

Sygn. akt: KIO 766/13

Sygn. akt: KIO 767/13

WYROK

z dnia 16 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Jakub Banasiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **16 kwietnia 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 4 kwietnia 2013 r. przez **Odwoływających:**

- A. w postępowaniu o sygn. akt KIO 766/13 - RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa,
- B. w postępowaniu o sygn. akt KIO 767/13- Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin,

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Zarząd Usług Komunalnych w Stargardzie Szczecińskim, ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard Szczeciński,

przy udziale wykonawców:

- a) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 766/13, po stronie odwoływającego:
 - SITA Jantra Sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin,
- b) zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 767/13, po stronie odwoływającego:
 - RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., ul. Postępu 15c, 02-676 Warszawa.

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża Odwołujących:

- A. w postępowaniu o sygn. akt KIO 766/13 - RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa,
- B. w postępowaniu o sygn. akt KIO 767/13 - Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołujących:**

- A. w postępowaniu o sygn. akt KIO 766/13 - RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa,
- B. w postępowaniu o sygn. akt KIO 767/13- Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin,

tytułem wpisów od odwołań,

2.2. zasądza od **Odwołujących:**

- A. w postępowaniu o sygn. akt KIO 766/13 – RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa,
- B. w postępowaniu o sygn. akt KIO 767/13 – Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin,

na rzecz **Zamawiającego** - Zarząd Usług Komunalnych w Stargardzie Szczecińskim, ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard Szczeciński, kwotę **7 200 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, tj. 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa, oraz 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zarząd Usług Komunalnych w Stargardzie Szczecińskim, ul. Pierwszej Brygady 35, 73-110 Stargard Szczeciński, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Miasta Stargard Szczeciński*” na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.).

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia została opublikowana na stronie internetowej zamawiającego dnia 25 marca 2013 roku.

KIO 766/13

Dnia 4 kwietnia 2013 roku wykonawca RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie zasad udzielania zamówienia publicznego tj., w szczególności art. 7 w zw. z art. 29 ustawy Pzp, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia, w części określającej obowiązki wykonawcy, w sposób niezapewniający zachowanie zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez:

1. Narzucenie obowiązku utworzenia Biura Obsługi Mieszkańców (BOM) zgodnie z wymogami określonymi w części pierwszej pkt 2 ppkt 3 s.i.w.z.
2. Narzucenie utworzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK), w tym także Punktów Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych (PZON) zgodnie z wymogami określonymi w części I pkt 2 ppkt 4, 5, 6 s.i.w.z.
3. Określenie w części II "Warunki udziału w postępowaniu i warunki zamówienia" w pkt 1.3 ppkt od 1 do 6 warunku, iż *o zamówienie ubiegać się może Wykonawca, który wykaże, że dysponuje lub będzie dysponował najpóźniej w dniu rozpoczęcia usługi utworzonym i funkcjonującym Biurem Obsługi Mieszkańców (BOM) na terenie Gminy Miasta Stargard Szczeciński, utworzonym i funkcjonującym Punktem Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (EKOPUNKT), utworzonymi (co najmniej 8) czasowymi (mobilnymi) punktami selektywnego zbierania odpadów niebezpiecznych na terenie miasta Stargard Szczeciński, utworzonym punktem zbiórki odpadów niebezpiecznych (PZON) na terenie miasta Stargard Szczeciński.*

4. Nałożenie na wykonawcę niespełniającego powyższych wymogów - po podpisaniu umowy - kary umownej w wysokości 500.000 zł (część IV s.i.w.z. "Istotne postanowienia umowy" pkt 1 ppkt 17).

Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości,
- 2) nakazanie zamawiającemu zmiany postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz jej załączników w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców w szczególności poprzez:
 - a) usunięcie obowiązku utworzenia Biura Obsługi Mieszkańców zgodnie z wymogami określonymi w części pierwszej pkt 2 ppkt 3 s.i.w.z.,
 - b) usunięcie obowiązku utworzenia Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych w tym także Punktów Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych zgodnie z wymogami określonymi w części I pkt 2 ppkt 4, 5, 6 s.i.w.z.,
 - c) usunięcie obowiązku utworzenia (co najmniej 8) czasowych (mobilnych) punktów selektywnego zbierania odpadów niebezpiecznych na terenie miasta Stargard Szczeciński,
 - d) usunięcie zapisu o nałożeniu na wykonawcę nie spełniającego powyższych wymogów, po podpisaniu umowy, kary umownej w wysokości 500.000 zł (część IV s.i.w.z. "Istotne postanowienia umowy" pkt 1 ppkt 17),
- 3) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego w przypadku reprezentacji odwołującego przez profesjonalnego pełnomocnika.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż obecne sformułowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jako naruszające przepisy ustawy Pzp, uniemożliwiają mu złożenie oferty. Powyższe będzie możliwe po wyeliminowaniu wskazanych w odwołaniu naruszeń.

Zamawiający, dnia 5 kwietnia 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom oraz zamieścił jej treść na swojej stronie internetowej.

Dnia 8 kwietnia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin.

Zamawiający, dnia 15 kwietnia 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

KIO 767/13

Dnia 4 kwietnia 2013 roku wykonawca Sita Jantra sp. z o.o., ul. Księżnej Anny 11, 70-671 Szczecin (zwany dalej „*odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego polegającej na sformułowaniu treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sposób niezgodny z przepisami Pzp w zakresie:

- 1) Opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie w: pkt 1.1.3.1, pkt 1.2.3-6 s.i.w.z. obowiązku utworzenia i utrzymywania Biura Obsługi Mieszkańców, Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (EKOPUNKT) oraz Punktu Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych, a w tym zbiórki przeterminowanych leków (PZON) oraz mobilnych punktów zbierania odpadów, bez odrębnego wynagrodzenia (II.2.6.2b), który to obowiązek ponadto należy uznać za nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.
- 2) Wprowadzenie w pkt. V.2.2 s.i.w.z. oraz w załączniku nr 4 kryterium oceny ofert w postaci oceny proponowanego sposobu i jakości realizacji zamówienia (załącznik ofertowy nr 3) waga 35% bez precyzyjnego, jednoznacznego opisu oceny tego kryterium, co może prowadzić do dowolnej oceny ofert przez zamawiającego, a co jednocześnie utrudnia wykonawcy właściwe sformułowanie treści oferty.
- 3) Sformułowania § 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z.
- 4) Sformułowania § 7 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do s.i.w.z.
- 5) Sformułowania w pkt 1.3.2.h s.i.w.z., że wykonawca ma ustalać harmonogram wywozu odpadów z każdym z właścicieli nieruchomości, z których będą odbierane odpady, co stanowi wymóg nadmierny, nieproporcjonalny do przedmiotu i celu zamówienia, prowadzący do istotnego zwiększenia kosztów realizacji zamówienia, a do tego niezgodny z *Uchwałą Nr XXIV/272/2012 Rady Miejskiej w Stargardzie Szczecińskim z dnia 18 grudnia 2012 roku w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi („Uchwała Nr XXIV/272”)* stanowiącą, że harmonogramy odbioru odpadów sporządzane są przez operatora (podmiot zobowiązany do odbierania odpadów komunalnych) i udostępniane właścicielom nieruchomości, z których odbiór ma być dokonany.

6) Sformułowania w pkt I.6.3 i 6.5 oraz w pkt I.6.5.2 nakazu przetransportowania zebranych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) - Składowisko Odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne w Łęczycy, wbrew zakazom wynikającym z przepisów prawa w szczególności z art. 35 ust. 6 pkt 3) Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 (Dz. U. 2013, poz. 21) oraz Uchwałą Nr XVI/218/12 Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie uchwalenia aktualizacji Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem perspektywy na lata 2018 - 2023, zmienionej uchwałą z dnia 20 grudnia 2012 roku o Nr XX/278/12 („Uchwała w sprawie WPGO”) oraz jej załącznikiem stanowiącym Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, art. 5 Kodeksu cywilnego i art. 353¹ kc w zw. z art. 14 i art. 139 ustawy Pzp, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku utworzenia i utrzymywania Biura Obsługi Mieszkańców (zwanego dalej BOM), Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (zwanego dalej EKOPUNKT), Punktu Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych oraz mobilnych punktów zbierania odpadów, a w tym zbiórki przeterminowanych leków (zwanego dalej PZON), bez odrębnego wynagrodzenia, co sprzeczne jest z zasadą odpłatności umowy w sprawie zamówienia publicznego; a ponadto, biorąc pod uwagę wymogi stawiane przez zamawiającego, co do lokalizacji i wyposażenia tych punktów, stanowi nadmierne obciążenie wykonawców, nieproporcjonalne do celu zamówienia, a nadto niezwiązane z jego przedmiotem,
2. art. 29 i art. 7 ustawy Pzp z § 2 ust. 3 i 4 Uchwały XXIV/272, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia, w zakresie ustalania przez wykonawcę harmonogramu wywozu odpadów z właścicielami nieruchomości, z których te odpady są odbierane, w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz niemożliwy do realizacji, a także sprzeczny z rzeczywistymi potrzebami zamawiającego oraz Uchwałą Nr XXIV/272,
3. art. 29 i art. 7 ustawy Pzp, art. 17 w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 3 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 (Dz. U. 2013, poz. 21), Uchwały w sprawie WPGO oraz jej załącznika stanowiącego Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego, poprzez nałożenie na wykonawcę obowiązku przetransportowania zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) - Składowisko Odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne w Łęczycy, czyli podmiotu, który nie jest uprawniony do przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych,

4. art. 91 ust. 2 i art. 7 ustawy Pzp, poprzez nieprecyzyjny opis kryteriów oceny ofert w zakresie kryterium w postaci oceny proponowanego sposobu i jakości realizacji zamówienia, skutkiem czego niemożliwe jest ustalenie przez wykonawcę na jakich zasadach dokonywany będzie wybór oferty, co w sposób oczywisty narusza zasady uczciwej konkurencji,
5. art. 5 Kc, art. 353¹ Kc oraz 483 Kc w zw. z art. 14 ustawy Pzp, poprzez rażące naruszenie równości stron stosunku cywilnoprawnego oraz znaczne przekroczenie zasady swobody umów w wyniku przyznania zamawiającemu uprawnienia do żądania od wykonawcy kary umownej w przypadkach sprzecznych z zasadami współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczym przeznaczeniem tej instytucji prawnej,

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu dokonania zmiany treści s.i.w.z. poprzez:
 - a) usunięcie z treści s.i.w.z. (pkt I.1.3.1), pkt I.2.4-6 s.i.w.z. obowiązku utworzenia i utrzymywania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (EKOPUNKT), Punktu Zbiórki Odpadów Niebezpiecznych, a w tym zbiórki przeterminowanych leków (PZON) oraz mobilnych punktów zbierania odpadów, względnie wykreślenie postanowienia II.2.6.2.b s.i.w.z. oraz przewidzenie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia odrębnej pozycji wynagrodzenia za utworzenie i utrzymywanie BON, EKOPUNKT, PZON i mobilnych punktów zbierania odpadów,
 - b) usunięcie z treści s.i.w.z. (pkt. V.2.2 oraz załącznik nr 4) kryterium oceny ofert w postaci oceny proponowanego sposobu i jakości realizacji zamówienia (załącznik ofertowy nr 3) względnie nakazanie zamawiającemu modyfikacji załącznika nr 4 w taki sposób, aby poszczególnym czynnościom opisanym w tym załączniku i częstotliwości ich wykonywania przypisane były konkretne wartości punktowania oferty,
 - c) usunięcie z treści s.i.w.z. § 7 ust. 1 pkt 1 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - d) usunięcie z treści s.i.w.z. § 7 ust. 11 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
 - e) usunięcie z pkt I.3.2.h s.i.w.z. postanowienia, że wykonawca ma ustalać harmonogram wywozu odpadów z właścicielami nieruchomości, z których te odpady są odbierane,
 - f) usunięcie z treści s.i.w.z. w pkt I.6.3 i 6.5 oraz w pkt 1.6.5.2 nakazu przetransportowania zmieszanych odpadów komunalnych (20 03 01) do

Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) -
Składowisko Odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne w Łęczycy,

2) zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów reprezentacji wg przedstawionych na rozprawie rachunków.

Odwołujący wskazał, iż ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest spółką prowadzącą działalność w zakresie gospodarowania odpadami, a tym samym podmiotem żywotnie zainteresowanym w uzyskaniu zamówienia. Tymczasem naruszenia ustawy Pzp, jakich dopuścił się zamawiający polegające na niezgodnym z prawem sformułowaniu postanowień s.i.w.z. uniemożliwiają odwołującemu złożenie oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co naraża odwołującego na szkodę wynikającą z nie uzyskania tego zamówienia, osiągnięcia z tego tytułu określonego przychodu oraz zysku.

Zamawiający, dnia 5 kwietnia 2013 roku, przekazał kopię odwołania pozostałym wykonawcom oraz zamieścił jej treść na swojej stronie internetowej.

Dnia 8 kwietnia 2013 roku do postępowania odwoławczego - po stronie odwołującego, zgłosił przystąpienie wykonawca RAGN-SELLS Polska Sp. z o.o., Postępu 15C, 02-676 Warszawa.

Zamawiający, dnia 15 kwietnia 2013 roku, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołania nie zasługują na uwzględnienie.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że wobec dokonanych przez zamawiającego, po wniesieniu odwołania, modyfikacji treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z dnia 15 kwietnia 2013 roku, zarzuty opisane w treści odwołania o sygn. akt KIO 766/13 – pkt 3 oraz opisane w treści odwołania sygn. akt KIO 767/13 – pkt 1, 2, 3, 4, 5, zostały przez zamawiającego uwzględnione i w odniesieniu do żądań odwołujących w tym zakresie zamawiający zmodyfikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia – zgodnie z tymi żądaniami. Zatem ich rozpatrzenie przez Izbę jest bezprzedmiotowe. Ewentualne zastrzeżenia odwołujących, co do sposobu wykonania żądań, w kontekście uwzględnionych przez zamawiającego zarzutów odwołania mogą stanowić podstawę do zgłaszania do zamawiającego zapytań, prośby o wyjaśnienia, czy też wnoszenia środków ochrony prawnej (z zastrzeżeniem ograniczenia wynikającego z przepisu art. 189 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp).

W zakresie zarzutów uwzględnionych przez zamawiającego, Izba podziela pogląd wyrażony w wyroku z dnia 22 listopada 2012 roku, sygn. akt: KIO 2438/12, w którym Izba stwierdziła, że *„W sytuacji kiedy co do części podniesionych zarzutów spór nie występuje, uznać należy, iż prowadzenie w tym zakresie postępowania staje się bezprzedmiotowe. Zdaniem Izby stanowisku temu nie stoi na przeszkodzie przepis art. 186 ust. 2 ustawy Pzp zgodnie z którym „w przypadku uwzględnienia przez zamawiającego w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu izba może umorzyć postępowanie odwoławcze”. W przypadku częściowego uwzględnienia zarzutów Izba nie może dokonać częściowego umorzenia postępowania, gdyż przepisy ustawy Pzp nie dają jej takiej kognicji, jednak biorąc pod uwagę fakt, że ustawa Pzp nie nakazuje zamawiającemu powstrzymania się z dokonaniem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, polegających na uwzględnieniu części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to należy uznać, że takie uwzględnienie jest skuteczne i następuje ono z chwilą podania tej informacji do wiadomości wykonawców.(...) Biorąc pod uwagę powyższe, zasadny wydaje się wniosek, że z chwilą uznania przez Zamawiającego przed rozprawą części zarzutów podniesionych w odwołaniu, to Odwołujący winien poddać racjonalnej analizie zarzuty pozostałe i sens ich dalszego podtrzymywania, a nie liczyć na to że niezależnie od oceny tych pozostałych zarzutów, Izba biorąc pod uwagę częściowe uwzględnienie zarzutów przez Zamawiającego, dokona uwzględnienia odwołania i kosztami postępowania obciąży Zamawiającego”.*

KIO 766/13

Zdaniem odwołującego, wymogi określone przez zamawiającego, kwestionowane przez odwołującego, uniemożliwiają dostęp do udziału większości wykonawców, stawiając w uprzywilejowanej sytuacji podmiot, który obecnie świadczy usługi w tym zakresie na terenie Gminy Stargard Szczeciński tj., Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., w którego skład wchodzi Zakład Oczyszczania Miasta w Stargardzie Szczecińskim, a co za tym idzie naruszają dyspozycje art. 7 oraz art. 29 ust 2 ustawy Pzp. Ponadto odwołujący wskazał, że MPGK Sp. z o.o., jest spółką, której właścicielem w 100% jest Gmina-Miasto Stargard Szczeciński.

Odwołujący wskazał, iż analiza wymagań, jakie stawia wykonawcom s.i.w.z. prowadzi do wniosku, iż nie znajdują one rzeczowego uzasadnienia w treści obowiązujących przepisów prawa w tym w szczególności w ustawie z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity: Dz. U. z 2012 r., poz. 391 ze zmianami), a także w przywołanej przez zamawiającego uchwale nr XXIV/268/2012 z dnia 18 grudnia 2012 r. *„W sprawie uchwalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasta Stargard Szczeciński”*. Uchwała przewiduje obowiązek utworzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (Ekopunkt czyli PSZOK). Obowiązek ten ciąży na Gminie, która może stworzyć PSZOK we własnym zakresie lub zlecić obowiązek jego utworzenia w osobnym postępowaniu przetargowym, z uwagi na fakt, iż działalność PSZOK-ów nie jest częścią bezpośredniego systemu odbierania odpadów komunalnych. PSZOK jest uzupełnieniem systemu w sytuacji, kiedy na danej nieruchomości powstanie więcej odpadów zgromadzonych w sposób selektywny, nieadekwatnie do przewidzianych ilości i posiadanych pojemników na odpady. W/w przepisy nie konstruują konieczności zobowiązania wykonawcy wyłonionego w drodze przetargu na odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców gminy do utworzenia EKOPUNKT-u (PSZOK) oraz PZON. Z kolei art. 3 ust. 2 pkt 5 i 6 wyżej cytowanej ustawy dotyczy obowiązków gminy względem właścicieli nieruchomości i nakazuje ustanowienie selektywnego zbierania odpadów wymienionych w przytoczonym wyżej przepisie. Taka konstrukcja warunków udziału w postępowaniu stawia w uprzywilejowanej sytuacji MPGK Sp. z o.o. w Stargardzie Szczecińskim. Dowodem na powyższe jest uruchomienie przez Gminę w porozumieniu z MPGK Sp. z o.o. Punktu Zbierania Odpadów Niebezpiecznych. Punkt ten powstał na terenie Zakładu Oczyszczania Miasta wchodzącego w skład MPGK Sp. z o.o.

Zdaniem odwołującego, specyfikacja istotnych warunków zamówienia zbudowana jest na bazie usług świadczonych na chwilę obecną przez Zakład Oczyszczania Miasta należący do MPGK Sp. z o.o. w Stargardzie Szczecińskim, który obecnie prowadzi Biuro Obsługi

Mieszkańców (BOM), PZON, zlokalizowane w centrum miasta oraz mobilne punkty selektywnego zbierania odpadów.

Wykonawcy, którzy do tej pory nie prowadzili działalności na obszarze objętym postępowaniem przetargowym nie dysponują EKPUNKT-ami, ani też PZON-ami na terenie Gminy Stargard Szczeciński. Ze względu na uwarunkowania prawne nie jest też możliwe, aby wykonawca który wygrał przetarg był w stanie w terminie jednego miesiąca utworzyć BOM, EKOPUNKT oraz PZON. Z przepisów rozporządzenia z dnia 9 listopada 2010 r. w sprawie przedsięwzięć mogących znacząco oddziaływać na środowisko (Dz. U. Nr 213 poz. 1397) wynika, iż przedsięwzięcie w postaci zbierania odpadów wymaga wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach. Tym samym tworząc punkt selektywnego zbierania odpadów (innych niż niebezpieczne) lub punkt zbierania odpadów niebezpiecznych wykonawca zobowiązany będzie do uzyskania powyższej decyzji, a niejednokrotnie także decyzji o pozwoleniu na budowę.

Odwołujący stwierdził, że z zagrożeniem, o którym mowa wyżej mamy do czynienia w odniesieniu do zaskarżonego postępowania przetargowego. Nie budzi bowiem wątpliwości fakt, iż w świetle postanowień umowy przewidujących karę umowną w wysokości 500.000,00 zł za brak spełnienia wymogów s.i.w.z. w dniu przystąpienia do realizacji umowy, żaden z wykonawców nie posiadający już funkcjonujących PSZOK nie złożył oferty. Trudno też przypuszczać, iż nie świadcząc obecnie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych z terenu Gminy Stargard Szczeciński wykonawcy podjęli działania w celu utworzenia PSZOK na tym terenie. Zdaniem odwołującego, oczywistym jest zatem, iż s.i.w.z. w obecnej treści stawia w uprzywilejowanej sytuacji MPGO Sp. z o.o w skład, którego wchodzi ZOM w Stargardzie Szczecińskim.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarzuty odwołującego są niezasadne. Izba zwraca uwagę na okoliczność, że każde postępowanie wywołane wniesieniem środka ochrony prawnej, jakim jest odwołanie, należy oceniać odrębnie. Mimo możliwych do wystąpienia zbieżności okoliczności faktycznych i prawnych w dwóch lub więcej postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego i wystąpienia tych samych wykonawców, to sytuacja może być zgoła odmienna. Dlatego też nie jest możliwe automatyczne przeniesienie stanu faktycznego z innej sprawy odwoławczej na przedmiot badania objęty niniejszym odwołaniem.

Zdaniem Izby, w związku ze zmianą prawa związaną z odbiorem odpadów komunalnych zamawiający ma pełne prawo do takiego ukształtowania warunków świadczenia usługi, aby w pełni odzwierciedlała ona zapotrzebowanie społeczeństwa w zakresie odpadów komunalnych. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający tak ustalił sposób świadczenia usługi, który jest całościowy, kompleksowy i jednolity, tzn. wykonawca umowy ma w sposób

zorganizowany, obejmujący całokształt czynności składających się na przedmiot zamówienia wykonać zamówienie, dzięki czemu zamawiający w prosty i przejrzysty sposób może kontrolować prawidłowość realizacji umowy. Rozwiązanie przyjęte przez zamawiającego nie stoi w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa, jest rozwiązaniem racjonalnym i korzystnym zarówno dla samego zamawiającego, jak i co najważniejsze – dla mieszkańców gminy. Zamawiający, jako gospodarz postępowania ma pełne uprawnienie do ustanawiania wymogów realizacji zadania (usługi) w taki sposób, który pozwoli mu na kompleksowe osiągnięcie celu, jaki zamierza osiągnąć. Okoliczność, iż takie ukształtowanie przedmiotu zamówienia nie odpowiada wszystkim wykonawcom, nie może stanowić podstawy do uznania zarzutu naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy - Prawo zamówień publicznych, za zasadny. Oczywistym jest, iż sposób realizacji zamówienia, opisany przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie może ograniczać konkurencji.

W przedmiotowym postępowaniu, zdaniem Izby, zamawiający opisał przedmiot zamówienia, jego realizację, w sposób nieutrudniający uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż obejmuje on zakres czynności równy dla każdego uczestnika postępowania. Jeżeli wykonawca (odwołujący) nie jest w stanie sprostać wymogom zamawiającego, a zwrócić należy szczególną uwagę na nową sytuację wywołaną znowelizowanymi przepisami o odpadach, to w ustawie - Prawo zamówień publicznych, brak jest przymusu składania oferty. Skoro bowiem zakres czynności opisanych przez zamawiającego przekracza możliwości techniczno-organizacyjne odwołującego tzn. że wykonawca ten nie jest w stanie sprostać nowym wyzwaniom wynikającym z nowych przepisów.

Izba zwraca uwagę, że wejście na nowy rynek, nowych podmiotów zawsze wywołuje poniesienie innych, dodatkowych kosztów, które wykonawcy, za udział w tym rynku są zobligowani ponieść. Poniesienie tych dodatkowych kosztów nie powoduje jednoznacznie ograniczenia konkurencji, czy równego traktowania wykonawców. Jest to bowiem ryzyko, które wykonawcy muszą ponieść. Ponadto, zdaniem Izby, każdy wykonawca, czy to już świadczący usługę, czy nowy będą w równym stopniu ponosić koszty świadczenia usługi. Element przystosowania się do jej świadczenia przez nowych wykonawców jest bezsporny, a że koszty mogą być różne, jest oczywistym i jest elementem walki rynkowej i ryzyka wykonawcy.

Tym samym obowiązek uwzględnienia i wycenienia wszystkich wymaganych składowych przedmiotu zamówienia przez wykonawców nie stanowi o naruszeniu przepisów wskazywanych przez odwołującego.

Izba zwraca uwagę, że zamawiający wskazał na okoliczność, iż spółka miejska, która do tej pory świadczy usługi również będzie zobowiązana do poniesienia dodatkowych kosztów, w tym chociażby kosztów pracowniczych, czy kosztów utworzenia BOM i PSZOK, gdyż

dotychczasowa ich lokalizacja nie odpowiada wymaganiom postawionych przez zamawiającego w specyfikacji, czemu odwołujący (766/13 i 767/13) nie zaprzeczyli.

Izba podziela stanowisko zamawiającego, iż przedmiotowe postępowanie wiąże się z diametralną zmianą systemu odbioru odpadów komunalnych, która wzbudza wiele kontrowersji oraz obaw wśród mieszkańców (również, co do działania systemu). Zamawiający - w trosce o interes mieszkańców, a także efektywność i spójność podejmowanych działań - wymaga utworzenia i prowadzenia przez wykonawcę Biura Obsługi Mieszkańców. W biurze tym mieszkańcy będą mogli uzyskać interesujące ich informacje, zamówić usługę dodatkowego odbioru poza harmonogramem, odebrać worki na odpady, kody kreskowe, przekazywać drobne odpady ze zbiórki selektywnej itd. Funkcjonowanie tego biura jest więc bezpośrednio związane z główną usługą będącą przedmiotem zamówienia. Powierzenie prowadzenia tego biura podmiotowi trzeciemu miałyby się z celem jego utworzenia (obsługa mieszkańców, od których odbierane będą odpady w związku z odbiorem tych odpadów) i nie zapewniłoby efektywnego świadczenia usługi odbioru odpadów komunalnych, w tym właściwego poziomu komunikacji pomiędzy mieszkańcami a wykonawcą tej usługi.

Wbrew twierdzeniom odwołujących również wymóg utworzenia i prowadzenia (PSZOK) oraz PZON jest wymogiem uzasadnionym i zgodnym z obowiązującymi przepisami. Należy przy tym zwrócić uwagę, że ideą nowelizacji ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach było zapobieganie powstawaniu „dzikich wysypisk” oraz wypracowanie odpowiedniego sposobu postępowania z odpadami, poprzez osiągnięcie narzuconych na gminy poziomów odzysku.

Zdaniem Izby, nie ma prawnych przeszkód, by wymóg utworzenia i prowadzenia punktów odbioru odpadów był nałożony na wykonawcę odbierającego odpady komunalne, tym bardziej, że takie rozwiązanie jest racjonalne i korzystne przede wszystkim dla mieszkańców. Skupia w jednym miejscu działania oraz odpowiedzialność za odbiór odpadów komunalnych od mieszkańców gminy. Należy przy tym zwrócić uwagę, że zamawiający nie połączył usługi odbierania odpadów z inną, nie wiążącą się rzeczowo i funkcjonalnie, np. utrzymaniem parków. Zamawiający ustalając zakres zamówienia porusza się w obszarze odbierania odpadów komunalnych, tworząc optymalny dla gminy system.

Izba nie akceptuje stanowiska odwołujących, którzy kwestionując określone wymogi zamawiającego dążą do określenia jak najprostszego sposobu odbierania 27 tys. ton odpadów, z pominięciem innych wiążących się z odbiorem odpadów z nieruchomości działań, odbieranych przez nich, jako uciążliwe.

Ponadto wskazać należy, że zamawiający w dniu 15 kwietnia 2013 r. dokonał zmiany s.i.w.z., rezygnując z kwestionowanego warunku udziału w postępowaniu (część II pkt 1.3 ppkt 2-5), tj. wymogu wykazania na etapie składania ofert dysponowania najpóźniej w dniu

rozpoczęcia usługi BOM, PSZON, 8 czasowych (mobilnych) punktów selektywnego zbierania odpadów niebezpiecznych, PZON, tj. uwzględnił zarzut odwołującego. Jednocześnie zamawiający, dokonaną zmianą specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zmodyfikował wymagania przedmiotowe w stosunku do utworzenia i prowadzenia BOM, PSZON, 8 czasowych (mobilnych) punktów selektywnego zbierania odpadów niebezpiecznych PZON - w sposób pozwalający na stworzenie ww. punktów w odpowiednim czasie, bez ponoszenia nieuzasadnionych kosztów przez wykonawcę, który będzie realizował zamówienie. Jednocześnie zamawiający zmodyfikował § 7 umowy w taki sposób, że kara umowna nie będzie miała zastosowania, jeżeli w czasie umożliwiającym utworzenie stałych punktów usługa będzie realizowana przez punkty mobilne.

W ten sposób do niezbędnego minimum zostało ograniczone ryzyko zapłaty kary umownej przez wykonawcę, przy jednoczesnym zabezpieczeniu interesu zamawiającego, co czyni zarzut Nr 4 niezasadnym.

W konsekwencji ustaleń poczynionych jw., za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 7 w zw. z art. 29 ustawy Pzp. W ocenie Izby, zamawiający prowadzi postępowanie w sposób należyty, z poszanowaniem zasad wynikających z przepisu art. 7 ustawy Pzp, traktując wszystkich wykonawców w sposób równy, dokładając szczególnej staranności przy opisie przedmiotu zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

KIO 767/13

Izba podtrzymując dotychczas prezentowane stanowisko (KIO 766/13), które zachowuje swoją aktualność w przedmiotowej sprawie, dodatkowo wskazuje, co następuje.

Zarzut Nr 1 – uwzględniony przez zamawiającego. Zamawiający wykonał żądanie alternatywne wskazywane przez odwołującego, a mianowicie zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i wprowadził odrębną pozycję wynagrodzenia za utworzenie i utrzymanie BOM-u, EKOPUNKT-u, PZON-u i mobilnych punktów zbierania odpadów (II.2.7.2.d s.i.w.z.).

Zarzut Nr 2 – uwzględniony przez zamawiającego. Zamawiający wykonał żądanie alternatywne wskazywane przez odwołującego, a mianowicie zamawiający dokonał modyfikacji załącznika Nr 4 dodatkowo doprecyzowując sposób oceny oferty w kryterium jakości. Obecne brzmienie s.i.w.z. nie pozostawia wątpliwości, że ocena ofert w kryterium jakości dokonywana będzie w oparciu o obiektywne i weryfikowalne kryteria.

Zarzut Nr 3 i 4 – uwzględniony przez zamawiającego. Zamawiający wykonał żądanie odwołującego i usunął karę umowną określoną w § 7 ust. 1 pkt 1 umowy. Zmodyfikował również zapis w § 7 ust. 1 pkt 11 umowy, rezygnując z kar umownej za naruszenie „innych obowiązków wynikających z umowy lub naruszenie jej istotnych postanowień”, zastrzegając karę umowną za udowodnione przez zamawiającego nieobsłużenie mieszkańca oraz odmowę przyjęcia odpadów w BOM, PSZOK i PZON w wysokości 100 (słownie: sto złotych) za każde naruszenie.

Zarzut Nr 5 – uwzględniony przez zamawiającego. Zamawiający wykonał żądanie odwołującego i zmodyfikował postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia w ten sposób, że dotychczasowa treść została zmieniona i użyto sformułowania pochodzącego wprost z § 2 ust. 2 uchwały Rady Miejskiej Nr XXIV/272/2012 w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, tj. harmonogramy zostaną sporządzone przez operatora systemu i udostępnione właścicielom nieruchomości

Zarzut Nr 6 – dotyczący sformułowania w pkt I.6.3 i 6.5 oraz w pkt I.6.5.2) nakazu przetransportowania zebranych odpadów komunalnych do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK) - Składowisko Odpadów obojętnych i innych niż niebezpieczne w Łęczycy, wbrew zakazom wynikającym z przepisów prawa w szczególności z art. 35 ust. 6 pkt 3 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 (Dz. U. 2013, poz. 21) oraz Uchwałą Nr XVI/218/12 Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie uchwalenia aktualizacji Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem perspektywy na lata 2018 - 2023, zmienionej uchwałą z dnia 20 grudnia 2012 roku o Nr XX/278/12 oraz jej załącznikiem stanowiącym Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego, Izba uznała za niezasadny.

Izba wskazuje, że wskazanie przez odwołującego niezgodności postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia z ustawą o odpadach i uchwałą w sprawie WPGO nie

znajduje oparcia w przepisach prawa. Przede wszystkim bowiem uchwała w sprawie WPGO nie stanowi źródła prawa miejscowego. Aktem prawa miejscowego jest natomiast uchwała Nr XVI/219/12 Sejmiku Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 29 czerwca 2012 r. w sprawie wykonania Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Zachodniopomorskiego na lata 2012 - 2017 z uwzględnieniem perspektyw na lata 2018-2023 opublikowana w Dzienniku Urzędowym Województwa Zachodniopomorskiego z dnia 9 sierpnia 2012 r. pod poz. 1873 z późn. zm. Powyższe wynika wprost z art. 9 ustawy o samorządzie województwa (*„Samorząd województwa, na podstawie upoważnień ustawowych, stanowi akty prawa miejscowego obowiązujące na obszarze województwa”*) oraz art. 15 ust. 3 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. (Dz. U. z 2010 r. Nr 185 poz. 1243 z późn. zm.) ustawy o odpadach obowiązującej w dniu podjęcia uchwały o wykonaniu WPGO (*„Uchwała w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami jest aktem prawa miejscowego.”*). Zauważyć należy, że ustawa o odpadach nie wskazuje, iż uchwała w sprawie uchwalenia wojewódzkiego planu gospodarki odpadami jest aktem prawa miejscowego. Bezsporny jest więc fakt, że to ta pierwsza jest aktem prawa miejscowego.

W kontekście powyższego wskazać należy, iż na mocy § 2 ust. 1 lit c uchwały w sprawie wykonania WPGO składowisko odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Łęczycy znajduje się w wykazie istniejących regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (uchwała nr XVI/219/12). Powyższe determinuje spełnianie przez tę instalację wszystkich wymogów, o których mowa w art. 35 ust. 6 ustawy o odpadach. Odmienna interpretacja prowadziłaby do wniosku, że uchwała podjęta przez Sejmik Województwa Zachodniopomorskiego jest niezgodna z przepisami powszechnie obowiązującego prawa.

W myśl art. 9l i 9e ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach tylko RIPOK-i określone w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami mają prawo (i zarazem obowiązek) przyjmowania zmieszanych odpadów komunalnych od ich odbiorców, a odbiorcy mają obowiązek przekazywania tych odpadów wyłącznie do instalacji wymienionych w tych uchwałach.

Na marginesie należy zauważyć, że w § 10 ust. 2 uchwały Rady Gminy w sprawie uchwalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Miasta Stargard Szczeciński (uchwała Nr XXIV/268/2012 Rady Miejskiej w Stargardzie Szczecińskim z dnia 18 grudnia 2012 roku) ustanowiono RIPOK Łęczycza, jako instalację, do której kierowane będą zmieszane odpady komunalne.

Biorąc pod uwagę powyższe, brak jest podstaw do kwestionowania prawidłowości podjętej przez gminę uchwały w drodze odwołania od specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów wskazanych w treści odwołania, dlatego też na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych orzeczono, jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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 (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: