

Sygn. akt: KIO 844/22

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Jolanta Markowska**

Protokolant: **Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 24 marca 2022 r. przez wykonawcę: **PHU Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Nysa – Urząd Miejski w Nysie, ul. Kolejowa 15, 48-300 Nysa,**

orzeka:

1. **umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 2 i nr 3 odwołania,**
2. **oddala odwołanie w zakresie zarzutu nr 1 odwołania;**
3. **kosztami postępowania obciąża wykonawcę: PHU Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław, i:**

3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **PHU Komunalnik Sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a, 50-518 Wrocław** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) 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:

Sygn. akt: KIO 844/22

Uzasadnienie

Zamawiający: Gmina Nysa prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiocie: „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 14 marca 2022 r. pod nr 2022/S 051-133069.

Wykonawca, PHU Komunalnik Sp. z o.o. z siedzibą we Wrocławiu wniósł w dniu 24 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec postanowień dokumentacji przetargowej, tj. specyfikacji warunków zamówienia i składających się na nią: opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) oraz wzoru umowy (załącznik nr 2 do SWZ). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.) zwanej dalej „Pzp”:

1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi stron, co także prowadzi do zachwiania konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający zdecydował się na ograniczenie okresu zamówienia (terminu realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych) do 7 miesięcy (zamiast pierwotnie przewidzianych 3 lat w unieważnionej przez KIO wcześniejszej wersji zamówienia), przy jednoczesnym nałożeniu na wykonawcę obowiązku wyposażenia wszystkich nieruchomości na terenie gminy w pojemniki na odpady, tj. w co najmniej 14.000 pojemników, których charakterystyka wykonania odbiega od standardowych rozwiązań stosowanych na rynku (koszt nabycia takich pojemników przekracza wartość całego zamówienia przewidzianą przez zamawiającego), i to w terminie 10 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy czym na wykonawcy ciąży obowiązek uzgodnienia z każdym właścicielem nieruchomości z osobna - miejsca podstawienia pojemnika i sporządzenia raportu dla miejsc do których nie udało się dostarczyć pojemnika, co skutkuje niczym nieusprawiedliwionym uprzywilejowaniem pod

względem ekonomicznym obecnego wykonawcy usługi odbioru odpadów komunalnych — spółki komunalnej gminy Nysa (EKOM sp. z o.o. ze 100% udziałem Zamawiającego), który dysponuje już takimi pojemnikami rozstawionymi na nieruchomościach objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysy;

2. wskazanych w pkt 1 powyżej przepisów i w sposób tam opisany - w zakresie nieadekwatnego oraz niemożliwego do dotrzymania terminu na rozstawienie pojemników na wszystkich nieruchomości objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysa, tj. w ciągu 10 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, co skutkuje niczym nieusprawiedliwionym uprzywilejowaniem pod względem organizacyjno-operacyjnym obecnego wykonawcy usługi odbioru odpadów komunalnych — spółki komunalnej gminy Nysa (EKOM sp. z o.o. ze 100% udziałem Zamawiającego), który to nie musi wyposażać rzeczonych nieruchomości w pojemniki, gdyż uczynił to już w ciągu ostatnich 10 lat, kiedy świadczył usługę odbioru odpadów na rzecz Zamawiającego, będąc zarazem jedynym podmiotem składającym ofertę w prowadzonych uprzednio przez Zamawiającego postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego;
3. wskazanych w pkt 1 powyżej przepisów i w sposób tam opisany - w zakresie opisu charakterystyki pojemników na odpady, który odbiega od przyjętych standardów na rynku i jest nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego, tj. wymogu zabezpieczenia pojemników przed ich otwieraniem przez osoby postronne (co jest technicznie w zasadzie niemożliwe), wyposażenia niektórych pojemników w specjalną kieszeń na zużyte baterie (przy czym, zgodnie z aktami prawa miejscowego baterie nie są w ogóle zbierane u źródła w ramach tzw. „opłaty śmieciowej”, o czym stanowi Uchwała Rady Miejskiej w Nysie nr XXVII/427/20 z 27 sierpnia 2020 r., stanowiąca załącznik do OPZ), zapewnienia pojemników na szkło o gwarantowanym poziomie mocy akustycznej oraz w przypadku pojemników typu Stockholm zastosowanie tylko jednego konkretnego odcienia koloru zielonego (RAL 6005) z kilkunastu odcieni tego koloru w ramach palety kolorów RAL, co skutkuje niczym nieusprawiedliwionym uprzywilejowaniem pod względem ekonomicznym obecnego wykonawcy usługi odbioru odpadów komunalnych — spółki komunalnej gminy Nysa (EKOM sp. z o.o. ze 100% udziałem Zamawiającego), który dysponuje już takimi pojemnikami rozstawionymi na nieruchomościach objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu wprowadzenia następujących zmian do dokumentacji przetargowej:

1. wydłużenie okresu realizacji zamówienia (świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych) w sposób zapewniający realną, uczciwą konkurencję między spółką komunalną gminy Nysa (zamawiającego), a pozostałymi potencjalnymi wykonawcami, którzy będą musieli rozstawić w terenie pojemniki na odpady, tj. przyjęcie okresu zgodnego z pierwotnym założeniem Zamawiającego — 36 miesięcy,
2. wydłużenie terminu na wyposażenie nieruchomości objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysa (zamawiającego) do realnych ram czasowych, tj. co najmniej przez okres miesiąca od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, przy zniesieniu obowiązku uzgodnienia z właścicielami nieruchomości miejsca pozostawienia pojemnika,
3. zniesienia wymogów w zakresie charakterystyki wykonania pojemników na odpady wskazanych w punkcie (iii) zarzutów. 4 Jednocześnie wnoszę o dopuszczenie jako dowodów dokumentów wskazanych w dalszej treści niniejszego odwołania lub przedłożonych na posiedzeniu. Ponadto wnoszę o zasądzenie na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania, w tym ewentualnych kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wyjaśnił, że jako podmiot prowadzący działalność gospodarczą w zakresie gospodarki odpadami posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Działania zamawiającego, który w sposób uchybiający przepisom Pzp sformułował treść specyfikacji warunków zamówienia, utrudniają, a wręcz uniemożliwiają mu złożenie ważnej i konkurencyjnej oferty. W następstwie czego Odwołujący może ponieść szkodę w postaci niezyskania zamówienia, a tym samym nieosiągnięcia spodziewanego zysku z jego realizacji.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający od wejścia w życie nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 2012 r. organizował przetargi na odbiór i zagospodarowanie odpadów, w których zawsze startował tylko jeden podmiot — spółka komunalna gminy Nysa (ze 100% udziałem zamawiającego), tj. EKOM sp. z o.o. Działo się tak, gdyż Zamawiający w ramach dokumentacji przetargowej nakładał na wykonawcę obowiązek organizacji PSZOK (właściwie dwóch takich punktów), co było niemożliwym do przeskoczenia progiem wejścia dla innych potencjalnych wykonawców usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu Nysy. Taka też sytuacja miała miejsce w ogłoszonym przez Zamawiającego w 2021 r. przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Dodatkowo przetarg ten przewidywał (pkt 6 SWZ) realizację usługi w okresie 36 miesięcy, tj. od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2024 r., przy czym OPZ (pkt IV. 14)) zakładał wyposażenie nieruchomości objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy

Nysa w pojemniki na odpady w terminie 30 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący, nie godząc się na dalsze sztuczne ograniczanie konkurencji na rynku lokalnym przez Zamawiającego i instrumentalne wykorzystywanie przez niego postanowień dokumentacji przetargowej w tym celu, wywiódł odwołanie w tym zakresie do Krajowej Izby Odwoławczej. Krajowa Izba Odwoławcza podzieliła poglądy Odwołującego i uznała, że Zamawiający ograniczał konkurencję i faworyzował własną spółkę komunalną, stosując w ramach dokumentacji przetargowej postanowienie dotyczące organizacji PSZOK (tak wyrok KIO 2939/21 z 2 listopada 2021 r.). W konsekwencji KIO nakazała Zamawiającemu unieważnienie przetargu i wyłączenie z usługi odbioru odpadów komunalnych organizacji PSZOK. Zamawiający nie godząc się z tym wyrokiem wniósł skargę na orzeczenie KIO. Sąd Okręgowy w Warszawie, wyrokiem z 28 stycznia 2022 r., oddalił skargę Zamawiającego, dzieląc stanowisko Odwołującego i KIO o tym, że Zamawiający dopuścił się ograniczenia konkurencji.

W reakcji na niekorzystne dla siebie rozstrzygnięcia Zamawiający unieważnił postępowanie przetargowe z 2021 r. i ogłosił niniejsze postępowanie. Co prawda Zamawiający wyeliminował w obowiązek organizacji PSZOK, to jednak nie sposób nie odnieść wrażenia, że w to miejsce próbuje wprowadzić nowy instrument faktycznego ograniczenia konkurencji między potencjalnymi wykonawcami usługi odbioru odpadów, oczywiście z korzyścią dla swojej spółki komunalnej.

Odwołujący — za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie w powołanej wcześniej sprawie — zauważył, że z natury rzeczy jednoznaczne udowodnienie intencjonalnego działania zamawiającego, którego celem jest ograniczenie konkurencji jest trudne, i w tej materii należy raczej posilkować się uprawdopodobnieniami. Pogląd ten powinien być aktualny także w niniejszej sprawie. Trudno bowiem inaczej odbierać skrócenie okresu realizacji zamówienia (usługi odbioru odpadów komunalnych) — z pierwotnie założonych 36 miesięcy — do jedynie 7 miesięcy (przy całkowitym wyłączeniu z zamówienia usługi zagospodarowania odpadów, co już samo przez się ograniczyło zdolność konkurencji cenowej ze spółką komunalną zamawiającego, do której to wykonawca usługi odbioru odpadów komunalnych z terenu gminy Nysa będzie zobowiązany przekazywać odpady do zagospodarowania), przy jednoczesnym skróceniu terminu na wyposażenie nieruchomości objętych systemem publicznym gospodarki odpadami zamawiającego — z 30 dni do jedynie 10 dni (tak punkt 6 SWZ oraz punkt IV 16 OPZ).

Odbywa się to nadto w takich realiach, że spółka komunalna Zamawiającego, jako aktualny wykonawca usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Nysy, dysponuje już niezbędną liczbą pojemników na odpady, i to na terenie nieruchomości, które mają być w nie wyposażone. Pozostali potencjalni wykonawcy muszą natomiast nabyć

ponad 14.000 pojemników na odpady, których rynkowa wartość oscyluje w granicach 7.000.000,00 zł (gdzie szacowana wartość zamówienia przez Zamawiającego to niespełna 3 mln zł) oraz ponieść koszty ich rozstawienia, które należy oszacować na ok. 150.000,00 zł.

Skrócenie przez Zamawiającego okresu realizacji zamówienia tylko do 7 miesięcy oznacza, że potencjalni wykonawcy (poza EKOM sp. z o.o.) muszą przywołane koszty przypisać do jedynie 7 miesięcy.

Oczywistym jest, że taka sytuacja stawia pozostałych potencjalnych wykonawców w niekonkurencyjnej sytuacji względem aktualnego wykonawcy usługi - EKOM sp. z o.o. Przyjmując nawet, że potencjalny wykonawca usługi wartość pojemników na odpady, które musi nabyć na potrzeby niniejszego zamówienia rozłoży nie na 7 miesięcy, lecz na 4 lata przyjmując taką właśnie długość ich amortyzacji (biorąc przy tym na siebie całe ryzyko niemożności dalszego wykorzystania tych pojemników po realizacji usługi na rzecz gminy Nysa na potrzeby realizacji innych, późniejszych kontraktów, czy też niemożność ich zbycia innemu podmiotowi, jak i utraty ich wartości w czasie, co wykracza poza normalne ryzyko gospodarcze w warunkach normalnej równowagi kontraktowej stron i uczciwej konkurencji), to i tak w skali miesięcznej będzie musiał założyć ok. 170.000,00 zł na pokrycie kosztów korzystania z pojemników na odpady i ich rozstawienia, pomijając przy tym koszty finansowe ewentualnego leasingu lub kredytu.

Co więcej, nawet gdyby zamiast zakupu pojemników na odpady wykonawca chciał je tylko dzierżawić (co jest jednak nierealne z uwagi na wysoką liczbę potrzebnych pojemników), to i tak miesięczny koszt z tego tytułu (wraz z kosztami rozstawienia) nie byłby mniejszy niż 100.000,00 zł. W konsekwencji koszt nabycia pojemników na odpady i ich rozstawienia, w stosunku do szacowanej wartości zamówienia na 7 miesięcy, stanowi między 24% a 40% tej wartości. Oczywistym powinno być, że żaden podmiot działający na rynku usług odbioru odpadów nie działa na takiej marży zysku. Choćby zatem nawet potencjalny wykonawca, inny niż spółka komunalna Zamawiającego, zrezygnował całkowicie z zysku w ramach przedmiotowego zamówienia (co jest przecież niedopuszczalne w kontekście instytucji rażąco niskiej ceny), to i tak nie byłby w stanie konkurować cenowo z EKOM sp. z o.o.

Sprawa ma się zgoła odmiennie w przypadku trzyletniego zamówienia. W tym przypadku koszt nabycia pojemników na odpady (przy założeniu amortyzacji dłużej od okresu kontraktowego o analogiczny okres jak w przypadku długości amortyzacji przyjętej dla 7 miesięcznego kontraktu) i ich rozstawienia w stosunku do szacowanej wartości zamówienia na 36 miesięcy stanowiłyby zaledwie między 13%, a 22%. Przy uwzględnieniu dodatkowo możliwości optymalizacji kosztów działalności na innych płaszczyznach z uwagi na dłuższy okres kontraktowy, konkurowanie cenowe w ramach marży zysku staje się bardzo realne.

Podobne spostrzeżenie, jak powyżej, należy poczynić w stosunku do zastrzeżonego terminu rozstawienia pojemników (10 dni zamiast pierwotnych 30 dni). Takie skrócenie okresu stawia potencjalnego wykonawcę usługi, innego niż spółka komunalna zamawiającego, w bardzo trudnej sytuacji organizacyjno-operacyjnej. Po pierwsze, trzeba mieć na względzie, że wyposażenie nieruchomości w pojemniki wymaga najpierw samego nabycia pojemników, który to proces może trwać dłużej niż przyjęte przez Zamawiającego 10 dni od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie można przecież oczekiwać od potencjalnego wykonawcy, że podejmie on decyzję o nabyciu pojemników (czy nawet ich dzierżawie) przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego z zamawiającym. Po drugie, szybka dostawa pojemników na odpady w obecnych realiach jest mało realna. Nie chodzi tu tylko o fakt notoryjny zerwania łańcuchów dostaw, czy też przestojów produkcyjnych z powodu pandemii COVID-19, ale także o problemy z transportem jakie mogą wynikać z powodu wojny w Ukrainie i sankcji międzypaństwowych. Pojemniki na odpady (poza Mielcem) nie są bowiem produkowane i przechowywane w Polsce. W przypadku nabycia 14.000 pojemników będzie konieczna ich dostawa z różnych krajów, w tym i bałkańskich, gdzie transport może napotkać znaczne utrudnienia. Po trzecie, w praktyce przyjmuje się, że rozstawienie pojemników przy niezakłóconych ich dostawach zajmuje 14-21 dni. Stąd też zamawiający publiczni powszechnie przyjmują 30 dniowy okres wyposażenia nieruchomości w pojemniki, tak jak pierwotnie założył to zamawiający — gmina Nysa (przed nakazaniem jej unieważnienia poprzedniego postępowania). Dodatkowo trzeba zauważyć, że proces sprawnego rozstawiania pojemników zakłóci i znacznie wydłuży konieczność uzgodnienia z każdym właścicielem nieruchomości miejsca ich podstawienia (punkt IV. 18) OPZ). Aktualny wykonawca usługi na rzecz gminy Nysa, tj. EKOM sp. z o.o. zwolniony jest natomiast z tego obowiązku, tak samo, jak i z obowiązku przygotowania raportu obejmującego nieruchomości dla których nie udało się podstawić pojemników (punkt IV 16) OPZ). Co więcej, niezależnie od tego, że przywołane obowiązki naruszają konkurencję i równe traktowanie wykonawców, to nadto stanowią naruszenie równowagi kontraktowej, gdyż są zbędne i nieproporcjonalne w kontekście zachowanie prawidłowości świadczenia usługi podstawowej — odbioru odpadów.

Wymagania w zakresie charakterystyki technicznej pojemników na odpady zostały określone w załączniku nr 5 do OPZ („Specyfikacja pojemników”). Spośród przewidzianych tam wymogów część z nich w oczywisty sposób jest nieproporcjonalna do przedmiotu niniejszego zamówienia i niekonkurencyjna. Dotyczy to wymogu zabezpieczenia pojemników przed ich otwieraniem przez osoby postronne. Wymóg ten jest technicznie i ekonomicznie niemożliwy do zrealizowania, w szczególności w przypadku budynków wielolokalowych. Tak samo, wyposażenie niektórych pojemników w specjalną kieszeń na zużyte baterie nie znajduje racjonalnego, a tym bardziej prawnego uzasadnienia. Trzeba bowiem wskazać, że

zgodnie z aktami prawa miejscowego, baterie nie są w ogóle zbierane u źródła na terenie Nysy w ramach tzw. „opłaty śmieciowej”. Potwierdza to treść Uchwały Rady Miejskiej w Nysie nr XXVII/427/20 z 27 sierpnia 2020 r., stanowiąca załącznik do OPZ. Zużyte baterie w ramach opłaty śmieciowej właściciel nieruchomości ma przekazać do PSZOK.

Niezrozumiały jest również wymóg zapewnienia pojemników na szkło o gwarantowanym poziomie mocy akustycznej. Nie jest to rozwiązanie powszechnie stosowane i wymaga dedykowanych pojemników, które nie są potrzebne do realizacji usług odbioru odpadów komunalnych w innych gminach.

Nieakceptowany powinien być też w przypadku pojemników typu Stockholm wymóg zastosowania tylko jednego konkretnego odcienia koloru zielonego (RAL 6005) z kilkunastu odcieni tego koloru dostępnych w ramach palety kolorów RAL. W przepisach prawa kolor zielony pojemnika na odpady nie jest przecież ograniczony do konkretnego odcienia. Nie ma też żadnych innych racjonalnych przesłanek by na terenie gminy Nysa przyjąć właśnie taki, a nie inny odcień koloru zielonego. Chyba, że za takie racjonalne uzasadnienie przyjmie się fakt posiadania już pojemników na odpady o takiej właśnie kolorystyce przez spółkę komunalną Zamawiającego.

Te wszystkie wymogi ujmowane razem, jak i z osobna, prowadzą do konkluzji, że poza tym, iż są nieproporcjonalne do uzasadnionych potrzeb Zamawiającego w ramach przedmiotowego zamówienia, to w nieuprawniony niczym sposób faworyzują aktualnego wykonawcę usługi (EKOM sp. z o.o.), który posiada już wszystkie pojemniki wymagane przez zamawiającego, i to na dodatek rozstawione w docelowych miejscach (na właściwych nieruchomościach i we właściwej liczbie).

Zamawiający, pismem z dnia 6 kwietnia 2022 r., złożył odpowiedź na odwołanie. Zamawiający uwzględnił część zarzutów odwołania i wniósł o oddalenie odwołania w pozostałym zakresie.

Zamawiający uwzględnił:

- zarzut nr 2 odwołania - odnoszący się do niemożliwego do dotrzymania terminu na rozstawienie pojemników na wszystkich nieruchomościach objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysa, tj. w ciągu 10 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający wyjaśnił, że wprowadził następujące zmiany do treści SWZ.:

W pkt 16) załącznika nr 1 do SWZ. Opis przedmiotu zamówienia” , dotychczasowy zapis o treści:

„Wykonawca w terminie do 10 dni od dnia podpisania umowy, o której mowa powyżej zakończy wyposażanie nieruchomości w pojemniki i worki oraz przedłoży Zamawiającemu

raport z informacji o posesjach, do których nie dostarczono pojemników wraz z podaniem przyczyny niedostarczenia”.

Zamawiający zmienił na zapis o treści:

„Wykonawca w terminie do 30 dni od dnia podpisania umowy, o której mowa powyżej zakończy wyposażanie nieruchomości w pojemniki i worki oraz przedłoży Zamawiającemu raport z informacją o posesjach, do których nie dostarczono pojemników wraz z podaniem przyczyny niedostarczenia”.

Tym samym. Zamawiający spełnił żądanie Odwołującego określone w odwołaniu.

- zarzut nr 3 odwołania - odnoszący się do opisu charakterystyki pojemników na odpady, który odbiega od przyjętych standardów na rynku, i jest nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego.

Zamawiający w załączniku nr 5 do OPZ:

- w punkcie 1 b) dotychczasowy zapis o treści:

„konstrukcja pojemnika (kolumna) —jednolita, kołowo-symetryczna skorupa bez łączeń, wykonana z laminatu poliestrowo-szklanego pokrytego warstwą zielonego RAL 6005 żelkotu”.

zmienił na zapis o treści:

„konstrukcja pojemnika (kolumna) —jednolita, kołowo-symetryczna skorupa bez łączeń, wykonana z laminatu poliestrowo-szklanego pokrytego warstwą zielonego żelkotu”.

- w punkcie pkt 2.1 wykreślił zapis o treści:

„b) wybrane pojemniki do selektywnej zbiórki odpadów muszą być dodatkowo wyposażone w kieszeń do gromadzenia zużytych baterii wykonaną w następujący sposób.

- zamontowaną do wewnątrz pojemnika,
- opróżnianą bez konieczności podnoszenia pojemnika,
- zabezpieczoną przed dostępem osób postronnych.

c) pojemniki muszą być zabezpieczone przed otwieraniem ich przez osoby postronne

d) gwarantowany poziom mocy akustycznej dla pojemników do gromadzenia szkła powinien być 100 dB (mniejszy, równy 100 dB)”.

Zamawiający tym samym spełnił żądanie Odwołującego określone w odwołaniu.

Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie art. 137 ust.2 Pzp. informacje o zmianie treści SWZ, oraz o przedłużeniu terminu składania ofert (wraz z przekazaniem UPUE — ogłoszeniem zmian,) zamieścił na stronie prowadzonego postępowania w dniu 4 kwietnia 2022 r.

Zarzut nr 1 odwołania - odnoszący się do wydłużenia okresu realizacji zamówienia, Zamawiający uznał za bezpodstawny.

W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, że aktem normatywnym, określającym katalog zadań gmin dotyczących utrzymania czystości i porządku jest ustawa z dnia z dnia

13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, ze zm.), zwana dalej w skrócie „ucpg”. Ustawa ta ustanawia dla Gminy m.in. obowiązek zapewnienia beneficjentom finalnym realizacji usług publicznych, świadczonych w związku z ciążącymi na Gminie zadaniami publicznymi, tj. Gmina obowiązana jest w szczególności do:

- 1) objęcia wszystkich właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi (art. 3 ust. 2 pkt 3 ucpg),
- 2) udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów,

jak również realizacji innych obowiązków powiązanych z bieżącym oraz nieprzerwanym zapewnieniem właścicielom nieruchomości pozostającym w systemie gospodarki odpadami komunalnymi, usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, warunkujących prawidłowe funkcjonowanie lokalnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi.

W związku z podjęciem przez Radę Miejską uchwały nr XXV11/448/12 z dnia 19 grudnia 2012 r. w sprawie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne, w zakresie zadań Gminy powstał również obowiązek odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych. Włączając nieruchomości niezamieszkałe do gminnego systemu gospodarki odpadami komunalnymi, zgodnie z zapisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Gmina zobowiązana jest do udzielenia zamówienia publicznego polegającego na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w trybie przetargu zorganizowanego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.).

Usługi odbioru odpadów deponowanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z przydomowych miejsc gromadzenia odpadów komunalnych, jak również usługi i obowiązki z nimi powiązane (np. zapewnienia worków przeznaczonych do deponowania odpadów komunalnych) mają charakter usług powszechnie dostępnych, które muszą być świadczone w sposób ciągły, nieprzerwany. Odpady muszą być odbierane, a następnie zagospodarowywane na bieżąco, aby nie stwarzać zagrożeń epidemiologicznych.

Bieżące, nieprzerwane oraz zgodne z prawem zapewnienie przez Gminę realizacji usług odbioru odpadów komunalnych ma doniosłe znaczenie nie tylko ze względów środowiskowych, ale również ze względów ekonomicznych. Zgodnie bowiem z art. 6s ucpg „w przypadku gdy gmina nie realizuje obowiązku odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, właściciel nieruchomości jest obowiązany do przekazania odpadów komunalnych, na koszt gminy, podmiotowi odbierającemu odpady komunalne od

właścicieli nieruchomości, wpisanemu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2". Niezapewnienie przez Gminę realizacji ww. usług rodzi ryzyko uznania, że organy wykonawcze Gminy działają niegospodarnie, albowiem dopuścili do zaniechania świadczenia usług, których zapewnienie stanowi ich obowiązek ustawowy, co generuje zwiększone wydatki budżetowe w związku z korzystaniem przez właścicieli nieruchomości z trybu art. 6s ucpg.

Dla osiągnięcia wszystkich założonych potrzeb, które pokrywają się z nałożonymi na gminę obowiązkami zapisanymi w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz z uwagi na fakt, iż zapewnienie realizacji wskazanej usługi może nastąpić wyłącznie na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w trybie przetargu nieograniczonego, ze względu na objęcie systemem gminnym nieruchomości niezamieszkałych, koniecznym stało się zrealizowanie tego przedsięwzięcia przez firmę zewnętrzną.

Zarządzeniem NR 1351/2022 z dnia 25 lutego 2022 r. Burmistrz Nysy powołał zespół ds. realizacji zadań z zakresu systemu gospodarowania odpadami. Do obowiązków zespołu należy przygotowanie modelu realizacji zadania związanego z odbiorem i zagospodarowywaniem odpadów komunalnych w oparciu o struktury i zasoby własne spółki komunalnej PGK EKOM Sp. z o.o. (w której Gmina Nysa posiada 100 % udziałów), z możliwością jego wprowadzenia od dnia 1 stycznia 2023 r. Tym samym zasadne było, aby przetarg na odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych zorganizować jedynie do końca bieżącego roku. Model systemu gospodarki odpadami od roku 2023, w zależności od wyników pracy zespołu, może ulec zmianie m.in. w zakresie sposobu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w trybie zamówienia in house. Z uwagi na brzmienie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, Zamawiający, udzielając zamówienia w celu zapewnienia odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, nie może zastosować trybu z wolnej ręki lub trybu negocjacji bez ogłoszenia. Tym samym zasadne było, aby przetarg na odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych zorganizować jedynie do końca bieżącego roku, tj. na okres 7 miesięcy. Model systemu gospodarki odpadami od roku 2023 może bowiem ulec zmianie m.in. w zakresie sposobu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w trybie zamówienia in house. Odbiór odpadów z nieruchomości niezamieszkałych może natomiast nie być w ogóle przedmiotem postępowania przetargowego organizowanego przez Gminę.

Przenosząc powyższe na grunt złożonego przez PHU Komunalnik Sp. z o.o. odwołania w zakresie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust.1 Pzp, a także art. 353(1) Kodeksu cywilnego, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający konkurencję i równe traktowanie wykonawców oraz poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający

zasady współzycia społecznego i równowagi stron, co także prowadzi do zachwiania konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający zdecydował się na ograniczenie okresu zamówienia (terminu realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych) do 7 miesięcy Zamawiający wskazał, jak poniżej:

Każdy opis przedmiotu zamówienia siłą rzeczy niesie za sobą pewne ograniczenie konkurencji. Konieczność zachowania zasady uczciwej konkurencji nie oznacza przecież, że Zamawiający nie ma prawa opisać przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego osobiste potrzeby. Rolą Zamawiającego, jako gospodarza postępowania, jest bowiem zdefiniowanie własnych potrzeb. Zamawiający nie ma także obowiązku zapewnienia możliwości realizacji przedmiotu zamówienia wszystkim podmiotom działającym na rynku w danej branży. Praktycznie nie jest też możliwe opisanie przedmiotu zamówienia w sposób, który w pełni satysfakcjonowałby wszystkich wykonawców, z czym mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Konieczność zapewnienia nieograniczonej konkurencji nie może stać się przeszkodą w realizacji zamówienia odpowiadającego rzeczywistym, uzasadnionym potrzebom Zamawiającego (wyrok KIO z dnia 3 lipca 2019 r., sygn. akt KIO 1100/19). Okoliczność, że określone postanowienia umowne mogą, w ocenie Odwołującego, nie być dla niego korzystne, nie powoduje automatycznie, że naruszają one równowagę stron umowy, są sprzeczne z zasadami współzycia społecznego czy naturą stosunku prawnego. Formułując odwołanie, Odwołujący oczekuje takiego sformułowania postanowień SWZ, które zapewnią mu dostęp do zamówienia i zminimalizują ryzyka towarzyszące wykonaniu kontraktu. Oczekiwanie takie jest naturalne, jednakże dogodne dla Odwołującego warunki wykonania zamówienia nie mogą przesłonić uzasadnionych potrzeb Zamawiającego. Zamawiający, wszczynając postępowanie o udzielenie zamówienia, określił jego warunki, zgodnie ze swoimi potrzebami, które w kwestii terminu realizacji zamówienia ocenić należy jako uzasadnione. W powyższym kontekście Zamawiający przywołał stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 30 września 2019 r., sygn. akt: KIO 1768/19.

Zamawiający, opisując warunki zamówienia, w pierwszej kolejności staje przed zadaniem takiego ich ukształtowania, aby spełniały jego uzasadnione potrzeby oraz cel, który musi wykazywać się szczególną dbałością o racjonalne wydatkowanie środków publicznych (podobnie wyrok SO w Lublinie z dnia 28 maja 2018 r., sygn. akt: IX Ga 602/17). Stąd też Zamawiający w załączniku nr 3 i 5 do SWZ nie wskazał, iż oczekuje od wykonawcy dostarczenia nowych pojemników i wieszaków na odpady (w treści odwołania PHU Komunalnik Sp. z o.o. na jego potrzeby kalkuluje koszt zakupu i dostawy pojemników nowych, stąd kwota 7 000 000 zł). Zamawiający oczekuje jedynie, aby pojemniki te spełniały określone w załącznikach standardy ilościowe i jakościowe. Przyjmując logikę Odwołującego, jedynym rozwiązaniem byłoby każdorazowe nakładanie na wykonawcę obowiązku zakupu i wyposażenia nieruchomości w pojemniki nowe. Niestety w tej sytuacji

koszty związane z wprowadzeniem tego typu rozwiązań obiektywizujących udział podmiotów w postępowaniu poniósłby ogół mieszkańców. co w sposób oczywisty kłóciłoby się z zasadą racjonalności wydatkowania środków publicznych.

Jak wskazuje się w komentarzu do art. 99 PZP wydanym przez Urząd Zamówień Publicznych: „*Cel regulacji z art. 99 ust. 4 PZP można zdefiniować, posługując się motywem 74 preambuły dyrektywy klasycznej, gdzie wskazano, że „specyfikacje techniczne [opis przedmiotu zamówienia] powinny być opracowywane w taki sposób, aby uniknąć sztucznego zawężania konkurencji poprzez wymogi, które faworyzują konkretnego wykonawcę, odzwierciedlając kluczowe cechy dostaw, usług lub robót budowlanych oferowanych zwykle przez tego wykonawcę”. Zasadniczo każdy opis przedmiotu zamówienia oddziałuje na konkurencję. Dyrektywa klasyczna w motywie 74 preambuły dostrzega tę okoliczność, stwierdzając, że niedopuszczalne jest zawężenie, które ma charakter „sztuczny”, tzn. faworyzuje (lub dyskryminuje) określonego wykonawcę lub produkt. Niedopuszczalne jest zatem w świetle art. 99 ust. 4 PZP zaburzenie konkurencji pomiędzy wykonawcami, mające swoją genezę w przygotowanym opisie przedmiotu zamówienia, polegające albo na preferencji w opisie konkretnego wykonawcy lub produktu, albo na niemającym uzasadnienia wyeliminowaniu wykonawcy lub produktu. Poprzez niedopuszczalne preferowanie należy rozumieć wszystkie zabiegi, przy użyciu dowolnych sposobów opisu przedmiotu zamówienia, które w sposób nieuzasadniony preferują lub wprost wskazują na konkretnego wykonawcę lub konkretny produkt. Skutkiem takiego zapisu jest niemożność złożenia oferty zgodnej z tak sformułowanym opisem przedmiotu zamówienia przez wykonawcę innego niż preferowany lub zaproponowania innego niż preferowany produkt. Zapisami eliminującymi określone produkty (i określonych wykonawców) będą zaś takie, które w sposób inny niż odpowiadający zobiektywizowanym i rzeczywistym potrzebom zakupowym zamawiającego związanym z realizacją przypisanych mu zadań, prowadzą do niemożności złożenia oferty przez określone grupy wykonawców (i zaproponowania określonych grup produktów). W przypadku wątpliwości co do prawidłowości opisu przedmiotu zamówienia weryfikowaniu poddane zostanie, na ile określony zapis w opisie przedmiotu zamówienia, który preferuje lub eliminuje wykonawcę, jest zamawiającemu niezbędny dla zrealizowania rzeczywistych potrzeb zakupowych związanych z realizacją przypisanych mu zadań.” (zob. red. H. Nowak. M. Winiarz, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2021). Argumenty wskazujące na konieczność ogłoszenia przetargu z siedmiomiesięcznym terminem realizacji umowy zostały wskazane w analizie potrzeb i wymagań Zamawiającego poprzedzającej ogłoszenie postępowania przetargowego.*

Odwołujący w sposób niezrozumiały i całkowicie bezpodstawny utożsamia i porównuje ze sobą postępowanie numer BZP.271.30.2021 w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, którego przedmiotem był odbiór odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa i zagospodarowanie tych odpadów (z terminem realizacji usługi przez okres 36 miesięcy), które to postępowanie zostało unieważnione przez Zamawiającego, z postępowaniem numer BZP.271.25.2022 ogłoszonym 14 marca 2022 r. w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2022/S 051-133069, którego przedmiotem jest „*Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa*” (z terminem realizacji umowy 7 miesięcy).

Zamawiający podkreślił, że obecnie ogłoszone postępowanie jest przedmiotowo wspólne jedynie w zakresie usługi odbioru odpadów. Z postępowania wyłączony został zakres zagospodarowania odpadów, a także organizacja i prowadzenie punktów selektywnej zbiórki odpadów. Tym samym, uzasadnione potrzeby Zamawiającego na etapie ogłaszania postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego numer BZP.271.30.2021 były zupełnie inne niż potrzeby, które legły u podstaw obecnie ogłoszonego postępowania. Postępowanie będące przedmiotem odwołania nie jest „wersją” postępowania ogłoszonego w dniu 14 marca 2022r., a samodzielnym zamówieniem stanowiącym wynik aktualnej i rzeczywistej analizy potrzeb Zamawiającego;

Całkowicie niezrozumiałe dla Zamawiającego jest wskazanie w treści odwołania terminu, w jakim powinna być świadczona usługa. Zdaniem Odwołującego, terminem minimalnym powinien być okres 36 miesięcy, na potwierdzenie czego przedstawiona została przez Odwołującego obiektywnie trudna do zweryfikowania kalkulacja, której konkluzją jest stwierdzenie, iż koszt zakupu pojemników na odpady dla Gminy Nysa wyniesie 7 000 000 zł. Poniesienie takich wydatków jest, zdaniem Odwołującego, warunkiem uczestnictwa Spółki Komunalnik w postępowaniu. Przyjmując taką logikę należałoby przyjąć, iż każdy podmiot, który aktualnie realizuje usługę odbioru odpadów posiada z założenia przewagę konkurencyjną nad innymi podmiotami, gdyż kosztów rzędu 7 000 000 zł (wg wyliczeń Odwołującego) nie musi ponosić rozpoczynając świadczenie usługi.

Zamawiający wskazał, że w opisie przedmiotu zamówienia w dziale V zatytułowanym „Opis potencjału technicznego, niezbędnego do wykonywania przedmiotowego zamówienia ” Zamawiający określił również minimalną ilość pojazdów, jaką wykonawca winien posiadać realizując przedmiot umowy, w tym również pojazdów zeroemisyjnych. Ilość pojazdów określona w opisie przedmiotu zamówienia wynika z obiektywnych potrzeb Zamawiającego i wieloletnich obserwacji dotyczących faktycznego sposobu realizacji usługi. Nie oznacza to jednak, iż w kalkulacji i szacunku wartości zamówienia Zamawiający ma brać pod uwagę konieczność poniesienia przez potencjalnych oferentów wydatków na zakup taboru w celu spełnienia minimalnych warunków udziału w postępowaniu. Zarówno tabor, jak i pojemniki, są elementem tej samej usługi. Zamawiający nie posiada z założenia wiedzy na temat faktu, czy wszystkie podmioty wpisane do rejestru działalności regulowanej posiadają odpowiedni

sprzęt, zasoby ludzkie i pojemniki pozwalające na udział w postępowaniu. Zamawiający z założenia nie wie jakie plany biznesowe posiadają podmioty wpisane do rejestru. Nie wie czy przedsiębiorstwa te posiadają odpowiednią ilość środków transportowych pozwalającą na obsługę obecnych i przyszłych kontraktów. Na Zamawiającym nie ciąży bowiem obowiązek analizy logistyki przedsiębiorstw, kierunków ich rozwoju czy też ekspansji. Zamawiający nie musi znać stanów magazynowych przedsiębiorców jeżeli chodzi o możliwość wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Pojemniki te po zakończeniu świadczenia usługi nie stają się przecież własnością Zamawiającego, ale mogą być wykorzystane do świadczenia usług w ramach kolejnego przetargu w tej samej, czy też innej gminie.

Mając na uwadze powyższe, należy przyjąć, iż przedmiotem zarzutu Odwołujący uczynił swoje subiektywne trudności. Odpowiedzialnością za nie i obowiązkiem wzięcia ich pod uwagę na etapie opisu przedmiotu zamówienia obarczył natomiast Zamawiającego. W tym miejscu należy jeszcze raz podkreślić, iż podstawowym zadaniem Zamawiającego jest zapewnienie ciągłości usługi odbioru odpadów od mieszkańców. W tym wypadku obowiązek ten ma charakter ustawowy. Konsekwencje jego naruszenia przez organ wykonawczy gminy również mają charakter ustawowy i zostały opisane powyżej. Odwołujący, przez pryzmat całego odwołania, podnosi kwestie dotyczące subiektywnych trudności w zakupie pojemników, ich skompletowania, dostawy, a na końcu ich fizycznego dostarczenia pod wskazane adresy. Podnosi również zarzut konieczności poniesienia wydatków inwestycyjnych na zakup samych pojemników (w tym miejscu wskazać należy, iż konieczność zakupu pojemników nie jest dostatecznie wykazana — Odwołujący może bowiem nie tylko zapewnić pojemniki na podstawie najmu, dzierżawy czy użyczenia, ale też wykorzystać pojemniki dotąd posiadane w ramach prowadzonej dotychczas działalności). Wszystkie te wątpliwości i trudności Odwołującego powodują, iż wątpliwe jest co do zasady w ogóle rozpoczęcie świadczenia usługi odbioru przez Odwołującego w terminie oczekiwanym przez Zamawiającego.

Odnosząc się natomiast do siedmiomiesięcznego terminu realizacji usługi Zamawiający podkreślił, że termin ten jest odzwierciedleniem potrzeb Zamawiającego, który w bieżącym roku zamierza dokonać fundamentalnych zmian w zakresie sposobu realizacji zadań związanych z gospodarką odpadami, czego wyrazem jest między innymi całkowita zmiana zakresu usługi będącej przedmiotem niniejszego odwołania w stosunku do poprzednio ogłoszonego postępowania związanego z odbiorem, zbieraniem i zagospodarowaniem odpadów. Zamawiający wskazał, że przepis art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2021 r. poz. 679) statuuje zasadę wyboru przez jednostki samorządu terytorialnego sposobu prowadzenia i form gospodarki komunalnej. Postanowienie o skorzystaniu z określonych możliwości prowadzenia gospodarki komunalnej należy, z zasady, do organów stanowiących jednostek

samorządu terytorialnego. Jest to jednocześnie jeden z ich głównych obowiązków, ponieważ zaspokajanie potrzeb mieszkańców stanowi rację bytu samorządu terytorialnego, definiowanego jako wspólnota samorządowa. Realizując powyższe, podjęte zostały działania odnośnie powierzenia zadań własnych Gminy (w zakresie zagospodarowania odpadów i prowadzenia punktów selektywnej zbiórki odpadów) spółce komunalnej, w której 100% udziałów posiada Gmina Nysa. Kwestia dotycząca odbioru odpadów komunalnych jest natomiast w chwili obecnej przedmiotem analiz prawnych prowadzonych przez powołany przez organ wykonawczy gminy zespół. Konieczność zapewnienia ciągłości świadczenia usługi odbioru odpadów determinuje jednocześnie sposób realizacji tej usługi w chwili obecnej, czyli poprzez zorganizowanie przetargu nieograniczonego. Termin wskazany w ogłoszeniu jest terminem obiektywnie niezbędnym do podjęcia decyzji co do dalszego sposobu zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gminy Nysa w latach następnych.

Reasumując Zamawiający wskazał, że był w pełni uprawniony do określenia okresu realizacji zamówienia na 7 miesięcy, mając na względzie nie tylko powody opisane wyżej, ale też obowiązujące w chwili jego ogłaszania zapisy uchwały budżetowej Gminy Nysa. W związku z tym nie znajduje jakichkolwiek podstaw żądanie Odwołującego nakazania Zamawiającemu wydłużenia okresu realizacji zamówienia poprzez „przyjęcie okresu zgodnego z pierwotnym założeniem zamawiającego — 36 miesięcy”.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

W zakresie zarzutów przedstawionych w odwołaniu w pkt 2 i 3 - odwołanie podlegało umorzeniu na podstawie art. 522 ust. 4 Pzp z uwagi na fakt, że Zamawiający, pismem z dnia 6 kwietnia 2022 r. (odpowiedź na odwołanie) uwzględnił zarzut nr 2 odwołania - odnoszący się do niemożliwego do dotrzymania terminu na rozstawienie pojemników na wszystkich nieruchomościach objętych publicznym systemem gospodarki odpadami gminy Nysa, tj. w ciągu 10 dni od podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz zarzut nr 3

odwołania - odnoszący się do opisu charakterystyki pojemników na odpady, który odbiega od przyjętych standardów na rynku, i jest nieproporcjonalny do potrzeb Zamawiającego. Zamawiający w związku z powyższym wprowadził zmiany do treści SWZ w pkt 16 Załącznika nr 1 do SWZ. OPZ oraz w pkt 1 b), 2.1 b), e), f) Załącznika nr 5 do OPZ, spełniając żądania Odwołującego określone w odwołaniu. Odwołujący powyższej okoliczności nie kwestionował.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 oraz art. 17 ust. 1 Pzp, a także art. 353¹ Kodeksu cywilnego, poprzez sporządzenie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez sporządzenie wzoru umowy w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i równowagi stron, co prowadzi do zachwiania konkurencji i równego traktowania wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający zdecydował się na ograniczenie okresu realizacji usługi odbioru odpadów komunalnych do 7 miesięcy. Wobec powyższego, należało uznać, że zarzut ten nie potwierdził się.

Zgodnie z art. 99 ust. 1 Pzp, 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. Zgodnie z ust. 4, przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Zgodnie z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.

Stosownie do art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp, zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów.

Zgodnie z art. 353¹ Kodeksu cywilnego, strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego.

Katalog zadań gmin dotyczących utrzymania czystości i porządku w gminie określa ustawa z dnia z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.

U. z 2021 r. poz. 888, ze zm.), która ustanawia m.in. obowiązek objęcia wszystkich właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi (art. 3 ust. 2 pkt 3 ww. ustawy) oraz udzielenia zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c ww. ustawy, albo zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Zauważyć należy, że żaden przepis ustawy nie narzuca Zamawiającemu minimalnego bądź maksymalnego terminu realizacji umowy w sprawie ww. usług, pozostawiając powyższe decyzji Zamawiającego.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po unieważnieniu przez Zamawiającego w listopadzie 2021 r. poprzedniego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego numer BZP.271.30.2021, którego przedmiotem były *usługi odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa i zagospodarowanie tych odpadów*, które to postępowanie przewidywało realizację ww. usług w okresie 36 miesięcy.

Przedmiotowe postępowanie numer BZP.271.25.2022 ogłoszone w dniu 14 marca 2022 r., którego przedmiotem jest *„Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych na terenie Gminy Nysa”*, a zatem - które obejmuje zmieniony zakres usług w porównaniu do poprzedniego postępowania, Zamawiający określił w SWZ i wzorze umowy termin realizacji usług w okresie 7 miesięcy.

Zdaniem Odwołującego, terminem minimalnym realizacji przedmiotowego zamówienia powinien być okres 36 miesięcy, co Odwołujący uzasadniał wysokimi kosztami nabycia – zakupu bądź wdzierżawienia 14 tys. sztuk pojemników na odpady, tj. poniesienia kosztu odpowiednio 7 mln. zł bądź 100 tys. zł, które to koszty wykonawca będzie musiał skalkulować w cenie oferty na usługę realizowaną tylko w okresie 7 miesięcy, co spowoduje, że oferta taka będzie niekonkurencyjna, biorąc pod uwagę, że wykonawca, który obecnie realizuje tę usługę kosztów powyższych nie musi ponieść, gdyż posiada rozstawione już pojemniki na nieruchomościach.

Z powyższym twierdzeniem Odwołującego nie można się jednak zgodzić. Odwołujący, wnosząc o nakazanie Zamawiającemu wydłużenia umowy do 36 miesięcy, nie odniósł się do kwestii, że niezależnie od okresu realizacji umowy, aktualny wykonawca usługi na rzecz Zamawiającego zawsze będzie w nieco lepszej sytuacji niż pozostali potencjalni wykonawcy, z tego tylko tytułu, że posiada już rozstawione pojemniki na nieruchomościach. Zauważyć jednocześnie należy, że w przypadku, gdy oferta tego wykonawcy nie zostanie ponownie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie on musiał ponieść koszt odebrania ww. pojemników, który jest porównywalny z kosztem ich rozstawienia. Z pewnością, w przypadku zawarcia kolejnej umowy przez tego samego wykonawcę koszt rozstawienia nowych pojemników nie będzie obciążał tego wykonawcy, ale nie można tego wprost poczytywać

jako naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, że zawsze wykonawca, który aktualnie realizuje daną usługę uzyskuje pewne korzyści z tego wynikające na przyszłość, a tym samym, jego sytuacja w kolejnym postępowaniu na ten sam lub zbliżony przedmiot zamówienia na rzecz tego samego zamawiającego jest pod wieloma względami korzystniejsza niż innych wykonawców wchodzących na dany rynek.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, że w cenie oferty należy skalkulować koszt zakupu bądź wdzierżawienia 14 tys. szt. pojemników na odpady, należy wskazać, że stanowisko powyższe nie zasługuje na uwzględnienie. Podkreślić należy w pierwszej kolejności, że Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu nie wymaga użycia do realizacji zamówienia pojemników nowych. Ponadto, jak sam Odwołujący wskazał w odwołaniu - okres amortyzacji kosztów pojemników na odpady wynosi 4 lata, zatem te same pojemniki mogą być wykorzystywane przy realizacji kolejnych umów i stosowne koszty w tym zakresie powinny być przypisane i poniesione w każdej z tych umów. Nie można też wykluczyć, że po upływie 4 lat użytkowania pojemniki te nie mogą być nadal używane przy realizacji kolejnych umów. Odwołujący powyższych okoliczności nie wykazał ani też nie uprawdopodobnił. Ponadto, Odwołujący, uzasadniając koszt zakupu pojemników na odpady, przedstawił oferty tylko od jednego dostawcy – firmy ESE Sp. z o.o. z którą współpracuje, co nie wyklucza możliwości zakupu pojemników lub ich wdzierżawienia w niższej cenie niż wskazana przez Odwołującego.

Jak słusznie wywodził Zamawiający, każdy opis przedmiotu zamówienia niesie za sobą pewne ograniczenie konkurencji. Zamawiający ma bowiem prawo opisać przedmiot zamówienia w sposób uwzględniający jego obiektywne i uzasadnione potrzeby wynikające z ustawowo nałożonych na Zamawiającego obowiązków, w tym przypadku - zapewnienia ciągłości usługi odbioru odpadów od mieszkańców, przy uwzględnieniu zasad racjonalnej gospodarki finansowej. Stosownie do potrzeb Zamawiającego i celów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający, opisując przedmiot zamówienia, zawsze ogranicza dostęp do jego realizacji do podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentacji postępowania. Tym samym nie każdy wykonawca działający na rynku w danej branży może ubiegać się o każde zamówienie, a tylko taki, którego potencjał i zasoby, z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, pozwalają na prawidłowe wykonanie danego zamówienia. Okoliczność, że określone postanowienia umowne mogą nie być korzystne dla danego wykonawcy nie powoduje zatem, że w każdym przypadku naruszają one równowagę stron umowy lub są sprzeczne z zasadami współżycia społecznego albo naturą stosunku prawnego.

Zamawiający określił w przedmiotowym postępowaniu termin realizacji zamówienia, zgodnie z uzasadnionymi potrzebami, wynikającymi z obiektywnych okoliczności. Jak wynika

z Zarządzenia nr 1351/2022 z dnia 25 lutego 2022 r. został powołany przez Burmistrza Nysy - Zespół ds. realizacji zadań z zakresu systemu gospodarowania odpadami, którego zadaniem jest przygotowanie modelu realizacji zadania związanego z odbiorem i zagospodarowywaniem odpadów komunalnych w oparciu o struktury i zasoby własne spółki komunalnej PGK EKOM Sp. z o.o. (w której Gmina Nysa posiada 100 % udziałów), z możliwością jego wprowadzenia od dnia 1 stycznia 2023 r. Mając na uwadze przewidywane wypracowanie przez ww. zespół stosownego programu, Zamawiający zorganizował przetarg na odbiór odpadów z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych jedynie do końca 2022 r. bowiem założył możliwość realizacji od 2023 r. modelu systemu gospodarki odpadami m.in. w zakresie sposobu odbioru odpadów z nieruchomości zamieszkałych w trybie zamówienia *in house*. Argumenty wskazujące na konieczność ogłoszenia przetargu z 7 miesięcznym terminem realizacji umowy zostały także wskazane w przedłożonej przez Zamawiającego Analizie potrzeb i wymagań Zamawiającego z dnia 28 lutego 2022 r., poprzedzającej ogłoszenie postępowania przetargowego. Termin realizacji umowy jest terminem koniecznym do podjęcia przez Zamawiającego decyzji co do dalszego sposobu zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gminy Nysa w latach następnych. Zamawiający wyjaśnił również, że określenie okresu realizacji zamówienia na 7 miesięcy, uwzględnia obowiązujące w chwili ogłaszania postępowania - postanowienia uchwały budżetowej Gminy Nysa. Izba uznała w tych okolicznościach za przedwczesne wywodzenie przez Odwołującego zarzutów co do braku możliwości wdrożenia procedury *in house* przez Zamawiającego w przyszłym roku lub chociażby tylko celowości zbadania takich możliwości.

W związku z powyższym, w okolicznościach tej sprawy brak jest podstaw do uwzględnienia żądania Odwołującego - nakazania Zamawiającemu wydłużenia okresu realizacji zamówienia do 36 miesięcy, gdyż nie zostało wykazane przez Odwołującego, że określając 7 miesięczny termin realizacji zamówienia Zamawiający dokonał ograniczenia konkurencji w postępowaniu w celu uprzywilejowania spółki komunalnej. Nie można też zgodzić się z tezą, że przedmiotowe zamówienie powinno uwzględniać ten sam okres realizacji umowy jak w postępowaniu, które zostało unieważnione w 2021 r. Izba podkreśla, że każde kolejne postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest odrębnym postępowaniem, w którym odpowiednio do aktualnych potrzeb Zamawiającego oraz celów danego postępowania, warunki udzielenia zamówienia w tym – termin jego realizacji - mogą być określone w odmienny sposób, gdyż powinny odpowiadać bieżącym potrzebom i celom konkretnego postępowania.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepis § 9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437), który stanowi, że w przypadku umorzenia przez Izbę postępowania odwoławczego w części, zgodnie z art. 522 ust. 4 ustawy, jeżeli odwołanie w pozostałej części zarzutów, których zamawiający nie uwzględnił, zostało przez Izbę oddalone w całości – do ponoszenia i rozliczania kosztów stosuje się odpowiednio § 8 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia, tj. koszty ponosi odwołujący.

Przewodniczący:

.....