

**WYROK**

**z dnia 15 maja 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Jolanta Markowska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 maja 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., 53-238 Wrocław, ul. Ostrowskiego 7** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Miasto Oleśnica, 56-400 Oleśnica, Rynek-Ratusz,**

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprzez wykreślenie postanowienia zawartego w rozdz. VIII ppkt 1 tiret 4 siwz dotyczącego warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów obejmującego miejsce zbierania odpadów (PSZOK) na terenie miasta Oleśnicy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dotyczącego odpadów sklasyfikowanych w OPZ gromadzonych w PSZOK oraz opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku (rozdz. IX pkt 1.4 siwz) oraz odpowiednio przeniesienie tego wymagania na etap realizacji przedmiotu zamówienia;
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Miasto Oleśnica, 56-400 Oleśnica, Rynek-Ratusz, i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., 53-238 Wrocław, ul. Ostrowskiego 7**, tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od zamawiającego: **Miasto Oleśnica, 56-400 Oleśnica, Rynek-Ratusz** na rzecz wykonawcy: **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., 53-238 Wrocław, ul. Ostrowskiego 7** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

**Przewodniczący:** .....

### **U z a s a d n i e**

Zamawiający: Miasto Oleśnica prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie: „Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, położonych na terenie miasta Oleśnicy oraz organizacja i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2013/S 072-120199 w dniu 12 kwietnia 2013 r. Specyfikację istotnych warunków zamówienia opublikowano na stronie internetowej zamawiającego w dniu 12 kwietnia 2013 r.

Wykonawca: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu wniósł odwołanie wobec treści postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu w zakresie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia oraz postawienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania uprawnień niezbędnych do wykonywania przedmiotu zamówienia w sposób niezwiązany i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Odwołujący zarzucił naruszenie:

- art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 387 § 1 k.c., poprzez nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu, by Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) funkcjonował od daty zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r. w sytuacji, gdy wykonawcy świadczący usługi polegające na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie mieli pod rządami poprzednich regulacji prawnych obowiązku dysponowania PSZOK-ami spełniającymi wymogi opisu przedmiotu zamówienia, a stworzenie takiego punktu wymaga nie tylko wykonania szeregu czynności faktycznych, ale i pozyskania decyzji administracyjnych, przez co wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej z dniem 1 lipca 2013 r. jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców nie działających dotychczas na tym rynku, a co za tym idzie w sposób nieuprawniony faworyzuje wykonawców, którzy punktem takim na dzień złożenia ofert w niniejszym postępowaniu dysponują, co jednocześnie narusza art. 7 ust. 1 Pzp;

- art. 22 ust. 4 i art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp, poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów obejmującego miejsce zbierania odpadów (PSZOK) na terenie miasta Oleśnicy – zgodnie z obowiązującymi przepisami, dotyczące odpadów sklasyfikowanych w OPZ gromadzonych w PSZOK, który to warunek w zakresie, w jakim wymaga posiadania zezwolenia odnoszącego się do konkretnej lokalizacji PSZOK (miasto Oleśnica) i odpadów w tym

punkcie zbieranych, jest warunkiem nieadekwatnym do przedmiotu zamówienia, a jednocześnie naruszającym uczciwą konkurencję;

- art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez przewidzenie we wzorze umowy (§ 8 lit. e) możliwości zmiany umowy o zamówienie bez dookreślenia warunków takiej zmiany, w szczególności odnoszących się do zasad ustalania przez strony wynagrodzenia w razie zmiany instalacji, do której mają trafić odpady komunalne, a z odwołaniem się do niedopuszczalnych wg. Pzp negocjacji odnośnie warunków świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia, co powoduje, iż wykonawcy nie są w stanie skalkulować w swojej ofercie ryzyka związanego ze zmianą miejsca, do którego mają być transportowane odpady, w szczególności w sytuacji, gdy zamawiający nie zgodzi się w trakcie negocjacji, o których mowa w tym postanowieniu wzoru umowy, na oczekiwaną przez wykonawcę zmianę wynagrodzenia.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji siwz oraz ogłoszenia o zamówieniu, poprzez:

1) wskazanie w opisie przedmiotu zamówienia realnego terminu uruchomienia PSZOK wraz z dopuszczeniem możliwości zmiany tego terminu, jeśli do uzyskania decyzji administracyjnych warunkujących, zgodne z prawem, funkcjonowanie PSZOK nie dojdzie w terminie umożliwiającym wykonanie tego obowiązku umownego z przyczyn niezależnych od wykonawcy;

2) usunięcie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów obejmującego miejsce zbierania odpadów (PSZOK) na terenie miasta Oleśnicy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dotyczące odpadów sklasyfikowanych w OPZ gromadzonych w PSZOK oraz opisu sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku;

3) usunięcie ze wzoru umowy postanowienia § 8 lit. e, względnie doprecyzowanie warunków zmiany umowy o zamówienie publiczne w sytuacji, gdy w regionie pojawi się RIPOK, do którego konieczne będzie przekazywanie odpadów pochodzących z terenu gminy, w szczególności poprzez wskazanie zasad, na jakich w takiej sytuacji będzie mogło zostać zmienione wynagrodzenie wykonawcy.

Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez niemożliwość skalkulowania w cenie ofertowej w pełni ryzyka, jakie może wiązać z realizacją zamówienia.

I. Dokonując opisu przedmiotu zamówienia zamawiający określił wymagania, jakie powinien spełnić Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK). W pkt 5.1 OPZ wskazano, że PSZOK powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta

Oleśnicy. Natomiast w pkt 5.2 OPZ określono obowiązki wykonawcy w zakresie organizacji i prowadzenia PSZOK, który powinien zostać uruchomiony w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. od daty zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015 r. W rozdz. VIII ppkt 1 tiret 4 siwz zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów obejmujące miejsce zbierania odpadów (PSZOK) na terenie miasta Oleśnicy, zgodnie z obowiązującymi przepisami, dotyczące odpadów sklasyfikowanych w OPZ gromadzonych w PSZOK” (odpowiednio pkt III.2.1.1 ogłoszenia). W celu wykazania spełnienia ww. warunku, zamawiający w rozdz. IX ppkt 1.4 siwz wymaga załączenia do oferty „zezwolenie na zbieranie odpadów obejmujące miejsce zbierania odpadów na terenie miasta Oleśnicy (PSZOK) zgodnie z obowiązującymi przepisami, dotyczące odpadów opisanych w wymaganiach OPZ dotyczących PSZOK”.

Wskazane powyżej wymagania odnośnie przedmiotu zamówienia, a w ślad za tym postawienie wskazanego warunku udziału w postępowaniu, narusza przepisy ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że gminy, w tym zamawiający, są zobowiązane do utworzenia punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej PSZOK) na podstawie art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy u.c.p.g. W literaturze przedmiotu podkreśla się, że PSZOK musi spełniać standardy sanitarne, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650, z późn. zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 213, poz. 1397). PSZOK musi także spełniać szereg wymagań technicznych. W szczególności powinien być usytuowany na terenie ogrodzonym, oświetlonym i zabezpieczonym przed dostępem osób niepowołanych. Ponadto, w miejscach, gdzie może nastąpić wyciek substancji niebezpiecznych, wymagane jest odpowiednie zabezpieczenie środowiska gruntowo-wodnego. Miejsca magazynowania odpadów powinny być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje znajdujące się na terenie PSZOK. Wymagania te znalazły wyraz w postanowieniach OPZ, przy czym zamawiający stawiając je nie uwzględnił faktu, że uruchomienie PSZOK wymaga wielu czynności, jak: określenie lokalizacji, założeń technicznych, przeprowadzenie formalnej części koncepcyjnej lub projektowej oraz uzyskanie niezbędnych decyzji administracyjnych (decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia, pozwolenia wodno-prawne, warunki przyłączenia do mediów itd.). Po wybudowaniu PSZOK, należy uzyskać wszystkie niezbędne decyzje na użytkowanie obiektu oraz zezwolenia na zbieranie w tym miejscu odpadów komunalnych. Stąd w literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że okres realizacji inwestycji wynosi minimum kilka miesięcy (A. Krzyśków, P. Szyszkowski, op. cit., s. 57-58, wraz z powołaną tam literaturą). Z powyższych względów, jak

również z uwagi na to, że wymóg zorganizowania punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych został wprowadzony do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach dopiero przepisami ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 152, poz. 897 ze zm.) obowiązującymi od dnia 1 stycznia 2012 r. i wprowadzonymi w życie dopiero obecnie, możliwość zorganizowania PSZOK (z „czynnym” zezwoleniem na zbieranie odpadów) w terminie od 1 lipca 2013 r. jest niemożliwe dla wykonawców, którzy na terenie miasta Oleśnica nie posiadają takiego punktu. Możliwość taką ma wyłącznie wykonawca, który dysponuje już takim punktem na terenie miasta, o ile wykonawca taki istnieje. Takie ograniczenie konkurencji nie jest uzasadnione potrzebami zamawiającego, tym bardziej, że wskazane powyżej regulacje prawne obowiązują od 1 stycznia 2012 r., a zamawiający dopiero obecnie podejmuje działania zmierzające do wywiązania się z omawianych obowiązków. Z tego względu dopuszczenie możliwości uruchomienia PSZOK w dacie po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, ale ustalonej w sposób obiektywnie umożliwiającej zorganizowanie takiego punktu, nie jest zbyt daleko idącym oczekiwaniem ze strony wykonawców biorących udział w niniejszym postępowaniu. Powyższe nabiera szczególnego znaczenia w świetle § 6 ust. 1 pkt 1 lit I) wzoru umowy, w którym zamawiający określił kary umowne „za każdy dzień niefunkcjonowania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych, zgodnie z wymogami Zamawiającego określonymi w załączniku nr 2 do umowy - w wysokości 100,00 zł za każdy dzień” oraz § 9 ust. 4, w którym wskazano, że „Zamawiający uprawniony jest do odstąpienia od Umowy - w przypadku, nieutworzenia Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów spełniającego wymagania określone w Załączniku nr 2 - w terminie 30 dni od dnia, w którym Zamawiający powziął wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do odstąpienia.” Odwołujący zauważył, że przyjęcie nie znajdującego uzasadnienia obowiązku umownego i zagwarantowanie jednej ze stron prawa naliczania kar umownych na wypadek jego niedochowania narusza zasady współżycia społecznego. Zapisy umowy, których cel lub treść narusza zasady współżycia społecznego, są nieważne w całości lub w części, zgodnie z art. 58 §1 i 3 k.c., tj. skutek przekroczenia granic swobody umów wskazanych w art. 353<sup>1</sup> k.c. (tak w wyroku SN z dnia 25 maja 2011 r., II CSK 528/10).

PSZOK ma zostać uruchomiony po podpisaniu umowy. Tym samym dopiero po wybudowaniu PSZOK, uzyskaniu pozwolenia na użytkowanie, wykonawca może ubiegać się o uzyskanie zezwolenia, w trybie ustawy o odpadach, na zbieranie odpadów obejmujące PSZOK, w tym przypadku - na terenie miasta Oleśnicy. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ustawy z dnia 08.01.2013r. o odpadach (i odpowiednio w art. 28 ust. 2 ustawy o odpadach z dnia 27.04.2001r.), w zezwoleniu na zbieranie odpadów podaje się m.in. miejsce zbierania odpadów, miejsce magazynowania odpadów. Oczywistym jest więc, że podmioty, które

dotychczas w ogóle nie prowadziły działalności na terenie miasta Oleśnicy w zakresie zbierania odpadów w ramach PSZOK, zezwolenia takiego nie posiadają. Biorąc pod uwagę treść siwz oraz przepisy ustawy o odpadach, wykonawca winien legitymować się zezwoleniem na zbieranie odpadów w zakresie PSZOK dopiero na etapie wykonania umowy. Odwołujący wskazał, że organizacja PSZOK wymaga sporych nakładów finansowych, zaś ze względu na wymagania prawne związane z budową i eksploatacją PSZOK, przyjmuje się, że uruchomienie PSZOK wymaga kilku miesięcy. Ponadto obowiązek organizacji PSZOK narzuciła gminom dopiero znowelizowana ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zatem, że wykonawcy, którzy obecnie nie prowadzą na terenie miasta Oleśnica PSZOK, wymaganego zezwolenia nie posiadają. Zamawiający, ewidentnie preferuje wykonawców, którzy przed dniem składania ofert już prowadzą na terenie miasta Oleśnica PSZOK. Na tej zasadzie kwestionowany zapis w sposób rażąco narusza art. 7 ust. 1 Pzp i jednocześnie art. 22 ust. 4 Pzp, jako nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

II. Wzór umowy. Pismem z dnia 16 kwietnia 2013 r., zamawiający dokonał modyfikacji treści załącznika nr 3 do siwz - wzór umowy - poprzez dodanie § 8 lit. e. Odwołujący wskazał, że w razie powstania Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych zamawiający będzie musiał do tej instalacji skierować odpady pochodzące z terenu Gminy, więc w tym zakresie zmiana umowy o zamówienie publiczne musi być dopuszczalna. Niemniej jednak, koszty świadczenia usługi transportu odpadów do innej instalacji niż obecnie wskazana w siwz będą inne, a zatem wykonawca musi mieć prawo do żądania zmiany umówionego wynagrodzenia. Postanowienie wzoru umowy w obecnym kształcie nie gwarantuje prawa do zmiany wynagrodzenia w takiej sytuacji, wskazując jedynie na negocjacje pomiędzy stronami - co do warunków wykonywania usługi. Natomiast brak zgody wykonawcy na zmianę miejsca transportu, bez zmiany wynagrodzenia, oznaczać będzie rozwiązanie umowy. Wskazane postanowienie umowne nie tylko więc prowadzi do nieuzasadnionego wzmocnienia pozycji zamawiającego w relacjach z wykonawcą (naruszenia równości stron stosunku zobowiązaniowego), ale też uniemożliwia wykonawcom ocenę, kiedy i na jakich warunkach umowa może być zmieniona oraz wycenę ryzyka z tym związanego.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. Zamawiający stwierdził, że wymóg zorganizowania PSZOK jest obowiązkowym zadaniem własnym gminy wynikającym z art. 3 ust. 2 pkt 6 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2012 r., poz. 391 ze zm.). Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. z 2001 r. nr 142, poz. 1491 ze zm.) w celu wykonywania tego zadania gmina może utworzyć PSZOK we własnym zakresie (poprzez swoją jednostkę organizacyjną) lub zlecić obowiązek jego utworzenia na podstawie umowy

innemu podmiotowi. W takim przypadku zastosowanie ma ustawa z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.). Zamawiający wybrał drugie rozwiązanie. W związku z wejściem w życie nowego systemu gospodarowania odpadami od 1 lipca 2013 r. zamawiający nie ma możliwości samowolnie zmienić kwestionowanego terminu, bowiem właściciele nieruchomości zamieszkałych od tego dnia będą wnosić opłatę za m.in. możliwość dostarczenia odpadów wskazanych w OPZ do PSZOK. Stąd kary przewidziane w umowie za niefunkcjonowanie PSZOK muszą chronić interes zamawiającego i nie są w żaden sposób wygórowane. W ocenie zamawiającego termin 1 lipca 2013 r. wskazany w OPZ na uruchomienie PSZOK jest terminem realnym. Na dzień składania ofert (21 maja 2013 r.) wykonawca winien już dysponować zezwoleniem na zbieranie odpadów, nie jest to zatem umowa o świadczenie niemożliwe. Nie dochodzi także do naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, ponieważ warunek ten jest jednakowy dla wszystkich wykonawców, bowiem żaden podmiot wcześniej nie prowadził PSZOK na terenie Oleśnicy. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) na prowadzenie zbierania odpadów wymagane jest zezwolenie, wydawane przez starostę powiatu. Wniosek o wydanie zezwolenia powinien zawierać m.in. oznaczenie i wskazanie miejsca i sposobu magazynowania oraz rodzaju magazynowanych odpadów, przy czym sposób i rodzaje magazynowanych odpadów znajdują się w opisie przedmiotu zamówienia. Powyższe zostało potwierdzone przez starostwo powiatowe w Oleśnicy pismem z dnia 6 maja 2013 r. Nie ma zatem obowiązku wybudowania PSZOK przed uzyskaniem zezwolenia, co twierdzi odwołujący. W przypadku wymaganej decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach, jest ona również wydawana w trybie administracyjnym na wniosek podmiotu planującego podjęcie realizacji przedsięwzięcia i nie jest w tym przypadku wymagane nawet wykazanie prawa dysponowania terenem. W obydwu przypadkach decyzje są wydawane w terminie zgodnym z art. 35 k.p.a (tj. 30 dni). Od momentu wszczęcia postępowania wszyscy wykonawcy mieli 1 miesiąc i 12 dni na uzyskanie tych decyzji, co stanowi wystarczającą ilość czasu. Zatem na dzień składania ofert wykonawcy zobowiązani do przedłożenia zezwolenia nie muszą ponosić żadnych nakładów na wybudowanie PSZOK. Dopiero w sytuacji wyboru oferty danego wykonawcy, musi on zorganizować PSZOK do dnia 1 lipca 2013 r. Przy czym nie jest to inwestycja skomplikowana, wymagająca ogromnych nakładów finansowych. Wystarczające jest wynajęcie utwardzonego terenu i utworzenie tam PSZOK. Zdaniem zamawiającego, zarzuty odwołania nie są rzeczywiste, gdyż żaden z innych wykonawców nie przyłączył się do odwołania. Zamawiający wskazał dodatkowo, że wymagane w ramach warunku udziału w postępowaniu zezwolenie ma umożliwić zamawiającemu sprawdzenie czy obejmuje ono wszystkie kody odpadów wskazane w OPZ, zatem i z tych względów nie można uznać, że jest to warunek nieproporcjonalny (nieadekwatny) do przedmiotu zamówienia i naruszający uczciwą konkurencję. Co do

zarzutu, dotyczącego usunięcia lub modyfikacji wzoru umowy w zakresie § 8 lit. e, zamawiający wyjaśnił, że po ponownej analizie zarzutu, zgodnie z żądaniem odwołującego, wykreślił go z wzoru umowy, modyfikując w tym zakresie treść siwz.

**Krajowa Izba Odwoławcza**, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialno-prawną do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, iż w wyniku naruszenia powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia utrudnia mu dostęp do zamówienia, w szczególności poprzez brak możliwości skalkulowania w cenie oferty w pełni ryzyka, jakie może się wiązać z realizacją zamówienia.

Izba nie stwierdziła naruszenia art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, art. 14 Pzp w zw. z art. 353(1) k.c. i art. 387 § 1 k.c., poprzez nieuwzględniające wszystkich wymagań i okoliczności, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty, dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w zakresie wymogu, by Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) funkcjonował od dnia zawarcia umowy, ale nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r.

W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający określił wymagania, jakie powinien spełnić PSZOK - w pkt 5.1 OPZ wskazano, że PSZOK powinien być zlokalizowany w granicach administracyjnych miasta Oleśnicy. Zgodnie z pkt 5.2 OPZ określono obowiązki wykonawcy w zakresie organizacji i prowadzenia PSZOK, który powinien zostać uruchomiony w okresie realizacji przedmiotu zamówienia, tj. od daty zawarcia umowy, nie wcześniej niż od 1 lipca 2013 r. do 30 czerwca 2015 r.

Jak wynika z obowiązujących przepisów, PSZOK musi spełniać odpowiednie standardy, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 26 września 1997r. w sprawie ogólnych przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy (Dz.U. z 2003 r. nr 169, poz. 1650, z późn. zm.) oraz rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 16 czerwca 2009r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy przy gospodarowaniu odpadami komunalnymi (Dz. U. nr 213, poz. 1397), a także szereg wymagań technicznych (powinien być usytuowany na terenie ogrodzonym, oświetlonym i zabezpieczonym przed dostępem osób niepowołanych, wymagane jest zabezpieczenie środowiska gruntowo-wodnego w miejscach, gdzie może nastąpić wyciek substancji niebezpiecznych). Miejsce takie powinno być odpowiednio oznakowane, podobnie jak poszczególne obiekty i instalacje

znajdujące się na terenie PSZOK. Strony zgodnie stwierdziły, że wykonawcy świadczący usługi polegające na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości do tej pory nie mieli obowiązku dysponowania punktami PSZOK. Biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy i odpowiednio – wymagania określone w siwz, stworzenie takiego punktu wymaga zatem szeregu czynności faktycznych oraz uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych. Zgodnie również z obowiązującymi przepisami, zamawiający jest związany terminem 1 lipca 2013 r. określonym w ustawie – jako termin rozpoczęcia funkcjonowania nowego systemu zagospodarowywania odpadów. Zamawiający nie może zatem dowolnie ustanawiać terminu realizacji zamówienia, ze względu na fakt, że jeden z wykonawców nie jest w stanie spełnić w tym czasie określonych w siwz wymagań. Podkreślić należy, że to na odwołującym ciąży w tym przypadku dowód na obiektywne okoliczności, które uniemożliwiają uruchomienie takiego punktu. Izba zważyła, że odwołujący nie udowodnił faktu, że wymóg uruchomienia PSZOK najpóźniej z dniem 1 lipca 2013 r. jest wymogiem niemożliwym do spełnienia dla wykonawców nie działających dotychczas na terenie miasta Oleśnicy. Tym samym odwołujący nie wykazał, że zamawiający faworyzuje w postępowaniu wykonawców, którzy na dzień składania ofert takim punktem dysponują. Dodatkowo należy zauważyć, że odwołujący nie wskazał konkretnego terminu, który byłby jego zdaniem realnym terminem uruchomienia PSZOK. Odwołujący wnioskował o ewentualne dopuszczenie możliwości zmiany ustalonego w siwz terminu, w przypadku braku możliwości uzyskania przez wykonawcę w określonym terminie decyzji administracyjnych warunkujących funkcjonowanie PSZOK, z przyczyn niezależnych od wykonawcy. Z uwagi na obowiązujące przepisy, które zobowiązują gminę do zorganizowania PSZOK na terenie gminy najpóźniej od dnia 1 lipca 2013 r. zamawiający nie ma możliwości określić tego terminu w odmienny sposób np. w sposób alternatywny.

Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 22 ust. 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp i w zw. z art. 7 Pzp, poprzez wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu, polegającego na posiadaniu zezwolenia na zbieranie odpadów obejmującego PSZOK na terenie miasta Oleśnicy, dotyczące odpadów sklasyfikowanych w OPZ.

W rozdz. VIII ppkt 1 tiret 4 siwz (pkt III.2.1.1 ogłoszenia) zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu, wskazując, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy „posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów obejmujące miejsce zbierania odpadów (PSZOK) na terenie miasta Oleśnicy, zgodne z obowiązującymi przepisami, dotyczące odpadów sklasyfikowanych w OPZ gromadzonych w PSZOK”. W rozdz. IX ppkt 1.4 siwz wymaga się załączenia do oferty zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie miasta Oleśnicy (PSZOK) w zakresie odpadów opisanych w OPZ, w celu wykazania spełniania ww. warunku.

W ocenie Izby powyższe wymaganie posiadania na etapie składania ofert zezwolenia

odnoszącego się do konkretnej lokalizacji PSZOK (miasto Oleśnica) i odpadów w tym punkcie zbieranych, jest warunkiem nadmiernym (nieproporcjonalnym) w stosunku do przedmiotu zamówienia. Izba zważyła, że uzyskanie ww. zezwolenia wymaga spełnienia warunków, które na etapie składania ofert nie znajdują adekwatnego uzasadnienia w stosunku do przedmiotu zamówienia, którego wyłącznie jednym z elementów jest zorganizowanie PSZOK. Zauważyć należy, że czas konieczny do uzyskania zezwolenia wynosi zgodnie z art. 35 k.p.a. łącznie 60 dni (2x30 dni), ponieważ do wniosku o wydanie zezwolenia należy załączyć uprzednio uzyskaną decyzję o warunkach środowiskowych. Czas ten nie został zapewniony w przedmiotowym postępowaniu, biorąc pod uwagę datę ogłoszenia o zamówieniu oraz termin składania ofert (okres 1 miesiąca i 12 dni).

Ponadto uzyskanie zezwolenia w trybie ustawy o odpadach na zbieranie odpadów, obejmujące PSZOK na terenie miasta Oleśnicy, wymaga, zgodnie z art. 42 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, załączenia tytułu prawnego do nieruchomości, decyzji o uwarunkowaniach środowiskowych. Zgodnie z art. 42 ust. 1 ww. ustawy we wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów podaje się m.in. miejsce zbierania odpadów, miejsce i sposób magazynowania odpadów (odbieranie odpadów wymaga wpisu do rejestru działalności regulowanej) oraz rodzaj magazynowanych odpadów, opis stosowanej metody zbierania odpadów oraz szereg innych szczegółowych informacji dotyczących planowanej działalności. Aby uzyskać zezwolenie, wykonawca przed złożeniem oferty musi zatem poczynić znaczne nakłady organizacyjne i finansowe aby uzyskać wymagany dokument, poczynić konkretne na tym terenie opracowania projektowe, (np. koncepcyjne), aby w pierwszej kolejności uzyskać decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach, a następnie zezwolenie na zbieranie odpadów.

Przepis art. 22 ust. 4 Pzp stwierdza, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu zweryfikowanie zdolności potencjalnego wykonawcy do prawidłowego – należytego wykonania przedmiotu zamówienia. Sporządzenie oferty nie powinno jednak pociągać za sobą nadmiernych inwestycji, które de facto mają stanowić część przedmiotu zamówienia. W warunkach udziału w postępowaniu chodzi bowiem o sprawdzenie potencjału wykonawcy, a nie o realne przygotowanie do wykonania przedmiotu zamówienia - na etapie składania ofert. Przedmiotowy warunek udziału wymaga od wszystkich potencjalnych wykonawców, z których tylko jeden uzyska zamówienie, poniesienia istotnych nakładów organizacyjnych i finansowych, które nie będą w żaden sposób przydatne wykonawcy w dalszej działalności, jeśli wykonawca ten nie uzyska zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe, w ocenie Izby, wykonawca winien legitymować się

zezwoleniem na zbieranie odpadów w zakresie PSZOK w mieście Oleśnica na konkretne rodzaje odpadów wskazane w OPZ - dopiero na etapie wykonania umowy. Tym samym Izba stwierdziła, że omawiany warunek (opis sposobu dokonania oceny spełnienia tego warunku) powinien zostać usunięty z siwz, a odpowiednie wymaganie w tym zakresie winno zostać przeniesione na etap realizacji zamówienia, tj. zezwolenie powinno być wymagane w terminie określonym w siwz na uruchomienie PSZOK, zważywszy, że rozpoczęcie działalności w tym zakresie nie może nastąpić bez uzyskania zezwolenia.

Obowiązek organizacji PSZOK narzuciła gminom znowelizowana ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zatem żaden wykonawca nie prowadzi PSZOK obecnie na terenie miasta Oleśnicy. Z tego względu Izba nie podzieliła twierdzenia odwołującego, że zamawiający, stawiając warunek udziału w postępowaniu, preferuje wykonawców, którzy przed dniem składania ofert prowadzą PSZOK na terenie miasta Oleśnica. Obie strony w niniejszej sprawie potwierdziły, że jeden podmiot posiada na terenie Oleśnicy punkt magazynowo-transportowy w związku z prowadzoną dotychczas działalnością. Powyższe nie dowodzi jednak, że podmiot ten jest uprzywilejowany w przedmiotowym postępowaniu. Podmiot ten jest bowiem zobowiązany, jak każdy inny wykonawca, uzyskać stosowne zezwolenie. W tym kontekście Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, iż kwestionowany warunek w sposób rażąco narusza art. 7 ust. 1 Pzp. Zarzut ten w ocenie Izby nie został udowodniony przez odwołującego.

Izba uznała, że zamawiający jest uprawniony do ustalenia kar umownych, zgodnie z § 6 ust. 1 pkt 1 lit I) wzoru umowy, w którym zamawiający wskazał kary w wysokości 100,00 zł za każdy dzień niefunkcjonowania PSZOK, zgodnie z wymogami zamawiającego lub zgodnie z § 9 ust. 4 - do odstąpienia od umowy - w przypadku nieutworzenia PSZOK spełniającego wymagania siwz - w terminie 30 dni od dnia, w którym zamawiający powziął wiadomości o okolicznościach stanowiących podstawę do odstąpienia. Cel i treść tych regulacji służą zabezpieczeniu ważnego interesu publicznego i w tym aspekcie nie naruszają zasad współżycia społecznego, w szczególności na skutek przekroczenia granic swobody umów wskazanych w art. 353<sup>1</sup> k.c.

Izba nie rozpoznawała zarzutu naruszenia art. 144 ust. 1 Pzp w zw. z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, poprzez przewidzenie we wzorze umowy (§ 8 lit. e) możliwości zmiany umowy o zamówienie bez dookreślenia warunków takiej zmiany, w szczególności odnoszących się do zasad ustalania przez strony wynagrodzenia w razie zmiany instalacji, do której mają trafić odpady komunalne. Zgodnie z oświadczeniem odwołującego złożonym na rozprawie, zarzut ten nie został podtrzymany przez odwołującego, w szczególności w związku z uwzględnieniem przez zamawiającego tego zarzutu i dokonaniem przed terminem posiedzenia zmiany siwz, poprzez wykreślenie ww. postanowienia, zgodnie z żądaniem odwołującego zawartym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę zatem powyższy stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1, ust. 2 i ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt 1 oraz § 5 ust. 2 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. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....