

Warszawa, dnia 15 stycznia 2023 roku

Do:

Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Zamawiający:

Gmina Udanin
ul. Kościelna 10, 55-340 Udanin
Tel. 76/744-28-70, 76/744-28-88
Fax. 76/744-28-99, 76/870-92-42
email: Aleksandra.zastocka@udanin.pl

Odwołujący:

FBSerwis Wrocław Sp. z o.o.
ul. Atramentowa 10
55-040 Bielany Wrocławskie
reprezentowany przez:
r.pr. Mateusza Szymczaka
apl. adw. Martę Radke
adres do doręczeń:
Mateusz Szymczak
FBSerwis S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
tel. 571 296 925, faks: (22) 623 60 34
email: mateusz.szymczak@fbserwis.pl ;
marta.radke@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów z terenu gminy Udanin*” Nr sprawy: *OS.271.1.1.2024* (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Udanin (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 5 stycznia 2024 r. nr wydania Dz.U. S: 4/2024, Numer publikacji ogłoszenia: 00008455-2024.

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis Wrocław sp. z o.o.** z siedzibą w Bielanych Wrocławskich (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przekazuję w załączeniu, na podstawie **art. 513 pkt 1 i 2 i art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust.**

1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019, ze zm.; dalej: "**ustawa PZP**"), wnoszę odwołanie wobec ogłoszenia o zamówieniu oraz wobec dokumentów zamówienia sporządzonych i opublikowanych w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

- 1. art. 99 ust. 1 i 4 w zw. z art. 16 pkt 1, 2 i 3 w zw. z art. 17 ust. 1 oraz w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 353¹ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.; dalej: „k.c.”) w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy PZP** poprzez ukształtowanie przedmiotu zamówienia w sposób ograniczający konkurencję i wyłączający dostęp do zamówienia wykonawcom zdolnym do wykonania usługi odbioru i zagospodarowania odpadów, tj. **poprzez połączenie w jednym zamówieniu, bez dopuszczenia możliwości składania ofert częściowych**, usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz usługi zorganizowania i prowadzenia Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) już od pierwszego dnia realizacji zamówienia, na nieruchomości wydierżawionej wykonawcy przez Zamawiającego już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego

w sytuacji, gdy prowadzenie PSZOK wymaga uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych, które to zezwolenie jest wydawane w ramach skomplikowanej i długotrwałej procedury

co w istocie oznacza, że w obecnym brzmieniu SWZ zamówienie obejmujące odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości będzie mógł należycie zrealizować wyłącznie taki wykonawca, który posiada już zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie działki Zamawiającego, tj. w istocie tylko jeden wykonawca – ten, który obecnie prowadzi PSZOK w Gminie Udanin i realizuje usługę objętą Postępowaniem dla Zamawiającego, mimo, iż do czynności obejmującej tylko odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zezwolenie na zbieranie nie jest prawnie wymagane,

podczas gdy w rzeczywistości zamówienie jest podzielne na części, zaś biorąc pod uwagę konieczność zachowania uczciwej konkurencji i proporcjonalności, zasadne jest dokonanie podziału na części oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych osobno na odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz na utworzenie i prowadzenie PSZOK;

- 2. art. 91 ust. 2 w zw. z art. 16 ust. 1 ustawy PZP** poprzez określenie w dokumentach zamówienia powodów niedokonania podziału zamówienia na części w sposób oczywiście sprzeczny ze z zakresem i specyfiką zamówienia jaką jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz prowadzenie PSZOK, poprzez wskazanie, iż Zamawiający nie zamierza dokonać podziału zamówienia na części z powodów natury technicznej i organizacyjnej wskazując jednocześnie, iż podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw,

pomimo, iż w rzeczywistości przedmiot zamówienia ma charakter podzielny, zaś brak podziału zamówienia na części i wydzielenia czynności i obowiązków związanych z prowadzeniem PSZOK do odrębnej części wyłącza możliwość ubiegania się o zamówienie przez innych wykonawców niż ten, który aktualnie prowadzi PSZOK na terenie Gminy Udanin, co w sposób bezsprzeczny ogranicza konkurencję wśród wszystkich przedsiębiorców zainteresowanych złożeniem oferty w Postępowaniu.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmian SWZ i ogłoszenia o zamówieniu polegającej na:
 - a. dokonaniu podziału zamówienia na dwie części, tj. na (1) część obejmującą odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz (2) część obejmującą uruchomienie i prowadzenie PSZOK oraz dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych,
 - względnie
 - b. dokonanie zmiany poprzez wykreślenie z SWZ i ogłoszenia o zamówieniu wszystkich obowiązków i zapisów dotyczących prowadzenia PSZOK i posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych przez wykonawcę.

Ponadto wnoszę o:

3. zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych, w tym kosztów zastępstwa według spisu (faktury), który przedłożony zostanie na rozprawie.

Uzasadnienie

1. Uzasadnienie zarzutu Odwołania

Przystępując do uzasadnienia zarzutu podniesionego w Odwołaniu wskazać należy, że Zamawiający w ramach niniejszego zamówienia, nie dopuszczając możliwości składania ofert częściowych, zamierza powierzyć wykonawcy jednocześnie czynności związane z odbiorem, transportem i zagospodarowaniem odpadów oraz czynności związane z uruchomieniem i prowadzeniem PSZOK. Zamawiający wymaga od wykonawców prowadzenia PSZOK na terenie Gminy Udanin w ramach realizacji przedmiotu

zamówienia od pierwszego dnia realizacji zamówienia, które zgodnie z SWZ ma być planowo realizowane od 1 marca 2024 r.

Zauważyć natomiast należy, że w aktualnym stanie prawnym prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych – tj. miejsca, gdzie są zbierane (czasowo magazynowane) odpady komunalne przez prowadzącego PSZOK – wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Obowiązek taki wynika jednoznacznie z treści art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach. Zwolniony z obowiązku uzyskania takiego zezwolenia jest zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych prowadzony samodzielnie przez gminę lub wspólnie z inną gminą lub gminami.

A contrario zatem, taki punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, który jest prowadzony przez przedsiębiorcę (przez inny podmiot, niż gmina) z ww. obowiązku zwolniony nie jest – od podmiotu tego wymaga się zatem uzyskania zezwolenia na zbieranie. Konieczność uzyskania zezwolenia na zbieranie potwierdza zresztą Zamawiający – wymagając od wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia wykazania się m.in. posiadaniem zezwolenia na zbieranie odpadów.

Oznacza to, że aby jakkolwiek wykonawca mógł uruchomić i rozpocząć prowadzenie PSZOK od dnia wskazanego w SWZ, tj. od dnia 1 marca 2024 r., musiałby ww. zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie przeznaczonym do prowadzenia PSZOK uzyskać długo przed dniem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym miejscu należy jednak zaznaczyć, że zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych jest wydawane w odniesieniu do zbierania **na konkretnej nieruchomości**, do której podmiot zbierający odpady zgodnie z art. 41b ust. 1 ustawy o odpadach **musi posiadać tytuł prawny** – której zbierający odpady jest właścicielem, użytkownikiem, użytkownikiem wieczystym albo **dzierżawcą**. Do wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych należy zaś dołączyć dokument potwierdzający prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, prawo użytkowania albo **umowę dzierżawy** (art. 41b ust. 4a ustawy o odpadach).

Podkreślić w tym miejscu należy, iż zgodnie z postanowieniami załącznika nr 1 do SWZ tj. Opisu przedmiotu zamówienia (strona 4 OPZ):

„Zamawiający wydzierżawi Wykonawcy część nieruchomości o powierzchni 600 m² oznaczonej numerem geodezyjnym 14, położonej w Udaninie z przeznaczeniem na zorganizowanie PSZOK.

[...] Wykonawca musi przewidzieć opracowanie dokumentacji technicznych i uzyskania wszelkich wymaganych prawem pozwoleń a także innych działań zapewniających funkcjonowanie PSZOK zgodnie z Uchwałami Rady Gminy Udanin i obowiązującymi przepisami prawa. ”

Powyższe sprowadza się do konkluzji, iż dopiero po zakończeniu Postępowania i zawarciu umowy z wykonawcą, którego oferta okaże się najkorzystniejsza w Postępowaniu, Zamawiający zamierza zawrzeć z tym wykonawcą umowę dzierżawy części nieruchomości, na której wykonawca ów zorganizować i prowadzić ma PSZOK.

Należy mieć jednak na uwadze, iż dopiero w momencie zawarcia tejże umowy dzierżawy wykonawca będzie mógł ubiegać się o wydanie mu zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych z uwagi na wcześniejszy brak posiadania dokumentu potwierdzającego tytuł prawny do tej konkretnej nieruchomości, na której wykonawca prowadził będzie PSZOK zgodnie z brzmieniem OPZ. Mając na uwadze termin składania ofert, tj. 9 lutego 2024 r., czas niezbędny na ocenę ofert i podmiotowych środków dowodowych oraz dodatkowo konieczność zachowania dziesięciodniowego okresu stand-still (odpowiadającemu terminowi na wniesienie odwołania od wyboru oferty najkorzystniejszej), to nawet jeżeli przyjąć nadzwyczajnie ekspresowe działanie Zamawiającego, mało prawdopodobnym jest, aby zawarcie umowy nastąpiło wcześniej, niż planowana data rozpoczęcia realizacji zamówienia (1 marca 2024 r.).

Oznacza to, że Strony będą mogły zawrzeć stosowną umowę dzierżawy części działki, na której wykonawca prowadził będzie PSZOK nie wcześniej niż po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego i dopiero wówczas wykonawca będzie mógł rozpocząć starania o uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów, a bez posiadania takiego zezwolenia nie będzie on bowiem mógł prowadzić PSZOK – tj. nie będzie mógł należycie realizować umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podkreślić należy, iż zgodnie z postanowieniami § 5 ust. 8 Wzoru Umowy

„za nieświadczenie przez Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (dalej PSZOK) usługi odbioru przewidzianych frakcji odpadów w wyznaczonym dniu i godzinach jego otwarcia – 1000,00 zł za każdy przypadek.”

Zgodnie z powyższym niemalże pewnym jest, że od pierwszego dnia realizacji umowy Zamawiający uprawniony będzie do naliczania wykonawcy kar umownych za niezawinione przez wykonawcę nieświadczenie przez PSZOK usług odbioru odpadów. Niniejsze bezspornie ogranicza krąg podmiotów realnie zainteresowanych ubieganiem się o zamówienie.

Powyższe jednoznacznie wskazuje, że jedynie wykonawca obecnie realizujący usługę objętą przedmiotem Postępowania dla Zamawiającego będzie w stanie (w aktualnym brzmieniu SWZ) realizować umowę należycie od pierwszego dnia jej realizacji. Tylko ten wykonawca posiada dokument potwierdzający tytuł prawny do nieruchomości, bowiem prowadzi na niej obecnie PSZOK i uprzednio zawarł z Zamawiającym stosowną umowę dzierżawy – wszyscy inni wykonawcy nie będą w stanie przed dniem rozpoczęcia realizacji umowy uzyskać zezwolenia na zbieranie odpadów, co bezspornie ogranicza konkurencję w całym Postępowaniu i stwarza niezwykle uprzywilejowane warunki dla jednego wykonawcy.

Aby wykazać, jak nierealistyczne jest oczekiwanie uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów w tak krótkim czasie, przywołać wystarczy niezwykle liczne wymogi, które spełnić trzeba przy ubieganiu się o to zezwolenie, przy czym szereg z nich stanowi warunek wstępny i konieczny, żeby w ogóle przystąpić do opracowania wniosku. Co więcej, katalog obligatoryjnych elementów takiego wniosku o zezwolenie na przetwarzanie odpadów i przesłanek, których spełnienie należy wykazać, jest nad wyraz obszerny i bardzo szczegółowy i liczy kilkadziesiąt elementów, zawarto go w art. 41a – 43 ustawy o odpadach.

Poniżej przywołano celem przypadku tylko najistotniejsze z nich:

- (1) dysponowanie właściwym tytułem prawnym do nieruchomości, na której zlokalizowany będzie PSZOK: własność, użytkowanie wieczyste, użytkowanie albo dzierżawa, ustanowione w formie szczególnej tj. formie aktu notarialnego, opatrzonego oświadczeniem o świadomości odpowiedzialności solidarnej;
- (2) określenie proponowanej formy i wysokości zabezpieczenia roszczeń;
- (3) określenie szczegółowej charakterystyki obiektu, w tym maksymalnych, największych i całkowitych parametrów związanych z gospodarowaniem odpadami;
- (4) wykazanie kwalifikacji zawodowych lub przeszkolenia pracowników oraz liczby i jakości posiadanych instalacji i urządzeń odpowiadających wymaganiom ochrony środowiska;
- (5) przedstawienie szeregu zaświadczeń o niekaralności i oświadczeń o braku sankcji nałożonych na podmiot w ciągu ostatnich 10 lat;
- (6) dysponowanie decyzją o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
- (7) uzyskanie decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach,
- (8) sporządzenie operatu przeciwpożarowego;
- (9) przeprowadzenie kontroli przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska, zakończonej pozytywnie;
- (10) przeprowadzenie kontroli przez komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej, zakończonej pozytywnie.

Udzielenie zezwolenia na zbieranie odpadów poprzedzone jest długotrwałą i drobiazgową oceną wymaganych wniosków i dokumentów, w tym wskazanych powyżej.

Doświadczenie Odwołującego, który prowadzi na obszarze Polski działalność obejmującą zbieranie odpadów w wielu lokalizacjach i w związku z tym wielokrotnie występował z wnioskami o wydanie oraz o zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów, aktualnie minimalny czas oczekiwania na wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych to minimum około **9 miesięcy** (przy czym jest to okres liczony od złożenia wniosku o wydanie takiego zezwolenia do jego wydania – a złożenie takiego wniosku musi być poprzedzone szeregiem innych czynności, w tym nie tylko zabezpieczeniem prawa do nieruchomości, ale też odpowiednim jej zbadaniem oraz ewentualnym dostosowaniem do wymogów obowiązującego prawa). Często jednak takie postępowania trwają dłużej, nawet **powyżej jednego roku**. Jest to spowodowane zarówno dużą ilością informacji, które są analizowane przed wydaniem zezwolenia, jak i koniecznością przeprowadzenia ww. kontroli w planowanym miejscu zbierania odpadów. Ingerencja mieszkańców lub organizacji społecznych w proces pozyskiwania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach może znacząco ten czas wydłużyć.

W tym kontekście wymaganie, aby wykonawca uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów w ramach opisanej wyżej procedury przed dniem 1 marca 2024 r. – tj. dniem rozpoczęcia realizacji umowy w sprawie zamówienia publicznego **jest nierealne i obiektywnie niemożliwe**. W ogóle mało prawdopodobne jest, aby ww. czynności wykonawca był stanie zrealizować do końca roku 2024.

Nawet gdyby wykonawca przystąpił do ubiegania się o przyznanie mu zezwolenia na zbieranie odpadów na działce Zamawiającego, natychmiast po ukazaniu się ogłoszenia o zamówieniu, to niezależnie od dołożenia przez wykonawcę najwyższej zawodowej staranności nie jest możliwe, aby uzyskać wymagane prawo do dysponowania nią, w formie przepisanej, w terminie umożliwiającym mu terminowe rozpoczęcie realizacji umowy w Postępowaniu – wydzierżawienie nieruchomości, na której obecnie inny wykonawca prowadzi już PSZOK, siłą rzeczy nie będzie możliwe przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym bardziej Wykonawca nie ma absolutnie żadnej możliwości, aby dla takiej nieruchomości złożyć wniosek o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów, sporządzić operat przeciwpożarowy, zapewnić przeprowadzenie kontroli i wykonać wszystkie obowiązki poprzedzające uzyskanie zezwolenia.

W tych warunkach nie może budzić wątpliwości, że obowiązek prowadzenia PSZOK w warunkach Postępowania **ma charakter świadczenia niemożliwego**, wobec czego na mocy art. 387 § 1 k.c. musi być uznany za obowiązek nieważny. Całkowicie zamyka to rynek dla takich podmiotów, które dopiero chciałyby nawiązać działalność konkurencyjną z wykonawcą obecnie prowadzącym PSZOK w Gminie Udanin.

Ponadto, skoro tylko jeden wykonawca ma takie zezwolenie (ten, który aktualnie prowadzi PSZOK dla Zamawiającego i zezwolenia pozyskiwać nie musi), a inni w terminie określonym przez Zamawiającego nie mają szansy go uzyskać, to kwestionowane przez Odwołującego postanowienia SWZ stawiają tego wykonawcę w sytuacji tak dalece uprzywilejowanej, że w zasadzie nie musi on w ogóle obawiać żadnej konkurencji w Postępowaniu.

Jednocześnie wskazać należy, że przewidziane w dokumentach zamówienia obowiązki związane z prowadzeniem PSZOK stanowią jedynie niewielki zakres przedmiotu zamówienia. Poza prowadzeniem PSZOK wykonawca jest zobowiązany do wykonywania innych usług – tj. przede wszystkim do odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów pochodzących z nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy Udanin. Ów odbiór i zagospodarowanie stanowi znacznie większy element zamówienia – usługi w tym zakresie mają znacznie wyższą wartość, aniżeli usługa dotycząca prowadzenia PSZOK. Jednocześnie świadczenie takich usług nie wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych. W tym zakresie zatem połączenie w jednym zamówieniu zarówno odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów, jak i prowadzenia PSZOK i w konsekwencji połączenie wszystkich tych świadczeń w jednym zamówieniu, bez umożliwienia składania ofert częściowych (osobno dla prowadzenia PSZOK i dla odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości) prowadzi do ograniczenia (w istocie wyłączenia) konkurencji w odniesieniu do całego przedmiotu zamówienia – co zdaniem Odwołującego jest nieuzasadnione, sprzeczne z prawem i wymaga zmiany.

Stanowisko prezentowane przez Odwołującego znajduje potwierdzenie w orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych. Tytułem przykładu można powołać się na trafne stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonej w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 kwietnia 2013 r. sygn. akt KIO 749/13, zgodnie z którym:

„dopuszczenie możliwości złożenia oferty częściowej, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, jest uprawnieniem zamawiającego. Jednak Izba wyjaśnia, że przyznane zamawiającemu w powyższym przepisie Pzp prawo nie jest prawem bezwzględny. Podlega ono kontroli pod względem zgodności z zasadami udzielania zamówienia, a w szczególności, czy niedopuszczenie do składania ofert częściowych, w sytuacji gdy przedmiot zamówienia jest podzielny, nie prowadzi do naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 ustawy, a więc równego traktowania wykonawców zapewniającego zachowanie uczciwej konkurencji (wyrok Zespołu Arbitrów z dnia 11 kwietnia 2005 r. Sygn. akt UZP/ZO/0-648/05).”

W wyroku tym Izba nakazała Zamawiającemu podział zamówienia na części i dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych osobno dla części obejmującej odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz osobno dla części dotyczącej prowadzenia PSZOK wskazując, że *„połączenie dwóch elementów opisanych powyżej jest błędne, gdyż powoduje ograniczenie w konkurowaniu pomiędzy wykonawcami, a tym samym narusza przepis art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp. Zdaniem Izby tak skonstruowany opis przedmiotu zamówienia niewątpliwie uprzywilejowuje podmiot dysponujący w dniu składania ofert odpowiednią nieruchomością w celu utworzenia i prowadzenia PSZOK.”*

Podobne stanowisko zaprezentowane zostało w wyroku Izby wydanym w sprawie KIO 2939/21 oraz wydanym na skutek jego zaskarżenia wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 28 stycznia 2022 r. sygn. akt XXIII Zs 139/21. W tym ostatnim Sąd Okręgowy wskazał, że:

„Utworzenie i prowadzenie PSZOK jest elementem wielu umów w przedmiocie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Nie oznacza to jednak, że określenie tego elementu jako integralnej części przedmiotu zamówienia, bez wydzielenia go do odrębnej części zamówienia, jest w każdych okolicznościach zasadne i zgodne z przepisami ustawy. Kwestia ta powinna podlegać ocenie z uwzględnieniem stanu faktycznego towarzyszącemu danemu postępowaniu, w tym uwarunkowań na rynku lokalnym, w celu ustalenia, czy takie określenie przedmiotu zamówienia nie utrudnia lub nie uniemożliwia uczciwej konkurencji.

Opisanie zatem przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 PzP. Opis przedmiotu zamówienia powinien umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie może powodować nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień publicznych na konkurencję. Jednocześnie opis przedmiotu zamówienia powinien odpowiadać rzeczywistym potrzebom zamawiającego. Określenie przedmiotu zamówienia powinno być poparte obiektywnymi i uzasadnionymi potrzebami zamawiającego. Przejawem naruszenia zasady uczciwej konkurencji jest zatem opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem ograniczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt albo z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta, dostawcę albo konkretny wyrób, ale także określenie na tyle rygorystycznych wymagań co do parametrów technicznych, które nie są uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego i które uniemożliwiają udział niektórym wykonawcom w postępowaniu, ograniczając w ten sposób krąg podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

Należy podzielić stanowisko KIO, iż opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku utworzenia i prowadzenia PSZOK, bez wyodrębnienia tego jako osobnej części zamówienia, prowadzi do istotnego ograniczenia, a nawet do faktycznego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu.

Stanowisko powyższe Odwołujący w pełni podziela i prezentuje jak własne.

Mając na uwadze powyższe, celowe jest nakazanie Zamawiającemu dokonanie podziału zamówienia na dwie części – pierwszą obejmującą usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów (w ramach której nie byłoby potrzebne posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów ani prowadzenie PSZOK na terenie Gminy Udanin) oraz drugą – ograniczoną do zorganizowania i prowadzenia PSZOK (względnie również zagospodarowania odpadów pochodzących z PSZOK).

W tym zakresie Zamawiający może również wydzielić prowadzenie PSZOK do odrębnego zamówienia (które wówczas będzie zdolny wykonać tylko jeden wykonawca – tj. ten, który aktualnie prowadzi PSZOK) i usunięcie z dokumentów zamówienia wszelkich odniesień do prowadzenia PSZOK oraz wymaganego zezwolenia na zbieranie odpadów.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podkreśla, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 2 ustawy PZP w przypadku braku dokonania podziału zamówienia na części Zamawiający wskazuje w dokumentach zamówienia powody, którymi się kierował podejmując decyzję w tym zakresie.

W przedmiotowym Postępowaniu Zamawiający ograniczył się jednak do niżej wskazanych uzasadnień:

„Zamawiający nie podzielił przedmiotu zamówienia na części ze względów technicznych i organizacyjnych. Zastosowany ewentualnie podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorstw – zakres zamówienia jest zakresem typowym dla branży budowlanej, umożliwiającym złożenie oferty wykonawcom z grupy małych lub średnich przedsiębiorstw.”

Abstrahując już nawet od wskazania, że Zamawiający kieruje przedmiotowe postępowanie do przedsiębiorców z branży budowlanej – co wskazuje na brak zrozumienia przez Zamawiającego tak specyficznej branży jaką są usługi związane z gospodarką odpadami komunalnymi, jeśli chodzi o samo uzasadnienie - Zamawiający wskazuje jedynie, że brak podziału zamówienia na części podyktowany jest względami technicznymi i organizacyjnymi – czego jednak w żaden sposób nie rozwija. Co istotne jednak Zamawiający zapewnia, że ewentualny podział zamówienia na części nie zwiększyłby konkurencyjności w sektorze małych i średnich przedsiębiorców – co stoi w oczywistej sprzeczności z poczynioną przez Odwołującego wyżej argumentacją, bowiem to właśnie brak podziału Zamówienia na części prowadzi do sytuacji, w której ofertę w Postępowaniu może złożyć jedynie jeden wykonawca – ten który obecnie prowadzi PSZOK na nieruchomości Zamawiającego, bowiem tylko on posiada niezbędne do realizacji umowy zezwolenie na zbieranie odpadów – z tego względu powyższe uzasadnienie Zamawiającego uznać należy za nietrafione.

Co więcej wskazać należy, iż przedstawione przez Zamawiającego uzasadnienie stanowi przyjętą przez Zamawiającego modelową formułkę na wykazywanie braku

zainteresowania Zamawiającego w dzieleniu zamówienia na części – i formułą tę Zamawiający stosuje niezmiennie niemalże w każdym prowadzonym przez siebie postępowaniu niezależnie od jego przedmiotu, niniejsze wskazuje, iż Zamawiający nie przeprowadził rzetelnej analizy możliwości podziału zamówienia na części w oparciu o specyfikę działalności jaką są usługi związane z gospodarką odpadami.

Odwołujący nie znajduje żadnego racjonalnego uzasadnienia, dla którego tak istotne ograniczenie konkurencji miałyby być Zamawiającemu obiektywnie potrzebne.

Próbując domniemywać przyczyny połączenia przez Zamawiającego w jednym zamówieniu obowiązku odbioru odpadów oraz prowadzenia PSZOK i przyjmując, że przyczyny te miałyby być inne aniżeli chęć ograniczenia konkurencji, wskazać należy, że połączenie w jednym zamówieniu odbioru i zagospodarowania odpadów oraz prowadzenia PSZOK

- nie przyniesie żadnych oszczędności Zamawiającemu – jest bowiem rzeczą oczywistą, że to szeroki dostęp wykonawców do rynku oraz rzeczywista konkurencja w danym postępowaniu mobilizuje podmioty gospodarcze do obniżania cen i składania ofert możliwie jak najbardziej korzystnych dla zamawiającego, zaś wszelkie ograniczenia konkurencji zwykle prowadzą do wzrostu cen,
- nie przyczyni się w sposób istotny do ograniczenia nakładów pracy zamawiającego – bowiem świadczenie usługi obejmującej prowadzenie PSZOK nie musi być w żaden sposób przez Zamawiającego koordynowane z usługą odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości (usługi te mogą być prowadzone niezależnie),
- nie poprawi nadto komfortu mieszkańców – dla których nie będzie stwarzała żadnej odczuwalnej różnicy okoliczność, czy PSZOK prowadzi ten sam podmiot, który odbiera i zagospodarowuje odpady z nieruchomości, czy też inny podmiot;
- nie poprawi zainteresowania wykonawców realizacją zamówienia czy jego opłacalności dla potencjalnych wykonawców – skoro obecne brzmienie SWZ w zakresie prowadzenia PSZOK wyłącza możliwość ubiegania się o zamówienie wykonawcom nieprowadzącym obecnie takiej działalności, to tym bardziej w żaden sposób nie może ich zachęcić do złożenia oferty w Postępowaniu.

Połączenie omawianych zakresów usług w jednym postępowaniu z całą pewnością nie jest też rozwiązaniem proporcjonalnym do żadnego ze wskazanych powyżej celów – w tym sensie, że nie jest to właściwe do zagwarantowania osiągnięcia tych celów lub co najmniej istotnie wykracza ponad to, co jest konieczne do ich osiągnięcia (*por. wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 5 kwietnia 2017 r. sygn. akt C 298/15 UAB 'Borta' v VĮ Klaipėdos valstybinio jūrų uosto direkcija*).

W tych okolicznościach, odwołanie jako uzasadnione winno zostać uwzględnione.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia



Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu odwołania, albowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy SWZ znacząco utrudniają mu rzetelne sporządzenie oferty, uzyskanie zamówienia oraz późniejszą należyta jego realizację.

W przypadku wyeliminowania podniesionych naruszeń Odwołujący będzie mógł złożyć ofertę na korzystnych dla Zamawiającego warunkach i przedmiotowe zamówienie uzyskać, otrzymując wysoką ocenę we wszystkich prawidłowych kryteriach oceny ofert.

3. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 5 stycznia br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia – której postanowienia są kwestionowane w ramach niniejszego Odwołania.

Niniejsze Odwołanie, wnoszone w dniu 15 stycznia 2023 r., składane jest zatem w ustawowym terminie tj. przed upływem 10 dni od dnia zamieszczenia przez Zamawiającego dokumentów zamówienia.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

1. dowód uiszczenia wpisu od Odwołania,
2. dowód przekazania kopii Odwołania Zamawiającemu,
3. uwierzytelniony odpis pełnomocnictwa
4. informacja odpowiadająca odpisowi pełnemu z rejestru przedsiębiorców KRS