

Sygn. akt: KIO 759/13

POSTANOWIENIE
z dnia 11 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff
Członkowie: Justyna Tomkowska
Paweł Trojan

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron w dniu **11.04.2013 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **02.04.2013 r.** przez **ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Psary, ul. Malinowicka 4, 42-512 Psary**

postanawia:

- 1. umorzyć postępowanie odwoławcze;**
- 2. nakazuje zwrot z rachunku bankowego Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza kwoty 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącej uiszczony wpis od odwołania.**

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na: „*Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Psary*”, zostało wszczęte przez Gminę Psary, ul. Malinowicka 4, 42-512 Psary zwaną dalej: „*Zamawiającym*” ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2013/S 059-097754 z dnia 23.03.2013 r. W dniu 25.03.2013 r. Zamawiający opublikował ogłoszenie o zamówieniu oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia zwaną dalej: „*SIWZ*”.

W dniu 02.04.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej) wpłynęło na podstawie art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” odwołanie ALBA Południe Polska Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza zwany dalej: „*ALBA Południe Polska Sp. z o.o.*” albo „*Odwołującym*” na w/w czynności. Kopia odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 02.04.2013 r. (e-mailem). Niniejszym składam odwołanie wobec:

- 1) pkt 11 oraz pkt 16 lit. d załącznika nr 11 „*Przedmiot zamówienia*” do SIWZ o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie Gminy Psary, w zakresie nałożenia na wykonawcę obowiązku zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania w regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych;
- 2) pkt V.2.1. lit. b SIWZ w zakresie żądania posiadania i przedłożenia przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.);
- 3) pkt V.2.4.2. lit. c SIWZ w zakresie żądania przedłożenia wraz z ofertą sprawozdania finansowego;
- 4) pkt V.2.5.1. lit. a i b SIWZ w zakresie żądania przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia na

temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy usług oraz liczebności personelu kierowniczego oraz złożenia wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości;

5) § 11 ust. 1 lit. a w zw. z ust. 5 załącznika nr 10 do SIWZ 'Projekt umowy' w zakresie dopuszczalności nałożenia na wykonawcę kary umownej za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, podczas gdy Zamawiający zapłaci wykonawcy karę umowną wyłącznie za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający. Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

1) art. 9l ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2012 poz. 391 z późn. zm.) oraz 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) poprzez postawienie wymogu przekazywania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, pomimo iż przepisy ustawowe, jak i prawo miejscowe dopuszcza w określonych sytuacjach możliwości przekazywania odpadów komunalnych do instalacji zastępczych;

2) art. 252 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku przekazywania Zamawiającemu kart przekazania odpadów sporządzonych zgodnie z nieobowiązującym już rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie zakresu informacji oraz wzorów formularzy służących do sporządzania i przekazywania zbiorczych zestawień danych o odpadach (Dz. U. Nr 249, poz. 1674);

3) art. 7 ust. 1 oraz art. 22 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), zwanej dalej 'Pzp' poprzez wprowadzenie jako warunku udziału posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.), co uniemożliwia złożenie ważnej oferty wykonawcy, który nie prowadzi (nie jest właścicielem) własnej instalacji do zagospodarowania odpadów i stanowi nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia warunek udziału, prowadząc do ograniczenia konkurencji;

4) 25 ust. 1 i 2 w zw. z art. 22 ust. 1 Pzp poprzez żądanie załączenia do oferty dokumentów, które nie są niezbędne do przeprowadzenia postępowania i nie odnoszą się do warunków udziału w postępowaniu postawionych przez Zamawiającego;

5) art. 353¹ k.c. w zw. z art. 7 ust. Pzp oraz art. 483 § 1 k.c. poprzez naruszenie równowagi stron w stosunku zobowiązaniowym i nałożenie obowiązku zapłaty kary umownej na wykonawcę, gdy Zamawiający odstępuje od umowy z przyczyn niezależnych od

siebie, choćby niezawinionych przez wykonawcę, podczas gdy Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną tylko za odstąpienie z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający. W związku z powyższym na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wniósł o:

I. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujący sposób:

1) nadanie następującego brzmienia pkt 11 załącznika nr 11 do SIWZ „Przedmiot zamówienia”: „Wykonawca zobowiązany jest przekazywać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do istniejących w regionie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a w przypadkach o których mowa w art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) oraz w art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania można przekazywać do instalacji zastępczych, znajdujących się w II regionie gospodarki odpadami komunalnymi zgodnie z uchwałą nr IV/25/1/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” oraz uchwałą nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014. Natomiast frakcje odpadów zebranych selektywnie Wykonawca będzie zobowiązany przekazać do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21)” oraz nadanie następującego brzmienia pkt 16 lit. d załącznika nr 11 do SIWZ „Przedmiot zamówienia”: „Wykonawca zobowiązany będzie do przekazywania Zamawiającemu kart przekazania odpadów do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych albo instalacji zastępczej bądź innej jednostki do odbioru odpadów selektywnie zebranych zgodnie z obowiązującymi wzorami, o jakich mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z 8 grudnia 2010 r. w sprawie wzorów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów”.

2) usunięcie z pkt V.2.1. lit. b SIWZ żądania posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.);

3) usunięcie w całości pkt V.2.4.2. lit. c SIWZ;

4) usunięcie w całości pkt V.2.5.1. lit. a SIWZ oraz usunięcie z pkt V.2.5.1. lit. b SIWZ fragmentu „w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości”.

5) nadanie następującego brzmienia § 11 ust. 1 lit. a załącznika nr 10 do SIWZ „Projekt umowy”: „za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności za które odpowiada wykonawca w wysokości 10 % wartości umowy”.

II. zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

W dniu 23.03.2013 r. Zamawiający ogłosił zamówienie. W ocenie Odwołującego, postanowienia SIWZ są niezgodne z przepisami z następujących przyczyn:

1. Zgodnie z pkt 11 załącznika nr 11 do SIWZ „Przedmiot zamówienia”, *Wykonawca będzie zobowiązany zagospodarować zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania zgodnie z Wojewódzkim Planem Gospodarki odpadami, czyli odpady komunalne zebrane na terenie Gminy Psary muszą trafić do jednej ze wskazanych w WPGO - Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych.* Takie sformułowanie obowiązku wykonawcy jest niezgodne z przepisami. Należy podkreślić, iż wymóg przekazywania odpadów komunalnych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów dotyczy jedynie ich trzech frakcji, co wynika z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2012 r. Nr 391), zwanej dalej „UCPG”, który stanowi, że *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.* Nadto wymóg ten nie ma charakteru bezwzględnego, gdyż przepisy ustaw dopuszczają w określonych sytuacjach przekazywanie odpadów do instalacji zastępczych. Art. 9l ust. 2 UCPG stanowi, że *w przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.* Ponadto zgodnie z art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 8 stycznia 2013 r. o odpadach (Dz. U. poz. 21), zwanej dalej „ustawą o odpadach”, *wojewódzkie plany gospodarki odpadami zawierają wskazanie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tych regionów, w przypadku gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn oraz do czasu uruchomienia regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych.* Z zacytowanych przepisów wynika więc, że

zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania można przekazywać do instalacji zastępczej zamiast do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów wtedy, gdy:

- w regionie brak jest regionalnej instalacji - do czasu uruchomienia regionalnej instalacji,
- znajdująca się na jego terenie instalacja uległa awarii lub,
- nie może ona przyjmować odpadów z innych przyczyn. W literaturze słusznie zauważa się, że RIPOK (regionalna instalacja do przetwarzania odpadów) może odmówić przyjmowania odpadów także z innych przyczyn, które nie zostały doprecyzowane w żadnym z przepisów prawa. (...) Niewątpliwie najprostszym z nich będzie osiągnięcie maksymalnych zdolności przerobowych przez konkretną instalację unieszkodliwiania odpadów. Żadna z nich nie ma bowiem możliwości przyjęcia większej ilości odpadów, niż wynika to z jej przepustowości. Pamiętanie o tym jest niezwykle istotne w sytuacjach, w których wyznaczone w konkretnym regionie RIPOK-i mają mniejsze moce przerobowe niż ilość wytwarzanych w regionie gospodarki odpadami komunalnymi odpadów komunalnych (co, niestety, w praktyce nie jest zjawiskiem rzadkim). Jest rzeczą naturalną, że wówczas nie będą one mogły odebrać wszystkich wytworzonych w regionie odpadów – część odpadów będzie musiała być unieszkodliwiona w wyznaczonych instalacjach zastępczych (K. Gruszecki, Czy można odmówić przyjęcia odpadów, Przegląd Komunalny 1/2013). Podkreślił, że obecnie w regionie II, w którym znajdują się Psary, zgodnie z uchwałą nr IV/25/1/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” oraz uchwałą nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” (będącą zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy o odpadach aktem prawa miejscowego), znajduje się tylko jedna regionalna instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych położona w Katowicach. Instalacja ta nie jest w stanie przyjąć do zagospodarowania wszystkich odpadów zmieszanych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania z regionu II z uwagi na niewystarczającą przepustowość. Z tych względów część w/w frakcji odpadów będzie musiała być przekazywana do instalacji zastępczych. Zamawiający powinien więc wskazać w SIWZ, że w przypadku gdy regionalna instalacja do przetwarzania odpadów właściwa dla regionu II uległa awarii lub z innych przyczyn nie może przyjmować odpadów, Wykonawca zobowiązany jest do zagospodarowania odpadów w instalacji zastępczej określonej w uchwale IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” w ramach Regionu II gospodarki odpadami komunalnymi. Wskazał, że Zamawiający wymaga, aby wykonawca przekazywał karty przekazania odpadów sporządzone zgodnie z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie zakresu

informacji oraz wzorów formularzy służących do sporządzania i przekazywania zbiorczych zestawień danych o odpadach (Dz. U. Nr 249, poz. 1674). Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 37 ust. 5 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.), która została uchylona na mocy art. 252 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21); nowa ustawa o odpadach w przepisach przejściowych nie utrzymała mocy obowiązującej w/w rozporządzenia. W związku z powyższym wnosil o nadanie następnego brzmienia pkt 11 załącznika nr 11 do SIWZ „Przedmiot zamówienia”: „Wykonawca zobowiązany jest przekazywać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do istniejących w regionie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a w przypadkach o których mowa w art. 9l ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.) oraz w art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania można przekazywać do instalacji zastępczych, znajdujących się w II regionie gospodarki odpadami komunalnymi zgodnie z uchwałą nr IV/25/1/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” oraz uchwałą nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014. Natomiast frakcje odpadów zebranych selektywnie Wykonawca będzie zobowiązany przekazać do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21)” oraz nadanie następnego brzmienia pkt 16 lit. d załącznika nr 11 do SIWZ „Przedmiot zamówienia”: „Wykonawca zobowiązany będzie do przekazywania Zamawiającemu kart przekazania odpadów do Regionalnej Instalacji do Przetwarzania Odpadów Komunalnych albo instalacji zastępczej bądź innej jednostki do odbioru odpadów selektywnie zebranych zgodnie z obowiązującymi wzorami, o jakich mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z 8 grudnia 2010 r. w sprawie wzorów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów”.

2. Zgodnie z pkt V.2.1. lit. b SIWZ, wykonawca zobowiązany jest na potwierdzenie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności posiadać zezwolenie na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.). Zezwolenie te posiada wyłącznie podmiot prowadzący działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów („przetwarzanie odpadów” to zgodnie z art. 3 ust. 1

pkt 21 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r., Dz. U. z 2013 r. poz. 21, procesy odzysku lub unieszkodliwiania, w tym przygotowanie poprzedzające odzysk lub unieszkodliwianie odpadów). Co prawda przedmiotem niniejszego zamówienia jest także zagospodarowanie odpadów komunalnych, niemniej wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia nie jest zobowiązany zagospodarowywać odebranych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Psar odpadów we własnej instalacji do zagospodarowywania odpadów, a tylko wtedy - gdy wykonawca jest prowadzącym (właścicielem) taką instalację - byłby w stanie spełnić ten obowiązek. Wykonawca może bowiem zagospodarowywać odpady w instalacji, której prowadzący jest jego podwykonawcą albo też w przypadku udostępnienia przez prowadzącego taką instalację swoich zasobów na zasadzie art. 26 ust. 2b Pzp. W takich jednak przypadkach Zamawiający nie jest uprawniony do żądania w świetle rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania określonej działalności podmiotów trzecich. W przypadku polegania na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, Zamawiający zgodnie z § 1 pkt 6 w/w rozporządzenia może jedynie żądać dokumentów dotyczących sytuacji ekonomicznej i finansowej. Wymóg przedłożenia wraz z ofertą zezwolenie na przetwarzanie odpadów/na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów faktycznie więc zawęża krąg wykonawców, którzy mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia - w świetle zaskarżonego postanowienia SIWZ są tylko te podmioty, które prowadzą (są właścicielem) instalacji do zagospodarowania odpadów, bądź też utworzą konsorcjum z wykonawcą, który takiej instalacji nie prowadzi. Zamawiający naruszył więc w istotny sposób uczciwą konkurencję, zamykając większości wykonawcom możliwość samodzielnego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Ograniczenie to jest niczym nieuzasadnione i zbędne, a zarazem nieproporcjonalne. Jak wskazuje KIO, *warunki udziału w postępowaniu winne być ustalane na takim poziomie, aby spełniający je wykonawca był w stanie zrealizować zamówienie publiczne z należytą starannością, a jednocześnie krąg podmiotowy wykonawców uczestniczących w postępowaniu był możliwie najszerszy. Wymagania zamawiającego nie mogą być nadmiernie wygórowane w stosunku do opisu przedmiotu zamówienia* (wyrok KIO z dnia 08.02.2012 r., sygn. akt: KIO 148/12). *Zasada proporcjonalności oznacza, że opisane przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu muszą być uzasadnione wartością zamówienia, charakterystyką, zakresem, stopniem złożoności lub warunkami realizacji zamówienia. Nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię należytego jego wykonania.* (wyrok KIO z dnia 14.12.2012 r., sygn. akt: KIO 2636/12). *W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 p.z.p. zamawiający ma prawo i obowiązek opisanie, jak będzie oceniał ich spełnianie*

przez wskazanie minimalnych wymagań, które muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego. Zamawiający kształtując ten opis, aby nie narazić się na zarzut naruszenia zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, obowiązany jest zachować niezbędną równowagę pomiędzy jego interesem, polegającym na uzyskaniu rękopisami należytego wykonania zamówienia publicznego, a interesem poszczególnych wykonawców, których nie wolno, poprzez wprowadzanie nadmiernych i wygórowanych wymagań, eliminować z udziału w postępowaniu. (wyrok KIO z dnia 26.08.2011 r., sygn. akt: KIO 1721/11) Nadto nadmierne ograniczenie dostępu do zamówienia czy stwarzanie przez zamawiającego bardziej korzystnych warunków dla określonych wykonawców, zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, (poza przewidzianymi w przepisach ustawy) w przypadku gdy brak ku temu rzeczowego uzasadnienia, stanowiłoby naruszenie zasad p.z.p. (wyrok KIO z dnia 05.03.2012 r., sygn. akt: KIO 341/12). W związku z powyższym wnoszę o usunięcie z pkt V.2.1. lit. b SIWZ żądania posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach(t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

3. W pkt V.2.4.2. lit. c SIWZ, Zamawiający żąda przedłożenia sprawozdania finansowego lub jego części, pomimo iż warunkiem udziału w postępowaniu zgodnie z pkt V.2.4.1. oraz V.2.4.2. SIWZ jest obowiązek ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejsza niż 1.000.000 zł oraz posiadanie przez wykonawcę środków finansowych lub zdolności kredytowej w wysokości co najmniej 1.000.000 zł. Z tymi warunkami korelują dwa pozostałe dokumenty - obok sprawozdania finansowego - których żąda Zamawiający: opłacona polisa lub inny dokument, potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejsza niż 1.000.000 zł oraz informacja banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w której wykonawca posiada rachunek, potwierdzający wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy w wysokości co najmniej 1.000.000 zł. Sprawozdanie finansowe, którego żąda Zamawiający, nie ma więc na celu potwierdzenia stawianych warunków w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej wykonawcy. Podobnie w pkt V. 2.5.1. lit. a SIWZ Zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą oświadczeniem na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności personelu kierowniczego, pomimo iż Zamawiający nie postawił jako warunku udziału posiadania przez wykonawcę personelu o określonej liczbie. Dalej, w pkt V.2.5.1. lit. b SIWZ Zamawiający żąda wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług,

kontrolę jakości, podczas gdy w pkt V.2.5.1. SIWZ Zamawiający postawił warunek dysponowania przez wykonawcę osobami zdolnymi do wykonania zamówienia w liczbie co najmniej 4 kierowców z kwalifikacjami do transportu rzeczy - przy takich wymaganiach niezasadne jest wskazywanie w wykazie osób odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości; wystarczające jest wskazanie przez wykonawcę co najmniej 4 osób-kierowców posiadających kwalifikacje do transportu rzeczy. Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, *w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania* - na kwestię tę zwraca uwagę także Krajowa Izba Odwoławcza (np. wyrok KIO z dnia 02.08.2010 r., sygn. akt: KIO/UZP 1527/10). Nadto jak podkreśla, się *nie można twierdzić, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu wynikał z żądania złożenia określonego dokumentu. To opisanie warunku udziału w postępowaniu otwiera możliwość żądania dokumentu na jego potwierdzenie. Opis warunku określa przedmiot dowodzenia, cel, w jakim dokument należy złożyć. Z kolei wymagany dokument to jedynie środek, który ma służyć udowodnieniu.* (wyrok KIO z dnia 14.11.2012 r., sygn. akt: KIO 2384/12). W związku z powyższym wnosił o usunięcie w całości pkt V.2.4.2. lit. c SIWZ oraz o usunięcie w całości pkt V.2.5.1. lit. a SIWZ oraz usunięcie z pkt V.2.5.1. lit. b SIWZ fragmentu „w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości”.

4. Zgodnie z § 11 ust. 1 lit. a załącznika nr 10 do SIWZ „projekt umowy”, *Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne m.in. za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy.* Dalej, ust. 5 stanowi, że *Zamawiający zapłaci Wykonawcy karę umowną za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności, za które odpowiada Zamawiający w wysokości 10 % wartości przedmiotu umowy.* Tym samym Zamawiający naruszył równowagę stron w stosunku zobowiązaniowym, gdyż zamierza zapłacić wykonawcy karę umowną wyłącznie wtedy, gdy odstąpi od umowy powodu okoliczności, za które sam odpowiada, podczas gdy wykonawca będzie zobowiązany zapłacić Zamawiającemu karę umowną za odstąpienie od umowy z przyczyn niezależnych od Zamawiającego, choćby nawet wykonawca sam nie był za nie odpowiedzialny. § 11 ust. 1 lit. a załącznika nr 10 do SIWZ „projekt umowy” narusza więc równowagę stron umowy, co jest niezgodne z art. 353¹ k.c, który umożliwia ułożenie stosunku prawnego według uznania stron, przy czym jego treść lub cel nie może sprzeciwiać się właściwości zobowiązania, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. W związku z powyższym wnosił o nadanie następującego brzmienia § 11 ust. 1 lit. a załącznika nr 10 do SIWZ „Projekt umowy”: „za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności za które odpowiada wykonawca w wysokości 10 % wartości umowy”.

Zamawiający w dniu 03.04.2013 r. zamieścił na stronie internetowej kopie odwołania

oraz wezwanie w trybie art. 185 ust.1 Pzp do uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne przystąpienia nie miały miejsca.

W dniu 08.04.2013 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej), a w dniu 09.04.2013 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której uwzględnił odwołanie w całości. Wnioskując o umorzenie niniejszego postępowania odwoławczego na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron oraz o zniesienie wzajemne kosztów postępowania. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że dokonuje na podst art 38 ust. 4 Pzp niezbędnych zmian w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu w zakresie wskazanym przez Odwołującego tj.: 1) nadanie następującego brzmienia pkt 11, załącznika nr 11 do SIWZ - Przedmiot zamówienia:

pkt 11. Wykonawca zobowiązany jest przekazywać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do istniejących w regionie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a w przypadkach o których mowa w art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U, Z 2012 r. poz. 391 z późn, zm) oraz w art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania można przekazywać do instalacji zastępczych, znajdujących się w II regionie gospodarki odpadami komunalnymi zgodnie z uchwałą nr IV/25/II/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” oraz uchwałą nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”. Natomiast frakcje odpadów zebranych selektywnie Wykonawca będzie zobowiązany przekazać do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21)

nadanie następującego brzmienia pkt 16 lit d, załącznika nr 11 do SIWZ-Przedmiot zamówienia:

d) Wykonawca zobowiązany będzie do przekazywania Zamawiającemu kart przekazania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych albo instalacji zastępczej bądź innej jednostki do odbioru odpadów selektywnie zebranych zgodnie z obowiązującymi wzorami, o jakich mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z 8

grudnia 2010 r. w sprawie wzorów stosowanych na potrzeby ewidencji i odpadów, rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie zakresu informacji oraz wzorów formularzy służących do sporządzania i przekazywania zbiorczych zestawień danych o odpadach.

2) usunięcie z pkt V.2.1 lit. b SIWZ żądania posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

3) usunięcie w całości pkt V.2.4.2. lit c SIWZ

4) usunięcie w całości pkt V.2.5.1. lit a SIWZ oraz usunięcie z pkt V.2.5.1 lit b SIWZ fragmentu „w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości”

5) nadanie następującego brzmienia § 11 ust. 1 lit a załącznika nr 10 do SIWZ „Projekt umowy”: „za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności za które odpowiada wykonawca w wysokości 10% wartości umowy”. Zamawiający po przeanalizowaniu odwołania, postanowił uwzględnić w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu tj. o dokonanie zmiany treści SIWZ w następujący sposób:

1) nadanie następującego brzmienia pkt 11, załącznika nr 11 do SIWZ – Przedmiot zamówienia:

pkt 11. Wykonawca zobowiązany jest przekazywać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do istniejących w regionie regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a w przypadkach o których mowa w art. 91 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. Z 2012 r, poz. 391 z późn. zm) oraz w art. 35 ust. 4 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 21) zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania można przekazywać do instalacji zastępczych, znajdujących się w II regionie gospodarki odpadami komunalnymi zgodnie z uchwałą nr IV/25/I/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014” oraz uchwałą nr IV/25/2/2012 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 24 sierpnia 2012 r. w sprawie przyjęcia „Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego 2014”. Natomiast frakcje odpadów zebranych selektywnie Wykonawca będzie zobowiązany przekazać do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21)

nadanie następującego brzmienia pkt 16 lit d, załącznika nr 11 do SIWZ - Przedmiot zamówienia:

d) Wykonawca zobowiązany będzie do przekazywania Zamawiającemu kart przekazania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych albo instalacji zastępczej bądź innej jednostki do odbioru odpadów selektywnie zebranych zgodnie z obowiązującymi wzorami, o jakich mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z 8 grudnia 2010 r. w sprawie wzorów stosowanych na potrzeby ewidencji i odpadów, rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 8 grudnia 2010 r. w sprawie zakresu informacji oraz wzorów formularzy służących do sporządzania i przekazywania zbiorczych zestawień danych o odpadach.

2) usunięcie z pkt V.2.i lit. b SIWZ żądania posiadania przez wykonawcę zezwolenia na przetwarzanie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 z późn. zm.).

3) usunięcie w całości pkt V.2.4.2. lit c SIWZ

4) usunięcie w całości pkt V.2.5.I. lit a SIWZ oraz usunięcie z pkt V.2.5.1 lit b SIWZ fragmentu „w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrole jakości”

5) nadanie następującego brzmienia §11 ust. 1 lit a załącznika nr 10 do SIWZ „Projekt umowy”: „za odstąpienie od umowy z powodu okoliczności za które odpowiada wykonawca w wysokości 10% wartości umowy”.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, że istniała podstawa do przyjęcia, iż postępowanie odwoławcze – stosownie do dyspozycji art. 186 ust. 2 Pzp - należało umorzyć. Wobec ustalenia, że Zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione w odwołaniu zgodnie z żądaniem Odwołującego, a po stronie Zamawiającego nie przystąpił żaden wykonawca, Izba – działając na podstawie art. 186 ust. 2 oraz art. 192 ust. 1 zd. 2 Pzp – umorzyła postępowanie odwoławcze w sprawie o sygn. akt: KIO 759/13 na posiedzeniu niejawnym bez obecności stron.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego Izba uwzględniła, iż z mocy art. 186 ust. 6 pkt 1 Pzp koszty te znoszą się wzajemnie, jednocześnie nakazując dokonanie zwrotu Odwołującemu kwoty uiszczonej tytułem wpisu, zgodnie z § 5 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Zgodnie z § 13 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań (Dz. U. nr 48, poz. 280) - postanowienie wydano na posiedzeniu niejawnym. W oparciu o § 32 ww.

rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań, ogłoszenie postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze wydanego na posiedzeniu niejawnym następuje przez wywieszenie sentencji postanowienia na tablicy ogłoszeń w siedzibie Krajowej Izby Odwoławczej, a informacja o ogłoszeniu podawana jest na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Odpis postanowienia przesyła się stronom i uczestnikom postępowania odwoławczego.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....