

WYROK
z dnia 18 listopada 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **18 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 października 2013 r. przez **Odwołującego** – TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Gmina Sulechów, Plac Ratuszowy 6, 66-100 Sulechów.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz tytułem wpisu od odwołania, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** – TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz, na rzecz **Zamawiającego** - Gmina Sulechów, Plac Ratuszowy 6, 66-100 Sulechów, kwotę **728 zł 80 gr** (słownie: siedemset dwadzieścia osiem złotych osiemdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu.

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 Zielonej Górze.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Sulechów, Plac Ratuszowy 6, 66-100 Sulechów, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia a publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Odbiór, transport i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Sulechów”*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 19 października 2013 r. pod numerem 2013/S 204-353488. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 19 października 2013 r

Wykonawca - TEW Gospodarowanie Odpadami Sp. z o.o., ul. Szosa Bytomska 1, 67-100 Kielcz, zwany dalej „odwołującym” w dniu 29 listopada 2013 roku wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec treści ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

We wniesionym odwołaniu zarzucił zamawiającemu, że dokonał opisu przedmiotu zamówienia sposób niejednoznaczny, niewyczerpujący, nie uwzględniający wszystkich wymagań mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty i określenie wynagrodzenia, a tym samym utrudniający uczciwą konkurencję pomiędzy wykonawcami.

Jego zdaniem zamawiający zawarł nieprecyzyjne określenie w Rozdziale II SIWZ – Opis przedmiotu zamówienia (pkt 12 ppkt 1 OPZ) oraz w Rozdziale III SIWZ - Projekt umowy (§ 1 ust. 11 pkt 6 [1] projektu umowy) poprzez zawarcie postanowienia, że *„przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej lub zastępczej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla regionu wschodniego w Województwie Lubuskim, zgodnie z uchwałą nr XXX/281/12 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 września 2012 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla Województwa Lubuskiego na lata 2012 - 2017 z perspektywą do 2020, zmienionej uchwałą nr XXXI 11/351/12 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 19 grudnia 2012 r. zmieniającą uchwałę w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla Województwa Lubuskiego na lata 2012 - 2017 z perspektywą do 2020 (Dz. Urz. Woj. Lubuskiego poz. 2866)”, przy jednoczesnym zastrzeżeniu, iż „Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że aktualnie, stosownie do treści ww. aktów prawnych, odpady komunalne z terenu Gminy Sulechów winny być kierowane do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Zielonej Górze - miejscowość Racula”*

Ponadto dodał, że zamawiający dokonał takiego opisu wymagania nie zważając na fakt, iż, zgodnie z uchwałą nr XXX/281/12 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 września 2012 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla Województwa Lubuskiego na

lata 2012 -2017 z perspektywą do 2020, zmienioną uchwałą nr XXXIII/351/12 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 19 grudnia 2012 r. zmieniającą uchwałę w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla Województwa Lubuskiego na lata 2012 - 2017 z perspektywą do 2020 (Dz. Urz. Woj. Lubuskiego poz. 2866), w regionie wschodnim gospodarowania odpadami Województwa Lubuskiego działa aż pięć regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK).

Odwołujący ponadto dodał, że przez taki opis doszło do naruszenia przepisów art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1 i 2 ustawy, w tym również przepisów ustawy z dnia z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r. poz. 391 ze zm.). Nadto w wyniku naruszenia przepisów ustawy uszczerbku odwołujący został pozbawiony możliwości sporządzenia i złożenia oferty, a tym samym został narażony na znaczną szkodę związaną z utratą zysku z wykonania umowy.

Odnosząc się do dokonanego opisu wniósł o jego zmianę mającą w rzeczywistości polegać na tym, że z treści SIWZ zostanie usunięty wymóg mówiący o tym, że *„Wykonawca przyjmuje do wiadomości, że aktualnie, stosownie do treści ww. aktów prawnych, odpady komunalne z terenu Gminy Sulechów winny być kierowane do Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Zielonej Górze - miejscowość Racula”*

Zdaniem odwołującego powyższa treść postanowienia jest niejednoznaczna, gdyż trudno z niej jednoznacznie wywnioskować, czy zamawiający dopuszcza przekazywanie odpadów zmieszanych do wybranej przez wykonawcę instalacji regionalnej czy też zamawiający wskazuje konkretną RIPOK, do której miałyby trafiać zmieszane odpady komunalne z terenu Gminy Sulechów. Brak precyzji w opisie przedmiotu zamówienia nie tylko utrudnia prawidłowe przygotowanie oferty, ale przy założeniu, że wykonawca nie może przekazywać zmieszanych odpadów komunalnych do wybranej przez siebie instalacji regionalnej (RIPOK) skutkuje rażącym naruszeniem przywołanych na wstępie przepisów.

Biorąc to pod uwagę stwierdził, że w obecnym stanie prawnym brakuje podstaw do tego, aby gminy w SIWZ lub w umowie na świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych wskazywały konkretne instalacje unieszkodliwiające odpady.

Wskazał w tym zakresie, że ustawodawca dał organom wykonawczym gmin możliwość wyboru pomiędzy dwoma rodzajami przetargów: na odbieranie odpadów lub na ich odbieranie i zagospodarowanie. Wprost stanowi o tym art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Skoro ustawodawca zdecydował się na wyodrębnienie tych dwóch sposobów organizacji gospodarki odpadami w gminie, to w praktyce musi zachodzić różnica pomiędzy wskazanymi przez ustawodawcę rodzajami przetargów. Różnica ta sprowadza się do konieczności wskazania miejsca (instalacji), do której mają trafiać odpady odbierane od mieszkańców (przetarg na odbieranie odpadów) bądź braku możliwości wskazania miejsca (instalacji), do której mają trafiać odpady odbierane od mieszkańców

(przetarg na odbieranie i zagospodarowanie odpadów). W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów na przedsiębiorcy spoczywają dwa główne obowiązki: odebrania odpadów od mieszkańców oraz ich zagospodarowanie. Konsekwencją tego jest konieczność zawarcia przez wykonawcę umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych z podmiotami prowadzącymi właściwe instalacje, z zastrzeżeniem, iż w przypadku zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania (zwanymi również odpadami podlegającymi regionalizacji) wykonawca zobowiązany jest zawrzeć umowę z podmiotem prowadzącym instalację posiadającą status RIPOK. Natomiast w przypadku wyboru przez gminę przetargu jedynie na odbieranie odpadów komunalnych wykonawcę obciąża w szczególności obowiązek odebrania odpadów i ich transport w miejsce wskazane przez zamawiającego, natomiast to gmina decyduje o ich zagospodarowaniu, co wiąże się koniecznością zawarcia przez zamawiającego odrębnej umowy na zagospodarowanie odpadów z podmiotami prowadzącymi właściwe instalacje.

Natomiast w tym postępowaniu zamawiający ogłosił przetarg na odbiór, transport i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwienie) odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Sulechów, co determinuje pozostawienie wyboru instalacji, do której będą trafiać odpady do decyzji wykonawcy.

Stwierdził, że takie działanie zamawiającego narusza przepis art. 29 ust. 1 oraz ust. 2 Pzp jak również art. 6d ust. 4 pkt 1) i art. 9e ust. 1 pkt 2) oraz art. 91 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zamawiający w złożonej na piśmie odpowiedzi na odwołanie wniósł o jego oddalenie i podał, że z argumentacją odwołującego - w realiach niniejszej sprawy - nie sposób się zgodzić, gdyż stosownie do aktualnego załącznika nr 1 do uchwały nr XXX/281/12 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 września 2012 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa lubuskiego na lata 2012 - 2017 z perspektywą do 2020 r., Gmina Sulechów przyporządkowana została do regionu wschodniego gospodarki odpadami komunalnymi. W istocie w regionie tym funkcjonuje 5 instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Tym niemniej szczegółowa analiza treści załącznika nr 1 do uchwały prowadzi do wniosku, że w przypadku Gminy Sulechów, przez okres przejściowy (okres trwałości projektu współfinansowanego przez Gminę Sulechów) możliwość kierowania odpadów komunalnych z Gminy Sulechów do instalacji regionalnych innych, niż instalacja znajdująca się w miejscowości Racula, została przez prawodawcę wyłączona. W załączniku nr 1 postanowiono bowiem, cyt.: "*miasto Zielona Góra, gminy: Zielona Góra, Czerwieńsk, Dąbie, Sulechów, Świdnica, Zabór - objęte są wspólnym projektem, w związku z tym kierują odpady komunalne do ZZO Zielona Góra przez wyznaczony okres trwałości projektu*". Podkreślił że ww. uchwała stanowi akt prawa miejscowego zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy z

dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a tym samym jej postanowienia mają - wbrew literalnej wykładni - charakter generalny i abstrakcyjny, stanowiąc źródło powszechnie obowiązujących przepisów prawa na obszarze właściwości Lubuskiego Sejmiku Wojewódzkiego. W związku z powyższym do ich stosowania zobowiązana jest nie tylko Gmina Sulechów, ale również wykonawcy. Przeciwna interpretacja nie jest możliwa do zaakceptowania. Trudno wyobrazić sobie, aby Gmina Sulechów (literalnie wskazana w załączniku) była zobowiązana do stosowania tych przepisów, a wykonawca (za pośrednictwem którego Gmina Sulechów realizuje gospodarkę odpadami) już nie. Jednocześnie niedopuszczalna byłaby interpretacja, wedle której *"obowiązek kierowania odpadów komunalnych do ZZO Zielona Góra przez wyznaczony okres trwałości projektu"* mógłby być zrealizowany przez Gminę Sulechów wyłącznie w drodze przetargu na odbiór odpadów (gdzie zamawiający zawsze wskazuje konkretną instalację), ale już nie w drodze przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Przedmiotowa uchwała nie może być interpretowana w sposób, który spowoduje pozbawienie zamawiającego przysługującego mu ustawowo prawa, a mianowicie prawa wyboru rodzaju przetargu (na odbiór, bądź odbiór i zagospodarowanie).

Równocześnie zamawiający częściowo zgadza się z argumentami odwołującego, wskazując, że można mieć poważne zastrzeżenia do poprawności legislacyjnej przyjętego w załączniku nr 1 rozwiązania. Jest ono nieprecyzyjne i w istocie budzi bardzo poważne wątpliwości interpretacyjne (dla odbiorcy nie jest jasne np. kiedy upłynie okres trwałości, o jaki "wspólny projekt" chodzi itp.), a przy tym można mieć zastrzeżenia co do jego zgodności z treścią delegacji ustawowej. Gmina Sulechów zwracała zresztą (bezsukcesywnie) uwagę na powyższe na etapie prac nad uchwałami i po ich uchwaleniu. Jednocześnie wskazał, że wskazane wyżej uchwały zostały skontrolowane przez nadzór Wojewody Lubuskiego i opublikowane w Dzienniku Urzędowym Województwa Lubuskiego, stając się częścią wojewódzkiego porządku prawnego. Tak długo, jak nie dojdzie zmiany przedmiotowego postanowienia, uchylenia ww. uchwał lub stwierdzenia ich nieważności, ani Gmina Sulechów, ani wykonawcy nie mogą odmówić ich stosowania.

Podał również, że Gmina Sulechów, w związku z opisanymi wyżej wątpliwościami interpretacyjnymi, zwracała się do Zarządu Województwa Lubuskiego o interpretację przedmiotowej uchwały, w tym m.in. wskazanie, czy postanowienie załącznika nr 1 (cytowane wyżej) obliguje Gminę Sulechów do korzystania wyłącznie z instalacji w miejscowości Racula, czy też możliwe jest kierowanie odpadów do innych instalacji regionu wschodniego. Z odpowiedzi z dnia 08 kwietnia 2013 r. wynika jednoznacznie, że - w ocenie ww. organu - Gmina Sulechów ma obowiązek kierowania strumienia odpadów wyłącznie do instalacji ZZO Zielona Góra (w miejscowości Racula) przez okres trwałości projektu.

Odnosząc się do kwestii wyżej wspomnianego projektu podał, że faktycznie najbliższą położoną Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów (RIPOK) jest instalacja w miejscowości Nowy Świat sąsiadującej z miastem Sulechów, natomiast RIPOK w m. Racula jest oddalony o ponad 25 km. Wskazał ponadto, że wobec obowiązującego uprzednio planu gospodarki odpadami dla Województwa Lubuskiego (w którym instalacja w miejscowości Nowy Świat nie miała statusu instalacji regionalnej), jak również prawnego obowiązku budowy, utrzymania i eksploatacji zakładu przetwarzania odpadów przez gminę (art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) zdecydowały o zawarciu porozumienia międzygminnego zrzeszającego siedem gmin (Miasto Zielona Góra, Gmina Zielona Góra, Gmina Sulechów, Gmina Czerwieńsk, Gmina Świdnica, Gmina Zabór i Gminą Dąbie). W oparciu o zawarte porozumienie międzygminne określone zostały perspektywiczne potrzeby sygnatariuszy związane z rozbudową i modernizacją istniejącego zakładu w Raculi, mające na celu wspólne zagospodarowanie i unieszkodliwianie odpadów. W celu zrealizowania rozbudowy składowiska w Raculi opracowano studium wykonalności, które wykonane zostało przy uwzględnieniu przeliczeń odnoszących się do regionu obejmującego 7 gmin – sygnatariuszy porozumienia międzygminnego. Ostatecznie w dniu 26 stycznia 2011 r. Miasto Zielona Góra (któremu na podstawie § 2 ust. 1 porozumienia międzygminnego powierzono prowadzenie spraw związanych z przygotowaniem i realizacją niezbędnych przedsięwzięć inwestycyjnych gospodarki odpadami oraz dalszą ich eksploatacją) zawarło z Wojewódzkim Funduszem Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej z siedzibą w Zielonej Górze umowę nr **POis.02.01.00-00-013/09-00** o dofinansowanie projektu „Rozbudowa i modernizacja systemu gospodarki odpadami dla rejonu Zielonej Góry nr POIS.02.01.00-00-013/09”, na podstawie której Fundusz zobowiązał się dofinansować opisane wyżej inwestycje w zakresie 70% kosztów, tj. na kwotę nie wyższą niż 13.992.841,04 zł.). Opisany ten projekt miał na uwadze prawodawca formułując treść załącznika nr 1 do uchwały

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, treścią SIWZ po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych na piśmie i do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Odwolanie nie zasługuje na uwzględnienie.

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

Następnie Izba stwierdziła, że odwołujący, wnosząc przedmiotowe odwołanie w wykazał swój interes w złożeniu niniejszego środka ochrony prawnej w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż w przypadku odwołań od treści postanowień SIWZ każdy z potencjalnych wykonawców ma interes w wnioskowaniu aby treść tych postanowień umożliwiała mu złożenie konkurencyjnej oferty.

Na wstępie wskazać należy również, że przedmiotowe odwołanie dotyczy dwóch zagadnień. Pierwsze z nich dotyczy zarzutów mających bezpośrednie przełożenie na możliwość złożenia przez odwołującego oferty, natomiast drugie jest nakierowane na dokonanie zinterpretowania przez Izbę kwestii czy w przypadku przetargu na odbiór transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zamawiający ma prawo wskazać konkretny RIPOK do którego wybrany w postępowaniu wykonawca będzie zobowiązany dostarczać odpady komunalne. Mimo, że ta druga kwestia dotyczy zgodności działań zamawiającego z przepisami prawa w tym zakresie, to jednak Izba dostrzega również iż ustalenia w tym zakresie mogą mieć istotne znaczenie, nie co do możliwości złożenia oferty przez odwołującego, ale co do sposobu kalkulacji ceny oferty.

Nadto dodać należy, że Izba nie jest organem powołanym do badania zgodności uchwał podejmowanych przez samorząd województwa z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, ponadto organ ten nie jest stroną przedmiotowego postępowania, tym samym kwestie te zasadniczo są poza zakresem przedmiotowego rozstrzygnięcia.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego iż przez dokonany opis pkt 12 ppkt 1 OPZ oraz § 1 ust. 11 pkt 6 [1] projektu umowy, został on pozbawiony możliwości sporządzenia i złożenia oferty, Izba stwierdza, że zarzut ten będący jedynym zarzutem odwołania nie zasługuje na uwzględnienie. Z okoliczności przedmiotowej sprawy w sposób jednoznaczny wynika, że wskazanie przez zamawiającego wprost w jaki sposób należy interpretować uchwałę sejmiku województwa lubuskiego, rozwiewa wątpliwości co do miejsca gdzie wybrany wykonawca winien dostarczać odebrane odpady komunalne. Wskazanie konkretnej instalacji RIPOK umożliwia każdemu potencjalnemu wykonawcy skalkulowanie kosztów transportu i składowania odpadów w sposób pewny i jednoznaczny. Każdy z wykonawców składający ofertę wie, że kalkulując cenę ofertową winien w niej uwzględnić zarówno koszt transportu odpadów do miejscowości Racula, jak również stawki za zagospodarowanie odpadów obowiązujące w tym RIPOKu. Takie ustalenie eliminuje możliwość, że każdy z wykonawców dokona kalkulacji ceny oferty do innej stacji RIPOK np. do miejscowości Nowy Świat. Zupełnie inną kwestia jest to, że ceny ofertowe uwzględniające koszt transportu do RIPOK w m. Racula będą wyższe niż miało to być miejsce gdyby uwzględnić RIPOK

AGMAREX w miejscowości Nowy Świat, a koszty z tym związane będą pośredni ponoszone przez mieszkańców Gminy.

Odnosząc się do zarzucanej niejednoznaczności opisu i związanych z tym wątpliwości interpretacyjnych dotyczących, jak należy zinterpretować wskazanie „aktualnie” tzn. kiedy upłynie okres trwałości projektu i o jaki „wspólny projekt” chodzi, to stwierdzić należy, że określenia te są zaczerpnięte z treści uchwały sejmiku województwa i odnoszą się dla zamawiającego, a nie do wykonawców. Z treści kwestionowanych postanowień oraz pozostałych postanowień SIWZ można jednoznacznie wywieść, że zawarta umowa z wybranym wykonawcą będzie obejmować okres od 1 lipca 2014 roku do 30 czerwca 2016 roku. Tym samym podnoszenie obaw, że w okresie umowy może nastąpić zmiana RIPOK, jest niezasadna, gdyż nic takiego z analizy treści SIWZ nie wynika.

Na wstępie dokonania oceny dotyczącej kwestii podniesionej w odwołaniu - czy zamawiający – Gmina w przypadku ogłoszenia przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów może wskazać wykonawcy konkretną instalację RIPOK, to według Izby wskazać należy, że przedmiotem SIWZ i następnie umowy zawieranej z wykonawcą, może być wskazanie stacji RIPOK do której mają być przekazywane odpady tylko w przypadku przetargu na odbieranie odpadów komunalnych - podmiot odbierający będzie odbierał odpady komunalne i przewoził je do instalacji wskazanych przez gminę. Natomiast w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie podmiot odbierający odpady komunalne będzie wybierał i wskazywał w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał zebrane odpady.

Niezależnie od powyższego trzeba zauważyć, iż wskazanie w SIWZ instalacji, do której należy przekazywać odpady w przypadku przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów, może naruszać art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*. Ponadto wyznaczenie w SIWZ konkretnej instalacji, do której mają być przekazywane odpady, może być uznana za praktykę polegającą na nadużyciu pozycji dominującej, o której mowa w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów”. Zgodnie bowiem z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców*. Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymienia kilka form nadużywania pozycji dominującej, przy czym jak wynika z orzecznictwa, w przypadku działalności gospodarczej w zakresie odpadów komunalnych, najczęściej mamy do czynienia z praktyką polegającą na podejmowaniu przez zamawiającego działań zapewniającej jednemu z podmiotów prowadzących RIPOK strumień dostarczanych odpadów kosztem innych podmiotów prowadzących RIPOKi, a tym

samym stawiać go w uprzywilejowanej pozycji wobec innych uczestników rynku. W szczególności praktyka ta zmierzać może do uniemożliwiania wejścia na rynek nowych uczestników, gdyż nie będą w stanie pozyskać do zagospodarowania odpadów, bądź na wypchnięciu ich z rynku przedsiębiorców. Działanie takie zamawiającego może prowadzić także do zniekształcenia, bądź wyeliminowania konkurencji na lokalnym rynku. Wskazać należy również iż sprawami tymi zajmuje się Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów który np. w decyzji prezesa z 17 marca 2011 r., znak RBG-411/08/07/PA uznał, że „Określenie w SIWZ- konkretnego RIPOK-u może w pewnych warunkach stanowić nadużycie pozycji dominującej przez gminę”.

Wskazać należy, że .w przedmiotowym postępowaniu mamy sytuacje kiedy sejmik wojewódzki w podjętej uchwale dotyczącej planu gospodarki odpadami, oprócz wykonania delegacji ustawowej dotyczącej podziału obszaru województwa na regiony i przypisania do nich Regionalnych Instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych zarówno tych podstawowych jak i zastępczych wskazał w załączniku nr do Uchwały, że część gmin z terenu regionu wschodniego (w tym i zamawiający) kierują odpady komunalne do ZZO w Zielonej Górze. Zamawiający doprecyzowując tą kwestie wskazał, że chodzi tutaj o m. Racula.

Powyższe rozważania i ustalenia należy przenieść na grunt przedmiotowego postępowania, celem wywiedzenia czy w tych szczególnych okolicznościach zamawiający – Gmina może w pewnych zakresie odstąpić od kształtujących się zasad interpretacji treści przepisów odnoszących się do materii utrzymania czystości i porządku w gminach oraz zagospodarowywania odpadów komunalnych.

Podstawą oceny przedmiotowej sytuacji był fakt, że uwzględnienie odwołania poprzez wyłączenie obowiązku dostarczania odpadów komunalnych z terenu Gminy zamawiającego do m. Racula doprowadziłoby do zgodności z kształtującą się linią orzecznicza w zakresie braku możliwości wskazania przez gminę, przy przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów konkretnej stacji RIPOK do której odpady te winny być dostarczane, Jednakże takie orzeczenie postawiłoby władze Gminy Sulechów w sytuacji iż musiałyby nie stosować się do obowiązującego prawa miejscowego.

Izba biorąc pod uwagę całość materii związanej z tworzeniem dla kilku gmin z tego terenu Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w m. Racula w oparciu o nałożony na Gminy obowiązek budowy, utrzymania i eksploatacji zakładu przetwarzania odpadów (art. 3 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach) uznała, że trudno odmówić prawa organom samorządu do dążenia do takiego kierowania strumienia odpadów, aby instalacja unieszkodliwiania odpadów w miejscowości Racula uzyskała zakładany w projekcie efekt ekologiczny i tym

samym Gminy mogły dokonać rozliczenia tej inwestycji nie tracąc pozyskanego dofinansowania.

Zauważenia wymaga, także fakt, że z literalnej treści przepisu art. 9e ust. 1 pkt 1 UCPG nie można w sposób jednoznaczny wywieść, że tylko przy przetargu na odbiór i transport odpadów gmina może wskazać konkretną instalację RIPOK do której mają być kierowane odpady, a w przypadku przetargu na odbiór i zagospodarowanie takiej możliwości nie ma. Taka interpretacja wynika przede wszystkim z tworzącej się linii orzeczniczej KIO oraz piśmiennictwa w tym zakresie, którą Izba w tym składzie uznaje za prawidłową.

Ponadto nie można nie zauważyć, że celem wprowadzenia w załączniku nr 1 do przedmiotowej uchwały sejmiku województwa lubuskiego, wskazania składowisk, na które mogą być wywożone odpady komunalne z terytorium poszczególnych gmin była kwestia zapewnienia odpowiedniej - w skali województwa - sieci składowisk odpadów.

O takich uprawnieniach organów samorządowych wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 3 marca 2010 r. w sprawie Gminy Katowice, wskazując, że gminy prowadzące nadzór nad gospodarowaniem odpadów nie mogą być pozbawione kontroli nad racjonalizacją kierowania na odpowiednie składowiska odpadów z terenu gminy. Pozbawienie samorządu w tej sprawie, takich uprawnień doprowadziłoby to do zniweczenia realizowanego projektu międzygminnego dla siedmiu gmin w m. Racula, gdyż niezyskanie założonego w projekcie efektu ekologicznego doprowadziłoby do konieczności zwrotu przyznany na ten cel środków budżetowych. W tych okolicznościach należy przyjąć, że sejmik województwa na okres czasowy może wskazać konkretne składowiska (RIPOK-i) na które mają trafiać odpady komunalne z tereny danej Gminy. W zaistniałych czasowo okolicznościach prawnych i faktycznych, zdaniem Izby tego rodzaju zachowanie samorządu województwa jest uzasadnione.

Jednocześnie za zasadne Izba uważa wskazać, że ww. uchwała sejmiku województwa lubuskiego – w zakresie załączników 1 i 2 wprowadza obowiązek kierowania odpadów do ZZO *Zielona Góra* jednocześnie nie wskazując w wykazie tej instalacji RIPOK dla któregośkolwiek z regionów województwa. Nakazuje dostarczanie odpadów z Gminy zamawiającego do ww. RIPOK-a odległego o kilkadziesiąt kilometrów od terenu Gminy, w sytuacji gdy na terenie tejże Gminy funkcjonuje Zakład Utylizacji Odpadów AGMAREX sp z o.o. w m. Nowy Świat, do którego zgodnie z ww. uchwałą mogą być transportowane odpady zarówno z terenu regionu wschodniego jak i zachodniego województwa lubuskiego. Tym samym taki fakt budzi uzasadnione wątpliwości co do racjonalności przyjętych rozwiązań zarówno wśród wykonawców, jak i samego zamawiającego.

Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że pomimo nieuwzględnienia przez Izbę zarzutów odwołania, gdyż ze względu na ich zakres nie zostało wykazane, że dokonany przez zamawiającego opis treści SIWZ. uniemożliwia wykonawcy złożenia oferty, to jednak

zaznaczyć należy, że niezależnie od zaistnienia szczególnej sytuacji prawnej w jakiej znalazł się zamawiający to na nim spoczywa obowiązek przeprowadzenia postępowania zgodnie z przepisami ustawy Pzp. Tym samym zamawiający winien rozważyć czy nie należy unieważnić tego postępowania i ogłosić przetarg tylko na odbiór i transport odpadów komunalnych. Rozważaniom Izby podlegała także kwestia czy nie nakazać zamawiającemu unieważnienia postępowania, jednakże biorąc pod uwagę fakt, że takie nakazanie wiązałoby się pośrednio z określeniem przez Izbę przedmiotu zamówienia w nowym postępowaniu, to uznała że takie uprawnienie dla Izby nie wynika z treści art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, pozostawiając tą kwestie do decyzji zamawiającego.

Izba nie uważa za zasadne stanowiska zamawiającego wskazanego w odpowiedzi na odwołanie, gdzie stwierdził, że *niedopuszczalna byłaby interpretacja, wedle której "obowiązek kierowania odpadów komunalnych do ZZO Zielona Góra przez wyznaczony okres trwałości projektu" mógłby być zrealizowany przez Gminę Sulechów wyłącznie w drodze przetargu na odbiór odpadów (gdzie zamawiający zawsze wskazuje konkretną instalację), ale już nie w drodze przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów*. Obowiązkiem zamawiającego jest przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zgodnie z przepisami ustawy prawo zamówień publicznych i to niezależnie od sytuacji prawnej czy faktycznej w jakiej ten zamawiający się znajduje. Ponadto jak to wprost wynika z powyższego stanowiska, zamawiający zdaje sobie sprawę z wad prawnych ogłoszonego postępowania o udzielenie zamówienia. W szczególności za niedopuszczalne należy uznać przerzucanie tych indywidualnych uwarunkowań na ograniczenie uprawnień wykonawców zagwarantowanych w przepisach ustawy Pzp.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 – nie miało miejsca w analizowanej sprawie.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp, . .

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący