

Sygn. akt: KIO 2592/19

WYROK
z dnia 8 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Chudzik

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Województwo Lubelskie,**

przy udziale wykonawcy **Ekoland Polska S.A. z siedzibą w Kraśniku,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Lublinie.**

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Województwo Lubelskie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Usuwanie wyrobów oraz odpadów zawierających azbest z nieruchomości należących (użytkowanych) do osób fizycznych na terenie województwa lubelskiego w latach 2020-2021 z podziałem na 3 części*. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 10 grudnia 2019 r. pod numerem 2019/S 238-583920.

W dniu 20 grudnia 2019 r. wykonawca Środowisko i Innowacje Sp. z o.o. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które wprowadza w błąd co do możliwości wskazania wszystkich potencjalnych składowisk, na obszarze których wykonawca przewiduje unieszkodliwienie odpadów, z uwagi na możliwą sankcję w postaci odrzucenia oferty w przypadku zadeklarowania innych składowisk, niż składowiska uznawane przez Zamawiającego za właściwe, w sytuacji gdy zgodnie z zasadą bliskości wyrażoną w art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach katalog składowisk właściwych może się różnić w przypadku poszczególnych wykonawców, co wynika z wykładni art. 20 ustawy o odpadach;
- 2) naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, które nie daje dostatecznie precyzyjnych informacji i wprowadza w błąd co do możliwości realizacji części zamówienia polegającej na unieszkodliwieniu odpadów w zgodzie z zasadą bliskości, w sytuacji gdy złożenie oferty zgodnej z wymogami SIWZ, prowadzić może do odrzucenia oferty wykonawcy;
- 3) naruszenie 22 ust. 1a i 1b w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez określenie wymogów dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, w oderwaniu od wymogów dotyczących uprawnień w zakresie unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych objętych przedmiotem zamówienia, czyniąc oświadczenie o posiadaniu własnego składowiska lub o obowiązującej umowie ze składowiskiem, dokumentem jakiego może żądać Zamawiający od wykonawców (dokumenty te nie są przewidziane rozporządzeniem wydanym na podstawie art. 25 ust. 2

ustawy Pzp), w sytuacji gdy wykonawca mógłby samodzielnie wykonać część zamówienia polegającą na unieszkodliwieniu odpadów zawierających azbest, w zgodzie z przepisami prawa;

- 4) naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 w zw. z art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez takie opisanie przedmiotu zamówienia, z którego wynika, że jego przedmiotem jest m.in. odbiór, transport i unieszkodliwienie odpadów azbestowych, w sytuacji gdy w rzeczywistości unieszkodliwieniem odpadów zajmować się będzie inny podmiot, co prowadzi do wniosku, że część polegająca na unieszkodliwieniu odpadów, mogłaby zostać potraktowana jako odrębne zamówienie, co powinno przejawiać się w takim skonstruowaniu formularza ofertowego, który będzie obejmował odrębne pozycje dla wyceny poszczególnych części zamówienia, nie zaś zbiorcze ujęcie wszystkich kosztów, na które składają się usunięcie, przygotowanie do transportu, transport, rozładunek i unieszkodliwienie;
- 5) naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 30 ust. 1 pkt 1 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez błędny opis przedmiotu zamówienia w zakresie zał. 1 do SIWZ pkt 1.2, z uwagi na objęcie jednym postępowaniem etapu polegającego na demontażu wyrobów zawierających azbest, czyniąc wykonawcę wytwórcą odpadów niebezpiecznych, z etapem przygotowania do transportu istniejących już odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości, powstałych w okresie poprzedzającym, czyniąc tym samym niniejsze postępowanie nieadekwatnym i mogącym doprowadzić do nieporównywalności cen;
- 6) naruszenie art. 29 ust. 1 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez wprowadzające w błąd określenie wymogów co do unieszkodliwienia odpadów azbestowych, które pozostaje ze sobą niespójne w dokumentacji postępowania, m.in. w treści SIWZ w miejscu przeznaczonym na opis sposobu przygotowania oferty, wprowadzając de facto ukryty warunek udziału w postępowaniu, polegający na oczekiwaniu od wykonawcy wskazania w treści umowy wszystkich możliwych miejsc przetworzenia odpadów, w sytuacji gdy wystarczającym byłyby zapisy odwołujące się do konieczności postępowania z odpadami, w zgodzie z przepisami ustawy o odpadach,
- 7) naruszenie art. 30 ust. 1 i ust. 5 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach, poprzez zaniechanie opisanie środków i zasad służących unieszkodliwianiu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, które dopuszczałoby kierowanie strumienia odpadów na składowisko posiadające możliwości technologiczne i moce przerobowe;

8) naruszenie art. 56 Kodeksu cywilnego w zw. z art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez takie sformułowanie wzorów przyszłych umów, które wywołują skutki odmienne od tych, które założył Zamawiający na podstawie błędnej wykładni przepisów, tj.:

- art. 20 ustawy o odpadach poprzez przyjęcie, że jedynym kryterium „zasady bliskości”, o której mowa w przytoczonym przepisie jest odległość składowiska odpadów od miejsca wytworzenia odpadów, mierzona kilometrami;
- art. 9 ust. 2 pkt 2-7 w zw. z art. 4 pkt 1 lit. a ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez takie ukształtowanie warunków przyszłej umowy o zamówienie publiczne, na mocy których samodzielne realizowanie pełnego zakresu przedmiotu zamówienia publicznego w sposób zgodny z opisem przedmiotu zamówienia, staje się niemożliwym, z uwagi na narzucenie podwykonawcy w zakresie części zamówienia polegającego na unieszkodliwieniu odpadów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) modyfikacji rozdziału XII SIWZ, poprzez usunięcie pkt 2a, a w konsekwencji zastąpienie pkt 3 w załączniku nr 7 do SIWZ treścią oświadczenia składanego przez wykonawców: „Oświadczam, iż usługi polegające na usunięciu, przygotowaniu do transportu, transporcie, unieszkodliwianiu odpadów w toku realizacji niniejszego zamówienia, realizować będziemy w zgodzie z przepisami powszechnie obowiązującymi, w tym w szczególności z przepisami ustawy o odpadach, również w zakresie zasady bliskości”;
- 2) modyfikacji Załącznik nr 7 do SIWZ, poprzez rozbitcie w tabeli nr 1 „Cena oferty”, w pkt 1 i 2 składników cenotwórczych zamówienia, na poszczególne elementy:
 - dla pkt 1:
 - usunięcie odpadów azbestowych;
 - przygotowanie do transportu, załadunek, transport, rozładunek;
 - unieszkodliwienie na składowisku odpadów niebezpiecznych;
 - dla pkt 2:
 - przygotowanie do transportu, załadunek, transport, rozładunek;
 - unieszkodliwienie na składowisku odpadów niebezpiecznych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z Opisem Przedmiotu Zamówienia, rozdział III ust. 1-3 SIWZ: „Na przedmiot zamówienia w zakresie części [...] składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości (...)”. Zgodnie zaś z załącznikiem nr 1 do

SIWZ, Szczegółowy OPZ, pkt 1-3: „Na przedmiot zamówienia w zakresie części [...], składa się w szczególności usługa polegająca na: (1) usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości). (2) przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz (3) unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości min. [...], w tym:

- 1) usunięciu (demontażu), przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, poprzez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest w ilości min. [...], z podziałem na lata: a) min. [...] w 2020 r. oraz b) pozostałej ilości w roku 2021;
- 2) przygotowaniu do transportu (w tym zapakowaniu), załadunku, transporcie oraz unieszkodliwieniu odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości w ilości min. [...], z podziałem na lata: a) min. [...] w 2020 r. oraz b) pozostałej ilości w roku 2021.”

Ust. 4 pkt 5 OPZ: Wszystkie ilości zdemontowanych odpadów zawierających azbest ujętych w kartach przekazania odpadu od osób fizycznych przekazywane są do unieszkodliwienia na właściwe składowisko odpadów. Dokumentem potwierdzającym przekazanie zdemontowanych odpadów zgodnie z obowiązującymi przepisami jest Karta przekazania odpadu na składowisko (zbiorcza).

Ust. 5 pkt 9 OPZ: „Przekazanie odpadów azbestowych na składowisko przeznaczone do unieszkodliwiania tego rodzaju odpadów. uporządkowanie oraz oczyszczenie z pyłu azbestowego terenu prowadzonych prac wraz z zapleczem z zachowaniem właściwych przepisów technicznych i sanitarnych.”

§ 6 wzorów umów:

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.
2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określona w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019poz. 701, z późn. zm.).
3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod

warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych."

Dalej Odwołujący wskazał, że warunki udziału w postępowaniu, dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej określono w Rozdziale V ust. 1 SIWZ. Zgodnie z Rozdziałem XII ust. 2a SIWZ: „Wykonawca w ofercie poda adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wystania ogłoszenia o zamówieniu tj. 06-12-2019 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w 5 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę."

Zdaniem Odwołującego analiza powyższego fragmentu SIWZ pozwala na przypuszczenie, że Zamawiający wprowadza w ten sposób wymóg kierowania odpadów do unieszkodliwienia, na obszarze z góry określonego składowiska odpadów niebezpiecznych.

Odwołujący stwierdził, że postępowanie o analogicznym przedmiocie zamówienia prowadzone było przez Zamawiającego w roku ubiegłym, wszczęte w dniu 17 kwietnia 2018 r. W dwóch na trzy części, postępowanie zakończyło się na korzyść Odwołującego, który z powodzeniem w dalszym ciągu realizuje zamówienie. W roku bieżącym nie jest to również pierwsze postępowanie o analogicznym przedmiocie zamówienia organizowane przez Zamawiającego. W dniu 15 lipca 2019 r., Zamawiający wszczął analogiczne postępowanie, które – z uwagi na analogiczne postanowienia SIWZ – zakończyło się unieważnieniem z powodu braku ofert niepodlegających odrzuceniu. Powodem odrzucenia ofert w było wówczas wskazanie niewłaściwego składowiska do unieszkodliwienia odpadów w rozumieniu zasady bliskości wyrażonej w art. 20 ustawy o odpadach albo wskazanie jedynie części składowisk, z tych które należało wskazać w treści oferty. Tym samym Zamawiający doprowadził do zaistnienia w treści SIWZ unieważnionego postępowania takich

postanowień, które nie są dostatecznie precyzyjne, wprowadzają wykonawców w błąd co do możliwości realizacji zamówienia w zakresie części dotyczącej unieszkodliwienia odpadów oraz utrudniają uczciwą konkurencję.

Odwołujący podał, że w dniu 15 lipca 2019 r., Zamawiający wszczął analogiczne postępowanie. W toku postępowania, w wyniku wniosków wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, kilkakrotnie zmianie ulegała treść SIWZ. Postępowanie zostało unieważnione w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu. W unieważnionym postępowaniu dla części 1-3 zamówienia złożone zostały trzy oferty przez wykonawców. W przypadku oferty nr 2 i 3, powodem odrzucenia była niezgodność treści oferty z SIWZ. Odrzucając ww. oferty Zamawiający podał, że rozumie „zasadę bliskości” jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Każde składowisko odpadów azbestowych musi spełniać te same wymagania przewidziane przepisami prawa, a co za tym idzie odpady winny być przetwarzane najbliżej miejsca ich powstania.

Odwołujący podniósł, że z powyższego wynika interpretacja zasady bliskości po stronie Zamawiającego, którą rozumie ją jako obowiązek dostarczenia odpadów na składowisko znajdujące się najbliżej konkretnego miejsca powstania odpadów. Dodatkowo Zamawiający wskazał wprost, że składowisko zarządzane przez Odwołującego, w jego ocenie nie odpowiada zasadzie bliskości. W tym miejscu należy przypomnieć, że Odwołujący realizuje analogiczny przedmiot Zamówienia u tego samego Zamawiającego. Do tej pory Zamawiający nie podważył sposobu postępowania Odwołującego z odpadami.

W ocenie Odwołującego Zamawiający błędnie interpretuje powyższą zasadę, która znajduje zastosowanie do innych kategorii odpadów niebezpiecznych, w szczególności zaś odpadów medycznych, o czym mowa w art. 20 ust. 3-6 ustawy o odpadach. Generalna reguła stanowiąca o zasadzie bliskości, określona została w art. 20 ust. 1-2 ustawy o odpadach, które wskazują na konieczność przetwarzania odpadów w miejscu ich wytworzenia, a w przypadku braku takiej możliwości – przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. Odwołujący zaznaczył, że przetwarzanie odpadów ma znacznie szerszy charakter niż jego unieszkodliwienie, które może być jednym z elementów procesu jakim jest przetwarzanie.

Odwołujący podniósł, że z tak określonej treści dokumentacji postępowania oraz decyzji podejmowanych przez Zamawiającego w poprzednim postępowaniu wynika, że

wykonawca zobowiązany zostaje do kierowania odpadów celem ich unieszkodliwienia, do konkretnego składowiska. Takie rozwiązanie powoduje naruszenie art. 29 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, które swoim zakresem obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie frakcji odpadów niebezpiecznych jakimi są odpady azbestowe, przy jednoczesnym uzależnieniu odrzucenia lub wyboru oferty, od przewidzenia, które składowiska odpadów Zamawiający uznał za spełniające wymogi zasady bliskości. Tym samym zapis ogranicza konkurencję i pośrednio narzuca wykonawcy konkretnego podwykonawcę w zakresie zagospodarowania odpadów azbestowych – zagospodarowanie (unieszkodliwienie) odpadów stanowi część przedmiotu zamówienia i wynika wprost z OPZ. Mimo braku wskazania nazw firm zarządzających właściwymi w ocenie Zamawiającego składowiskami w treści SIWZ, można dojść do wniosku, że dyspozycja wyrażona w art. 29 ust. 3 ustawy Pzp także została w tym wypadku spełniona.

Odwołujący stwierdził, że w orzecznictwie Izby wskazuje się na szerokie rozumienie zasady bliskości (sygn. akt KIO 1534/13, KIO 1378/13), prowadzące od wniosku, że zasada bliskości nie może być rozumiana, jako fizyczna odległość (ilość kilometrów) instalacji od miejsca wytwarzania odpadów, co prowadziłoby do naruszenia konkurencyjności w postępowaniach o udzielenie zamówienia

Odwołujący powołał się na art. 16 ust. 1 i 3 Dyrektywy 2008/98/WE, który stanowi: „Państwa członkowskie stosują właściwe środki, we współpracy z innymi państwami członkowskimi, jeżeli jest to konieczne lub pożądane, aby ustanowić zintegrowaną wystarczającą sieć instalacji do unieszkodliwiania odpadów i instalacji do odzysku zmieszanych odpadów komunalnych zebranych z gospodarstw domowych, uwzględniającą przypadki, w których zbieranie takie obejmuje również takie odpady od innych wytwórców, z uwzględnieniem najlepszych dostępnych technik. (...) Sieć powinna umożliwiać unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów, o których mowa w ust. 1, w jednej z najbliższej położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego”. Zdaniem Odwołującego powyższe przesądza o konieczności wykładania „zasady bliskości” w sposób, który nakazuje uwzględnianie poza odległością także kwestie dotyczące najodpowiedniejszych metod i technologii, zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska i zdrowia publicznego. Ponadto z treści przepisu wynika, że unieszkodliwianie powinno się odbywać w jednej z najbliższej położonych instalacji, nie zaś wyłącznie najbliższej oraz uwzględniać pozostałe kryteria.

Odwołujący dodał, że zasada bliskości wyrażona w art. 20 ustawy o odpadach nie ma charakteru bezwzględny. Literalne brzmienie przepisu pozostawia nawet odpady zawierające azbest, poza obszarem regulacji. Biorąc pod uwagę zakres zamówienia,

obejmujący ok. 40.000 ton odpadów, w połączeniu z mocami przerobowymi składowiska w Kraśniku i pozostałych, wskazanych w decyzji o odrzuceniu ofert w unieważnionym postępowaniu (m.in. wskazano składowiska, które nie przyjmują już odpadów lub przyjmują maksymalnie kilka ton dziennie, w sytuacji gdy jeden transport Odwołującego liczy nawet do 26 ton jednego dnia), dopuszczalność określenia kilku składowisk, np. na wypadek awarii, przestoju czy innych zdarzeń losowych, w przypadku niniejszego postępowania, powinno zostać uznane za korzystne.

Odwołujący podniósł, że bezwzględna zasada bliskości odnosiła się do kategorii odpadów określonych w art. 20 ust. 7 i n., który stanowił, że zakazuje się przetwarzania: zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, odpadów zielonych – poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone. W powyższym wykazie brak jest odpadów niebezpiecznych zawierających azbest. Oznacza to, że zasada bliskości doznaje odstępstwa w przypadku niektórych kategorii odpadów. Jeśli wykonawcy postępują w zgodzie z art. 21 ustawy o odpadach oraz transportują odpady w sposób przewidziany w art. 24 ust. 2, transport i przetwarzanie takich odpadów poza granicami obszaru, na którym zostały wytworzone, uznać należy za w pełni dopuszczalny.

Dodatkowo Odwołujący – w kontekście najlepszej dostępnej techniki, technologii, składających się na zasadę bliskości – powołał się na, warto odnieść się do treści art. 160-162 ustawy Prawo ochrony środowiska, w szczególności art. 162 ust. 9 tej ustawy, zgodnie z którym sposób postępowania z eliminowanymi substancjami stwarzającymi szczególne zagrożenie dla środowiska, a także instalacjami i urządzeniami, w których są lub były one wykorzystywane, określają przepisy ustawy o odpadach. Wskazał, że treść Działu VII ustawy o odpadach, wskazuje na szczególne zasady gospodarowania niektórymi rodzajami odpadów, jest w nim mowa głównie o kategoriach odpadów sprawiających szczególne zagrożenie. Względem azbestu, podobnie jak w przypadku art. 20 ustawy Pzp, nie przewidziano specjalnych wymogów.

Odwołujący przedstawił okoliczności, które jego zdaniem mogą przemawiać za obowiązywaniem zasady bliskości w stosunku do jego składowiska, mieszczącego się w miejscowości Dobrów:

- 1) Godziny pracy składowiska – do ostatniego samochodu trwają prace rozładunkowe. Składowisko jest przygotowane do świadczenia usług rozładunku zawsze w godzinach dogodnych dla kierowców obsługujących usługę transportu.

- 2) Priorytet w rozładunku własnych dostaw. Pojazdy własne obsługiwane są w trybie natychmiastowym celem zapewnienia lepszej rotacji i wydajności, optymalizacji kosztów.
- 3) Ładunek jest rozładowywany niezwłocznie po dotarciu na składowisko, co nie wpływa na zużycie pojazdów, poprzez np. ich obciążanie ładunkiem w czasie postoju lub w czasie noclegu na obcy parking.
- 4) Brak potrzeby zapewnienia noclegu dla kierowcy poza miejscem zamieszkania.
- 5) Możliwość serwisowania i drobnych napraw pojazdów podczas ich pobytów w Dobrowie, gdzie jest również cała baza transportowa.
- 6) Dostęp do własnego paliwa - niższa cena, w stosunku do cen na stacja paliwowych. Odwołujący korzystając z rozwiązań dostaw paliw dla swoich maszyn i floty, z racji skali, korzysta ze znacznych rabatów w cenie paliw, co optymalizuje zarówno koszty transportu i czas pracy kierowcy, unikającego postoi na stacjach paliw jak i doliczania kilometrów do swojej trasy celem dojechania do takiej stacji.
- 7) Łatwość rotacji kierowców.
- 8) Elastyczne cykle rozliczeń za składowiskiem – dostosowane do harmonogramu projektu.
- 9) Ewentualne oczekiwanie na rozładunek odbywa się na terenie zarządzanym przez operatora składowiska w Dobrowie, poza zasięgiem osób postronnych, z dala od siedlisk ludzkich i terenów rolnych.
- 10) Kierowcy posiadają dostęp do sanitariatów.
- 11) Drogi i place manewrowe zapewniają prostą komunikację.

Odwołujący stwierdził, że według jego wiedzy składowisko w Kraśniku, mimo statusu ogólnodostępnego, w sposób rażąco ogranicza i utrudnia dostępność do swoich usług np. poprzez brak możliwości rozładunku w godzinach popołudniowych lub w soboty. Pracownicy składowiska nie oczyszczają powierzchni ładunkowej rozładowanego pojazdu, cedując ten obowiązek na kierowcę, co w przypadku kierowców firm spedycyjnych może stanowić wykroczenie, gdyż takowi w większości nie posiadają odpowiednich szkoleń i zabezpieczeń osobistych jak np. maski i kombinezony. Wprost takie działanie ogranicza i eliminuje znaczącą część firm transportowych mogących świadczyć usługi odpadu azbestowego. Ponadto sam proces rozładunku jest powolny, a rozładunek odpadu spakowanego w worki np. typu BigBag jest sporym utrudnieniem dla sprzętu rozładunkowego. Cały proces deponowania odpadu, jego logistyka na składowisku, przebiega powolnie, generując przestoje.

Odwołujący wskazał również, że według jego wiedzy składowisko odpadów, które jako jedyne jest w stanie zrealizować przedmiot zamówienia i sprostać wymaganym przez OPZ mocom przerobowym na obszarze Województwa Lubelskiego jest składowisko znajdujące się w Kraśniku, zarządzane przez EKO-AZBEST sp. z o.o. Istotne dane wynikają

również ze stron internetowych bazy azbestowej. Zgodnie z informacjami zawartymi na stronach, z terenu woj. Lubelskiego, w dalszym ciągu pozostaje do odbioru ponad 1 mln ton odpadów azbestowych. <https://www.bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/zestawienie-statystyczne> <https://www.bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/wvkres-aktywnosci-qmin> Zdaniem Odwołującego z powyższego wynika, że po realizacji niniejszego zamówienia, składowisko w Kraśniku nie będzie w stanie przyjąć żadnych dodatkowych odpadów zawierających azbest.

Odwołujący podniósł, że zaskarżone brzmienie SIWZ oznacza zawężenie konkurencji w ramach Województwa Lubelskiego do jednego tylko podmiotu zdolnego zrealizować niniejsze zamówienie, w zakresie w jakim dotyczy unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest. Spółka zarządzająca składowiskiem składając ofertę będzie miała jednocześnie preferencyjne stawki, mogąc jednocześnie narzucać wyższe innym wykonawcom, co w praktyce uniemożliwi złożenie konkurencyjnej oferty. Nawet w przypadku nie złożenia oferty w postępowaniu o zamówienie przez rzeczony podmiot, może się okazać, że na mocy postanowień umownych, będzie on jedynym dostępnym podwykonawcom do realizacji części zamówienia polegającego na unieszkodliwieniu odpadów. Odwołujący stwierdził, że dopuszczenie także innych składowisk do unieszkodliwiania odpadów zawierających azbest, ułatwi możliwości przyjmowania przez składowisko w Kraśniku odpadów azbestowych, także ze źródeł innych niż wynikające z niniejszego zamówienia. Przyjęcie bowiem odpadów w ilościach przewidzianych w niniejszym zamówieniu, doprowadzi do osiągnięcia górnego limitu mocy przerobowych składowiska.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego zmniejszenia zakresu zamówienia o zagospodarowanie, przy jednoczesnym zachowaniu kosztów po stronie wykonawcy Odwołujący wskazał, że z treści dokumentacji postępowania wynika, że przedmiotem zamówienia dla wszystkich 3 części będzie: usunięcie (demontaż), przygotowanie do transportu (w tym zapakowanie), załadunek, transport, unieszkodliwienie na składowisku odpadów niebezpiecznych – wyrobów zawierających azbest.

Odwołujący podniósł, że mimo treści SIWZ i OPZ wydaje się, że postanowienia wzorów umów, które narzucają kierowanie odpadów azbestowych do wskazanej instalacji, w praktyce powodują konieczność zawarcia umowy ze składowiskiem oraz skalkulowania w ofercie kierowanej do Zamawiającego, stawek uzyskanych od składowiska, za unieszkodliwienie 1 tony odpadów azbestowych. Zamawiający nie ma uprawnień, na mocy których umożliwi realizację części zamówienia w zakresie zagospodarowania odpadów niebezpiecznych, tylko jednemu wykonawcy. Podobne rozwiązanie można uznać za

dopuszczalne w sytuacji, gdy przedmiot zamówienia nie obejmowałby unieszkodliwienie na składowisku odpadów niebezpiecznych. W takiej sytuacji, w wyniku zawężonego zamówienia, Zamawiający mógłby wskazać, np. składowisko, którego jest właścicielem, względnie przeprowadzić osobne postępowanie na składowanie odpadów niebezpiecznych. W takim wypadku wykonawca nie musiałby kalkulować w ofercie również kosztów zagospodarowania. Koszty te będą wynikiem umowy zawartej przez Wykonawcę z podmiotem, który równolegle może ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Odwołujący dodał, że ustalenie zasad postępowania w powyższy sposób może prowadzić do niegospodarnego wydatkowania środków publicznych przez Zamawiającego, z uwagi na całkowitą likwidację konkurencji na obszarze objętym zamówieniem, w zakresie stanowiącym część przedmiotu zamówienia jakim jest zagospodarowanie (unieszkodliwienie) odpadów zawierających azbest.

W zakresie zarzutu naruszenie art. 30 ust. 1 i 5 ustawy Pzp w zw. z art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o odpadach Odwołujący wskazał, że Zamawiający określił możliwość stosowania rozwiązań równoważnych. Rozwiązanie równoważne mogłoby polegać na możliwości zaoferowania przedmiotu zamówienia o nie gorszych parametrach technicznych, konfiguracjach, wymaganiach normatywnych itp. Jednocześnie Zamawiający nie doprecyzował na czym miałyby polegać rozwiązania równoważne w przypadku niniejszego zamówienia. Zasadnym wydaje się więc wniosek, że zaoferowanie Zamawiającemu zagospodarowania (unieszkodliwiania) odpadów w ramach innego składowiska niż wskazano w treści wzoru umowy, które jednocześnie w żaden sposób nie odbiegałoby technologicznie czy technicznie, wydajnościowo (szybkość i moce przerobowe), funkcjonalność (korzystne godziny otwarcia składowiska) oraz oferowałoby wyższy poziom ochrony środowiska (brak konieczności zabezpieczenia przed wtórną emisją) powinno być przez Zamawiającego pożądanym. Zamawiający nie określił jednak specjalnych wymogów, przykładowo poprzez wskazanie określonych wymogów środowiskowych czy też w zakresie wydajności czy funkcjonalności. Niemniej jednak przewidział możliwość rozwiązań równoważnych. Określenie wymagań przewidzianych w art. 30 ust. 1 pkt 1 w stosunku do składowiska w połączeniu z przewidzianym przez Zamawiającego zapisem dotyczącym rozwiązań równoważnych, umożliwiłyby zaoferowanie realizacji części Zamówienia polegającej na zagospodarowaniu odpadów, w instalacji alternatywnej, odpowiadającej swoimi rozwiązaniami instalacji określonej we wzorze umowy.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i dowody przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że Odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej niemożliwości skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Odnosząc się do kwestionowania przez Zamawiającego legitymacji Przystępującego do wniesienia odwołania Izba po pierwsze oddaliła wniosek o odrzucenie odwołania jako złożonego przez podmiot nieuprawniony. Odnosząc się do tego wniosku podkreślić należy, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem prezentowanym w orzecznictwie przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp mają charakter materialnoprawny, a ich ewentualne niespełnienie nie skutkuje odrzuceniem odwołania, ale jego oddaleniem. Niezależnie od powyższego Izba stwierdziła, że Odwołującemu nie sposób odmówić legitymacji do wniesienia odwołania. Zauważenia wymaga, że w przypadku odwołań dotyczących postanowień SIWZ szkoda wykonawcy ma ze swej natury charakter hipotetyczny, a interes w uzyskaniu zamówienia można przypisać każdego wykonawcy deklarującemu zainteresowanie udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia, dla którego postanowienia SIWZ mogą być potencjalnie niekorzystne.

W związku z powyższym Izba rozpoznała odwołanie merytorycznie i stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zgodnie z rozdziałem III SIWZ:

1. na przedmiot zamówienia w zakresie części 1 – Powiaty: łukowski, rycki, radzyński, parczewski, lubartowski, bialski, Miasto Biała Podlaska, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,330 Mg;
2. na przedmiot zamówienia w zakresie części 2 - Powiaty: puławski, opolski, lubelski, Miasto Lublin, świdnicki, łęczyński, krasnostawski, włodawski, chełmski, Miasto Chełm, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku,

transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,330 Mg;

3. na przedmiot zamówienia w zakresie części 3 - Powiaty: kraśnicki, janowski, biłgorajski, hrubieszowski, tomaszowski, zamojski i Miasto Zamość, składa się w szczególności usługa polegająca na: usunięciu odpadów azbestowych (demontażu wyrobów azbestowych z dachu oraz usunięciu odpadów azbestowych zalegających na terenie nieruchomości), przygotowaniu do transportu, załadunku, transporcie, rozładunku oraz unieszkodliwieniu na składowisku odpadów niebezpiecznych w ilości 11 333,340 Mg.

W rozdziale XII pkt 2a SIWZ Zamawiający sformułował następujące postanowienie: *Wykonawca w ofercie poda adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest z uwzględnieniem wszystkich możliwych miejsc ich powstania dla danej części postępowania. Składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Wskazane w ofercie składowiska muszą figurować w wykazie składowisk zamieszczonym w „Bazie Azbestowej” na stronie <https://bazaazbestowa.gov.pl/pl/usuwanie-azbestu/skladowiska> jako ogólnodostępne na dzień wysłania ogłoszenia o zamówieniu tj. 06-12-2019 r. (Wykaz w załączniku nr 8 do SIWZ). Zamawiający odrzuci ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli Wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wymogom określonym w § 6 Załącznika nr 3 do SIWZ wzoru umowy. Jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.*

Zgodnie z § 6 wzorów umów:

1. Wykonawca, który nie jest właścicielem/zarządcą/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, oświadcza, że posiada własne składowisko odpadów azbestowych lub obowiązującą umowę z zarządzającym/administratorem składowiska odpadów niebezpiecznych, na którym dopuszczone jest składowanie odpadów zawierających azbest.
2. Składowisko odpadów, o którym mowa w niniejszej umowie, powinno być położone w stosunku do miejsca wytworzenia odpadu, zgodnie z zasadą bliskości określoną w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2019 poz. 701, z późn. zm.).
3. Wykonawca jest uprawniony do unieszkodliwienia odpadów zawierających azbest na składowisku, o ile odpowiada ono wymogom określonym w ustawie o odpadach oraz pod warunkiem, że transport tych odpadów w celu ich unieszkodliwienia odbywa się w zgodzie

z art. 24 ust. 2 ustawy o odpadach oraz zgodnie z przepisami ustawy o przewozie towarów niebezpiecznych.

W Formularzu ofertowym (załącznik nr 7 do SIWZ) Zamawiający wymagał podania ceny w rozbiciu na następujące elementy:

- usunięcie (demontaż), przygotowanie do transportu (w tym zapakowanie), załadunku, transport oraz unieszkodliwienie na składowisku odpadów niebezpiecznych wyrobów zawierających azbest, poprzez likwidację pokryć dachowych zawierających azbest,
- przygotowanie do transportu (w tym zapakowanie), załadunku, transport oraz unieszkodliwienie odpadów zawierających azbest na składowisku odpadów niebezpiecznych, zalegających na terenie nieruchomości

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów stanowiących, że:

- art. 7 ust. 1 ustawy Pzp: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.
- art. 29 ustawy Pzp: 1. Przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję. 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy "lub równoważny". 3. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać 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, chyba że jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia i zamawiający nie może opisać przedmiotu zamówienia za pomocą dostatecznie dokładnych określeń, a wskazaniu takiemu towarzyszą wyrazy „lub równoważny”.
- art. 22 ustawy Pzp: ust. 1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania

- zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Ust. 1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej.
- art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp: W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, (...) zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
 - art. 30 ust. 1 ustawy Pzp określający sposoby opisanie przedmiotu zamówienia i art. 30 ust. 5 ustawy Pzp zgodnie z którym jeżeli dane oznakowanie, które spełnia warunki określone w ust. 1 pkt 2–5, zawiera również wymagania niezwiązane z przedmiotem zamówienia, zamawiający nie może żądać tego oznakowania. W takim przypadku zamawiający może opisać przedmiot zamówienia przez odesłanie do tych wymagań oznakowania lub, w razie potrzeby, do tych jego części, które są związane z przedmiotem zamówienia i są odpowiednie dla określenia cech zamawianych robót budowlanych, dostaw lub usług.
 - art. 56 Kc: Czynność prawna wywołuje nie tylko skutki w niej wyrażone, lecz również te, które wynikają z ustawy, z zasad współżycia społecznego i z ustalonych zwyczajów.
 - art. 20 ustawy o odpadach: 1. Odpady, z uwzględnieniem hierarchii sposobów postępowania z odpadami, w pierwszej kolejności poddaje się przetwarzaniu w miejscu ich powstania. 2. Odpady, które nie mogą być przetworzone w miejscu ich powstania, przekazuje się, uwzględniając hierarchię sposobów postępowania z odpadami oraz najlepszą dostępną technikę, o której mowa w art. 207 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, lub technologię, o której mowa w art. 143 tej ustawy, do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być przetworzone. 3. Zakazuje się: 1) stosowania komunalnych osadów ściekowych, 2) unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych – poza obszarem województwa, na którym zostały wytworzone. 4. Zakazuje się przywozu na obszar województwa odpadów, o których mowa w ust. 3, wytworzonych poza obszarem tego województwa, do celów, o których mowa w ust. 3. 5. Komunalne osady ściekowe mogą być stosowane na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, jeżeli odległość od miejsca wytwarzania odpadów do miejsca stosowania położonego na obszarze innego województwa jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na

obszarze tego samego województwa. 6. W przypadku unieszkodliwiania zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych, przepis ust. 5 stosuje się odpowiednio. Dopuszcza się unieszkodliwienie zakaźnych odpadów medycznych i zakaźnych odpadów weterynaryjnych na obszarze województwa innego niż to, na którym zostały wytworzone, w najbliższej położonej instalacji, w przypadku braku instalacji do unieszkodliwiania tych odpadów na obszarze danego województwa lub gdy istniejące instalacje nie mają wolnych mocy przerobowych.

- art. 9 ust. 2 pkt 2-7 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów: 2. Nadużywanie pozycji dominującej polega w szczególności na: 2) ograniczeniu produkcji, zbytu lub postępu technicznego ze szkodą dla kontrahentów lub konsumentów; 3) stosowaniu w podobnych umowach z osobami trzecimi uciążliwych lub niejednorodnych warunków umów, stwarzających tym osobom zróżnicowane warunki konkurencji; 4) uzależnianiu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę innego świadczenia, niemającego rzeczowego ani zwyczajowego związku z przedmiotem umowy; 5) przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji; 6) narzucaniu przez przedsiębiorcę uciążliwych warunków umów, przynoszących mu nieuzasadnione korzyści; 7) podziale rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych.

Mimo rozdrobnienia kwalifikacji prawnych zarzutów odwołania zauważyć należy, że wszystkie te zarzuty dotyczą wymagań Zamawiającego dotyczących składowiska odpadów, na których dokonywane będzie unieszkodliwianie odpadów azbestowych. Niektóre z tych kwalifikacji prawnych są w ocenie Izby niezrozumiałe, jako że trudno je powiązać z okolicznościami faktycznymi stanowiącymi podstawę zarzutów. Dotyczy to w szczególności 22 ust. 1a i 1b w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1, jak również art. 30 ust. 1 i 5 ustawy Pzp. Niezależnie jednak od niezasadnego i zbędnego rozdrobnienia podstaw prawnych zarzutów, wszystkie one sprowadzały się do kwestionowania wymagań dotyczących składowiska odpadów, na których wykonawca będzie utylizował odpady azbestowe.

Zarzuty odwołania sprowadzają się do zakwestionowania wprowadzonego przez Zamawiającego wymogu wskazania w ofercie składowisk w których nastąpi utylizacja azbestu oraz uprawnienia Odwołującego do odrzucenia oferty w sytuacji, gdy składowiska te nie będą odpowiadać wymogom określonym w przepisach prawa (jednym z takich wymogów jest zasada bliskości). W ocenie Izby tak określony wymóg nie narusza żadnego z przywołanych w odwołaniu przepisów prawa. Natomiast stanowisko Odwołującego, na którym bazuje całość zarzutów odwołania, opiera się na niezgodnej ze stanem faktycznym tezie, jakoby Zamawiający dopuścił możliwość utylizacji odpadów azbestowych tylko na z góry określonych przez siebie składowiskach, do których nie należy składowisko, jakim

dysponuje Odwołujący. Twierdzenie takie nie ma żadnego oparcia w postanowieniach SIWZ. W żadnym z tych postanowień nie wskazano bowiem (ani też nie można z nich wyprowadzić takiego wniosku), że Zamawiający przesądził, które składowiska będzie uznawać za właściwe. Teza ta jest niezgodna ze stanem faktycznym ustalonym przez Izbę. Wyraźnego zaznaczenia wymaga, że Zamawiający wskazał w SIWZ jedynie, że wykonawca ma obowiązek podać w ofercie adresy oraz firmy wszystkich składowisk w których przewiduje dokonanie ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zawierających azbest oraz że składowiska te muszą odpowiadać wymogom określonym w ustawie o odpadach, w tym w zgodzie z narzuconą tymi przepisami zasadą bliskości. Dodatkowo Zamawiający przewidział sankcję odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, jeżeli wykonawca nie poda adresów oraz firm wszystkich składowisk lub jeżeli zadeklarowane składowiska nie będą odpowiadały wskazanym wymogom.

Odnosząc się do tak sformułowanego postanowienia wskazać należy, że Zamawiający ma pełne prawo oczekiwać wskazania w ofercie, w jakich składowiskach będzie przeprowadzana utylizacja odpadów azbestowych. Jest to istotny aspekt sposobu wykonywania przedmiotu zamówienia i Zamawiający ma oczywiste prawo do zweryfikowania, już na etapie badania oferty, czy będzie to odpowiadać obowiązującym przepisom, w tym zasadzie bliskości, której zastosowanie nie zależy od woli Zamawiającego, lecz wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa. Jednocześnie Zamawiający nie przedstawił w SIWZ żadnej własnej interpretacji tej zasady. Co do sankcji w postaci odrzucenia oferty, również należy ją uznać za oczywistą konsekwencję niespełnienia wymagań w przedmiotowym zakresie. Tymczasem Odwołujący sformułował żądanie zmierzające do tego, że Zamawiający nie mógłby powziąć z oferty wiedzy na temat tego, gdzie będą przekazywane odpady azbestowe, co w rezultacie pozbawiałoby Zamawiającego możliwości weryfikacji, czy nastąpi to w zgodzie z przepisami ustawy o odpadach.

Za nieuprawnione należy uznać stanowisko Odwołującego, który kwestionuje postanowienia SIWZ powołując się na decyzje podjęte przez Zamawiającego w innych postępowaniach przetargowych. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że podstawą oceny zasadności zarzutów może być tylko i wyłącznie treść SIWZ obowiązująca w postępowaniu, w którym wniesiono odwołanie, i jej zgodność z przepisami prawa. Nie może natomiast świadczyć o zasadności zarzutów przewidywany przez Odwołującego przebieg dalszych etapów postępowania przetargowego, w tym jego założenia co do przewidywanego sposobu interpretacji zasady bliskości. Jeżeli obowiązujące w obecnym postępowaniu postanowienia SIWZ nie zawierają zapisów niezgodnych z przepisami ustawy, to nie można uwzględnić odwołania z powołaniem się na mniejsze czy większe prawdopodobieństwo, że Zamawiający dokona oceny ofert niezgodnie z tymi przepisami,

przyjmując za podstawę zdarzenia z postępowań prowadzonych w przeszłości. W związku z tym nieprzydatne dla rozpoznania sprawy są złożone przez Odwołującego dowody z dokumentacji z innych, prowadzonych wcześniej przez Zamawiającego postępowań przetargowych.

W związku z powyższym zaskarżone postanowienia nie mogą być uznane za naruszające konkurencję przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu tylko wykonawców dysponujących konkretnym składowiskiem odpadów, niezasadne są również zarzuty będące konsekwencją upatrywanego przez Odwołującego w tych postanowieniach naruszenia konkurencji. Jeszcze raz wyraźnego podkreślenia wymaga, że Zamawiający nie określił w tym zakresie żadnych wymagań dalej idących, niż te, które wynikają z przepisów obowiązującego prawa, w szczególności nie dopuścił do możliwości utylizacji odpadów przez tylko jednego wykonawcę. Nie ma również podstaw twierdzić, że utylizacja odpadów azbestowych będzie musiała być dokonywana przez inny podmiot niż wykonawca przedmiotowego zamówienia. Ponadto postanowień tych nie sposób też uznać za nieprecyzyjne, stanowią one bowiem wprost odwołanie się do przepisów ustawy o odpadach.

Podobnie zarzut dotyczący rozwiązań równoważnych jest konsekwencją bezpodstawnego twierdzenia, że Zamawiający dopuścił możliwość skorzystania z konkretnego składowiska odpadów azbestowych. Skoro takiego wskazania w treści SIWZ nie ma, to twierdzenie o konieczności dopuszczenia możliwości zagospodarowania (unieszkodliwiania) odpadów w ramach innego składowiska niż wskazano w treści wzoru umowy, jest bezprzedmiotowe. Treść umowy odwołuje się bowiem tylko do wymagań wynikających z ustawy o odpadach.

Zarzuty odwołania, jak przyznał sam Odwołujący podczas rozprawy, zmierzały do uzyskania przez Odwołującego pewności, czy składowisko, którym wykonawca ten dysponuje, będzie uznane za prawidłowe. Odnosząc się do tego stanowiska podkreślić należy, że środki ochrony prawnej składane na etapie przed składaniem ofert, nie mogą być traktowane jako służące uprzedniemu przesądzeniu przez Izbę, jak zostanie zweryfikowana oferta konkretnego wykonawcy. Skoro zaskarżone postanowienia w sposób precyzyjny i nienaruszający konkurencji odwołują się do określonych przepisów prawa, to zastosowanie tych przepisów będzie zadaniem Zamawiającego na etapie badania ofert i wówczas, w przypadku dokonania niekorzystnej dla Odwołującego oceny, będzie mu przysługiwać prawo do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia oferty, co do której Zamawiający będzie musiał przedstawić wyczerpującą argumentację, podlegającą ocenie w postępowaniu odwoławczym. Nie jest natomiast rolą Izby, aby jeszcze przed złożeniem oferty w zastępstwie Zamawiającego dokonywać oceny jej potencjalnej treści i uprzednio

przesądzać o jej zgodności z wymaganiami Zamawiającego. W tym kontekście zarzuty odwołania należy uznać za przedwczesne, a w konsekwencji za niezasadne.

Niezależnie od powyższego należy zwrócić dodatkową uwagę na niezasadność żądania dotyczącego modyfikacji rozbicia cen w formularzu ofertowym, które nie zostało w żaden sposób uzasadnione. Wątpliwe jest powiązanie tego żądania z konkretnymi zarzutami odwołania, ponadto nie wiadomo nawet, jakie konsekwencje faktyczne i prawne miałyby mieć wnioskowana zmiana.

Podsumowując należy stwierdzić, że zaskarżone postanowienia nie zawierają zapisów ograniczających możliwość skorzystania ze składowisk w sposób zgodny z przepisami prawa. Wręcz przeciwnie, postanowienia te wskazują, że jedynym wymogiem Zamawiającego jest to, aby przekazywanie odpadów do utylizacji odbywało się zgodnie z przepisami prawa. Prezentowana przez Odwołującego interpretacja zasady bliskości, której Odwołujący spodziewa się po Zamawiającym, nie ma oparcia w dokumentacji postępowania, odwołanie stanowi polemikę z nieistniejącym w tym postępowaniu (niewyrażonym w SIWZ) stanowiskiem Zamawiającego. Ocenianie konkretnych składowisk pod kątem spełniania zasady bliskości na tym etapie postępowania należy uznać za przedwczesne.

Odnosząc się do pozostałych dowodów złożonych przez Odwołującego, dotyczących w szczególności sposobu funkcjonowania i mocy przerobowych poszczególnych składowisk, ponownie podkreślić należy, że wobec niewskazania w postanowieniach SIWZ składowisk, które Zamawiający dopuszcza, ocenianie poszczególnych składowisk jest na obecnym etapie postępowania całkowicie bezprzedmiotowe. W tej sytuacji na marginesie jedynie zauważyć należy, że zgodnie z rozdziałem XII pkt 2a SIWZ, jeżeli z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, wskazane składowisko nie będzie w stanie przyjąć odpadów azbestowych na etapie realizacji umowy, zostaną one przekazane na składowisko zajmujące się unieszkodliwianiem odpadów azbestowych, znajdujące się najbliżej składowiska wskazanego przez Wykonawcę.

Wobec niestwierdzenia naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, odwołanie podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), stosownie do wyniku postępowania obciążając kosztami postępowania Odwołującego.

Przewodniczący: