

Sygn. akt: KIO 2347/19

WYROK
z dnia 2 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 listopada 2019 r. przez **Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie RDF Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ostrołęce przy ul. Kołobrzesckiej 5 (07-401 Ostrołęka), **MPK Pure Home Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Ostrołęce przy ul. Kołobrzesckiej 5 (07-401 Ostrołęka)

w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Czarnia**, Czarnia 41 (07-431 Czarnia)

orzeka:

1 Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: RDF Sp. z o.o. z/s w Ostrołęce oraz MPK Pure Home Sp. z o.o. z/s w Ostrołęce i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr. (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Gminę Czarnia na *zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Czarnia w 2020 r.* (nr postępowania: FUK.271.17.2019), ogłoszonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 08.10.2019 r., nr 607219-N-2019, wobec czynności wykluczenia z postępowania i uznania oferty za odrzuconą, Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: RDF Sp. z o.o. i MPK Pure Home Sp. z o.o. (dalej jako Odwołujący), wnieśli w dniu 18 listopada 2019r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2347/19).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów ustawy Pzp, tj.:

- 1) art. 92 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak uzasadnienia prawnego i faktycznego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, który wskazywałby na sposób dokonania oceny spełniania warunku udziału oraz tego w jaki sposób Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnia warunku opisanego w pkt V.3 siwz lub w jaki sposób uznał, że Ostrołęckie TBS spełnia warunek udziału w postępowaniu wskazany w pkt V.3 siwz, tj. zapewnia Zamawiającemu dostęp do „*instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*”;
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6 pkt 5 i 16 ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw („Ustawa nowelizująca”) w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach („Ustawa o odpadach”) w zw. z art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 ustawy o odpadach poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, tj. braku przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do „*instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*”, podczas gdy postanowienie siwz stanowiące podstawę do wykluczenia oferty Odwołującego (tj. punkt V.3 siwz) pozostaje sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Ustawy nowelizującej, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, na podstawie których żadna z funkcjonujących obecnie instalacji nie może być wskazana jako „*Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*”, „*instalacja regionalna przewidziana w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego*” lub „*instalacja komunalna wskazana w Planie gospodarki odpadami dla*

województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów”, w konsekwencji czego wskazane postanowienie siwz było prawnie skuteczne i jako takie nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz podczas gdy Zamawiający nie sprecyzował jaki dokument ma potwierdzać, że wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej, o której mowa w pkt V.3 siwz (pkt VI.4 siwz), a Odwołujący przedłożył na wezwanie oświadczenie własne, że zapewni dostęp do instalacji komunalnej;

- 3) ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, poprzez naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej, o której mowa w pkt V.3 siwz (pkt VI.4 siwz);
- 4) ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, na wypadek uznania przez Izbę, że postanowienie siwz wymagające przedstawienia dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów nie było bezskuteczne z uwagi na sprzeczność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, to czynności Zamawiającego zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 1 Pzp poprzez wybór oferty Ostrołęckiego TBS, podczas gdy warunki udziału w postępowaniu ukształtowane przez Zamawiającego uniemożliwiały złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż na podstawie aktualnie obowiązującego prawa, tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, żadna z funkcjonujących obecnie instalacji nie może być wskazana jako „Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów”, „instalacja regionalna przewidziana w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego” lub „instalacja komunalna wskazana w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów”, a zatem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp postępowanie powinno zostać unieważnione.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu przedstawienia należytego uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu (w przypadku uwzględnienie zarzutu nr 1), unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego (w przypadku uwzględnienia zarzutu nr 2), nakazanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub złożenia

dokumentów (przy uwzględnieniu zarzutu nr 3), nakazanie unieważnienia postępowania (przy uwzględnieniu zarzutu nr 4).

Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu Odwołującego z postępowania w dniu 12.11.2019 r.

Oferty w postępowaniu złożyło dwóch Wykonawców.

Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Odwołujący na wezwanie do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu, przedłożył zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wydane przez właściwy organ oraz dokument potwierdzający, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) Studzianki. Jednocześnie Odwołujący zwrócił uwagę, iż w związku z nowelizacją przepisów oraz zniesieniem regionalizacji gospodarki odpadami, obecnie nie obowiązują ograniczenia dotyczące zagospodarowania odpadów pochodzących z Gminy Czarnia.

Zamawiający wykluczył Odwołującego z postępowania, wskazując iż nie został złożony dokument potwierdzający, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do „*instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*”.

Odwołujący zarzucił braki w uzasadnieniu dokonanej oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu zarówno w odniesieniu do Niego, jak i Wykonawcy wybranego – Ostrołęckie TBS, do czego Zamawiający był zobowiązany na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp.

Odwołujący przytoczył zapisy pkt III.3.1 i 3.2 siwz określające miejsca zagospodarowania niesegregowanych (mieszanych) oraz segregowanych odpadów komunalnych. W ocenie Odwołującego opis przedmiotu zamówienia oraz treść warunku udziału w postępowaniu nie uwzględnia aktualnego stanu prawnego w kontekście gospodarowania odpadami komunalnymi, wynikającego z wejścia w życie przepisów Ustawy nowelizującej. Ustawa ta zniósła regionalizację w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi, co oznacza, iż odpady te mogą być przekazywane do instalacji położonych na terenie całego kraju, bez przypisywania ich do danego województwa. Przepisy nowelizujące te zasady weszły w życie z dniem 6 września 2019 r. W aktualnym stanie prawnym centralnym pojęciem w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi jest instalacja komunalna, a nie regionalna instalacja do przetwarzania

odpadów komunalnych. Zmiana przepisów przesądza, że żadna instalacja nie powinna być oceniana z perspektywy spełniania wymagań właściwych dla RIPOK, lecz aktualnie oceny należy dokonywać w świetle definicji IK. Utraciły moc obowiązującą uchwały podejmowane przez sejmiki wojewódzkie w sprawie wykonania wojewódzkiego planów gospodarki odpadami (art. 17 ust. 3 ustawy nowelizującej). Przeszły zatem istnieć akty prawa miejscowego stanowiące jedyne wiążące źródło prawa pozwalające na ustalenie, której instalacji przysługiwał status RIPOK, a której ten status nie przysługiwał. Obecnie obowiązują nowe obowiązki nałożone na podmioty przekazujące niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej zapewniającej ich mechaniczno-biologiczne przetwarzanie oraz wydzielanie z nich frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku (art. 29 ust. 1 Ustawy o odpadach). Status IK zostaje potwierdzony przez uwzględnienie instalacji na prowadzonej przez marszałka województwa liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytku i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów (art. 38b ust. 1 Ustawy o odpadach).

Aktualne przepisy rozszerzają skuteczność kwalifikacji instalacji jako IK na obszar całego kraju. W poprzedni stan prawny uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami określały regiony gospodarki odpadami komunalnymi oraz regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach i instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów (uchylony art. 38 ust. 2 Ustawy o odpadach). Status RIPOK był ograniczony do terenu wybranego regionu gospodarki odpadami komunalnymi i mógł mieć znaczenie gdy instalacja została wyznaczona do zastępczej obsługi innego regionu.

Od 6.09.2019 r. przepis art. 6d ust. 4 UCPG wymaga od organów określenia w siwz m.in. wymogów dotyczących przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych (pkt 1) oraz zobowiązania do wskazania przez wykonawców instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne (pkt 5).

Zamawiający dokonując oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu nie uwzględnił zmian w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi – w kontekście zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu zmieszanymi odpadami komunalnymi. Wykluczając Odwołującego z postępowania Zamawiający posłużył się kategoriami prawnymi nieistniejącymi na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, tj. „region gospodarki odpadami komunalnymi”, „regionalna instalacja przetwarzania odpadów (RIPOK)”, „status RIPOK”, „instalacja przewidziana do zastępczej obsługi regionu”, itp.

Bezskuteczny jest zatem warunek w zakresie, w jakim wymaga się, aby instalacja komunalna, którą wykonawca ma udostępnić była „wskazana w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów”. Skuteczny pozostaje sam warunek „zapewnienia Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej”. Zamawiający powinien zatem zbadać status IK proponowanej przez Odwołującego – CIGO Studzianki, przez uwzględnienie instalacji na prowadzonej przez marszałka województwa liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów. Pod poz. 2 listy prowadzonej przez Marszałka Województwa Podlaskiego znajduje się CIGO Studzianki – instalacja zapewniająca mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych odpadów frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku. Odwołujący złożył pismo, w którym zapewnił Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej, co potwierdziło spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Złożył również kopię ważnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, które obejmuje oba rodzaje odpadów komunalnych objętych zamówieniem.

Z ostrożności, Odwołujący wskazał, iż w przypadku wątpliwości Zamawiający powinien był wezwać Wykonawcę do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 Pzp.

Również z ostrożności Odwołujący wskazał, że gdyby przyjąć za skuteczny wymóg potwierdzenia dostępu do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, jako RIPOK, to postępowanie dotknięte byłoby wadą, której efektem powinno być jego unieważnienie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Aktualnie nie ma bowiem żadnego zakładu zagospodarowania odpadami, który umożliwiłby przetworzenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w ramach „regionu wschodniego” (województwa mazowieckiego). Zniesienie pomocniczego podziału Państwa oznacza, iż taki region nie istnieje (utracił moc załącznik nr 1 do uchwały nr 4/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r.). Nie istnieje również jakakolwiek instalacja do przetwarzania odpadów o statusie RIPOK, a obecnie instalacje kwalifikowane są jako instalacje komunalne. W skutek zniesienia regionów gospodarki odpadami oraz utraty mocy obowiązującej załącznika nr 2 do uchwały wykonawczej określającej instalacje zastępcze dla poszczególnych regionów, żadna z instalacji do przetwarzania odpadów nie posiada statusu instalacji zastępczej – przewidzianej do zastępczej obsługi regionu. W świetle tych okoliczności żaden z wykonawców nie jest w stanie spełnić warunku określonego w pkt V.3 siwz, tzn. „zapewnić Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej

wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów (RIPOK)”.

W aktualnym stanie prawnym status instalacji komunalnej (IK) wymaga uzyskania wpisu na listę prowadzoną przez marszałka województwa dla instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych (art. 29a ust. 1 i 3 oraz art. 35 ust. 6 Ustawy o odpadach). Stąd wtórne znaczenie mają wojewódzkie plany gospodarki odpadami, co dodatkowo potwierdza fakt, iż obowiązujący załącznik nr 1 do uchwały nr 3/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie uchwalenia Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 (przywołany przez Zamawiającego) nie wskazuje jakiegokolwiek instalacji komunalnej, ponieważ została przyjęty przed dniem wejścia w życie Ustawy nowelizującej.

Na marginesie Odwołujący wskazał, iż zasady dotyczące segregowanych odpadów komunalnych nie wymagały nigdy przekazania ich do instalacji o określonym statusie. Nie były objęte regionalizacją. Aktualne przepisy nie wprowadziły żadnych zmian, a zatem odzysk tego rodzaju odpadów może być przeprowadzony także w instalacjach nieposiadających statusu instalacji komunalnej (IK). Przedłożona kopia ważnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów w CIGO Studzianki potwierdza możliwość przetwarzania segregowanych (gromadzonych selektywnie) i niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

W dniu 26.11.2019 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie w całości. Zamawiający przywołał zapisy działu III ust. 3 pkt 3.1 oraz 3.2 siwz określające zasady, na jakich miałyby się odbywać przekazywanie odpadów komunalnych (zmieszanych oraz selektywnych), przy których obowiązywać miała zasada bliskości do instalacji regionalnych przewidzianych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego. Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Zamawiający wymagał złożenia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów, wydanego przez właściwy organ zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach oraz dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów. Zmiana przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach znosząca regionalizację w gospodarce odpadami powoduje, że przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych nie jest ograniczone do terenu własnego województwa, ale powinno być zgodne z ogólną zasadą bliskości i hierarchią sposobów gospodarowania odpadami. Zamawiający oczekiwał, iż wykonawcy wskażą

instalację komunalną wpisaną na listę Marszałka Województwa Mazowieckiego, jako najbliższą, co ma wpływ na wysokość kosztów związanych z ich transportem. Odwołujący w dniu 24.10.2019 r. został wezwany do uzupełnienia i wyjaśnienia okoliczności potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W odpowiedzi z dnia 30.10.2019 r. zapewnił Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) Studzianki wpisaną na listę Marszałka Województwa Podlaskiego, oddaloną o 165 km od Gminy Czarnia. Odległość ta wpłynie na podniesienie opłaty za odbiór i zagospodarowanie odpadów przeliczanej na jednego mieszkańca. Zamawiający stojąc na straży budżetu Gminy, jak i działając w dobrej wierze podjął decyzję o wykluczeniu Odwołującego z powodu nie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wskazania instalacji zgodnie z zasadą bliskości, o której mowa w art. 20 ust. 1 Ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. DZ. U. z 2019 r., poz. 701 ze zm.).

Zamawiający wyłonił wykonawcę – Ostrołęckie TBS Sp. z o.o. który zapewnił dostęp do instalacji komunalnej - Zakład Unieszkodliwienia Odpadów Komunalnych w Ostrołęce, wpisaną na listę Marszałka Województwa Mazowieckiego, oddaloną od Gminy o 55 km. Według wycień Zamawiającego transport odpadów odebranych z Gminy Czarnia do instalacji CIGO w Studziankach znajdującej się w województwie podlaskim (wskazanej przez Odwołującego) zwiększył koszt transportu o 101.640,00 zł brutto. Chociaż Odwołujący zaoferował najniższą cenę (różnica wynosi 22.045,11 zł brutto), to z uwagi na koszt transportu, podwoił to koszt drugiego postępowania w zakresie odbioru i transportu odpadów komunalnych.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołania zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843), w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do weryfikacji spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 Ustawy, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanej czynności Zamawiającego, jaką było wykluczenie z postępowania i uznanie oferty Odwołującego za odrzuconą. Oceny tej należało dokonać z uwzględnieniem sytuacji faktycznej, jaka istniała w momencie składania odwołania. Nie przesądzając o

zasadności zarzutów Izba zobowiązana była przyjąć stan hipotetyczny wynikający z wniosków Odwołującego - o braku podstaw do wykluczenia go z postępowania, ewentualnie wystąpienia przesłanki do wezwania o uzupełnienie dokumentów, ewentualnie unieważnienia postępowania (art. 93 ust. 1 pkt 7 Ustawy). Uwzględniając powyższe Izba uznała, iż czynność stanowiąca przedmiot zarzutu prowadziła do braku możliwości udzielenia zamówienia Odwołującemu pomimo złożenia najkorzystniejszej oferty (oferta tańsza od wybranej). Izba uznała, iż odwołanie służyć ma ochronie interesów wykonawcy w postępowaniu, przede wszystkim przez usunięcie niekorzystnej decyzji o jego wykluczeniu z postępowania.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż spełnione zostały przesłanki z art. 179 ust. 1 Ustawy.

W świetle przedstawionych stanowisk oraz analizy dokumentacji postępowania Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zamawiający prowadzi postępowanie, w którym przedmiot zamówienia obejmuje zagospodarowanie (bez transportu) odpadów komunalnych z terenu Gminy Czarnia w roku 2020. Zamawiający określił szacunkowe ilości odpadów niesegregowanych (zmieszanych) oraz segregowanych z podziałem na frakcje (rozdział III siwz – opis przedmiotu zamówienia). W opisie przedmiotu zamówienia (rozdział III.3 siwz) Zamawiający określił sposób świadczenia usługi wskazując w pierwszej kolejności na instalacje dla regionu wschodniego gospodarki odpadami wskazane w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024 (WPGO 2024) o statusie RIPOK, położonych najbliższej miejsca wytworzenia odpadów. Dopiero w przypadku braku wolnych mocy przerobowych RIPOK, odpady mogą być kierowane do instalacji przetwarzającej dany rodzaj odpadów przewidzianej do zastępczej obsługi regionu, wskazanej w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024 albo innej instalacji komunalnej mającej wolne moce przerobowe i będącą preferencyjną pod względem finansowym. W przypadku braku wolnych mocy przerobowych w instalacjach regionalnych i zastępczych funkcjonujących na obszarze regionu wschodniego możliwe jest przekazywanie odpadów dla wyznaczonych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024 instalacji do zastępczej obsługi zlokalizowanych poza regionem macierzystym Gminy Czarnia (pkt 3.1). Odpady selektywne powinny trafić zgodnie z zasadą bliskości do instalacji regionalnych przewidzianych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego, które mają możliwość ich właściwego zagospodarowania lub w przypadku braku takiej możliwości mogą one być kierowane do innych instalacji przetwarzających poszczególne frakcje odpadów selektywnie zebranych (pkt 3.2).

Po wyłonieniu wykonawcy, który świadczyć ma usługę zagospodarowania odpadów Zamawiający ogłosi przetarg na ich transport do instalacji wskazanej w ofercie wybranej.

W opisie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wskazał, iż uzna warunek za spełniony, *jeżeli Wykonawca wykaże, że podczas realizacji zadania zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów* (rozdział V.3 siwz).

W formularzu oferty Odwołujący wskazał, jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów Komunalnych **Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) Studzianki, ul. Spółdzielcza 36; 10-010 Wasilków**. Instalacja ta aktualnie ujęta jest na liście instalacji komunalnych (IK) w województwie podlaskim – zapewniającej mechaniczno-biologiczne przetwarzanie (MBP) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielenie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku (poz. 2 – dowód nr 3 przedłożony przez Odwołującego).

W dniu 24.10.2019 r. Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 oraz art. 26 ust. 2 Ustawy do złożenia dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu: zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów oraz dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów. Zamawiający wezwał do wskazania Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych spełniającej sposób świadczenia usług zawarty w SIWZ pkt III ust. 3 pkt 3.1 i 3.2.

W odpowiedzi na to wezwanie Odwołujący w piśmie z dnia 28.10.2019 r. wskazał na skutki nowelizacji ustawy o odpadach, która zniósła regiony gospodarki odpadami (obowiązek regionalizacji) w zakresie konieczności przekazywania bioodpadów, niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania i z procesów mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych, przeznaczonych do składowania. Po wprowadzeniu zmian ww. odpady będą mogły być przekazywane do instalacji położonych na obszarze całego kraju. Tym samym Odwołujący podtrzymał deklarację z oferty, iż pozyskane odpady z Gminy Czarnia będą zagospodarowywane w CIGO Studzianki.

Pismem z dnia 12.11.2019 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 12 Ustawy z postępowania

Odwołującego. W uzasadnieniu Zamawiający wskazał, iż zapewnienie dostępu do CIGO Studzianki nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych (rozdział V.3 siwz).

Na rozprawie Zamawiający przedstawił pismo Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 7.11.2019 r. skierowane do gmin z terenu województwa mazowieckiego, w którym wskazano na zmiany w przepisach dotyczących gospodarki odpadami, które weszły w życie w dniu 6.09.2019 r. Dotyczy ono m.in. zniesienia regionalizacji dla niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, co pozwala na przekazywanie odpadów do instalacji komunalnych położonych na obszarze całego kraju, przy zachowaniu ogólnej zasady bliskości i hierarchii sposobu gospodarowania odpadami. Podmiot odbierający zobowiązany jest do ich przekazywania do instalacji komunalnej wpisanej na listę marszałka województwa. Wejście w życie nowych zasad gospodarki odpadami spowodowało, iż uchwały sejmików województwa w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami (w tym uchwała nr 4/19 w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami województwa mazowieckiego 2024, w której wskazane były regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych) utraciły moc. Zgodnie z art. 17 ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, dotychczasowe regionalne instalacje do przetwarzania odpadów stały się instalacjami komunalnymi. Marszałek Województwa Mazowieckiego, realizując obowiązek wynikający z art. 38b ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, opublikował w Biuletynie Informacji Publicznej Samorządu Województwa Mazowieckiego listę instalacji komunalnych, na której ujęte zostały regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych wskazane w uchwale nr 4/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, które od tej pory funkcjonują jako instalacje komunalne. Obecnie obowiązującym planem gospodarki odpadami w województwie mazowieckim jest uchwalony w dniu 22 stycznia 2019 r. uchwałą nr 3/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego Plan gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 wraz z załącznikami.

Na podstawie poczynionych powyżej ustaleń Izba uznała, iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie w całości.

Zarzuty podniesione w odwołaniu sprowadzały się zasadniczo do oceny dopuszczalności zastosowania zapisu siwz w zakresie oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu (zdolności technicznej lub zawodowej) – tj. skuteczności postanowień, które uwzględniały nieobowiązujący stan prawny dotyczący gospodarki odpadami komunalnymi. Ponieważ

Zamawiający dokonał opisu warunku podmiotowego przez wskazanie na regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), które w aktualnym stanie prawnym nie funkcjonują, zdaniem Odwołującego należało pominąć przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu te postanowienia siwz, jako niewiążące. Najdalej idącym żądaniem Odwołującego było nakazanie unieważnienia postępowania, co wymagałoby stwierdzenia, iż zapisy siwz miały wpływ na konkurencyjność w postępowaniu.

Powyższe wyznaczało zakres rozpoznania i oznaczało konieczność rozważenia, czy w świetle postanowień pkt V.3 siwz, Zamawiający mógł dokonać oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu. W sprawie nie było sporne to, że zadeklarowana przez Odwołującego instalacja komunalna CIGO w Studziankach nie potwierdza warunku opisanego w sposób wskazany przez Zamawiającego. Odwołujący ciężar zarzutów przeniósł na wykazanie, iż zapis *Wykonawca wykaże, że podczas realizacji zadania zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów* nie miał wiążącego charakteru i uniemożliwiał weryfikację podmiotową Wykonawcy.

Oddalając odwołanie w całości Izba stanęła na stanowisku, iż warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym zdolności technicznej lub zawodowej należało zastosować z uwzględnieniem aktualnego stanu prawnego. Pominięcie zapisów siwz oznaczałoby odstępnie od ustalonych zasad oceny spełnienia warunków w postępowaniu i prowadziłyby do naruszenia podstawowych zasad obowiązujących w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Wprawdzie Zamawiający użył określenia *Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*, właściwego dla stanu prawnego obowiązującego do 6 września 2019 r. (czyli wejścia w życie nowych przepisów z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi), to w ocenie składu orzekającego nie stanowiło to przeszkody do zastosowania kryterium podmiotowego. Jak wynika z przedłożonego pisma Marszałka Województwa Mazowieckiego z dnia 7.11.2019 r. regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych stały się z dniem wejścia w życie przepisów Ustawy nowelizującej – instalacjami komunalnymi. Dodatkowo pismo to potwierdza, iż Plan gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jest nadal wiążący, a wskazane w uchwale nr 4/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 - regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, aktualnie funkcjonują jako instalacje komunalne.

Powyższe wskazywało, iż zapisy siwz były możliwe do zastosowania i wymagały od Wykonawcy zadeklarowania instalacji komunalnej wskazanej na liście funkcjonujących instalacji komunalnych w województwie mazowieckim. Nie było spornym, iż taka lista została

uchwalona – z pisma Marszałka Województwa Mazowieckiego wynika, iż została ona opublikowana pod adresem: <https://bip.mazowia.pl/zaatwspraw/prawo-przepisy/ewidencje-rejestry-archiwa/lista-instalacji-komunalnych/> i jest na bieżąco aktualizowana. Nie zachodziła zatem sytuacja wskazywana przez Odwołującego, iż Zamawiający użył określeń, które nie korespondują z aktualnym stanem prawnym. Zmiana przepisów, chociaż prowadziła do zniesienia regionalizacji przy gospodarce odpadami, to nie oznaczała, iż Plan gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 przestał obowiązywać, czy też że wcześniejsze RIPOK-i przestały funkcjonować, jako instalacje przetwarzające odpady komunalne. Nie było również podstaw do formułowania wniosku, iż zniesienie regionalizacji miałyby oznaczać brak możliwości wskazania w opisie warunku na konieczność zapewnienia przekazania odpadów komunalnych do instalacji komunalnej ujętej na liście prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego – a w ten sposób należy rozumieć treść warunku z pkt V.3 siwz. Zniesienie ograniczeń, jakie wynikały z regionalizacji w gospodarce odpadami – tj. obowiązku wskazania w wojewódzkim planie gospodarki odpadami podziału województwa na regiony oraz zakazu przekazywania odpadów do instalacji położonych na terenie innych województw, nie oznacza, iż Zamawiający nie mógł wymagać, aby odpady były przekazywane do instalacji znajdujących się na obszarze danego województwa. Żaden wykonawca na wcześniejszym etapie postępowania (również Odwołujący) nie kwestionował zapisów siwz, w których Zamawiający konsekwentnie podtrzymywał konieczność stosowania się do Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, który uwzględnia funkcjonujące na tym obszarze instalacje komunalne. Wnioskom Odwołującego przeczy treść jego oferty. Wykonawca wskazał bowiem jako regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych instalację, która aktualnie funkcjonuje jako instalacja komunalna w województwie podlaskim. Powyższe potwierdza, iż zmiana przepisów prawa nie stała na przeszkodzie w ustaleniu, które z funkcjonujących instalacji mogą być uznane za spełniające warunek udziału w postępowaniu. Ocena ta wynika z przepisów powszechnie obowiązujących, co pozwalało na zastosowanie postanowień siwz.

Ponieważ Odwołujący wskazał instalację komunalną, która funkcjonuje na obszarze województwa podlaskiego, jako instalacja komunalna, Zamawiający nie mógł uznać, iż wykazał spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Wykonawca był raz wezwany do wskazania innej – spełniającej warunek udziału w postępowaniu instalacji komunalnej i na to wezwanie podtrzymał swoją deklarację z oferty. Nie było zatem podstaw do kierowania ponownego wezwania o uzupełnienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu i uwzględnienia zarzutu zaniechania zastosowania trybu przewidzianego w art. 26 ust. 3 Ustawy.

Izba nie przychyliła się do zarzutu braku podania uzasadnienia decyzji o wykluczeniu z postępowania. Wprawdzie Zamawiający nie argumentował szeroko dokonanej oceny, to nie budziło wątpliwości, że przyczyną dla której uznał, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu, było wskazanie instalacji komunalnej CIGO w Studziankach. Odwołujący miał świadomość zmiany przepisów o gospodarce odpadami komunalnymi, o czym sam informował Zamawiającego wcześniej. Również w odpowiedzi na wezwanie skierowanej do Zamawiającego w toku postępowania wskazywał na zmianę stanu prawnego. Jak sam określił to w swojej wypowiedzi na rozprawie, spór pomiędzy stronami dotyczył kwestii prawnej, a nie stanu faktycznego. Chociaż brak było szerszej argumentacji prawnej w uzasadnieniu wykluczenia Wykonawcy z postępowania, to nie oznacza, iż Odwołujący nie mógł ustalić przyczyn, które zdecydowały o niekorzystnej ocenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu i na tej podstawie sformułować poprawnie zarzuty wobec decyzji Zamawiającego.

Izba nie dopatrzyła się wady postępowania, która mogłaby prowadzić do wyczerpania przesłanki z art. 93 ust. 7 pkt 7 Ustawy. Odwołujący wywodził taką wadę z faktu użycia pojęć, które nie funkcjonują w aktualnym stanie prawnym, co ma uniemożliwiać wykonanie umowy. Izba nie przychyliła się do tych wniosków, gdyż nowelizacja przepisów o gospodarce odpadami komunalnymi, nie oznacza, że realizowane w oparciu o brzmienie wcześniejszych postanowień umowy stają się niemożliwe do wykonania. Jak wynika z pisma Marszałka Województwa Mazowieckiego organ realizuje swoje obowiązki w tym zapewnił wykonalność Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 publikując aktualną listę instalacji komunalnych, do których mogą być kierowane odpady. Zmiana zasad gospodarki odpadami (zniesienie regionalizacji) nie stała wprost na przeszkodzie w zastosowaniu postanowień siwz, w tym ustaleniu, że Zamawiający oczekiwał zapewnienia dostępu do instalacji komunalnej wskazanej na liście instalacji komunalnych prowadzonej przez Marszałka Województwa Mazowieckiego. Odwołujący nie wykazał również, aby zapisy siwz zakłócały mechanizmy konkurencyjności, czy też wpływały na ilość złożonych ofert.

W świetle powyższego, Izba na podstawie art. 192 ust. 1 Ustawy oddaliła odwołanie.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 4 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w kwocie 7.500,00 zł.

Przewodniczący: