



PIERÓG & Partnerzy

— KANCELARIA PRAWNA —

Warszawa, dnia 2 listopada 2022 r.

Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej
ul. Postępu 17A, 02-676 Warszawa

Zamawiający: Gmina Jastrząb
ul. Pl. Niepodległości 5, 26-502 Jastrząb
NIP: 799 196 53 56 REGON: 6702223741
e - mail: sekretariat@jastrzab.com.pl
<https://ugjastrzab.bip.org.pl/przetargi/pokaz/id/290/param/1>

Odwołujący: MS-EKO Sp. z o.o.
Ul. Modlińska 129 lok. U7, 03-186 Warszawa
KRS 0000390936
reprezentowany przez:
r.pr. Katarzyna Latecka,
r.pr. Agnieszka Bartczak-Żuraw
Jerzy PIERÓG & Partnerzy
Kancelaria Prawna
ul. Nowogrodzka 42 lok. 41
00-695 Warszawa
fax: (22) 598 93 33
e-mail: kancelaria@pierog.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym wariant 1 prowadzonego przez Zamawiającego Gminę Jastrząb pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Jastrząb” numer referencyjny: IT. 271.10.2022, dalej jako „**Postępowanie**”.

Ogłoszenie o zamówieniu z dnia 27 października 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00413266/01, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”

Dokumenty zamówienia zamieszczone w dniu 27 października 2022 roku

<https://ugjastrzab.bip.org.pl/przetargi/pokaz/id/290/param/1>

Identyfikator postępowania (miniPortal):
<https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/1b4fbb36-0b9b-480c-89ca-5d427e800e0d>

ODWOŁANIE

- I. Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), dalej jako „**Pzp**” w imieniu wykonawcy **MS-EKO Sp. z o.o.** z siedzibą w Warszawie, dalej jako „**Odwołujący**”, wnoszę odwołanie wobec warunków zamówienia ustalonych w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji warunków zamówienia (dalej jako „**SWZ**”) przez Zamawiającego – Gminę Jastrząb z siedzibą w Jastrzębiu, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym wariant 1 (art. 275 pkt 1 Pzp), pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów

komunalnych z terenu Gminy Jastrząb” numer referencyjny: IT. 271.10.2022, dalej jako „Postępowanie”.

II. ZARZUTY

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów Pzp:

art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 i art.114 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez formułowanie warunku udziału w Postępowaniu w odniesieniu do posiadanych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to naruszający zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców uniemożliwiający złożenie w niniejszym Postępowaniu oferty przez jakikolwiek podmiot działający na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał „*zezwolenie na transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.) lub równoważne, w tym wydane na podstawie wcześniejszych przepisów*”.

III. ŻĄDANIA

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ poprzez wykreślenie z treści Ogłoszenia o zamówieniu sekcja V ust. 5.4. pkt 1.2.lit. c) oraz 5.7. lit. b) oraz z treści SWZ w Rozdziale 5 ust. 5.1.2. lit c i Rozdziale 7 ust. 7.8.1. lit. b) warunku udziału w Postępowaniu oraz potwierdzającego go podmiotowego środka dowodowego uzależniającego udział w Postępowaniu od posiadania zezwolenia na transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.) lub równoważne, w tym wydane na podstawie wcześniejszych przepisów, ewentualnie zastąpienie ww. wymagania w zakresie transportu odpadów wymaganiem wpisu Wykonawcy do rejestru BDO, w którym w dziale VII Tabeli nr 1 transportujący odpady musi mieć wpisane kody odpadu, które może transportować. Odwołujący wnosi o dostosowanie innych dokumentów zamówienia do zmodyfikowanej treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w celu zachowania ich spójności.

V. ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 27 października 2022 roku pod numerem 2022/BZP 00413266/01, dalej jako „**Ogłoszenie o zamówieniu**”.

Dokumenty zamówienia, w tym SWZ, zamieszczone w dniu 27 października 2022 roku na:

<https://ugjastrzab.bip.org.pl/przetargi/pokaz/id/290/param/1> oraz na stronie miniportal:

Identyfikator postępowania (miniPortal):

<https://miniportal.uzp.gov.pl/Postepowania/1b4fbb36-0b9b-480c-89ca-5d427e800e0d>

W związku z powyższym niniejsze odwołanie jest wnoszone z zachowaniem 5 dniowego terminu na jego wniesienie (art. 515 ust. 2 pkt 2 Pzp w zw. z art. 509 ust. 2 Pzp). Odwołujący uiszczył wpis od odwołania w wymaganej wysokości (7 500 zł), a Zamawiający otrzymał kopię odwołania.

VI. INTERES I SZKODA

Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący jest przedsiębiorcą prowadzącym działalność w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. W wyniku naruszenia przez Zamawiającego ww. przepisów Pzp, interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, gdyż objęta odwołaniem czynność Zamawiającego uniemożliwia Odwołującemu ubieganie się o udzielenie zamówienia z uwagi na sformułowany warunek udziału w Postępowaniu. Tym samym, bez odpowiednich zmian warunków zamówienia, wybór jego oferty i uzyskanie przedmiotowego zamówienia nie będzie możliwy. Odwołujący wskazuje także, iż uwzględnienie odwołania doprowadzi do zgodności warunków

zamówienia z prawem i ubiegania się o zamówienie, w tym bez ryzyka dla ważności zawartej umowy. Ponadto Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż sprzeczna z Pzp ww. czynność Zamawiającego w sposób negatywny oddziałuje na możliwości udziału Odwołującego w Postępowaniu i złożenie konkurencyjnej oferty (por. wyrok KIO z dnia 7 kwietnia 2016 r. KIO 443/16). Objęta odwołaniem czynność Zamawiającego prowadzi więc do możliwości poniesienia szkody przez Odwołującego polegającej na uniemożliwieniu Odwołującemu ubiegania się o zamówienie, a zatem uzyskania zysku z tytułu jego wykonania.

VII. UZASADNIENIE

W treści Ogłoszenia o zamówieniu sekcja V ust. 5.4. pkt 1.2.lit. c) oraz 5.7. lit. b) oraz Rozdziału 5 ust. 5.1.2. lit. c) i Rozdziału 7 ust. 7.8.1. lit. b) SWZ Zamawiający postawił następujący warunek udziału w Postępowaniu w zakresie uprawnień wymaganych od Wykonawcy: *Wykonawca spełni warunek jeżeli wykaże, że posiada: c) zezwolenie na transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2022 r. poz. 699 z późn. zm.) lub równoważne, w tym wydane na podstawie wcześniejszych przepisów.* Na potwierdzenie spełnienia ww. warunku udziału w Postępowaniu Wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, zobowiązany jest na wezwanie Zamawiającego złożyć: *zezwoenie na transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz.U. z 2021 r. poz. 779 ze zm.) lub równoważne, w tym wydane na podstawie wcześniejszych przepisów.* Formułując powyższy warunek, Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 3 w zw. z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 114 Pzp, poprzez sformułowanie w treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ warunku udziału w postępowaniu w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, w sposób nieadekwatny i nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, a przez to naruszający zasadę proporcjonalności i uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, uniemożliwiający złożenie w niniejszym Postępowaniu oferty przez jakikolwiek podmiot działający na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów.

Zgodnie z art. 112 ust. 1 i ust. 2 pkt 2 Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności, a warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Z kolei na podstawie art. 114 Pzp w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania: 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania.

Art. 16 pkt 1 i 3 Pzp przewiduje, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny.

W każdym przypadku warunki udziału w postępowaniu nie mogą pozostawać w sprzeczności z obowiązującymi przepisami, winny być proporcjonalne do przedmiotu zamówienia i nie mogą skutkować nieuzasadnionym ograniczeniem kręgu wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia. Tymczasem wskazany wyżej warunek udziału w Postępowaniu nie spełnia żadnego z tych wymagań oraz skutkuje niemożliwością złożenia oferty przez jakikolwiek podmiot zdolny do wykonania zamówienia działający na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów.

Zgodnie z brzmieniem obowiązujących przepisów, w szczególności ustawy z dnia 14 grudnia 2022 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699) oraz ustawy z dnia 13 września 1996 r. – o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm), wykonawców odpowiadających za czynności związane z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów nie obowiązują tzw. „zezwolenia na transport”. Powyższe oznacza, iż obecnie, aby wykonawca mógł dokonywać tych czynności – nie musi się legitymować takim zezwoleniem. Można przyjąć twierdzenie, iż takie zezwolenie, obejmujące zakres opisany w Rozdziale 5 ust. 5.1.2 lit. c SWZ w ogóle nie istnieje. Żaden z wykonawców, którzy teoretycznie mogliby wziąć udział w niniejszym Postępowaniu, nie mają zarówno możliwości, ani obowiązku uzyskania takiego zezwolenia.

Niemożliwe jest zatem spełnienie tego warunku przez jakikolwiek podmiot. Wykonawca wskazuje, iż obecnie aby przedsiębiorca mógł transportować odpady musi być wpisany do rejestru BDO, w którym w dziale VII Tabeli nr 1 transportujący odpady musi mieć wpisane kody odpadu, które może transportować.

W przypadku pozostawienia postanowień dot. warunku udziału w Postępowaniu w dotychczasowym brzmieniu, w sytuacji zaniechania wykreślenia z treści SWZ postanowienia z Rozdziału 5 ust. 5.1.2 lit. c SWZ oraz pozostałych postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ, żaden z wykonawców działających na rynku nie będzie miał możliwości złożenia oferty. Wobec braku ofert Zamawiający będzie zmuszony zatem do unieważnienia Postępowania, co będzie się wiązało z poniesieniem przez niego dodatkowych kosztów związanych z ponownym postępowaniem.

Odwołujący wskazuje także, że zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r. poz. 122), podmioty odbierające odpady od mieszkańców nie muszą posiadać zezwolenia na zbieranie i przetwarzanie odpadów. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach również nie nakłada takiego obowiązku. Odwołujący wskazuje, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „*Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:*

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

Tym samym z ww. przepisu jasno wynika, że zadaniem podmiotu odbierającego odpady jest przekazanie odpadów do zagospodarowania do właściwych instalacji, w tym instalacji komunalnych (odpady zmieszane) lub podmiotów zbierających, a nie ich samodzielne zagospodarowanie.

W konsekwencji podmiot odbierający odpady nie musi takowych zezwoleń posiadać, ponieważ może przekazywać odpady do podmiotów zbierających oraz instalacji, które wskazuje w formularzu oferty i w umowie. W zakresie różnych kategorii odpadów różny może być też sposób postępowania w nimi, np. odpady mogą być kierowane bezpośrednio do instalacji bez konieczności ich zbierania, jak również mogą być przekazane innym niż Wykonawca podmiotom zbierającym.


W każdym z tych przypadków nie jest wymagane, aby uprawnienia do zbierania posiadał Wykonawca, ponieważ wystarczające będą uprawnienia do transportu odpadów do instalacji

czy podmiotu zbierającego. Stawianie wymagania w zakresie zbierania odpadów jest zatem nadmierne i zbędne z punktu widzenia weryfikacji zdolności wykonawców do realizacji zamówienia.

To samo dotyczy przetwarzanie odpadów, które odbywa się w instalacjach posiadających stosowne uprawnienia do przetwarzania określonych kodów odpadów, do których podmiot odbierający odpady czy też podmiot zbierający przekazuje odpady do przetworzenia. Przekazanie odpadów do przetworzenia do odpowiednich instalacji, a nie samodzielne przetwarzanie jest zasadą w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów, biorąc pod uwagę bardzo szeroki zakres kodów odpadów objętych jego przedmiotem, w tym obowiązek przetworzenia zmieszanych odpadów komunalnych w instalacjach komunalnych (znajdujących się na liście Marszałka), których podaż jest znacznie ograniczona, jak również odpadów gromadzonych w PSZOK. **Należy podkreślić, że na rynku nie ma podmiotu z uprawnieniami wymaganymi przez Zamawiającego, tj. obejmującymi zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia określonym w Postępowaniu, zatem żaden podmiot nie będzie w stanie złożyć oferty w tym Postępowaniu.**

Postawienie warunku udziału w Postępowaniu w brzmieniu wskazanym powyżej jest nadmiarowe, a co najważniejsze niezgodne z aktualnie obowiązującymi przepisami i prowadzące do obiektywnie wadliwego rezultatu – braku ofert spełniających wymagania Zamawiającego. Wykonawca wskazuje, że sformułowanie postanowienia Rozdziału 5 ust. 5.2.1. lit c SWZ w dotychczasowym brzmieniu należy uznać, za naruszenie przepisu art. 112 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 114 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp. Pozostawienie takiego wymagania oznaczać będzie wadę Postępowania skutkującą koniecznością jego unieważnienia. W związku z powyższym zasadne jest żądanie uwzględnienia odwołania i nakazanie Zamawiającemu modyfikacji Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ poprzez wykreślenie z treści Ogłoszenia o zamówieniu sekcja V ust. 5.4. pkt 1.2.lit. c) oraz 5.7. lit. b) oraz Rozdziału 5 ust. 5.1.2. lit c i Rozdziału 7 ust. 7.8.1. lit. b) SWZ warunku udziału w Postępowaniu oraz potwierdzającego go podmiotowego środka dowodowego uzależniającego udział w Postępowaniu od posiadania zezwolenia na transport, zbieranie i przetwarzanie odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn. zm.) lub równoważne, w tym wydane na podstawie wcześniejszych przepisów, ewentualnie zastąpienie ww. wymagania w zakresie transportu odpadów wymaganiem wpisu Wykonawcy do rejestru BDO, w którym w dziale VII Tabeli nr 1 transportujący odpady musi mieć wpisane kody odpadu, które może transportować. Zasadne jest także żądanie dostosowania innych dokumentów zamówienia do zmodyfikowanej treści Ogłoszenia o zamówieniu i SWZ w celu zachowania ich spójności.

Z uwagi na powyższe wnoszę jak w petitum.


r.pr. Agnieszka Bartczak-Zuraw Radca Prawny
Załączniki:

1. pełnomocnictwo wraz z dowodem uiszczenia opłaty skarbowej (pendrive),

