

Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy Sp.k.

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

Kancelaria Prawna Schampera,  
Dubis, Zając i Wspólnicy Sp. k.

ul. Kazimierza Wielkiego 3  
50-077 Wrocław, Polska  
E-Mail: [wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl)  
Tel: +48 71 326 51 40  
Fax: +48 71 326 51 41

[www.schindhelm.com](http://www.schindhelm.com)

Sąd Rejonowy  
dla Wrocławia Fabrycznej  
VI Wydział Gospodarczy KRS  
KRS: 0000131331  
NIP: 895-17-80-757  
REGON: 932832704

Biurow:  
Wrocław

Telefon:  
0048 71 326 51 40

E-Mail:  
[wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl)

Wrocław, dnia 7 września 2020 r.

**Odwołujący:** **Wojciech Byśkiniewicz, prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz, ul. Wólczyńska 249, 01-919 Warszawa** zastępowany przez Tomasza Dąbrowskiego, adres do doręczeń: Kancelaria Prawna Schampera, Dubis, Zając i Wspólnicy sp. k., ul. Kazimierza Wielkiego 3, 50-077 Wrocław,  
e-mail: [wroclaw@sdzlegal.pl](mailto:wroclaw@sdzlegal.pl); [tda@sdzlegal.pl](mailto:tda@sdzlegal.pl)

**Zamawiający:** **MIASTO ŻYRARDÓW, Plac Jana Pawła II nr 1, 96-300 Żyrardów**  
e-mail: [zamowieniapubliczne@zyrardow.pl](mailto:zamowieniapubliczne@zyrardow.pl)

**Dotyczy:** postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. **„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Miasta Żyrardowa z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”** (dalej jako „Postępowanie”), nr zamówienia publicznego: ZP.271.2.28.2020.JM  
**Ogłoszenie o zamówieniu** zamieszczono w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 165-400916



## ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz **Wojciecha Byśkiniewicza, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ” Wojciech Byśkiniewicz** (dalej jako: „**Odwołujący**” lub „**Wykonawca**”), w oparciu o pełnomocnictwo, które przesyłam w załączeniu, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako: „**Pzp**”), niniejszym wnoszę odwołanie **wobec czynności Zamawiającego polegających na dokonaniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia, tj. od postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ”, które zostały wskazane w części wstępnej oraz w uzasadnieniu niniejszego odwołania.**

**Zaskarżonym czynnościom i zaniechaniom Zamawiającego zarzucam:**

- 1) **naruszenie art. 29 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.2020.1439, dalej: u.c.p.g.) w zw. z art. 41 ust. 1 oraz art. 27 ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2020.797 ze zm., dalej: u.o.),** poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i niewyczerpujący oraz nieuwzględniający wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty oraz oszacowanie kosztów realizacji zamówienia, w szczególności w zakresie, w jakim Zamawiający dopuścił w pkt 4 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy” wskazywanie instalacji przewidzianych do zagospodarowania odpadów, które nie posiadają wymaganych prawem zezwoleń na prowadzenie działalności polegającej na przetwarzaniu odpadów, co równocześnie narusza zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji, oraz poprzez wyłączenie możliwości wskazywania w ofercie – w przypadku odpadów zbieranych selektywnie odbieranych w niewielkich ilościach – podmiotów zbierających te odpady,
- 2) **naruszenie art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 7 Pzp** poprzez nieokreślenie w § 1 ust. 9 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” warunków zmiany instalacji do zagospodarowania (przetworzenia) odpadów lub odpowiednio zbierających odpady wskazanych w ofercie i odstąpienie od wymogu, by instalacja wskazywana w miejsce instalacji podanej w ofercie posiadała wszystkie wymagane prawem zezwolenia do przetwarzania odpadów.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty **wnoszę o nakazanie Zamawiającemu dokonania stosownej modyfikacji SIWZ poprzez:**

- 1) zmianę pkt 4 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy” poprzez następującą zmianę wymaganego oświadczenia:

*„Wykonawca oświadcza, że Zagospodarowanie odebranych odpadów, czyli poddanie*



ich przetwarzaniu, odzyskowi lub unieszkodliwianiu odbywać się będzie w następujących instalacjach posiadających wymagane prawem zezwolenia na przetwarzanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów:” oraz poprzez jednoznaczne wskazanie w SIWZ, że dla przeterminowanych leków oraz zużytych baterii wykonawcy mogą wskazać w ofercie podmioty zbierające te odpady, zamiast instalacji do ich przetwarzania.

2) zmianę § 1 ust. 9 Załącznika nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” poprzez nadanie mu brzmienia:

*„Zamawiający dopuszcza zmianę instalacji bądź podmiotu zbierającego odpady wskazanych w ust. 7 w uzasadnionych przypadkach, w szczególności w sytuacji, gdy instalacja bądź podmiot wskazany w ust. 7 utraci zezwolenia niezbędne do prowadzenia działalności polegającej odpowiednio na przetwarzaniu lub zbieraniu odpadów bądź odmówi dalszego przyjmowania odpadów od Wykonawcy. W przypadku zmiany instalacji komunalnej posiadającej zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, bądź podmiotu zbierającego odpady segregowane, wymienionych w ust. 7, Wykonawca w czasie trwania umowy zobowiązany jest pisemnie powiadomić Zamawiającego o tym fakcie w terminie nie krótszym niż 5 dni przed zmianą w celu przygotowania i zawarcia aneksu do umowy. Zmiana, o której mowa nie może wpłynąć na cenę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Instalacja lub podmiot zbierający odpady wskazane przez Wykonawcę muszą posiadać zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, które mają przetwarzać, bądź odpowiednio (w przypadku zbierającego) na zbieranie odpadów”.*

Opisane powyżej żądania co do zakresu zmian SIWZ obejmują także zmiany dokumentacji przetargowej wprost w żądaniu nie wskazane, ale konieczne do wprowadzenia z uwagi na zakres żądania wykonawcy – tj. zmiany będące konsekwencją żądanych zmian.

### **Termin**

Ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 26 sierpnia 2020 r., pod numerem 2020/S 165-400916, Zamawiający wszczął Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego. Tego samego dnia, na stronie internetowej Zamawiającego, została opublikowana Specyfikacja Istotnych Warunków Zamówienia, dalej jako „SIWZ” wraz z załącznikami. **Odwołujący dochował zatem terminów na wniesienie odwołania, o których mowa w art. 182 ust. 2 Pzp.**

### **Interes**

Jak wskazuje się w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej: „na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, brak jest możliwości określenia i udowodnienia konkretnej szkody, którą wykonawca może ponieść, wystarczające jest zatem wskazanie na naruszenie przepisów prowadzące do



7 września 2020

*powstania hipotetycznej szkody w postaci utrudnienia dostępu do zamówienia (...).” (tak m.in. w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 sierpnia 2012 r., sygn. akt: KIO 1691/12; KIO 1704/12).*

Mając powyższe na uwadze, Odwołujący wskazuje, iż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego powołanych przepisów Pzp jego interes w uzyskaniu zamówienia może doznać uszczerbku, bowiem naruszenie zasad uczciwej konkurencji, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, nieprawidłowe sformułowanie warunków zmiany umowy, powodują możliwość złożenia ofert przez wykonawców, którzy nie będą w stanie zrealizować zamówienia, będą starali się manipulować możliwością zmiany umowy, co powoduje, że oferty będą nieporównywalne, ponieważ uwzględniają odmienne warunki, jakie mogą się wiązać z realizacją zamówienia.

## UZASADNIENIE

### Stan faktyczny

Przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta Żyrardowa z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

W pierwotnym brzmieniu SIWZ Zamawiający w pkt 5.2 ppkt 1 SIWZ: „*Warunki udziału w postępowaniu*” wprowadził następujący wymóg:

**1) kompetencje lub uprawnienie do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego – Zamawiający wymaga, aby Wykonawca posiadał następujące dokumenty:**

- a) *zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, o którym mowa w ustawie o odpadach **lub** umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów,*
- b) *zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach **lub** wpis do rejestru w Bazie Danych o Odpadach.*

W dniu 3 września 2020 r. Zamawiający opublikował odpowiedź na pytanie do SIWZ:

### **1. Pytanie Wykonawcy:**

*Warunkiem udziału w postępowaniu jest posiadanie zezwolenia na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, o którym mowa w ustawie o odpadach lub umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów, oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach lub wpis do rejestru w Bazie Danych o Odpadach natomiast w dokumentach jakie należy przedstawić na wezwania Zamawiającego nie wymieniono żadnego z tych dokumentów.*

*Prosimy o wyjaśnienie i zmianę w SIWZ poprzez doprecyzowanie iż Zamawiający wymaga na*



potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na wezwanie Zamawiającego przedłożenia Pozwolenia Zintegrowanego lub umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie, oraz udokumentowanie wpisu do rejestru BDO w zakresie transportu odpadów.

**Odpowiedź:**

Zamawiający dokonuje zmiany treści SIWZ poprzez usunięcie pkt 5.2 ppkt 1) lit. a i b. Warunki udziału w postępowaniu: kompetencje lub uprawnienia do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego – Zamawiający nie stawia warunku w tym zakresie”.

**Jak wynika z powyższego obecnie, tj. po zmianie z 3 września 2020r., Zamawiający nie wymaga, by wykonawcy ubiegający się o niniejszej zamówienie posiadali uprawnienia niezbędne do odbioru oraz zagospodarowania odpadów.** Odwołujący wskazuje w tym miejscu, że zagospodarowanie odpadów (ich odzysku lub odpowiednio unieszkodliwienie) jest działalnością, która wymaga posiadania stosownych zezwoleń (o czym szerzej poniżej).

Jednocześnie Zamawiający w pkt 4 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy” wprowadził obowiązek wskazania w ofercie instalacji, do których trafią odpady:

*Wykonawca oświadcza, że Zagospodarowanie odebranych odpadów, czyli poddanie ich przetworzeniu, odzyskowi lub unieszkodliwianiu odbywać się będzie w następujących instalacjach:*

A. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne:

.....,

B. papier i tekturę:

.....,

C. metal, tworzywa sztuczne i odpady z opakowań wielomateriałowych:

.....,

D. szkło: .....

E. odpady ulegające biodegradacji z uwzględnieniem bioodpadów:

.....,

F. meble i inne odpady wielogabarytowe:

.....,

G. przeterminowane leki:

.....,

H. zużyte baterie:

.....,



7 września 2020

*I. Odpady pozostałe po wysegregowaniu odpadów selektywnie zbieranych jako niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne:*

.....

Wynikające z oferty zobowiązanie do przetwarzania odpadów w określonych w ofercie instalacjach zostało przeniesione do wzoru umowy (Załącznik nr 3 do SIWZ „Wzór umowy” - § 1 ust. 7). Jednocześnie Zamawiający w § 1 ust. 9 Wzoru Umowy wskazał: *W przypadku zmiany instalacji komunalnej wymienionej w ust. 7 bądź podmiotu zbierającego odpady segregowane, Wykonawca w czasie trwania umowy zobowiązany jest pisemnie powiadomić Zamawiającego o tym fakcie w terminie nie krótszym niż 5 dni przed zmianą w celu przygotowania aneksu do umowy. Zmiana, o której mowa nie może wpłynąć na cenę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.*

Zamawiający nie określił więc w SIWZ żadnych szczegółowych warunków, które muszą zostać spełnione, by możliwa była zmiana instalacji wskazanej w ofercie, jak również nie postawił żadnych warunków, jakie spełnić ma instalacja zastępująca instalacje wskazaną w ofercie.

Zgodnie natomiast z § 2 ust. 4 Wzoru Umowy: *Wykonawca jest zobowiązany posiadać wpisy do odpowiednich rejestrów oraz odpowiednie zezwolenia, które nakładają na Wykonawcę obowiązujące przepisy prawa w zakresie prowadzonej działalności oraz w zakresie objętym realizacją niniejszej umowy.*

**Taki opis przedmiotu zamówienia narusza obowiązujące przepisy prawa.**

**1. Obowiązek wskazania w ofercie instalacji lub odpowiednio podmiotów zbierających odpady.**

Zgodnie z art. 6d ust. 4 u.c.p.g.: *Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej 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;***

Jak wynika z przywołanego przepisu, obowiązkiem Zamawiającego – w przypadku przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów – jest żądanie wskazania przez wykonawców w ofercie instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał (odpowiednio w celu odzysku lub unieszkodliwiania) odpady odebrane od właścicieli nieruchomości. Jednocześnie ustawodawca dopuścił, by w przypadku odpadów



odbieranych od właścicieli w niewielkich ilościach, zamiast wskazywania instalacji wykonawcy mogli wskazać w ofercie podmiot zbierający takie odpady.

W niniejszej sprawie, Zamawiający pominął ostatnie zdanie cytowanego przepisu i oczekuje wskazania w ofercie dla wszystkich odbieranych odpadów jedynie instalacji, w których będzie następować przetwarzanie (odzysk i unieszkodliwianie) odpadów. Działanie takie, w świetle cytowanego przepisu, jest nieuprawnione, gdy mowa o przeterminowanych lekach i zużytych bateriach. Zgodnie z danymi zawartymi w SIWZ (pkt 1 ppkt 3 Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia – SPOZ) w 2019 r. przeterminowanych leków odebrano 0,17 Mg, a zużytych baterii 0,02 Mg, co stanowi – wobec ilości odpadów pozostałych frakcji – ilość niewielką, wręcz znikomą.

Wykonawca, w świetle art. 6d ust. 4 u.c.p.g., winien więc być uprawniony do wskazania w ofercie, dla tych odpadów, jedynie podmiotów zbierających odpady.

Wyjaśnić należy, że w przypadku odpadów, o których tu mowa, bardzo często wykonawcy ich odbiór z aptek lub innych miejsc zbiórki lub odpowiednio dalsze zagospodarowanie zlecają podmiotom wyspecjalizowanym w odbiorze i gospodarowaniu takimi odpadami. Organizowanie logistyki odbioru i zagospodarowania tak niewielkich ilości odpadów przez wykonawcę jest bowiem bardzo często droższe niż zlecenie tej usługi zewnętrznemu podmiotowi wyspecjalizowanemu, który posiada wszystkie wymagane do tego zezwolenia i zgodnie z art. 27 ust. 3 ustawy o odpadach może przejąć odpowiedzialność za ten odpad. Na rynku występuje przy tym szereg firm pośredniczących, które zbierają tego typu odpady i dopiero po zebraniu większych ilości przekazują je do przetworzenia wyspecjalizowanym podmiotom. Podmiot taki, jak wykonawca rzadko więc posiada zezwolenie na przetwarzanie takich odpadów, a co najwyżej posiada zezwolenie na ich zbieranie i po uzbieraniu odpowiedniej partii transportowej przekazuje je kolejnemu posiadaczowi odpadów (niekoniecznie prowadzącemu ich przetwarzanie). Oczekiwanie by wykonawca wskazał instancję, do której finalnie trafią te odpady już na etapie składania oferty, jest więc zbyt daleko idące i sprzeczne z przepisami u.c.p.g.

## **2. Wskazywanie w ofercie instalacji posiadających wymagane prawem zezwolenia.**

Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach przetwarzanie odpadów wymaga co do zasady uzyskania zezwolenia. W sytuacjach wskazanych w przepisach ustawy – Prawo ochrony środowiska (art. 201 i nast.) – obowiązek uzyskania zezwolenia na przetwarzanie odpadów może zostać zastąpiony obowiązkiem uzyskania pozwolenia zintegrowanego, które jednakże będzie uwzględniało wymagania związane z przetwarzaniem, wytwarzaniem i magazynowaniem odpadów.

Dodać przy tym należy, że z uwagi na specyfikę instalacji komunalnych (instalacji dedykowanych do przetwarzania zmieszanych odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01) i skalę ich działania dla tych instalacji, w większości wypadków, wymagane jest uzyskanie w miejsce zezwolenia na przetwarzanie odpadów, pozwolenia zintegrowanego.



7 września 2020

Jak wskazuje art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, **uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty**. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.

Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, winien uwzględnić wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty, co w realiach niniejszej sprawy oznacza konieczność uwzględnienia, że przetwarzanie (odzysk lub odpowiednio unieszkodliwianie) odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości, zgodnie z obowiązującym prawem, może mieć miejsce wyłącznie w instalacjach, dla których wydane zostały wskazane na wstępie zezwolenia.

**Przedstawiony powyżej opis przedmiotu zamówienia nie uwzględnia tej kluczowej okoliczności, tj. nie przesądza, by przedmiot zamówienia (w części obejmującej zagospodarowanie) mógł być realizowany wyłącznie z wykorzystaniem instalacji posiadających zezwolenia wymagane przepisami prawa.**

Kwestia zezwoleń została przez Zamawiającego w SIWZ potraktowana marginalnie, tj. Zamawiający zrezygnował z weryfikacji kwestii posiadania odpowiednich zezwoleń w ramach warunku udziału w postępowaniu, a na etapie realizacji zamówienia poprzestał na nałożeniu na wykonawcę obowiązku posiadania wymaganych prawem zezwoleń (par. 2 ust. 4 wzoru umowy). **Warto jednak podkreślić, że w sytuacji, gdy wykonawca nie będzie posiadał instalacji do przetwarzania odpadów, a realizacja obowiązku przetwarzania odpadów zostanie zlecona podmiotowi trzeciemu wykonawca nie będzie musiał posiadać zezwoleń na przetwarzanie odpadów (lub odpowiednio pozwoleń zintegrowanego czy zezwolenia na zbieranie odpadów). Zamawiający nie wprowadził zaś do zapisów SIWZ mechanizmów, które pozwalałyby mu na weryfikację czy zezwolenia takie będą posiadały podmioty, które rzeczywiście będą przetwarzały lub zbierały odpady (czy odpady będą przetwarzane w instalacjach posiadających wymagane prawem zezwolenia).**

Dodać przy tym należy, że w obecnym brzmieniu Formularza Oferty oraz Wzoru Umowy Zamawiający co prawda zobowiązuje wykonawców do wskazania instalacji w ofercie, jednak równocześnie nie zobowiązuje wykonawcy do przedłożenia np. zezwoleń wydawanych na podstawie przepisów u.o., na mocy których dana instalacja może przetwarzać odpady.

Uwzględniając, że Zamawiający nie ma obowiązku żądania dokumentów potwierdzających, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania SIWZ, przyjąć należałoby, że **Zamawiający poprzestając na oświadczeniu wykonawcy co do tego, w jakich instalacjach będzie przetwarzał odpadów, winien jednocześnie wymagać od wykonawcy co najmniej oświadczenia, że instalacje te posiadają wszystkie wymagane prawem zezwolenia do przetwarzania odpadów „przypisanych” im w ofercie Wykonawcy. Posiadanie tych zezwoleń winno przy tym być weryfikowane na etapie realizacji zamówienia, zwłaszcza zaś w sytuacji, gdy Zamawiający będzie wyrażał zgodę na zmianę instalacji (podmiotu) wskazanych w ofercie wykonawcy.**





Brak takiego oświadczenia w ofercie i równoczesny brak wymogu by instalacja zastępująca instalację wskazaną w ofercie posiadała wymagane prawem zezwolenia sugeruje, że kwestia zezwoleń na przetwarzanie (zbieranie) odpadów jest przez Zamawiającego pomijana, gdy tymczasem okoliczność posiadania wymaganych prawem zezwoleń jest warunkiem wykonywania przedmiotu zamówienia w sposób zgodny z prawem i wymaganiami ochrony środowiska (które weryfikowane są na etapie wydawania zezwoleń oraz w całym okresie prowadzenia działalności objętej zezwoleniami). Zapisy SIWZ nie mogą być traktowane jako swoiste przyzwoleństwo ze strony Zamawiającego na przetwarzanie odpadów w instalacjach, które nie posiadają wymaganych prawem zezwoleń.

Kwestia zezwoleń jest przy tym istotna dla Zamawiającego także z uwagi na jego odpowiedzialność za zgodne z prawem postępowanie z odpadami. Jeśli wykonawca przekáže odpady do instalacji nieposiadającej zezwolenia na przetwarzanie odpadów ani pozwolenia zintegrowanego (co dopuszcza SIWZ w obecnym brzmieniu) lub podmiotowi, który nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów, odpowiedzialność za zagospodarowanie odpadów nie przechodzi na podmiot prowadzący instalację lub zbierający odpady, lecz wciąż spoczywa na Zamawiającym, choć nie ma on już żadnej kontroli nad odebranymi odpadami.

Na podstawie art. 27 ust. 2 u.o.: **Wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom, które posiadają:**

- 1) zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, lub
- 2) koncesję na podziemne składowanie odpadów, **pozwolenie zintegrowane**, decyzję zatwierdzającą program gospodarowania odpadami wydobywczymi, zezwolenie na prowadzenie obiektu unieszkodliwiania odpadów wydobywczych lub wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - na podstawie odrębnych przepisów, lub
- 3) wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5  
- chyba że działalność taka nie wymaga uzyskania decyzji lub wpisu do rejestru.

Na podstawie art. 27 ust. 3 u.o.: **Jeżeli wytwórca odpadów lub inny posiadacz odpadów przekazuje odpady następnemu posiadaczowi odpadów, który posiada decyzję** wymienioną w ust. 2 pkt 1 lub 2 **albo posiada wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 lit. a, odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami, z chwilą ich przekazania, przechodzi na tego następnego posiadacza odpadów**

Przepis art. 27 ust. 3 u.o. warunkuje więc przejście odpowiedzialności za odpad od posiadania, przez kolejnego posiadacza odpadów, wskazanych w tym przepisie zezwoleń – w tym przypadku odpowiednio zezwolenia na przetwarzanie lub zbieranie odpadów.

Z powyższego jednoznacznie wynika, że Zamawiający, nie wskazując, czy wymaga przekazywania odpadów do instalacji posiadających wymagane przepisami prawa decyzji, nie wskazał w SIWZ wymagań i okoliczności mających kluczowy wpływ na sporządzenie oferty. Zamawiający dopuszcza



bowiem wskazywanie w ofercie jakichkolwiek instalacji, w tym instalacji, które z uwagi na brak wymaganych prawem pozwoleń nie będą mogły w sposób zgodny z prawem przetworzyć odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości odpadów, a nadto okoliczności posiadania przez instalację (a właściwie przez podmiot zarządzający instalacją, którym nie musi być wykonawca) wymaganych prawem zezwoleń nie weryfikuje również na etapie realizacji zamówienia.

W niniejszym postępowaniu ważny jest nie tylko sam fakt posiadania wymaganego przepisami u.o. zezwolenia, ale też prawidłowe „przypisanie” instalacji i zezwoleń do rodzaju odpadów, tj. aby instalacja posiadała zezwolenie w zakresie odpowiednich kodów odpadów objętych podziałem przedstawionym w pkt 4 ppkt 4 Załącznika nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy”.

Należy podkreślić, że wobec ostatnich zmian w art. 20 u.o., usunięto zasadę regionalizacji, tj. odpady mogą być przekazywane do każdej instalacji posiadającej wymagane zezwolenia w kraju, a przesłanki przeniesienia odpowiedzialności z art. 27 u.o. zostaną spełnione. Wnioskowania przez Odwołującego zmiana SIWZ nie stanowi zatem nadmiernego, nieproporcjonalnego ograniczenia dostępu do zamówienia dla wykonawców.

Warto porównać niniejsze postępowanie do poprzedniego, prowadzonego przez tego samego Zamawiającego: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu Miasta Żyrardowa z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy” nr ZP.271.2.15.2019.JM (<https://platformazakupowa.pl/transakcja/211256>), w którym Zamawiający po pierwsze wprowadził warunek dot. uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w cytowanym wyżej brzmieniu (w niniejszym postępowaniu warunek usunięty), a ponadto w pkt 6.5 ppkt 5 i 6 SIWZ wskazano: *W celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu Wykonawca zobowiązany będzie do przedłożenia następujących oświadczeń i dokumentów:*

5) **aktualne zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów**, o którym mowa w ustawie o odpadach **lub** umowę z podmiotem posiadającym zezwolenie na odzysk, przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów;

6) **aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów**, wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą o odpadach **lub** wpis do rejestru w Bazie Danych o Odpadach.

W postępowaniu z 2019 r. Zamawiający w prawidłowy sposób zapewnił zatem, by odpady trafiły do instalacji posiadającej wymagane prawem zezwolenia – ponieważ można do tego celu doprowadzić na kilka sposobów, także przez wprowadzenie odpowiednio weryfikowanego warunku udziału w postępowaniu. W niniejszym postępowaniu, jak wskazano powyżej, Zamawiający odstąpił *de facto* od jakiegokolwiek weryfikacji tej okoliczności.

Za wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 17 grudnia 2019 r. KIO 2437/19 wskazać należy: *Fakt, iż opis utrudnia niektórym wykonawcom dostęp do zamówienia jest często spotykaną w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego okolicznością, lecz nie musi i nie oznacza, niezgodności z przepisami prawa. Zamawiającemu przysługuje **uprawnienie do określenia przedmiotu***



**zamówienia w taki sposób, który zabezpiecza jego potrzeby.** Zamawiający jest uprawniony do stawiania wymogów wobec zamawianego sprzętu i usług, o ile nie narusza to konkurencji w sposób nieuprawniony. W sytuacji, gdy **potrzeby zamawiającego są obiektywnie uzasadnione**, zamawiający jest uprawniony do wprowadzenia wymogów, nawet jeśli one zawężają krąg potencjalnych wykonawców. Zawężenie to nie może mieć na celu preferowania określonego wykonawcy, ale uzyskanie produktu jak najbardziej odpowiadającego potrzebom zamawiającego. Jednocześnie, **zamawiający nie jest zobowiązany do takiego formułowania wymagań, aby umożliwić wszystkim wykonawcom funkcjonującym na rynku złożenie oferty.** (...) **Istotą i celem zamówienia publicznego jest zaspokojenie określonej potrzeby społecznej należącej do zakresu zadań podmiotu, który jest zamawiającym.** Ocenie prawnej podlega prowadzona przez zamawiającego procedura zmierzająca do udzielenia zamówienia przez ustalenie, czy opis potrzeb jest uzasadniony i narusza zasady uczciwej konkurencji przywołanej wprost w art. 29 ust. 2 p.z.p. oraz pozostałych zasad udzielania zamówienia.

Biorąc pod uwagę, że priorytetem Zamawiającego nie powinno być praktycznie nieograniczone otwarcie się na konkurencję w niniejszym postępowaniu, polegające na dopuszczeniu do udziału w postępowaniu nawet wykonawców, którzy przekazywać będą odpady do instalacji nieposiadających wymaganych zezwoleń, lecz **obiektywna potrzeba Zamawiającego (potrzeba społeczna) polega na zagospodarowaniu odpadów z Żyrardowa w sposób zgodny z prawem**, co wymusza weryfikację, czy odpady trafią do instalacji, która posiada wymagane prawem zezwolenia.

Warto w tym zakresie przywołać raport Najwyższej Izby Kontroli „Postępowanie z odpadami komunalnymi po przetworzeniu w instalacjach mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych (MBP)” (źródło: <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/19/048/LWR/>, dalej: Raport): **Spośród dwunastu kontrolowanych prowadzących instalacje MBP, o statusie instalacji regionalnych do przetwarzania odpadów komunalnych, dwóch prowadziło działalność bez prawomocnych pozwoleń zintegrowanych.** W pozwoleniach zintegrowanych dopuszczano możliwość przetwarzania w instalacjach MBP odpadów innych niż odpady komunalne. (...) Prowadzenie działalności bez wymaganych pozwoleń skutkowało **brakiem podstawy prawnej do zobowiązania prowadzących instalacje MBP do spełnienia szeregu szczegółowych wymagań, tj. warunków i sposobów magazynowania odpadów nieprzetworzonych i wytworzonych w instalacjach MBP, rocznych limitów mocy przerobowych dla poszczególnych części instalacji MBP.** (...) Wszyscy kontrolowani prowadzący instalacje MBP zawierali umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych z podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. (...) **W ocenie NIK działania organów administracji publicznej oraz prowadzących instalacje MBP i zarządzających składowiskami odpadów były niewystarczające i nieskuteczne, co powodowało, że zagospodarowanie odpadów powstających w instalacjach MBP było niezgodne z przepisami o odpadach.**

Jak wynika z powyższego, mimo istniejącego systemu administracyjnego kontroli i kar, nadal zdarza się, że na rynku funkcjonują instalacje, które nie posiadają wymaganych prawem zezwoleń na przetwarzanie odpadów. Zamawiający winien więc zapewnić sobie w SIWZ mechanizm, który pozwoli



mu wyeliminować takie sytuacje, że odpady odebrane z jego terenu będą przetwarzane w takich instalacjach.

Brak takich mechanizmów i dopuszczenie zapisami SIWZ by odpady były przetwarzane w instalacjach nieposiadających wszystkich wymaganych zezwoleń (czy to wprost czy to na skutek niewprowadzenia do SIWZ zapisów, które w sposób jednoznaczny wykluczałyby taką możliwość) godzi w podstawowe zasady uczciwej konkurencji. Podkreślić należy, że konieczność dostosowania się przez przedsiębiorców prowadzących instalacje do wszystkich wymagań związanych z ochroną środowiska (w tym do obowiązku stosowania najlepszej dostępnej techniki – dot. instalacji komunalnych), co weryfikowane jest na etapie przyznawania przedsiębiorcy zezwoleń, wiąże się z koniecznością poniesienia określonych kosztów. Brak zezwoleń dla instalacji często jest konsekwencją niespełnienia tych właśnie wymogów. Trudno wykonawcom posiadającym zezwolenia dla prowadzonych przez siebie instalacji (podmiotom, które poniosły wszystkie koszty, o których tu mowa) lub korzystającym z usług takich właśnie podmiotów konkurować z wykonawcami, którzy korzystają z instalacji nieposiadających zezwoleń. Koszty prowadzenia instalacji z wszystkimi wymaganymi zezwoleniami, prowadzonej w sposób w pełni zgodny z prawem i udzielonymi zezwoleniami, są bowiem co do zasady wyższe niż koszty korzystania z instalacji bez zezwoleń.

W kontekście powyższego należy więc podkreślić, że Zamawiający nieprawidłowo odczytał intencję wykonawcy zadającego pytanie do SIWZ i udzielił odpowiedzi, która utwierdza wykonawców w przekonaniu, że dopuszczono w Postępowaniu przekazywanie odpadów do instalacji nieposiadającej zezwoleń wymaganych przepisami prawa, a ponadto, że wykonawca może w Formularzu Oferty przedstawić jakiegokolwiek instalacje, np. posiadające wymagane zezwolenia (wyłącznie w celu pozornego spełniania wymogów na moment oceny oferty), by następnie zmienić umowę w tym istotnym zakresie w zasadzie bez jakichkolwiek ograniczeń ze strony Zamawiającego.

Przepisy powszechnie obowiązującego prawa nakładają na Zamawiającego obowiązek uwzględnienia w SIWZ analizowanych elementów zgodnie z żądaniem Odwołującego, a w konsekwencji bezpośrednio przekłada się to na naruszenie art. 29 Pzp w zw. z art. 7 Pzp z powodu opisu przedmiotu zamówienia, który nie uwzględnia istotnych warunków realizacji zamówienia, względnie jest niejednoznaczny (w zakresie, w jakim wprost nie wyłącza możliwości wykorzystania do realizacji zamówienia instalacji, która nie posiada wszystkich wymaganych prawem zezwoleń), a ponadto dopuszcza do udziału w postępowaniu wykonawców nierzetelnych (działających bez wymaganych zezwoleń lub współpracujących z takimi usługodawcami), co wyklucza możliwość równego i uczciwego konkurowania o niniejsze zamówienie.

### **3. Warunki zmiany instalacji, tj. istotnej zmiany umowy o wykonanie zamówienia publicznego**

Niezależnie od powyższego, Wzór Umowy nie może dopuszczać, by wykonawca w toku umowy



zmienił instalację, do której przekazuje odpady, jeśli nie wprowadzi się wymogów (warunków), w jakich zmiana ta ma nastąpić.

Analizowana zmiana stanowi zmianę istotną, a więc Zamawiający musi spełnić wymogi wynikające z Pzp. Zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp zakazuje się zmian postanowień zawartej umowy lub umowy ramowej w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności zmiany zostały przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia **w postaci jednoznacznych postanowień umownych, które określają ich zakres, w szczególności możliwość zmiany wysokości wynagrodzenia wykonawcy, i charakter oraz warunki wprowadzenia zmian.**

Zmiana instalacji, do której przekazywane są odpady, jest istotną zmianą umowy, bowiem istotnie zmienia zakres świadczeń i zobowiązań wynikających z umowy (art. 144 ust. 1e pkt 2 lit. e) Pzp). Zobowiązanie wykonawcy w tego typu postępowaniach nie obejmuje wyłącznie zobowiązania do przetworzenia odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, ale również – z uwagi na kształt art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. – zobowiązanie do przetworzenia ich w określonej instalacji. Taka konstrukcja zobowiązania wykonawcy wynika wprost z obowiązujących przepisów prawa i wynika z faktu, iż gmina – Zamawiający zobowiązana jest na podstawie przepisów u.c.p.g. do zapewnienia pełnej kontroli nie tylko systemu odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości, ale i systemu ich dalszego zagospodarowania. Zamawiający ma więc nie tylko ma prawo, lecz obowiązek ustalenia, do jakiej instalacji trafią pochodzące z jego terenu odpady, w jaki sposób zostaną przetworzone i czy ten sposób przetworzenia odpadów pozwoli Zamawiającemu na osiągnięcie wymaganych przez prawo poziomów recyklingu odpadów i poziomów ograniczenia ilości odpadów ulegających biodegradacji kierowanych do składowania. Cel związany z ochroną środowiska wysuwa się tu na plan pierwszy, a możliwość nałożenia na wykonawcę, np. kar za nieosiągnięcie wskazanych poziomów, czy za wykorzystanie do realizacji zamówienia instalacji nieposiadającej wymaganych zezwoleń, nie jest i nie może być traktowana jako alternatywa dla poprawnej realizacji wszystkich zobowiązań wykonawcy.

Wobec powyższego, zgodnie z art. 144 ust. 1 pkt 1 Pzp z jednej strony Zamawiający winien wprost wskazać, w jakich sytuacjach zmiana instalacji (podmiotu zbierającego) wskazanych w ofercie jest możliwa. Z drugiej zaś, uwzględniając argumenty podniesione powyżej, kluczowe jest, aby „nowa” wskazywana przez wykonawcę instalacja posiadała zezwolenie wymagane przepisami u.o. w odniesieniu do konkretnego rodzaju odpadów, które będą do niej przekazywane. Zapisy SIWZ w omawianym zakresie powinny być spójne i nie pozostawiać wątpliwości, że badanie okoliczności posiadania przez instalacje (podmioty zbierające odpady) wskazywane przez wykonawcę wymaganych prawem zezwoleń będzie następowało na każdym etapie i tylko instalacje (podmioty) posiadające takie zezwolenia będą mogły być wykorzystywane do realizacji zamówienia.

Na podstawie doświadczenia życiowego uprawniane jest przyjęcie, że na etapie składania ofert wszyscy wykonawcy wskażą w ofertach instalacje posiadające zezwolenia wymagane w u.o., jednak należy przyjąć, że niektórzy wykonawcy mogą po zawarciu umowy poinformować Zamawiającego o zmianie instalacji na niespełniającą tych wymagań. **Jest przy tym oczywiste, że instalacja niespełniająca**



7 września 2020

**wymogów prawa może oferować ceny niższe niż instalacja posiadająca wymagane zezwolenia, co bezpośrednio przekłada się na naruszenie równowagi ekonomicznej umowy na korzyść wykonawcy oferującego wykonanie umowy przy wykorzystaniu takiej instalacji, ponieważ Zamawiający dalej będzie płacił takie wynagrodzenie, jak gdyby wykonawca przekazywał odpady do instalacji uprawnionej (co jest dodatkowym argumentem wskazującym na istotność takiej zmiany z punktu widzenia art. 144 ust. 1e Pzp).**

Powyższe stanowi także naruszenie zasad równości wykonawców i uczciwej konkurencji z punktu widzenia rzetelnego wykonawcy, który w ofercie od razu wyceni prawidłowy sposób wykonania zamówienia (tj. z wykorzystaniem instalacji posiadającej zezwolenia). Taki wykonawca musi ponieść wyższe koszty względem wykonawców zakładających korzystanie z instalacji nieposiadających wymaganych zezwoleń, co może prowadzić do utrudnienia takiemu rzetelnemu wykonawcy uzyskania zamówienia.

Wobec powyższego wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości.

Tomasz Dąbrowski

**Załączniki:**

- 1) pełnomocnictwo wraz z potwierdzeniem uiszczenia opłaty skarbowej;
- 2) dowód uiszczenia wpisu;
- 3) dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.