÓW KOMUNALNYCH, POZIOMU OGRANICZENIA MASY ODPADÓW KOMUNALNYCH ULEGAJĄCYCH BIODEGRADACJI

W pkt II.1.16 SWZ Zamawiający wskazał, że *„Wykonawca zobowiązany jest do osiągnięcia na terenie gmin wchodzących w skład ZGDO w odniesieniu do masy odebranych przez siebie odpadów komunalnych, poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, określonych w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U z 2021 r. poz. 888 ze zm.), z zastrzeżeniem, że poziom będzie obliczony na podstawie określonego wzoru, o którym mowa w ww. ustawie”* (analogiczne postanowienie zawiera § 5 ust. 15 PPU).

Odwołujący przypomniał, że przedmiot zamówienia nie obejmuje odbierania odpadów, ale ich zagospodarowanie. Zgodnie z ogólną regułą z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Częściowo ta reguła znajduje potwierdzenie w art. 433 pkt 3 ustawy Pzp, który stanowi, że projektowane postanowienia umowy nie mogą przewidywać odpowiedzialności wykonawcy za okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi zamawiający.

Jako że wykonawca nie jest odbierającym odpady, nie powinien ponosić odpowiedzialności za osiągnięcie poziomów z tytułu odbierania odpadów. Jest to również zdaniem Odwołującego zgodne z regułą wyrażoną w art. 353(1) k.c. oraz zasadą

proporcjonalności z art. 16 pkt 3 ustawy Pzp. Z tego względu wadliwe postanowienia należy wykreślić.

ZARZUT NR 9: Odstąpienie od umowy przez Zamawiającego

Zgodnie z § 10 ust. 2 PPU Zamawiającemu przysługuje prawo do natychmiastowego odstąpienia także w przypadku:

- 2) nie rozpoczęcia przez Wykonawcę odbioru odpadów komunalnych przez okres dłuższy niż 5 dni od dnia rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia, wyznaczonego w niniejszej umowie;
- 3) przerwania wykonywania przedmiotu umowy na okres dłuższy niż 2 dni.

Te postanowienia umowne w żaden sposób nie ograniczają prawa odstąpienia od umowy przez Zamawiającego w przypadku wystąpienia okoliczności, za które wyłączną odpowiedzialność ponosi Zamawiający (art. 433 pkt 3 p.z.p.). Tymczasem Zamawiający nie może odstąpić od umowy, jeżeli to on ponosi wyłączną odpowiedzialność za te okoliczności. Niezależnie od powyższego, zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Zamawiający nie może więc zastrzec podstaw do odstąpienia od umowy na okoliczność, w której odstąpienie jest skutkiem okoliczności, za które wykonawca nie ponosi odpowiedzialności. Stanowi to nieuzasadnione przerzucenie odpowiedzialności na wykonawcę.

Co więcej, § 10 ust. 2 pkt 2 PPU przewiduje, że Zamawiającemu przysługuje prawo natychmiastowego odstąpienia od umowy w przypadku nie rozpoczęcia przez Wykonawcę odbioru odpadów komunalnych przez okres dłuższy niż 5 dni od dnia rozpoczęcia wykonywania przedmiotu zamówienia, wyznaczonego w niniejszej umowie. Tego typu sformułowanie umożliwia odstąpienie od umowy również w przypadku opóźnienia, co przekłada się również na potencjalną odpowiedzialność wykonawcy. Trudno tu wskazać, aby taka konstrukcja tego postanowienia była uzasadniona okolicznościami lub zakresem zamówienia. Dlatego to postanowienie jest dodatkowo wprost niezgodne z art. 433 pkt 1 ustawy Pzp. W szczególności budzi ono jednak wątpliwości z uwagi na fakt, że przewiduje odpowiedzialność wykonawcy za odbiór odpadów, mimo że przedmiot tego zamówienia dotyczy zagospodarowania. Zdaniem Odwołującego postanowienie to należy wykreślić jako niezgodne z art. 433 pkt 3 ustawy Pzp i 471 k.c. oraz art. 16 pkt 3 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, że wykonawca wnoszący odwołanie nie wykazał możliwości poniesienia szkody i interesu w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Na etapie dokonywania przez Zamawiającego w SWZ opisu przedmiotu zamówienia, czy też formułowania obowiązków umownych, ukształtowanie treści tych dokumentów w taki sposób, który narusza uczciwą konkurencję, uniemożliwia lub utrudnia wykonawcy złożenie oferty i uzyskanie zamówienia, godzi w interes wykonawcy w uzyskaniu danego zamówienia. Ponadto taki opis prowadzi do powstania szkody po stronie tego wykonawcy w postaci utraty korzyści, z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

Do postępowania odwoławczego, po stronie Odwołującego zgłoszenie przystąpienia złożył Wykonawca REMONDIS Szczecin Sp. z o.o. z siedzibą w Szczecinie.

Zgłaszający przystąpienie wskazał, iż podniesione przez Odwołującego zarzuty wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz dokumentów zamówienia, tj. niejednoznaczny i niewyczerpujący opis przedmiotu zamówienia, wadliwe opisanie pozacenowych kryteriów oceny ofert oraz niezgodność projektowanych postanowień umowy z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy są słuszne, zaś aktualnie łączna treść dokumentów zamówienia znacząco utrudnia udział w postępowaniu, złożenie oferty oraz uzyskanie zamówienia na warunkach rynkowych

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia i dopuściła wykonawcę jako Przystępującego po stronie Odwołującego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił zarzuty oznaczone w odwołaniu numerami od 2 do 9 i wnosił o oddalenie odwołania w zakresie zarzutu nr 1.

Wobec uwzględnienia części zarzutów odwołania (oznaczonych jako od 2 do 9) Izba umorzyła postępowanie odwoławcze, czego odzwierciedleniem jest postanowienie wyrażone w punkcie 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

Izba ustaliła, że rozpoznaniu merytorycznemu podlegał zarzut nr 1 odwołania, a w jego zakresie istotne dla rozstrzygnięcia sporu postanowienia SWZ, opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu i nie wymagały dodatkowych ustaleń.

Biorąc pod uwagę treść odwołania, odpowiedzi na odwołanie, dodatkowych stanowisk pisemnych i ustnych, skład orzekający uważa, że odwołanie w zakresie podlegającym rozpoznaniu nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba podziela stanowisko wyrażone w odpowiedzi na odwołanie przez Zamawiającego o niezasadności twierdzeń odwołania odnośnie do zarzutu nr 1. Niewątpliwie z art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ustawodawca przewidział, że możliwe jest przeprowadzenie postępowania na odbiór odpadów komunalnych albo na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Nie oznacza to jednak, że nie jest możliwe przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przy zastosowaniu trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie Pzp na zagospodarowanie odpadów komunalnych.

Jak słusznie zauważył Zamawiający, co potwierdza również stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w uchwale z dnia 9 listopada 2018 roku (sygn. KIO/KD/41/18) „(...) zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych – jest jednostką sektora finansów publicznych, a zatem podmiotem zobowiązanym do stosowania przepisów ustawy Pzp, o czym stanowi art. 3 ust. 1 pkt 1 tej ustawy. Oznacza to, że wszelkie zawierane przez gminę odpłatne umowy, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane, podlegają przepisom ustawy Pzp, o ile nie zostały wyraźnie wyłączone spod tego reżimu. Zawarta przez Zamawiającego umowa na zagospodarowanie odpadów komunalnych bez wątplenia jest zamówieniem publicznym w świetle definicji określonej w art. 2 pkt 13 ustawy Pzp. Brak jest jednocześnie przepisu ustawowego, który stanowiłby,

że do tego rodzaju zamówień nie stosuje się przepisów ustawy Pzp. Tym samym nie sposób twierdzić, że wobec brzmienia art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Zamawiający był uprawniony do zawarcia umowy na zagospodarowanie odpadów z pominięciem przepisów ustawy Pzp, obowiązek ich stosowania wynikał bowiem wprost z tej ustawy.”

Przepis art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie może być interpretowany w sposób zawężający, że możliwe jest prowadzenie postępowań tylko na odbiór albo tylko na odbiór i zagospodarowanie jako jedyne dwa modele działania zamawiających, natomiast pozostałe usługi (np. samo zagospodarowanie) wyłączone zostały spod reżimu ustawy Pzp. To nie ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach decyduje o zakresie przedmiotowym i podmiotowym stosowania ustawy Pzp. Ustawa Pzp zawiera samodzielny katalog określający jakie podmioty i w jakiej sytuacji zobowiązane są do jej stosowania. Jeżeli spełnione są przesłanki podmiotowe, a jak wiadomo Zamawiający jest jednostką sektora finansów publicznych, i przesłanki przedmiotowe – czyli mamy do czynienia ze świadczeniem wypełniającym definicję usługi według ustawy Pzp i przekroczony został próg finansowy do stosowania regulacji, to obowiązkiem danego podmiotu jest zastosować regulacje ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Izby ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazuje dwa podstawowe modele, natomiast w kwestiach innych, stosuje się przepisy rangi podstawowej dla jednostek z sektora finansów publicznych, czyli ustawę Pzp. Art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie należy traktować jako przepisu wyłączającego możliwość stosowania reguł ogólnych ustawy Pzp w odniesieniu do innych usług niż odbiór bądź też odbiór i zagospodarowanie. W świetle przepisów ustawy Pzp nie ma wątpliwości co do istnienia obowiązku jej stosowania do zawieranych przez jednostkę sektora finansów publicznych odpłatnych umów na dostawę, usługi lub roboty budowlane. Jak już wspomniano w uzasadnieniu zagospodarowanie odpadów jest usługą, tym samym więc, jeżeli spełnione zostały pozostałe przesłanki opisane w ustawie Pzp, to obowiązkiem Zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na wybór wykonawcy, który taką usługę na rzecz Zamawiającego będzie wykonywał. Na dodatek w ocenie Izby Zamawiający w pierwszej kolejności jest zobowiązany dokonać analizy, czy dane postępowanie należy przeprowadzić przy wyborze trybów podstawowych, o charakterze konkurencyjnym, dopiero w następnym kroku możliwa jest analiza zasadności wyboru trybów innych niż podstawowe.

Sposób interpretacji zapisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach prezentowany przez Izbę, w szczególności co do wykładni art. 6d ustawy, potwierdza

również stanowisko przedstawione w toku prac legislacyjnych przez Zarząd Związku Gmin Wiejskich Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Opinia Zarządu Związku Gmin Wiejskich Rzeczypospolitej Polskiej w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw – wersja z 9 stycznia 2019 r.: http://www.zgwrp.pl/attachments/article/1436/2019_01_21__Opinia%20dot.%20ucpg_po%20zmianach%20z%20dnia%209%20stycznia%202019%20r.pdf). W opinii tej czytamy, iż: *„za niewłaściwe uważamy podtrzymywanie stanowiska projektodawcy dot. obowiązków organów wykonawczych JST ws. udzielania zamówienia oraz organizowania przetargów na rozdzielne odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości oraz odrębnych przetargów na zagospodarowanie odpadów komunalnych. Takie regulacje ustawowe wydają się nuć zupełnie niezrozumiałymi. Dotychczas gminy z powodzeniem, w zależności od lokalnych uwarunkowań, same decydowały o tym czy przeprowadzą odrębne przetargi na odbiór i na zagospodarowanie odpadów, czy też przeprowadzą jedno łączne postępowanie na kompleksową usługę odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych”*. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego nie jest powszechne przekonanie, że nie jest możliwe organizowanie „przetargów” na samo zagospodarowanie odpadów komunalnych. To stanowisko wyraża także doktryna zamówień publicznych – vide – *„Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach”* Agnieszka Jezierska-Markocka, Michał Markocki wyd. 2 z 2019 r. - *„Należy zauważyć, że zagospodarowanie odpadów komunalnych może odbywać się we własnych instalacjach gminnych, w instalacjach będących przedmiotem partnerstwa publiczno-prywatnego lub może zostać powierzone w drodze zamówienia publicznego.”*

Jak słusznie zauważył na rozprawie Zamawiający takie postępowania nie są rzadkością (np. postępowanie Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania w m.st. Warszawie Sp. z o.o.), a sam Odwołujący z powodzeniem w takich postępowaniach składa oferty. Niewątpliwie bardziej dochodowe z punktu widzenia podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą w danej gałęzi gospodarki jest uzyskanie zamówienia na wykonywanie usługi o kompleksowym charakterze, tym niemniej o konieczności zastosowania przepisów danej regulacji prawnej zamawiający z sektora finansów publicznych kierować muszą się regułą, że wydatki publiczne powinny być dokonywane w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów oraz w sposób umożliwiający terminową realizację zadań a przy ich dokonywaniu stosuje się zasady określone w przepisach o zamówieniach publicznych.

Izba podziela także stanowisko Zamawiającego, że w zakresie zarzutu nr 1 o blankietowości żądań sformułowanych w odwołaniu. Dostrzeżenia wymaga, iż Odwołujący w katalogu żądań ujętych w odwołaniu, nie wskazał w jaki sposób Zamawiający miałby dokonać zmian opisu przedmiotu zamówienia i wzoru umowy. Nie określono minimalnego zakresu wymaganych informacji, które zdaniem Odwołującego uczyniłyby opis przedmiotu zamówienia wyczerpującym. Odwołujący wskazał enigmatycznie, że konieczne wydaje się uwzględnienie w zakresie zamówienia także odbierania odpadów. Nie można nie zauważyć i nie zgodzić się z Zamawiającym, że taka zmiana oznacza przyjęcie całkowicie odmiennej koncepcji, odmiennego zakresu informacji niezbędnych do przekazania wykonawcom i innych uregulowań przyszłej umowy. Odwołujący nie przedstawił w zakresie żądań sposobu wprowadzenia zmian do dokumentów postępowania, nie podano jakiegokolwiek propozycji tych zapisów. W ocenie składu orzekającego Izby, a także ugruntowanego stanowiska doktryny i orzecznictwa, to Odwołujący, formułując swoje żądania, wskazuje, jakie rozstrzygnięcie czyni zadość jego interesom. Żądania odwołania są bowiem pewną reasumpcją podniesionych zarzutów, postulatami kierowanymi do podmiotu uprawnionego do rozstrzygnięcia w przedmiocie odwołania, ukształtowania kwestionowanych czynności lub zaniechań w sposób czyniący zadość interesowi Odwołującego w kontekście postawionych zarzutów. Niestaranne lub nieprecyzyjne sformułowanie zarzutu oraz jego uzasadnienia, a także postawienie żądania w formie blankietowej przez Odwołującego czyni niemożliwym ze strony Izby przychylenie się do zarzutów i żądań na dalszym etapie postępowania. Izba dokonuje kontroli czynności lub też zaniechań czynności zamawiającego, nie jest natomiast władna formułować konkretną treść zapisów w dokumentach postępowania. W sprawie, której przedmiotem jest brzmienie SWZ oraz postanowień umownych nie bez znaczenia pozostaje treść żądań Odwołującego w zakresie zmiany tych dokumentów - one to bowiem wyznaczają zakres dokonywanego w sprawie rozstrzygnięcia. W przypadku odwołania dotyczącego postanowień SWZ oraz treści umowy, ocena zarzutu podniesionego w ramach środka ochrony prawnej dokonywana jest z uwzględnieniem formułowanych żądań co do jego nowej treści. Żądania wyznaczają oczekiwany przez Odwołującego stan rzeczy. Stąd tak istotne są żądania stawiane w konkretnym postępowaniu odwoławczym - ich czytelne przedstawienie oraz wskazanie związku ze stawianymi zarzutami. To żądania bowiem wyznaczają zakres dokonywanej ewentualnie modyfikacji postanowień SWZ lub postanowień umownych. Jak już wskazano w niniejszym orzeczeniu, żądania Odwołującego miały charakter ogólnych oczekiwań, nie odwoływały się do propozycji konkretnych zapisów, co uniemożliwiało Izbie uwzględnienie przedmiotowych zarzutów.

Jedynie na marginesie odnieść należy się do twierdzeń Zamawiającego o braku kognicji Izby co do orzekania o interpretacji treści art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Podstawowym i głównym zarzutem kierowanym wobec Zamawiającego jest niedopełnienie obowiązków wynikających z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp, mianowicie sporządzenie niepełnego, niewyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia. Natomiast elementy niezbędne dla tego opisu determinuje właśnie treść art. 6d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. By zatem stwierdzić, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp, a opis przedmiotu zamówienia nie zawiera istotnych elementów, analizie należy poddać treść przepisu źródłowego. Stąd też twierdzenia Zamawiającego w ocenie składu orzekającego Izby nie zasługują na uwzględnienie.

Reasumując, z tych powodów zdaniem Izby zarzut odwołani nie zasługiwał na uwzględnienie. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy, samo zaś postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone przy uwzględnieniu zasad przejrzystości, równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....