

Sygn. akt: KIO 2023/20

WYROK

z dnia 16 września 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Danuta Dziubińska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 września 2020 r. odwołania, wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę **S. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **S. C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX”**, Os. Sady 20 lok.2, 28-340 Sędziszów w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Iwanowice**, Iwanowice Włościańskie 99, 32-095 Iwanowice

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego S. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **S. C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX”**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Gminy Iwanowice kwotę 300 zł 00 gr (słownie: trzysta złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów związanych z dojazdem pełnomocnika na posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U 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 Krakowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Iwanowice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych stałych zmieszanych oraz odpadów segregowanych z terenu Gminy Iwanowice”, numer referencyjny: IGKR.271.3.7.2020.MK. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 17 lipca 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, nr ogłoszenia: 2020/S 137-337180 ze zm.

W dniu 10 sierpnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej została opublikowana zmiana ogłoszenia o zamówieniu oraz zamieszczona na stronie internetowej Zamawiającego zmiana specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”). S. C. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych TAMAX S. C. (dalej: „Odwołujący”) w dniu 20 sierpnia 2020 r. wniósł odwołanie na ww. czynności, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt. 3 ustawy Pzp w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 41 pkt. 7 ustawy Pzp zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na postawieniu warunku udziału w postępowaniu (zdolność techniczna) tj. wykazania się dysponowania: *„nieruchomością przeznaczoną na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) do której posiada tytuł prawny, Lokalizacja powinna być zgodna z zapisami prawa miejscowego w zakresie lokalizacji takiego obiektu. Poprzez prawo miejscowe rozumie się MPZT lub decyzję lokalizacyjną dla obiektu. Ponadto lokalizacja powinna być na terenie Gminy Iwanowice lub w odległości nie większej niż 20 km od centrum Gminy Iwanowice”*, podczas gdy:

- Zamawiający wymaga, aby stacjonarny PSZOK został uruchomiony dopiero od dnia 1 marca 2021 roku, co potwierdza, że na dzień składania ofert wykazanie się tytułem prawnym do nieruchomości przeznaczonej na cele związane z odpadami, co ma wynikać z miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego lub decyzji lokalizacyjnej, jest niecelowe, zaś postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ponadto godzi w naczelną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, powoduje znacznie ograniczenie konkurencji (wyklucza wykonawców którzy w rzeczywistości mogliby stanąć do przetargu dając rękojmię jego należytego wykonania);

2) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. w zw. z art. 22d ust. 1 w z art. 22a ust. 1a ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, tj. postawieniu warunku udziału w postępowaniu (zdolność techniczna) polegającego na wykazaniu dysponowania nieruchomością na potrzeby utworzenia PSZOK której lokalizacja powinna być na terenie Gminy Iwanowice lub w odległości nie większej niż 20 km od centrum Gminy Iwanowice, co powoduje, że tak nieskonkretyzowany zapis budzi poważne wątpliwości interpretacyjne, podczas gdy ocena spełnienia warunku winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

3) art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. w zw. z art. 22d ust. 1 w z art. 22a ust. 1a w zw. z art. 36 ust. 1 pkt. 14 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, polegające na dokonaniu zapisów SIWZ, które nie tworzą logicznej całości i spójności, wzajemnie się wykluczając, ponieważ:

- na dzień składania ofert Zamawiający wymaga, aby wykonawca w ramach wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej wykazał się tytułem prawnym do nieruchomości przeznaczonej na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK), zaś na etapie przed zawarciem umowy wskazuje, że wystarczy wykazanie się promesą w której będzie miał udzielony teren pod utworzenie PSZOK,

- przed podpisaniem umowy, Zamawiający żąda aby wykonawca przedłożył dokument potwierdzający posiadanie tytułu prawnego do dysponowania terenem, na którym będzie zlokalizowany PSZOK, na cały okres realizacji zamówienia, lub promesę w której będzie miał udzielony teren pod utworzenie PSZOK (przy czym dokument ten musi wykazywać już tylko zgodność z mpzp; brak już informacji o decyzji lokalizacyjnej), podczas gdy termin rozpoczęcia realizacji zamówienia tj. świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów nastąpi z chwilą zawarcia umowy, zaś prowadzenie PSZOK od dnia 1 marca 2021 roku, co powoduje, że wykazanie się tytułem prawnym do dysponowania terenem na cały okres realizacji zamówienia jest bezpodstawny i oderwany od wymogów stawianych w opisie przedmiotu zamówienia,

co w konsekwencji powoduje, że warunek wykazania się tytułem prawnym do terenu pod PSZOK jest nadmiernym, nieproporcjonalnym, zupełnie zbędnym i godzącym w zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców;

3) art. 29 ust. 1 i 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp w zw. z art. 3 ust. 2 pkt. 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą

konkurencję, polegający na wymaganiu, aby prowadzenie PSZOK nastąpiło w sztywnym terminie tj. od dnia 1 marca 2021 roku, podczas gdy z uwagi na przedłużającą się procedurę przetargową, liczne utrudnienia związane z pandemią wirusa SARS - CoV - 2 wywołującego chorobę COVID - 19, powodują, że uzyskanie niezbędnych zezwoleń i decyzji administracyjnych na dzień 1 marca 2021 roku, może okazać się w zasadzie niemożliwe (świadczenie niemożliwe pierwotnie), a wykonawca narazi się na negatywne skutki prawne z tym związane, podczas gdy prawidłowy zapis w tym zakresie winien przewidywać utworzenie i prowadzenie PSZOK w ciągu odpowiedniej liczby miesięcy (uwzględniające obecnie panujące realia związane z uzyskaniem niezbędnych zezwoleń na zbieranie odpadów), licząc od dnia zawarcia umowy;

- 4) art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego wszystkich czynności w zakresie uwzględnionych zarzutów i wniosków odwołania wniesionego przez odwołującego w dniu 27 lipca 2020 roku, w wyniku którego, przed Krajową Izbą Odwoławczą w Warszawie toczyło się postępowanie o sygn. akt 1773/20.

Wskazując na powyższe zarzuty, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) usunięcia z SIWZ oraz treści ogłoszenia wymogu w postaci dysponowania nieruchomością przeznaczoną na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie PSZOK, do której posiada tytuł prawny,
- 2) zmianę Opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie następującego zapisu:
 - W ramach zamówienia Wykonawca w miejscu uzgodnionym z Zamawiającym, w terminie 12 miesięcy liczonych od daty zawarcia umowy zorganizuje stacjonarny PSZOK celem odbierania (przyjmowania) od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Iwanowice. Do czasu utworzenia i prowadzenia stacjonarnego PSZOK-u Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia mobilnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji.

ewentualnie:

- W ramach zamówienia Wykonawca w miejscu wskazanym przez Zamawiającego, w terminie 12 miesięcy liczonych od dnia zawarcia umowy zorganizuje stacjonarny PSZOK celem odbierania (przyjmowania) od mieszkańców nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Iwanowice, Do czasu utworzenia i prowadzenia stacjonarnego PSZOK-u Wykonawca będzie zobowiązany do prowadzenia mobilnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych na wskazanej przez Zamawiającego lokalizacji. Wówczas, treść SIWZ powinna wskazywać także warunki finansowe (wysokość miesięcznego czynszu najmu lub dzierżawy) udostępnienia nieruchomości

do korzystania na potrzeby realizacji zamówienia, tak aby wykonawcy mieli możliwość uwzględnienia tych kosztów przy określaniu ceny ofertowej i uzyskania wymaganych zezwoleń i decyzji administracyjnych niezbędnych do utworzenia PSZOK.

ewentualnie:

- nakazanie Zamawiającemu rozdzielenia przedmiotu zamówienia na 2 części, tak aby wykonawcy chcący wziąć udział w przetargu mogli złożyć oferty częściowe na następujące części zamówienia:

a) część 1 - usługa odbioru odpadów komunalnych stałych zmieszanych oraz odpadów segregowanych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (stale i sezonowo) z terenu Gminy Iwanowice,

b) część 2 - utworzenie i prowadzenie PSZOK i zagospodarowanie odebranych odpadów tj. odzysk lub unieszkodliwienie

3) nakazanie dokonania usunięcia z treści Rozdziału 15 ust. 1 pkt. 3 i 4 SIWZ tj:

„3) dokument potwierdzający posiadanie tytułu prawnego do dysponowania terenem, na którym będzie zlokalizowany PSZOK, na cały okres realizacji zamówienia, lub promesę w której będzie miał udzielony teren pod utworzenie PSZOK,

4) dokument potwierdzający posiadanie tytułu prawnego do dysponowania terenem, na którym będzie zlokalizowany PSZOK, na cały okres realizacji zamówienia, lub promesę w której będzie miał udzielony teren pod utworzenie PSZOK (dokument musi potwierdzać zgodność z aktualnym miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego w zakresie lokalizacji PSZOK).”

4) dokonanie odpowiednich zmian w treści ogłoszenia o zamówieniu będących konsekwencją zmian SIWZ z pkt 1-3 powyżej.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że w ramach postępowania przetargowego złożył już odwołanie które wpłynęło do Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 lipca 2020 roku i zostało zarejestrowane pod sygnaturą KIO 1773/20. Przytaczając postawione w tym odwołaniu zarzuty i powiązane z nimi żądania, wskazał, że z uwagi na uwzględnienie przez Zamawiającego wiodących zarzutów odwołania, cofnął odwołanie w pozostałym zakresie postawionych i nieuwzględnionych zarzutów, z uwagi na ich drugorzędne znaczenie.

Następnie Odwołujący wskazał, że modyfikacja SIWZ oraz treść ogłoszenia w zakresie ww. warunku wykazania się potencjałem technicznym nadal narusza wskazane przepisy ustawy Pzp. Postawiony warunek udziału w postępowaniu jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a ponadto godzi w naczelną zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zdaniem Odwołującego przesunięcie terminu utworzenia i prowadzenia PSZOK na dzień 1 marca 2021 r. powoduje, że warunek posiadania nieruchomości na cele PSZOK na dzień złożenia oferty pozostaje w zupełnym oderwaniu od OPZ i ma jedynie iluzoryczny charakter, zbędną barierę formalną. W ocenie Odwołującego oczywistym jest, że wykonawca winien posiadać taką nieruchomość, jednak jej poszukiwania i zdobycie może rozpocząć się po zawarciu umowy. Konsekwencje nieuruchomienia PSZOK winny zostać przewidziane w umowie jak np. odstąpienie od umowy z winy wykonawcy z najdalej idącymi w tym zakresie konsekwencjami. Spełnienie warunku na etapie ofertowania jest pozbawione sensu, Zamawiający nie oczekuje bowiem, aby nieruchomość spełniała wymagania określone przepisami prawa - ten zapis został wykreślony. Wobec tego wykonawca może wskazać nieruchomość przeznaczoną na cele związane z gospodarką odpadami, która w istocie okaże się, że nie jest nieruchomością na której będzie można utworzyć i prowadzić PSZOK - nie uzyska wymaganej decyzji na zbieranie z uwagi na brak odpowiednich warunków technicznych. Nie każda bowiem nieruchomość, która potencjalnie jest przeznaczona na cele związane z gospodarką odpadami będzie posiadała wszelkie wymagane parametry wynikające z przepisów prawa czy OPZ na cele prowadzenia PSZOK. Zgodnie z wolą Zamawiającego aspekt techniczny nie będzie badany na tym etapie, ale przy ocenie spełnienia warunku, co prowadzi do wniosku, że wykonawca w przyszłości będzie mógł utworzyć PSZOK na dowolnej innej nieruchomości niż ta, którą wskazał na potrzeby spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Warunek ten pozostaje zatem w oderwaniu od OPZ i nie służy wykazaniu się należyłą rękojmią przez danego wykonawcę celem prawidłowego wykonania zamówienia i osiągnięcia jego celu.

Odwołujący podał, że z chwilą ukazania się ogłoszenia o zamówieniu usilnie poszukuje na terenie Gminy Iwanowice nieruchomości (uzyskanie tytułu prawnego) do nieruchomości przeznaczonej na cele gospodarowania odpadami, jednak jest to w zasadzie niemożliwe w tak krótkim czasie. W tym celu zwrócił się również z zapytaniem do samej Gminy Iwanowice, która również wskazała, że nie posiada takiej nieruchomości, jak również nie ma informacji o terenie, który spełniałby takie wymagania. Liczba nieruchomości, na której potencjalnie można utworzyć PSZOK jest bardzo ograniczona. Wynika to również z wielu obostrzeń ustawowych, w tym ustawy o odpadach (art. 41 i nast.). Analizując kwestię lokalizacji PSZOK należy uwzględnić także inne elementy. Po pierwsze - obsługę komunikacyjną. Kontenery z niektórymi odpadami (np. gruz, odpady wielkogabarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny) odbierane mogą być tylko przez pojazdy ciężarowe o sporej wadze i gabarytach. Dojazd do punktu drogą gruntową o kiepskiej jakości nawierzchni, po intensywnych opadach atmosferycznych może okazać się zadaniem niemożliwym. Istotna jest też dostępność mediów. Racjonalnym minimum jest techniczna możliwość wykonania

przyłącza energii elektrycznej oraz przyłącza wodociągowego. Szczególną uwagę należy zwrócić na kwestię ochrony przeciwpożarowej, które po ostatnich zmianach ustawy o odpadach jest szczególnie ważna (ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw Dz. U. z 2018 r., poz.1592), m.in. w kontekście konieczności opracowania operatu ppoż. Istotnym problemem jest także odległość wybranej lokalizacji punktu od zabudowali mieszkalnych. Ważne, żeby PSZOK znajdował się możliwie blisko dużych skupisk ludności, aby nie powodować problemów z samodzielnym dostarczeniem odpadów przez mieszkańców i nie zniechęcać ich do korzystania z punktu przez konieczność jazdy kilku czy kilkunastu kilometrów. Niewskazana jest jednak lokalizacja inwestycji w bezpośrednim sąsiedztwie zabudowy mieszkaniowej, ze względu na możliwość powstawania konfliktów społecznych. Może to także utrudnić lub uniemożliwić docelową rozbudowę przedsięwzięcia, jeśli po kilku latach okaże się ona konieczna.

Następnie Odwołujący wskazał, że jeśli dla wybranego obszaru nie został opracowany miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, to zgodnie art. 4 ust. 2 ustawy z dnia 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym (Dz. U. z 2018 r, poz. 1945 ze zm.) określenie sposobów zagospodarowania i warunków zabudowy terenu następuje w drodze decyzji administracyjnej, wydawanej przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, przy czym lokalizację inwestycji celu publicznego ustala się w drodze decyzji o lokalizacji inwestycji celu publicznego, a sposób zagospodarowania terenu i warunki zabudowy dla innych przedsięwzięć określa się w decyzji o warunkach zabudowy. Celem publicznym w rozumieniu art. 6. pkt 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami (Dz. U. z 2018 r. poz. 121 ze zm.) jest "budowa i utrzymanie publicznych urządzeń służących do (...) odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym ich składowania". Literalne brzmienie przepisu oczywiście nie uznaje za cel publiczny budowy PSZOK-u. PSZOK nie jest miejscem odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, tym bardziej składowania w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r. poz. 992 ze zm.), definiującej te procesy. Zachodzić tu będzie jedynie proces zbierania i magazynowania odpadów. Jednak celem realizacji PSZOK-u przeznaczonego do zbierania i magazynowania odpadów komunalnych jest ich dalsze poddawanie odzyskowi i unieszkodliwieniu oraz poprawa jakości i stanu środowiska na terenie gminy. PSZOK stanowić ma miejsce, w którym mieszkańcy bezpłatnie (w ramach uiszczanej w gminie opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi), lub za niewielką opłatą, będą mogli pozbyć się odpadów komunalnych, których zgodnie z prawem pozbycie się, mogło dotychczas stanowić dla nich problem. Działanie takie powinno przyczynić się do zmniejszenia ilości tzw. dzikich wysypisk śmieci. Nadto nawet jeżeli taką nieruchomość uzyska, a nie będzie ona objęta miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego, to uzyskanie stosownej decyzji lokalizacyjnej - decyzji o warunkach zabudowy i

zagospodarowania terenu nie będzie możliwe do spełnienia na dzień otwarcia ofert. Zgodnie z treścią art. 51 ust. 2 ustawy z dnia 27 marca 2003 roku o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym organ na wydanie takiej decyzji ma 65 dni. W praktyce okres ten jest maksymalnie wykorzystywany przez organy, zaś w dobie pandemii jest on przedłużany na dalszy okres.

Ponadto Odwołujący podniósł, że posiada odpowiednie doświadczenie i kompetencje w zakresie tworzenia i prowadzenia PSZOK. Tego typu przedsięwzięcia realizował i realizuje na terenie wielu innych gmin. Niemniej tak postawiony warunek w postępowaniu powoduje, że mimo posiadania odpowiedniej wiedzy w tym zakresie, nie będzie mógł on przystąpić do przetargu. W ocenie Odwołującego tak postawiony warunek zmusi do rezygnacji w przetargu wielu innych wykonawców. Zamawiający winien dbać o szeroką konkurencję tym bardziej, że usługa odbioru i zagospodarowania odpadów na terenie gminy Iwanowice od marca 2020 roku do chwili obecnej jest realizowana w trybie z wolnej ręki co jest niedopuszczalne. Obecnie taki stan godzi w przepisy dotyczące dyscypliny finansów publicznych. W ostatnim unieważnionym przetargu (w ocenie Odwołującego bezpodstawnie unieważnionym) ofertę złożyło jedynie dwóch wykonawców tj. Odwołujący oraz podmiot który aktualnie świadczy usługę z wolnej ręki. Przy tak zastosowanych zapisach warunku udziału w postępowaniu prawdopodobnie ofertę będzie mógł złożyć jedynie podmiot aktualnie świadczący usługę. Zgodnie z wiedzą Odwołującego posiada on nieruchomości z już uzyskaną decyzją na zbieranie odpadów która znajduje się na terenie gminy Iwanowice. Co równie ciekawe w poprzednio ogłoszonym przetargu Zamawiający w ogóle takiego warunku nie stawiał, zaś w okresie od ogłoszenia poprzedniego przetargu do chwili obecnej nie doszło do jakiegokolwiek zmiany przepisów prawa w tym zakresie. Ponadto w SIWZ następuje w tym zakresie kolizja albowiem z jednej strony Zamawiający nakazuje wykazaniem się tytułem prawnym, a już przed zawarciem umowy wystarczy jedynie promesa. Tytuł prawny to stosunek obligacyjny (np. najem, dzierżawa), własność lub ograniczone prawo rzeczowe. Promesa nie jest sensu stricto tytułem prawnym a jedynie przyrzeczeniem zawarcia umowy w przyszłości. Zresztą sam Zamawiający te dwie instytucje prawne rozdziela co tylko stanowi poparcie powyższych wniosków. Niedopuszczalne jest aby na etapie po wyborze najkorzystniejszej oferty a przed podpisaniem umowy Zamawiający niejako badał czy warunek w postaci nieruchomości został wykazany, Warto odnotować, że odpowiednie zastosowanie mają tutaj przepisy art. 36 ust.1 pkt. 14 ustawy Pzp. Formalności te nie stanowią już ani badania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ani badania oferty. Te musiały nastąpić z chwilą wyboru oferty najkorzystniejszej. Zatem domaganie się na etapie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wykazaniem tytułu prawnego do nieruchomości zaś na etapie przed zawarciem umowy promesą pozostaje w kolizji i wzajemnej sprzeczności. Na marginesie promesa nie

daje żadnej gwarancji, że wykonawca faktycznie uzyska formalny tytuł prawny do tej nieruchomości w przyszłości. Promesa jest instytucją prawną nienazwaną. Nie ma regulacji ustawowej dotyczącej promesy zaś jej dopuszczalność w obrocie wynika co najwyżej z instytucji swobody umów. Istnieje jednak różnica pomiędzy dysponowaniem tytułem prawnym do nieruchomości (warunek) a jedynie promesą (formalność przy zawarciu umowy).

Zdaniem Odwołującego bez wpływu na prezentowane przez niego stanowisko, że warunek nie jest nadmierny, jest to, że wykonawcy mogą w tym zakresie posługiwać się zasobami podmiotu trzeciego. Nie jest to bowiem ułatwienie dla wykonawcy, który próbuje uświadomić Zamawiającego, że wykazanie się nieruchomością na cele PSZOK na dzień składania ofert jest w zasadzie niemożliwe, jeżeli na co dzień nie prowadzi się działalności gospodarczej w zakresie gospodarowania odpadami na terenie Gminy Iwanowice.

Odwołujący dodatkowo zauważył, że sposób konstrukcji ww. warunku jest niejasny, nieprecyzyjny, mogący powodować arbitralność w ocenie jego spełnienia na etapie po otwarciu ofert. Zamawiający bowiem nie precyzuje jak należy rozumieć zapis „*Ponadto lokalizacja powinna być na terenie Gminy Iwanowice lub w odległości nie większej niż 20 km od centrum Gminy Iwanowice.*” Zamawiający nie sprecyzował, co należy rozumieć poprzez centrum Gminy Iwanowice oraz w jaki sposób będzie liczona odległość od centrum nie większa niż 20 km.

Odwołujący podniósł, że poprzednim odwołaniu żądał usunięcia z SIWZ oraz treści ogłoszenia wymogu dysponowania nieruchomością przeznaczoną na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów (PSZOK), do której posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone przepisami prawa. Modyfikacja SIWZ dokonana przez Zamawiającego w tym zakresie pozostaje w sprzeczności z ww. żądaniem. Odwołujący przywołał wyrok Izby z dnia 04 kwietnia 2018 roku w sprawie KIO 544/18: „*W przypadku dokonania czynności niezgodnie z żądaniami uwzględnionego odwołania, wykonawcom przysługuje prawo korzystania ze środków ochrony prawnej (w przeciwieństwie do sytuacji, gdy czynności zamawiającego są zgodne ze zgłoszonymi żądaniami - wówczas odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)). W takim przypadku kwestia prawidłowości tych czynności może podlegać ocenie Izby, ale pod kątem ich zgodności z przepisami prawa określającymi obowiązki zamawiającego odnoszące się do danych czynności (z materialnoprawnymi normami zawartymi w ustawie), nie zaś z art. 186 ust. 2 Prawa zamówień publicznych. Innymi słowy, wykonawca, który twierdzi, że zamawiający nie wykonał żądań uwzględnionego odwołania, ma prawo zaskarżyć nowe brzmienie SIWZ, które tych żądań nie realizuje, ale musi podnieść zarzuty merytoryczne, oparte o przepisy ustawy odnoszące się do kształtowania treści SIWZ.*”

Odwołujący podniósł również, że co prawda Zamawiający dokonał modyfikacji SIWZ w zakresie terminu rozpoczęcia prowadzenia PSZOK tj. przesunął ten termin na 1 marca 2021 roku, jednak tak postawiony termin powoduje, że świadczenie w tym zakresie może okazać się niemożliwe do spełnienia. Szeroka analiza stanu faktycznego oraz prawnego, w tym panującej pandemii COVID- 19, powoduje, że uruchomienie PSZOK-u z dniem 1 marca 2021 roku może okazać niemożliwe. Na ten stan wpływ ma również przedłużające się postępowanie przetargowe. Umowa może zostać zawarta nawet z początkiem października 2020 roku. W konsekwencji wykonawca na faktyczne utworzenie PSZOK (tj. uzyskanie odpowiednich zezwoleń oraz dostosowanie nieruchomości do wymaganych warunków technicznych) będzie miał niespełna 6 miesięcy. W okresie marzec - maj 2020 roku organy praktycznie w ogóle nie procedowały. Wszelkie terminy prowadzonych postępowań administracyjnych były zawieszane z mocy prawa aż do dnia 25 maja 2020 roku. W konsekwencji urzędy mają bardzo duże zaległości i informują o przedłużeniu terminu załatwienia sprawy nawet do końca tego roku (nie można przewidzieć czy te terminy ulegną dalszemu przedłużeniu). Z obserwacji oraz praktyki Odwołującego wynika, że uzyskanie decyzji na zbieranie odpadów wynosi obecnie okres ok. 12 miesięcy. Uzyskanie decyzji na zbieranie odpadów jest obecnie bardzo skomplikowanym i długotrwałym procesem prawoadministracyjnym trwającym do kilku miesięcy a nawet ponad rok (art. 42 i nast. ustawy o odpadach). Dla przykładu Odwołujący wskazał, że wniosek o zmianę decyzji na zbieranie odpadów złożył z początkiem marca 2020 roku. Obligatoryjna kontrola Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska (etap uzgodnień) odbędzie się z początkiem 2021 roku. Zatem prawomocną decyzję na zbieranie odpadów Odwołujący uzyska być może dopiero na przełomie marca i kwietnia 2021 roku. Wniosek o wydanie decyzji na zbieranie odpadów wymaga uzgodnienia z takimi instytucjami jak: Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska, Wody Polskie, Straż Pożarna (wykonanie operatu przeciwpożarowego). Ponadto, jeżeli nieruchomość wymaga decyzji lokalizacyjnej to najpierw musi wystąpić o wydanie decyzji o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu. Konieczne może również okazać się uzyskanie decyzji środowiskowej czy pozwolenia wodnoprawnego. Zatem nawet przy założeniu, że umowa na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego hipotetycznie została podpisana w dniu złożenia niniejszego odwołania, to i tak z przyczyn obiektywnych i niezależnych od stron uruchomienie stacjonarnego PSZOK w terminie do dnia 01 marca 2021 roku jest niemożliwe. Zasadny jest zatem wniosek aby PSZOK został uruchomione najpóźniej w terminie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

Pismem z dnia 27 sierpnia 2020r, złożonym do Prezesa Izby w dniu 3 września 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Izba dopuściła w poczet dowodów dokumentację postępowania przedłożoną przez Zamawiającego oraz dowody złożone na rozprawie przez Odwołującego w postaci: wniosku o dostęp do informacji publicznej z dnia 17 sierpnia 2020 r. skierowanego do Gminy Iwanowice wraz z odpowiedzią, tj. pismem Gminy Iwanowice z dnia 31 sierpnia 2020 r., oświadczenia Odwołującego z dnia 10 września 2020 r. dotyczącego starań pozyskania tytułu prawnego do nieruchomości na cele prowadzenia PSZOK, dwóch notatek służbowych pracownika Odwołującego dotyczących starań: wydzierżawienia nieruchomości na cele prowadzenia PSZOK na terenie Gminy Wielkiej Wsi na cele prowadzenia PSZOK oraz wydzierżawienia bądź zakupu nieruchomości na cele prowadzenia PSZOK na terenie Gminy Iwanowice, dwóch zestawów wydruków z rejestru: <https://bdo.mos.gov.pl>, dwóch wydruków z mapy Google, wniosku Odwołującego z dnia 3 marca 2020 r. skierowanego do Starostwa Powiatowego w Jędrzejowie wraz z pismem Świętokrzyskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 25 maja 2020 r. w zakresie zmiany zezwolenia na zbieranie odpadów.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie wystąpiła podstawa odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał, że obecna modyfikacja treści ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ uniemożliwia Odwołującemu złożenia skutecznej oferty w przedmiotowym postępowaniu i ewentualnego uzyskania zamówienia w przypadku złożenia najkorzystniejszej oferty, co skutkuje powstaniem szkody po jego stronie. Wyraża bowiem chęć uzyskania zamówienia w ramach niniejszego przetargu, jednak z uwagi na niezgodne z przepisami ustawy zaskarżone postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz treści ogłoszenia o zamówieniu może zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona, pomimo, że jest w stanie wykonać przedmiotowe zamówienie.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia, i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania, mógłby liczyć na udzielenie zamówienia i osiągnięcie zakładanych korzyści.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi polegającej na odbiorze i

zagospodarowaniu odpadów komunalnych stałych zmieszanych oraz odpadów segregowanych z terenu Gminy Iwanowice. Szczegółowy zakres i opis usługi będącej przedmiotem zamówienia został zawarty w Opisie przedmiotu zamówienia („OPZ”), stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ, gdzie zostało wskazane, że przedmiotem zamówienia jest usługa odbioru odpadów komunalnych stałych zmieszanych oraz odpadów segregowanych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (stałe i sezonowo) z terenu Gminy Iwanowice oraz prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych i zagospodarowanie odebranych odpadów tj. odzysk lub unieszkodliwienie, jak również dołożenie starań w celu osiągnięcia odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.). Zagospodarowanie odpadów tj. odzysk lub unieszkodliwienie musi być zgodne z obowiązującymi przepisami, w szczególności z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2019 r., poz. 701 z późn. zm.), ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 z późn. zm.), oraz zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami, przyjętego uchwałą Sejmiku Województwa Małopolskiego Nr XI/125/03 z dnia 27 marca 2017 r. oraz przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Iwanowice przyjętego Uchwałą Nr X/108/2019 z dnia 26 czerwca 2019 roku.

Stosownie do rozdziału 4 SIWZ i § 3 wzoru umowy zamówienie zostało przewidziane do realizacji na okres od dnia zawarcia umowy do dnia 31.12.2021r. lub do wyczerpania wartości umowy, jeżeli nastąpi to przed upływem terminu na jaki umowa została zawarta.

Prowadzenie PSZOK ma nastąpić najpóźniej od 1 marca 2021 r.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu. Nie potwierdziły się bowiem zarzuty odwołania, w granicach których, stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba orzeka.

Zgodnie z art. 180 ust. 3 ustawy Pzp *odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Zarzuty odwołania wnoszonego wobec postanowień SIWZ są rozpatrywane wraz z żądaniem ich zmiany przedstawionym w odwołaniu.*

Ad. zarzuty nr 1 i 2 dotyczące warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania nieruchomością na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK).

Na wstępie wymaga wskazania, że warunki udziału w postępowaniu służą wyłonieniu wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia. W związku z tym muszą być tak określone, aby możliwe było osiągnięcie celu ich postawienia, tj. aby wybrany wykonawca dawał rękojmię należytego wykonania umowy. Jednocześnie nie mogą to być warunki nadmierne, nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Wynika to z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, który stanowi, iż *zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając jej jako minimalne poziomy zdolności.*

Nie jest sporne, że przedmiot zamówienia obejmuje m.in. prowadzenie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Jak Odwołujący zauważył w odwołaniu, jest oczywistym, że wykonawca powinien posiadać nieruchomość, na której może być utworzony taki punkt. W związku z tym nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że ww. warunek jest nadmierny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Przedmiotowy warunek uzasadniony jest bowiem rodzajem i zakresem przedmiotu zamówienia, a ponadto daje gwarancję, że wykonawca będzie w stanie wykonać zadanie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego.

Argumentacja Odwołującego, iż powinien mieć możliwość rozpoczęcia poszukiwania i zdobycia takiej nieruchomości po zawarciu umowy, nie może być uznana przekonującą. W świetle bowiem twierdzeń odwołania, że uruchomienie takiego punktu wymaga spełnienia szeregu wymogów formalnych, np. w sytuacji, gdy nie będzie ona objęta miejscowym planem zagospodarowania przestrzennego – uzyskania decyzji lokalizacyjnej, dysponowanie nieruchomością lub zapewnienie sobie możliwości nią dysponowania z wyprzedzeniem w stosunku do daty uruchomienia PSZOK, należy uznać za uzasadnione i związane z przedmiotem zamówienia.

Jak zauważył Odwołujący w odwołaniu pozyskanie takiej decyzji wiąże się czasem, jaki zgodnie z obowiązującymi przepisami organ ma na jej wydanie, tj. 65 dni, przy czym w praktyce wynosi to około 3 miesiące. Oznacza to, że skoro PSZOK powinien być prowadzony w terminie przewidzianym w SIWZ, tj. od 1 marca 2021 r., a zgodnie z SIWZ wykonawca może posiadać jedynie promesę odnoszącą się do ww. nieruchomości, to jest uzasadnione, aby aktywność w celu pozyskania prawa do dysponowania odpowiednią nieruchomością, wykonawca podjął z odpowiednim wyprzedzeniem, pozwalającym na wypełnienie wymogów

jej dotyczących. Nie można zatem zgodzić się z Odwołującym, że powinien mieć możliwość rozpoczęcia poszukiwań nieruchomości po zawarciu umowy.

Za racjonalne należy uznać oczekiwanie, aby wykonawca przystąpił do działań w tym zakresie po zapoznaniu się z warunkami przetargu (co w przedmiotowym postępowaniu mogło nastąpić już w lipcu 2020 r.), a nie czynić tego dopiero po zawarciu umowy, kiedy to okres na poszukiwania mógłby okazać się za krótki. Po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ Wykonawca ma bowiem wiedzę, że w przypadku, gdy to jego oferta zostanie najwyższej oceniona i do niego zostanie skierowane wezwanie do złożenia wykazu, o którym mowa w pkt 6 ppkt 9 SIWZ, przygotowanego zgodnie z załącznikiem nr 4 do SIWZ, tj. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, będzie musiał już mieć zapewnioną możliwość wykonania zamówienia w pełnym zakresie. W wykazie tym wykonawca powinien bowiem oświadczyć, czy dysponuje nieruchomością na cele związane z prowadzeniem PSZOK spełniającą określone w SIWZ wymagania, a w przypadku potwierdzenia – wskazać tytuł prawny / podstawę do dysponowania.

Nie zostało także wykazane, aby postawienie omawianego warunku udziału w postępowaniu naruszało zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Jak zaznaczył Zamawiający prowadzenie PSZOK obciąża Gminę, natomiast prawem Gminy jest łączenie zamówień na odbiór/transport i prowadzenie PSZOK, co jest praktyką powszechną. Przestrzeganie zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji nie oznacza, że zamawiający ma w taki sposób przygotować i przeprowadzić postępowania, aby dopuścić wszystkich wykonawców działających na rynku, mogących w jakimś zakresie wykonać zamówienie, lecz takich, którzy są w stanie wykonać całe zamówienie zgodnie z potrzebami Zamawiającego. Skoro przedmiotowe zamówienie obejmuje zarówno m.in. odbiór odpadów, jak i prowadzenie PSZOK, co jest dopuszczalne i stosowane przez zamawiających, to wymogu wykazania się możliwością jego wykonania w pełnym zakresie, tj. także w odniesieniu do prowadzenia PSZOK, nie można uznać za taki, który narusza zasadę równego traktowania wykonawców lub uczciwej konkurencji. Wszyscy wykonawcy muszą spełnić takie same warunki, na takich samych zasadach. Okoliczność, iż Odwołujący wolałby wykonywać zamówienie inaczej, niż to wynika z potrzeb Zamawiającego, tj. z wykorzystaniem mobilnego punktu selektywnej zbiórki odpadów, lub chciałby wykonywać część zamówienia objętego SIWZ, na co wskazują alternatywne żądania zmiany SIWZ, nie oznacza, że Zamawiający naruszył wskazane przepisy ustawy Pzp.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, że nie jest obiektywnie możliwe pozyskanie prawa dysponowania lub zapewnienia takiego prawa do stosownej nieruchomości, znajdującej się na terenie Gminy Iwanowice lub w odległości nie większej niż 20 km od jej centrum, jak również,

że tylko jeden wykonawca jest w stanie przystąpić do przetargu. Na rozprawie Zamawiający wskazał, czemu Odwołujący nie zaprzeczył, że w takim promieniu mogą znajdować się nieruchomości na terenie Gmin: Michałowice, Zielonki, Składa, Gołcza, Słomniki, a zatem może to być nieruchomość położona nie tylko na terenie Gminy Iwanowice. Nie zostało wykazane, aby nie było możliwości znalezienia odpowiedniej nieruchomości na takim obszarze.

Dowody przedstawione przez Odwołującego w tym zakresie nie potwierdzają stanowiska, że spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie jest możliwe, nie obalają twierdzenia Zamawiającego, który na rozprawie stwierdził, iż ma informacje, że na terenie sąsiednich gmin są nieruchomości, na których zbierane są odpady, jak również, że obecnie określony termin rozpoczęcia prowadzenia PSZOK na dzień 1 marca 2020 r. jest terminem realnym.

Oświadczenie Odwołującego z dnia 10 września 2020 r. dotyczące trudności ze znalezieniem nieruchomości odnoszą się do pozyskania tytułu prawnego do nieruchomości na potrzeby utworzenia PSZOK, szczególnie z decyzją lokalizacyjną, nie zawiera natomiast informacji na jakim terenie próby te były podejmowane, nadto nie odnosi się m.in. do możliwości pozyskania promesy i możliwości podjęcia działań w kierunku pozyskania takiej decyzji, jak również nie zawiera informacji co do miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego. Podobnie należy ocenić notatki służbowe pracownika Odwołującego. Z notatki służbowej z dnia 17 sierpnia 2020 r. wynika, że została podjęta próba uzyskania w Urzędzie Gminy Iwanowice telefonicznej informacji odnośnie wydzierżawienia bądź zakupu nieruchomości na terenie gminy na cele prowadzenia PSZOK. Natomiast z notatki z dnia 9 września 2020 r. wynika, że analogiczna próba została podjęta w Urzędzie Gminy Wielkiej Wsi. Z obydwu notatek wynika jedynie, że w miejscowym planie zagospodarowania przestrzennego nie ma takich nieruchomości – Gmina nie dysponuje takim terenem. Również złożone wydruki z mapy Google wskazujące na odległości od siedziby władz Gminy, nie stanowią dowodu na brak obiektywnej możliwości wykazania się prawem do dysponowania odpowiednią nieruchomością lub zapewnieniem takiego dysponowania.

Natomiast wydruki ze strony <https://bdo.mos.gov.pl> wskazujące na figurujący w rejestrze podmiot, nie stanowią wystarczającego dowodu na to, że inne podmioty mogące wziąć udział w postępowaniu nie figurują w tym rejestrze, bądź nie mogą w nim się znaleźć.

Izba nie podziela także stanowiska Odwołującego, że ww. określenie wymaganej odległości jest niejasne. Sam Odwołujący przedstawiając dowody w postaci map, odległość tę przedstawia licząc od siedziby władz Gminy Iwanowice, tj. Iwanowice Włociańskie, a zatem traktuje ją za centrum.

Ad. zarzut nr 3 dotyczący sporządzenia SIWZ w sposób, który zawiera postanowienia nietworzące logicznej całości i wzajemnie się wykluczające.

W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż twierdzenie Odwołującego, że Zamawiający wymaga, aby na dzień składania ofert wykonawca w ramach wykazania spełnienia warunku zdolności technicznej wykazał się tytułem prawnym do nieruchomości przeznaczonej na cele związane z gospodarką odpadami, tj. utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) pozostaje w sprzeczności z postanowieniami SIWZ, nie znajduje oparcia w treści SIWZ.

Jak wyżej wskazano, z SIWZ wynika, że wykonawca winien wskazać tytuł prawny lub podstawę do dysponowania nieruchomością na wezwanie Zamawiającego w sytuacji, gdy jego oferta zostanie najwyżej oceniona. Zatem to w odpowiedzi na takie wezwanie wykonawca powinien już mieć wiedzę, co do nieruchomości, do jakiej ma już prawo dysponowania na cele prowadzenia PSZOK lub ma zapewnienie, że będzie miał takie prawo, a nie na dzień składania ofert.

W ocenie Izby nie ma niespójności w tym, że przed podpisaniem umowy, Zamawiający żąda, aby wykonawca przedłożył dokument potwierdzający posiadanie tytułu prawnego do dysponowania terenem, na którym będzie zlokalizowany PSZOK, na cały okres realizacji zamówienia, lub promesę, w której będzie miał udzielony teren pod utworzenie PSZOK. Koresponduje to bowiem z treścią wykazu składanego według załącznika nr 4 do SIWZ, składanego na wezwanie Zamawiającego, w którym wykonawca ma złożyć ww. oświadczenia dotyczące dysponowania nieruchomością, a zatem to, iż dokumenty na ich potwierdzenie winien złożyć przed podpisaniem umowy, jest zrozumiałą konsekwencją ww. oświadczeń, skoro te nie są wymagane wraz z wykazem. Nie pozostaje to także w sprzeczności z terminem rozpoczęcia prowadzenia PSZOK. Jak wskazano powyżej odnośnie zarzutu nr 1, istnieje uzasadnienie, aby wykonawca miał zapewnione prawo do dysponowania nieruchomością z wyprzedzeniem w stosunku do daty rozpoczęcia prowadzenia PSZOK.

Biorąc pod uwagę aktualną datę oraz datę rozpoczęcia prowadzenia PSZOK, przy uwzględnieniu wskazywanego przez Odwołującego czasu na dopełnienie wymogów formalnych (ewentualne pozyskanie decyzji lokalizacyjnej), należy uznać, że wyprzedzenie to nie jest nadmierne.

Nadto, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie jest to wymóg oderwany od wymogów stawianych w opisie przedmiotu zamówienia. Skoro przedmiot zamówienia obejmuje prowadzenie PSZOK, dla prowadzenia którego potrzebna jest nieruchomość spełniająca określone wymogi, których Odwołujący nie kwestionuje, to wymaganie, aby wykonawca dysponował taką nieruchomością pozostaje w związku z tym przedmiotem.

Jeśli natomiast chodzi o podniesiony w odwołaniu element, który odnosi się do braku w rozdziale 15 ust. 1 pkt 4 SIWZ informacji o decyzji lokalizacyjnej, to należy zauważyć, iż SIWZ winna być czytana w całości. Jakkolwiek, należy zgodzić się z Odwołującym, że w ww. punkcie występuje wskazanie jedynie na zgodność z mpzp, to jednak zaznaczenia wymaga, że w tym punkcie jest mowa o dokumentach składanych na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a skoro tak, to muszą one odpowiadać brzmieniu tego warunku. W sytuacji, gdy nie jest sporne, że warunek wskazuje zarówno na mpzp, jak i decyzję lokalizacyjną, to jest zrozumiałe, że składany dokument może potwierdzać także zgodność z ww. decyzją.

Ad. zarzut nr 4 dotyczący wymogu rozpoczęcia prowadzenie PSZOK od dnia 1 marca 2021 roku.

W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał, aby wymóg rozpoczęcia prowadzenie PSZOK od dnia 1 marca 2021 roku, naruszał wskazane w odwołaniu przepisy. Odwołujący nie wykazał, że kilkumiesięczny okres, liczony od daty ogłoszenia o zamówieniu, jest niewystarczający do przygotowania się do wzięcia udziału w postępowaniu i wykazania możliwości wykonania zamówienia w pełnym zakresie. W ocenie Izby powołując się na przedłużającą się procedurę przetargową, jak również wskazując na utrudnienia związane z pandemią wirusa SARS - CoV – 2, Odwołujący nie przedstawia przekonujących argumentów, przemawiających za zasadnością wydłużenia ww. okresu zgodnie z jego oczekiwaniami o tj. do 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W wyniku wcześniejszego odwołania wniesionego przez Odwołującego, Zamawiający w części je uwzględniając, przesunął okres, od którego ma być prowadzony PSZOK. Odwołujący nie wykazał, że termin 1 marca 2021 r. jest terminem nierealnym. Wystąpienie Odwołującego z dnia 3 marca 2020 r. do Starostwa Powiatowego w Jędrzejowie w sprawie zmiany zezwolenia na zbieranie odpadów i uzyskana odpowiedź odnosząca się do czasu przeprowadzenia kontroli, nie stanowią dowodu na brak możliwości spełnienia warunku udziału w analizowanym postępowaniu. Dotyczy to bowiem innych organów i innej sprawy.

Zauważenia wymaga, iż ze stanowiska Odwołującego wynika, że 1 marca 2021 r. to zbyt krótki czas na przygotowanie się do rozpoczęcia prowadzenia PSZOK, a jednocześnie Odwołujący chciałby uzyskać możliwość rozpoczęcia działań w kierunku pozyskania prawa do dysponowania odpowiednią nieruchomością dopiero od podpisania umowy, a zatem znacznie później, niż to wynika z obecnego brzmienia SIWZ. Nadto zgodnie z SIWZ umowa ma być realizowana do 31 grudnia 2021 r., a zatem, termin wskazywany przez Odwołującego tj. 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, należy uznać raczej za pozostający w związku z żądaniem wyeliminowania z SIWZ wymogu odnośnie prowadzenia stacjonarnego PSZOK, a nie jako

jedyny realny termin dla rozpoczęcia prowadzenia PSZOK. Jak natomiast zauważono, Zamawiający ma prawo oczekiwać od wykonawcy jego prowadzenia.

Ad. zarzut nr 5 dotyczący naruszenia art. 186 ust. 2 ustawy Pzp poprzez niedokonanie przez Zamawiającego wszystkich czynności w zakresie uwzględnionych zarzutów i wniosków odwołania wniesionego przez Odwołującego w sprawie o sygn. akt 1773/20.

W ocenie Izby również ten zarzut nie potwierdził się.

Z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie w sprawie sygn. akt 1773/20 wynika, w jakim zakresie Zamawiający uwzględnił odwołanie i jakich zmian dokona. Nie było to uwzględnienie w całości zarzutów odwołania, przy czym Zamawiający dzieląc w części argumenty w odniesieniu do niektórych zarzutów, nie uwzględnił pełnych żądań postawionych przez Odwołującego w odniesieniu do tych zarzutów. Należało zatem uznać, iż Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania na zmienioną treść SIWZ. Odwołujący z tego uprawnienia skorzystał i odwołanie podlegało merytorycznemu rozpatrzeniu z uwzględnieniem przywołanych w odwołaniu zarzutów i przepisów prawa.

Stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* W ocenie Izby w sprawie nie zostało wykazane przez Odwołującego, na którym spoczywał ciężar dowodu zgodnie z art. 6 Kodeksu cywilnego w związku z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, aby wystąpiło naruszenie przepisów ustawy Pzp, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego o zasądzenie kwoty 300,00 zł tytułem zwrotu kosztów dojazdu, na podstawie przedłożonych faktur.

Przewodniczący: