

**WYROK**  
**z dnia 29 października 2019 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **29 października** 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **17 października** 2019 r. przez wykonawcę **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach** w postępowaniu prowadzonym przez **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim**

**orzeka:**

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu uwzględnienie w specyfikacji istotnych warunków zamówienia faktu, że wszczęcie postępowania nastąpiło 6 września 2019 r.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim**
  - i:
  - 2.1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach** tytułem wpisu od odwołania;
  - 2.2) zasądza od zamawiającego **Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wielkopolskim** na rzecz wykonawcy **ENERIS Surowce Spółka Akcyjna z siedzibą w Kielcach** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gorzowie Wielkopolskim**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający Związek Celowy Gmin MG-6 z siedzibą w Gorzowie Wlkp., ul. Sikorskiego 3-4, 66-400 Gorzów Wielkopolski wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku Celowego Gmin MG-6«.

06.09.2019 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nrem 2019/S .

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

17.10.2019 r. wykonawca SA, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na postanowienia SIWZ.

Odwołujący sformułował zarzut naruszenia przez zamawiającego:

- 1) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 12 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1579) [dalej UCPG] przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i naruszający jednocześnie przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach [Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.] przez co narusza zasadę uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o:

- 1) zmianę SIWZ przez wykreślenie § 1 ust. 6 Wzoru umowy w brzmieniu:

»Wykonawca realizując przedmiot umowy zobowiązany jest do:

- 1) *przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, prowadzonej przez INNEKO Spółka z o.o., ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wlkp., wskazanej w załączniku nr 2 do Uchwały Nr XXIX/449/17 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 kwietnia 2017 roku, w sprawie*

wykonania Aktualizacji Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami wraz z Planem Inwestycyjnym w zakresie odpadów komunalnych;

- 2) *przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do wskazanych w ofercie instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z określoną w obowiązujących przepisach prawa hierarchią postępowania z odpadami w szczególności w art. 17 ustawy o odpadach, z zastrzeżeniem, że jeżeli przed przekazaniem odebranych selektywnie odpadów do instalacji odzysku i unieszkodliwiania zostały one przez Wykonawcę skierowane do przesortowania, to powstałe w wyniku tej czynności pozostałości z sortowania, oznaczone kodem 19 12 12, przeznaczone do składowania, muszą zostać przekazane do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych lub instalacji zastępczych;*
- 3) *w przypadku wystąpienia awarii Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, uniemożliwiającej odbieranie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, Wykonawca przekazuje te odpady do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi, wskazanych w załączniku nr 2 do Uchwały Nr XXIX/449/17 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 kwietnia 2017 roku, w sprawie wykonania Aktualizacji Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami wraz z Planem Inwestycyjnym w zakresie odpadów komunalnych.«.*

Argumentacja odwołującego

#### I. Wprowadzenie

Zamawiający prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest »Odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Sektora II Związku Celowego Gmin MG-6«.

Postępowanie zostało wszczęte 6.09.2019 r., czemu Zamawiający przeczy, twierdząc, że wszczął postępowanie wcześniej, tj. 3.09.2019 r. (w dniu przesłania ogłoszenia do publikacji w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Warto w tym miejscu wspomnieć, że 3.09.2019 r. Zamawiający przesłał ogłoszenie do publikacji, ale nie opublikował jego treści na stronie internetowej, ani w innym miejscu, nie opublikował również SIWZ ani innych towarzyszących jej dokumentów na stronie internetowej. Zamawiający twierdzi, że wszczął postępowanie, pomimo tego, że żaden z Wykonawców przy dochowaniu należytej staranności nie mógł się o tym dowiedzieć.

Data wszczęcia postępowanie jest w tym przypadku niezmiernie istotna, gdyż 6.09.2019 r. weszła w życie ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1579). Zgodnie z art. 27 tej ustawy wchodzi ona w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, czyli 6.09.2019 r. Art. 12 ww. ustawy brzmi »Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe«.

Pismem z 11.09.2019 r. do zamawiającego wpłynęły pytania, w których wykonawca zwrócił zamawiającemu uwagę, że postępowanie zostało wszczęte 6.09.2019 r. i w związku z tym zastosowanie znajdują przepisy nowej ustawy. Pismem z 12.09.2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi, w których zakwestionował moment wszczęcia postępowania, jednak dokonał zmiany SIWZ, w sposób zgodny z nowymi przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2018 r. poz. 1454 ze zm., dalej „ustawa UCPG”).

## II. W zakresie daty wszczęcia postępowania

Na poparcie swoich wywodów odwołujący przytoczył wyrok KIO 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 615/10, uchwałę z 17 lipca 2017 r., sygn. akt KIO/KU/31/17 oraz odwołujący zamieści w odwołaniu cytaty z *M. Jaworska »Prawo zamówień publicznych. Komentarz« Warszawa 2018 r.* i opinię UZP.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało publikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 6.09.2019 r. i tego samego dnia zamawiający zamieścił ogłoszenie i dokumentację postępowania na swojej stronie internetowej, wszczynając tym samym postępowanie – czego dowodem jest informacja ze strony internetowej zamawiającego. Data wysłania ogłoszenia do publikacji jest w tym wypadku wtórna co potwierdza cytowane wyżej postanowienie KIO.

W związku z tym postępowanie zostało wszczęte w dniu wejścia w życie ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1579), w związku z tym mają do niego zastosowanie przepisy ustawy zmienionej.

Pismem z 12.09.2019 r. zamawiający wyjaśnił, że „na gruncie dyrektywy 2014/24/UE, forma i sposób publikacji ogłoszeń na poziomie unijnym została określona w art. 51. W przypadku postępowań unijnych moment wszczęcia postępowania wyznacza data przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji UE”. Przepis art. 51 dyrektywy 2014/24/UE

określa techniczne kwestie związane z przekazywaniem ogłoszeń. Przepis ten, w żadnym razie nie odwołuje się do momentu wszczęcia postępowanie. Co interesujące zamawiający zupełnie pomija treść art. 52 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym: »Ogłoszeń, o których mowa w art. 48, 49, 50, oraz informacji w nich zawartych nie można publikować na poziomie krajowym przed publikacją zgodnie z art. 51«. Niemniej jednak publikacja na poziomie krajowym może w każdym przypadku mieć miejsce, gdy instytucje zamawiające nie zostały powiadomione o publikacji w terminie 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 51.

Dyrektywa 2014/24/UE nie odnosi się (w żadnym przepisie) do „momentu wszczęcia postępowania”. Daje tylko wskazówki, w jaki sposób ustawodawca powinien określić ten moment na poziomie krajowym, aby nie naruszyć zasad publikacji wynikających z dyrektywy 2014/24/UE. Polski ustawodawca odniósł moment wszczęcia postępowania z datą opublikowania ogłoszenia na stronie internetowej zamawiającego i w miejscu publicznie dostępnym. Nakładając na to wymogi wynikające z dyrektywy (i implementowane do polskich przepisów w art. 11 Pzp) publikacja ogłoszenia na stronie internetowej i miejscu publicznie dostępnym nie może nastąpić wcześniej niż w momencie opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub 48 godzin od potwierdzenia otrzymania ogłoszenia zgodnie z art. 51 dyrektywy 2014/24/UE.

Zamawiający działając prawidłowo i w zgodzie z ww. przepisami opublikował ogłoszenie na swojej stronie internetowej 6.09.2019 r. i w ten sposób wszczął postępowanie. Twierdzenie, że nastąpiło to 3.09.2019 r. nie znajduje uzasadnienia w żadnym przepisie Pzp i dyrektywy 2014/24/UE.

Trudno zatem twierdzić, że w rozpoznawanym postępowaniu mimo braku opublikowania ogłoszenia 3.09.2019 r. w jakimkolwiek z wymaganych w ustawie miejsc postępowanie zostało wszczęte.

Być może zamawiający miał zamiar wszcząć postępowanie jeszcze przed wejściem w życie przepisów znowelizowanej ustawy UCPG, ta sztuka jednak się nie powiodła, a w postępowaniu obowiązują przepisy ustawy UCPG w brzmieniu obowiązującym od 6.09.2019 r.

### III. W zakresie wskazania Instalacji

Zgodnie ze Szczegółowym Opisem Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) przedmiotem zamówienia jest odbieranie oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy UCPG w brzmieniu obowiązującym od 6.09.2019 r. »Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności [...] instalacje, w szczególności

instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów: w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady».

W związku z tym, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów, niezasadne jest wskazanie w § 1 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy, że: »Wykonawca realizując przedmiot umowy zobowiązany jest do [...] przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania, do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych, prowadzonej przez INNEKO Spółka z o.o., ul. Teatralna 49, 66-400 Gorzów Wlkp., wskazanej w załączniku nr 2 do Uchwały Nr XXIX/449/17 Sejmiku Województwa Lubuskiego z dnia 10 kwietnia 2017 roku, w sprawie wykonania Aktualizacji Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami wraz z Planem Inwestycyjnym w zakresie odpadów komunalnych«.

Zgodnie z art. 6c ust. 1 i 2 ustawy UCPG gminy są zobowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (tzw. nieruchomości zamieszkałe). Ponadto, w myśl art. 6d ust. 1 ustawy UCPG, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany udzielić zamówienia publicznego na:

- odbieranie i transport odpadów do wskazanej przez zamawiającego instalacji (lub innego właściwego miejsca) albo
- odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów w miejscu wybranym przez wykonawcę.

Na poparcie swoich wywodów odwołujący wskazał stanowisko UZP w Informacji o wyniku kontroli doraźnej z 28.09.2018 r., UZP/DKZP/KND/10/18.

W związku z tym nawet gdyby przyjąć, że postępowanie dotyczy odbioru i transportu odpadów, a co za tym idzie instalację wskazuje zamawiający, powinna zostać ona wyłoniona w trybie zamówienia publicznego: przetargu publicznym lub ewentualnie w wyniku udzielenia zamówienia in-house.

Cytowane wyżej stanowisko UZP jest to szczególnie istotne w kontekście zniesienia zakazu zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz pozostałości z procesu mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, o ile są przeznaczone do składowania, oraz odpadów zielonych poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone. Zgodnie z art. 6 pkt 5 ustawy zmieniającej ustawę UCPG w ustawie z dnia 14

grudnia 2012 r. o odpadach w art. 20 uchyla się ust. 7-11, który taką regionalizację tworzył. Zniesienie zakazu wpływa na poszerzenie kręgu potencjalnych wykonawców i konieczność zweryfikowania wyboru instalacji w trybie konkurencyjnym.

Celem wprowadzenia regionalizacji było zapewnienie odpowiedniego strumienia odpadów komunalnych regionalnym instalacjom. Wprowadzenie regionalizacji miało być impulsem do zwiększenia liczby nowoczesnych instalacji odzysku [w tym recyklingu] oraz unieszkodliwiania odpadów komunalnych w sposób inny niż ich składowanie. Budowa nowych instalacji wiązała się z kosztami, dlatego należało zapewnić potencjalnym inwestorom prawdopodobieństwo zwrotu nakładów. Temu zaś miało służyć ograniczenie swobody podmiotów odbierających odpady od właścicieli nieruchomości. Jednak obecna zmiana przepisów koryguje ten stan rzeczy, znosząc obowiązek przekazywania odpadów do instalacji zlokalizowanej w regionie, nie jest dopuszczalne.

W związku z tym wpisanie w § 1 ust. 6 pkt 1 wzoru umowy konkretnej instalacji, do której wykonawca zobowiązany jest przekazać odebrane odpady, w sytuacji, gdy po jego stronie jest kwestia zagospodarowania odpadów, stoi w sprzeczności w przepisami ustawy UCPG [zarówno w zakresie postępowań w jakich należy wskazać instalację jak i w zakresie regionalizacji). Takie działanie stoi również wprost w sprzeczności z zasadą uczciwej konkurencji. Wykonawca nie może swobodnie wybrać instalacji, do której przekaże odpady i wykorzystać swojej przewagi rynkowej. Zdany jest na warunki jakie dyktuje konkretna instalacja i co istotne jest zobowiązany do uiszczenia żądanej przez nią opłaty za zagospodarowanie odpadów, która po pierwsze nie musi być najniższa, a po drugie może być różna dla różnych wykonawców (przez stosowanie rabatów itp.), co powoduje, że konkurencja na rynku w tym zakresie jest zakłócona przez samego zamawiającego.

Pismem z 12.09.2019 r. zamawiający udzielił odpowiedzi wykonawcy: „Zamawiający uwzględni zgłoszone uwagi dzieląc stanowisko wykonawcy, a mianowicie zgodnie z art. 6 pkt 5 ustawy zmieniającej UCPG w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w art. 20 uchyla się ust. 7-11, zatem zgodnie z art. 17 ust. 3 ustawy z dnia 19 lipca 2019 o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, z dniem wejścia w życie [...] ustawy tracą moc uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, wydane na podstawie art. 38 ust. 1 ustawy zmienianej w art. 6. W tym zakresie zamawiający zmienia postanowienia treści SIWZ przez wykreślenie ustępu 6 w § 1 wzoru umowy (załącznik nr 7 do SIWZ – wzór umowy) oraz dokonanie stosowanych zmian redakcyjnych w pozostałych dokumentach przetargowych”.

Następnie 7.10.2019 r. w wyniku kolejnego pytania wykonawcy, zamawiający zmienił zdanie. Formułując pytanie, wykonawca powołał się na treść art. 12 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o UCPG oraz niektórych innych ustaw, zgodnie z którym to przepisem do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospoda-



rowanie odpadów komunalnych, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie tej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

Zamawiający przywrócił pierwotne postanowienia wzoru umowy, wskazującej konkretną instalację.

Odwołujący wniósł o wzięcie pod uwagę, który z wykonawców sformułował pytanie, w wyniku czego zamawiający przywrócił pierwotne postanowienia wzoru umowy, wskazującej konkretną instalację.

Wszystko to wbrew powszechnie obowiązującym przepisom, które weszły w życie 6.09.2019 r. Odwołujący postawił tezę, że pytanie zostało zadane przez wykonawcę INNEKO sp. z o.o. lub wykonawcę inspirowanego przez wykonawcę INNEKO sp. z o.o.

Wskazanie tej instalacji w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów, poza tym, że wprost stanowi naruszenie powszechnie obowiązujących przepisów (co wykazano powyżej) stanowi dodatkowo próbę obejścia innych przepisów.

Właścicielem spółki INNEKO Sp. z o.o. jest Miasto Gorzów Wielkopolski, które jest jednocześnie członkiem Związku Celowego MG6, czyli zamawiającego. W związku z tym, że Miasto Gorzów Wielkopolski przekazało swoje kompetencje w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów Związkowi, a postępowanie jest prowadzone przez Związek, Miasto Gorzów Wielkopolski nie ma prawnych możliwości bezprzetargowego zlecenia zagospodarowania odpadów w instalacji zarządzanej przez własną spółkę. Próbuje to zatem uczynić w taki sposób, że w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów „zmusza” wykonawców, aby przekazywali odpady do tej właśnie instalacji. Zamawiający powołuje się tu na przepisy prawa próbując przeprowadzić taką ich interpretację, aby osiągnąć partykularny cel w postaci skierowania strumienia odpadów do instalacji, znajdującej się w zarządzie jednego z członków Związku. Nie jest przy tym istotne dla zamawiającego złamanie przepisów prawa, ale nie jest również istotny dla zamawiającego jego interes ekonomiczny. Zakłócenie konkurencji powoduje, że wykonawcy zdani są na ceny dyktowane przez spółkę INNEKO Sp. z o.o. i warunki zagospodarowania odpadów i nie mogą osiągnąć lepszego efektu za niższą cenę.

Zniesienie regionalizacji jest jedną z najbardziej istotnych zmian w systemie zagospodarowania odpadów, która umożliwi zamawiającym przekazywanie odpadów do instalacji w całym kraju [zamawiający będą też mieli możliwość rozdzielania przetargów na odbiór i zagospodarowanie odpadów]. Postulując tę zmianę, Ministerstwo Środowiska podkreślało, że ma ona na celu zniesienie monopolu RIPOK-ów i obniżenie cen.

Tymczasem zamawiający usiłnie tkwi przy starym systemie. Zamawiający usiłował wszcząć postępowanie przed zmianą przepisów (co ostatecznie się nie powiodło), żeby skierować strumień odpadów do konkretnej instalacji.

Prezentowana przez zamawiającego interpretacja, że treść art. 12 ustawy nowelizującej ustawę UCPG dotyczy wszystkich jej przepisów jest o tyle absurdalne, że nowelizacja znosi nie tylko regionalizację RIPOK, ale i sam status instalacji jako regionalnych wprowadzając szereg przepisów zmieniających ich funkcjonowanie. Nie jest zatem możliwe, aby jedna i ta sama instalacja na potrzeby jednego postępowania miała status regionalnej, a na potrzeby innego postępowania (wszczętego kilka dni później) już nie.

Dlatego odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zmian wskazanych w żądaniu oraz wszystkich innych koniecznych do dostosowania treści dokumentacji do nowych przepisów.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 17.10.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający zamieścił odwołanie na stronie internetowej 18.10.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in fine* Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 28.10.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A) odwołującego:

- 1) dowód O1 tekst ogłoszenia jaki pojawił się 6.09. i jest to tekst ujednolicony, czyli zawierający informację wysłane 3.09.2019 r. o godzinie 16:00 i sprostowanego również 3.09.2019 r. o godzinie 21:21 i dlatego Odwołujący stwierdza, że nie doszło do ogłoszenia pierwotnego tekstu, a od razu ujednoliconego tekstu ogłoszenia z obu tych wysyłek;
- 2) dowód O2 materiał poglądowy różnice między przepisami obowiązującymi do dnia 5.09. i od 6.09.2019 r. w zakresie ustawy o odpadach, gdzie część art. 20 została uchylona oraz ustawy o UCPG, gdzie art. 6d ust. 4 pkt 5 uległ nieznaczącej zmianie, jednak nie wpływa to na możliwość Zamawiającego wskazania wykonawcom konkretnych lokalizacji miejsc, gdzie mają rozwozić odpady;
- 3) dowód O2a, tj. uzasadnienie do nowelizacji UCPG, gdzie na str. 12 ostatni akapit wskazane jest reakcja ustawodawcy na monopolizowanie rynku odpadów regionalnych, czyli od 6.09.2019 r. regionalizacja została zniesiona dla wykonawców;
- 4) dowód O3 Dziennik Urzędowy Województwa Lubuskiego z dnia 20.04.2017 r., gdzie w załączniku nr 2 jest wskazana instalacja INNECO jako jedyna regionalna instalacja, jednak ona po 6.09.2019 r. traci swój monopol;
- 5) dowód O4, tj. cennik instalacji INNECO oraz dowód O5, tj. cenniki innych instalacji, gdzie np. w Słubicach cena wynosi 120 zł na odpady biodegradowalne 220 zł, a za odpady zmieszane 314 zł i za odpady bio 80 zł, a Długoszyn – cena odpowiednio 158 zł i 258 zł oraz Eko-Mysł – 200 zł i 240 zł;
- 6) dowód O6, tj. mapkę z zaznaczeniem lokalizacji Zamawiającego oraz najbliższych 3 instalacji komunalnych do obioru odpadów;
- 7) dowód O7 lokalizacje sektorów Zamawiającego;

B) zamawiającego:

- 7) dowód Z1 o postępowaniach prowadzonych w Polsce na tych samych warunkach i datach wszczęcia postępowań.

W ocenie Izby, jedyny postawiony przez odwołującego zarzut naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp i art. 12 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz.

1579) [dalej UCPG] przez określenie przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i naruszający jednocześnie przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 ze zm.) przez co narusza zasadę uczciwej konkurencji – zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 29 ust. 1 Pzp brzmi »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«. Przepis art. 29 ust. 2 Pzp brzmi »Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję«. Przepis art. 7 ust. 1 Pzp brzmi »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«.

Izba stwierdza, że zamawiający prowadzi postępowanie zamówieniowe w trybie przetargu nieograniczonego i wartość zamówienia w rozpoznawanym postępowaniu przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp oraz zamawiający 3.09.2019 r. przekazał ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, zgodnie z art. 40 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający przekazuje ogłoszenie o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej«. Następnie, po ukazaniu się ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, zamawiający zamieścił ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, co nie jest sporne między stronami.

Jednak zamawiający przyjął za datę wszczęcia postępowania dzień przekazania ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, czyli 3.09.2019 r. i zamawiający zastosował w związku z tym do postępowania przepisy sprzed wejścia w życie ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2019 r. poz. 1579). Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw została ogłoszona 22.08.2019 r. Na podstawie art. 27 tej ustawy weszła ona w życie prawie w całości po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia [przepisy wchodzące w życie w innych, późniejszych terminach nie mają dla rozpoznawanego postępowania znaczenia], czyli ustawa zgodnie z art. 27 tej ustawy weszła w życie 6.09.2019 r. Miało to wpływ na określenie przedmiotu postępowania, co uzyskało odzwierciedlenie we wskazanych przez odwołującego postanowieniach wzoru umowy, stanowiącego załącznik do SIWZ.

Izba stwierdza, że wszczęciem postępowania zamówieniowego w trybie przetargu nieograniczonego nie jest pierwsze uzewnętrznienie zamiaru o przeprowadzeniu

postępowania, którym w przypadku zamówień o wartości co najmniej równej kwotom określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, jest przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Jednak jest to czynność konieczna do uzyskania przez zamawiającego uprawnienia do wszczęcia postępowania, które to wszczęcie postępowania następuje przez ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej zgodnie z art. 40 ust. 1 Pzp, który to przepis brzmi »Zamawiający wszczyna postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, zamieszczając ogłoszenie o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej«. Bez ukazania się ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zamawiający nie mógłby dokonać wszczęcia postępowania przez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej lub czynność ta byłaby nieważna.

Dlatego Izba stwierdza, że wszczęciem postępowania było zamieszczenie przez zamawiającego ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej, co zamawiający wykonał zgodnie z przepisami i nie stanowi to kwestii spornej. Nastąpiło to 6.09.2019 r., a więc po wejściu w życie nowelizacji ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z tego względu zastosowanie do rozpoznawanego postępowania zamówieniowego przepisów ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach sprzed wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. jest nieprawidłowe i zamawiający musi zastosować do rozpoznawanego postępowania przepisy ustawy 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz U. z 2018 r. poz. 1454, 1629, z 2019 r. poz. 730, 1403, 1579).

Izba nie nakazuje zamawiającemu dokonanie zmian w SIWZ zgodnie ze wskazaniem odwołującego, gdyż to zamawiający jest gospodarzem postępowania i to zamawiający wskazuje konkretne treści postanowień SIWZ. Izba stwierdza, że wskazywane przez odwołującego postanowienia w szczególności § 1 ust. 6 Wzoru umowy są zredagowane niezgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz U. z 2018 r. poz. 1454, 1629, z 2019 r. poz. 730, 1403, 1579) i dlatego te uregulowania zamawiający musi zmienić, tak aby SIWZ była w pełni zgodna z obowiązującymi przepisami.

Dodatkowo Izba wskazuje, że odwołujący nie uzasadnił naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w odwołaniu ani ustnie do protokołu, dlatego Izba nie może uwzględnić tego zarzutu, jednak nie ma to wpływu na treść orzeczenia.

Zamawiający naruszył art. 40 ust. 1 i 3 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....