

Do:

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

Zamawiający:

Gmina Andrespol – Urząd Gminy Andrespol
ul. Rokicińska 126, 95-020 Andrespol
tel./fax: 42 213 24 40
email: ug@andrespol.pl

Odwołujący:

FBSerwis S.A.
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa
reprezentowany przez:
r.pr. Mateusza Szymczaka
ul. Siedmiogrodzka 9, 01-204 Warszawa,
tel. 571296925, faks: (22) 623 60 34
email: Mateusz.szymczak@fbserwis.pl

dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych wraz z selektywną ich zbiórką z terenu Gminy Andrespol*” (dalej: „**Postępowanie**”), prowadzonego przez Gminę Andrespol – Urząd Gminy Andrespol (dalej: „**Zamawiający**”) w trybie przetargu nieograniczonego; ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 7 maja 2020 r. nr 2020/S 089-212534

ODWOŁANIE WYKONAWCY

W imieniu wykonawcy **FBSerwis S.A.** z siedzibą w Warszawie (dalej: „**Odwołujący**”), w oparciu o pełnomocnictwo, którego odpis składam w załączeniu, na podstawie **art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 1986; dalej: „**ustawa PZP**”), wnoszę odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu sporządzonych w Postępowaniu.

Wnosząc niniejsze odwołanie zarzucam Zamawiającemu obrazę następujących przepisów prawa:

1. **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 387 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – kodeks cywilny** (Dz. U. z 2019 r. poz. 1145, ze zm.; dalej: „**k.c.**”) **w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zobowiązujący wykonawcę do realizacji obowiązku niemożliwego do wykonania (świadczenie niemożliwe), tj. przez



- a. wskazanie w § 3 ust. 2 Załącznika nr 9 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia – Wzoru Umowy (dalej: „**Wzór Umowy**”), że wykonawca zobowiązany jest do uzyskania uprawnień niezbędnych do prowadzenia PSZOK (Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych) najpóźniej w terminie rozpoczęcia świadczenia usługi, tj. ważne zezwolenie na zbieranie odpadów / pozwolenie zintegrowane lub umowę z podmiotem trzecim, który posiada uprawnienia do prowadzenia takiej działalności oraz
- b. ukształtowanie stosunku umownego w taki sposób, że uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie udostępnianego przez Zamawiającego PSZOK będzie konieczne do realizacji zamówienia

przy czym uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów w tak krótkim czasie, jaki pozostanie dla Wykonawcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia do dnia rozpoczęcia realizacji zamówienia jest obiektywnie niemożliwe,

2. **art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy PZP oraz art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP oraz w zw. z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach** (Dz. U. z 2020 r. poz. 797, ze zm.; dalej: „**ustawa o odpadach**”) poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję oraz zobowiązujący wykonawcę do realizacji obowiązku sprzecznego z prawem, tj. przez wskazanie w rozdziale III pkt 2 OPZ, że Wykonawca będzie ponosić pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK oraz przewidzenie w OPZ i Umowie, że Wykonawca będzie obowiązany do prowadzenia PSZOK, która to działalność wymagałaby posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów na należącym do Zamawiającego terenie PSZOK, a uzyskanie takiego terenu wyznaczonych przez Zamawiającego ramach czasowych realizacji zamówienia nie jest możliwe, a tym samym ewentualne prowadzenie przez wybranego wykonawcę PSZOK i gospodarowanie zbieranymi tam odpadami pozostawałoby w sprzeczności z art. 41 ust. 1 ustawy
3. **art. 29 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ k.c. w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy PZP** poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, bez uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty i w sposób sprzeciwiający się zasadom współżycia społecznego jako obciążający wykonawców ryzykiem niemożliwym do oszacowania na etapie sporządzania oferty, tj. bez wskazania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia informacji niezbędnych do oceny ryzyka ewentualnego nieotrzymania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie PSZOK oraz kosztów związanych ze zorganizowaniem PSZOK i pozyskaniem zezwolenia na zbieranie odpadów, co uniemożliwia Wykonawcom rzetelne skalkulowanie oferty i obciąża wykonawców trudnym do oszacowania ryzykiem nienależytego wykonania umowy oraz naruszenia przepisów ochrony środowiska.

Podnosząc ww. zarzuty wnoszę o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,
2. nakazanie Zamawiającemu:
 - a) dokonanie zmiany § 3 ust. 2 Wzoru Umowy poprzez zastąpienie go następującą treścią: „Wykonawca będzie zobowiązany do zapewnienia obsługi PSZOK w zakresie określonym w OPZ, przy czym Strony zastrzegają, że prowadzącym PSZOK będzie Zamawiający, w związku z czym Wykonawca nie będzie zbierał odpadów na terenie PSZOK”,

- b) dokonanie zmiany w rozdziale III pkt 2 OPZ poprzez zastąpienie fragmentu o treści:

„Wykonawca zapewni zorganizowanie PSZOK w miejscu wyznaczonym na ten cel przez Zamawiającego na terenie oczyszczalni ścieków w Kraszewie.

Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. zapewnienia pojemników/kontenerów w odpowiedniej ilości i w odpowiednich rodzajach, ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalno-prawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz wyposażenia PSZOKu w niezbędne pojemniki/kontenery do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów.”

następującym zapisem:

„Wykonawca zapewni obsługę PSZOK w miejscu wyznaczonym na ten cel przez Zamawiającego na terenie oczyszczalni ścieków w Kraszewie, przy czym prowadzącym PSZOK będzie Zamawiający.

W ramach obsługi PSZOK Wykonawca będzie obowiązany do zapewnienia pojemników/kontenerów w odpowiedniej ilości i w odpowiednich rodzajach, transportu odpadów, spraw formalno-prawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz wyposażenia PSZOKu w niezbędne pojemniki/kontenery do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów, przy czym odpowiedzialnym za gospodarowania odpadami zbieranymi na terenie PSZOK będzie Zamawiający”

- c) dokonanie we Wzorze Umowy i w treści OPZ zmian polegających na zastąpienie wszystkich określenia wskazującymi na „prowadzenie PSZOK” przez Wykonawcę określeniami odnoszącymi się do „obsługi przez Wykonawcę PSZOK prowadzonego przez Zamawiającego”;

względnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych żądań, nakazanie Zamawiającemu

- d) dokonanie zmiany § 3 ust. 2 Wzoru Umowy przez wskazanie nadanie mu następującego brzmienia:

„2. Wykonawca niezwłocznie po zawarciu Umowy i otrzymaniu od Zamawiającego odpowiedniego tytułu prawnego do PSZOK oraz wszystkich niezbędnych informacji zobowiązany jest przystąpić do pozyskania uprawnień niezbędnych do prowadzenia PSZOK, najpóźniej w terminie wyznaczonym dla rozpoczęcia realizacji przedmiotowej usługi – jeżeli dotyczy. Wykonawca musi posiadać ważne zezwolenie na zbieranie odpadów / pozwolenie zintegrowane, uwzględniające zezwolenie na

zbieranie odpadów, w zakresie niezbędnym do prowadzenia we własnym zakresie, Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) i tymczasowego magazynowania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości w bazie magazynowo - transportowej Wykonawcy – jeżeli Wykonawca zamierza we własnym zakresie tymczasowo magazynować odpady w bazie magazynowo – transportowej oraz prowadzić PSZOK samodzielnie, a nie na podstawie umowy z podwykonawcą albo posiada obowiązującą umowę o prowadzenie bazy magazynowo - transportowej oraz PSZOK z podmiotem trzecim (podwykonawcą), który posiada wszelkie niezbędne uprawnienia i zezwolenia do prowadzenia takiej działalności. Wykonawca musi posiadać ww. uprawnienia przez okres przewidziany dla realizacji przedmiotowej usługi.”

- e) dokonanie zmiany w rozdziale III pkt 2 OPZ poprzez zastąpienie fragmentu o treści:

„Wykonawca zapewni zorganizowanie PSZOK w miejscu wyznaczonym na ten cel przez Zamawiającego na terenie oczyszczalni ścieków w Kraszewie.

Wykonawca ponosi pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. zapewnienia pojemników/kontenerów w odpowiedniej ilości i w odpowiednich rodzajach, ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalno-prawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz wyposażenia PSZOKu w niezbędne pojemniki/kontenery do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów.”

następującym zapisem:

„Wykonawca zapewni zorganizowanie PSZOK w miejscu wyznaczonym na ten cel przez Zamawiającego na terenie oczyszczalni ścieków w Kraszewie, jednak do czasu uzyskania stosownego zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie PSZOK Wykonawca nie będzie prowadzącym PSZOK, a zapewni jedynie jego obsługę. Do tego czasu prowadzącym PSZOK będzie Zamawiający.

Po uzyskaniu zezwolenia na zbieranie na terenie PSZOK Wykonawca ponosić będzie pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. zapewnienia pojemników/kontenerów w odpowiedniej ilości i w odpowiednich rodzajach, ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalno-prawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz wyposażenia PSZOKu w niezbędne pojemniki/kontenery do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów.”

f) doprecyzowanie w OPZ poprzez wskazanie:

1. na jakiej podstawie i w jakim terminie Zamawiający udostępni Wykonawcy teren wyznaczony na prowadzenie PSZOK przy jednoczesnym wskazaniu, że nastąpi to z uwzględnieniem postanowień art. 41b o odpadach,
2. czy teren wyznaczony przez Zamawiającego na prowadzenie PSZOK spełnia aktualnie wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenia PSZOK, a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich warunkach zostanie od do tych wymagań dostosowany,
3. czy dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK, został sporządzony operat przeciwpożarowy, zawierający warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, o którym mowa w art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach,
4. czy dla obszaru, na którym ma być prowadzony PSZOK, został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie, to czy Zamawiający posiada dla nieruchomości decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
5. czy teren przeznaczony przez Zamawiającego na miejsce prowadzenia PSZOK został dostosowany do wszystkich aktualnie obowiązujących wymogów określonych przepisami ustawy o odpadach (takich jak wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a – 6h ustawy o odpadach), a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich zasadach teren ten do ww. wymogów zostanie dostosowany,
6. wskazania informacji niezbędnych do złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów w zakresie określonym w art. 42 ustawy o odpadach lub wskazania terminu, w którym ww. informacje i dokumenty i miałyby zostać wykonawcy udostępnione.

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 zarzutów odwołania

- 1.1. Uzasadnienie zarzutu przewidzenia niemożliwego do zrealizowania świadczenia dotyczącego posiadania przez Wykonawcę uprawnień do prowadzenia PSZOK na terenie udostępnionym przez Zamawiającego



Przystępując do uzasadnienia zarzutów odwołania wskazać należy, że Zamawiający wymaga od wykonawców spełnienia obowiązku niemożliwego do wykonania, a dotyczącego uzyskania i posiadania w całym okresie realizacji zamówienia zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie PSZOK zlokalizowanego na terenie należącym do Zamawiającego. Wynika to wprost z treści § 3 ust. 2 Wzoru Umowy, który stanowi, że obowiązkiem Wykonawcy w ramach realizacji zamówienia będzie m.in.:

- 1) posiadanie ważnego zezwolenia na zbieranie odpadów w sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie będzie prowadzić PSZOK lub
- 2) zawarcia umowy z innym podmiotem – podwykonawcą – któremu Wykonawca miałby prowadzić PSZOK, a który ważne zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie PSZOK będzie posiadał.

Przyznać w tym kontekście należy, że w odpowiedzi na pytanie nr 1 z dnia 14 maja br. Zamawiający wskazał, że „nie wymaga w sposób aprioryczny i bezwzględny posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów w PSZOK, a wymogi w ww. zakresie dotyczą wyłącznie sytuacji, w której taki obowiązek wynikałby z przepisów prawa”. Odpowiedź tę trudno jest jednak uznać za zwalniającą wykonawcę z obowiązku zapewnienia posiadania zezwolenia na zbieranie – wskazuje ona raczej na uchylenie się przez Zamawiającego od oceny obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Zamawiający oświadczył w przedmiotowej odpowiedzi, że nie jest organem uprawnionym, na podstawie obowiązujących przepisów prawa, do kwalifikowania Gminy Andrespol lub operatora realizującego zamówienie jako zbierającego odpady w PSZOK, jednakże jeśli taka kwalifikacja nastąpi, to będzie realizował wszelkie obowiązki w tym zakresie.

Tym samym, w świetle zapisów SIWZ oraz przywołanej odpowiedzi na pytanie, to wykonawca ubiegający się o zamówienie musi samodzielnie ocenić, czy posiadanie zezwolenia na zbieranie jest do wykonania zamówienia konieczne, a jeżeli tak, to musi zapewnić sobie posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów.

W tym kontekście wskazać należy, że z treści SIWZ wypływa jednoznaczny wniosek, że wykonawca realizujący zamówienie będzie obowiązany do **prowadzenia PSZOK** na terenie wyznaczonym przez Zamawiającego i do niego należącym. Wniosek taki może być wywiedziony z następujących zapisów dokumentacji przetargowej:

- § 3 ust. 2 Wzoru Umowy, zgodnie z którym Wykonawca zobowiązany jest do uzyskania uprawnień **niezbędnych do prowadzenia PSZOK**, najpóźniej w terminie wyznaczonym dla rozpoczęcia realizacji przedmiotowej usługi – jeżeli dotyczy. Wykonawca musi posiadać ważne **zezwolenie na zbieranie odpadów** / pozwolenie zintegrowane, uwzględniające zezwolenie na zbieranie odpadów, w zakresie niezbędnym do **prowadzenia we własnym zakresie, Punktu Selekttywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK)** i tymczasowego magazynowania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości w bazie magazynowo - transportowej Wykonawcy – jeżeli Wykonawca zamierza we własnym zakresie tymczasowo magazynować odpady w bazie magazynowo - transportowej oraz **prowadzić PSZOK samodzielnie, a nie na podstawie umowy z podwykonawcą** albo posiada obowiązującą umowę o **prowadzenie bazy magazynowo - transportowej oraz PSZOK z podmiotem trzecim (podwykonawcą), który posiada wszelkie niezbędne uprawnienia i zezwolenia** do prowadzenia takiej działalności;
- § 7 ust. 3 Wzoru Umowy, zgodnie z którym Wykonawca ma zapewnić sporządzenie i przekazanie Wójtowi Gminy Andrespol w formie, terminach i na zasadach określonych w art. 9na i art. 9nb ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach (t.j. Dz. U. z 2019 poz. 2010 z późn. zm.) rocznych sprawozdań związanych z działalnością polegająca na **prowadzeniu PSZOK oraz zbieraniu odpadów komunalnych**;

- § 11 ust. 2 pkt 2.2. i 2.3. Wzoru Umowy, zgodnie z którym przez naruszenie postanowień Umowy rozumie się w szczególności sytuację, gdy Wykonawca nie rozpoczął realizacji Umowy w przewidzianym terminie oraz gdy pomimo pisemnego wezwania Wykonawca nie przystąpił do realizacji Umowy w terminie wskazanym w pisemnym wezwaniu Zamawiającego. Powyższe dotyczy również nierozpoczęcia realizacji przez Wykonawcę, któregośkolwiek z elementów składających się na Przedmiot Umowy (np. **prowadzenia PSZOK**, sporządzenia harmonogramu) oraz przerwanie wykonywania Przedmiotu Umowy na okres dłuższy niż 3 dni. Powyższe dotyczy przerwania realizacji przez Wykonawcę, któregośkolwiek z elementów składających się na Przedmiot Umowy (np. **prowadzenia PSZOK**, sporządzenia harmonogramu),
- § 11 ust. 2 pkt 3.2. Wzoru Umowy, zgodnie z którym przez rażące naruszenie postanowień Umowy rozumie się w szczególności przerwanie wykonania Umowy na okres dłuższy niż 7 dni. Powyższe dotyczy przerwania realizacji przez Wykonawcę, któregośkolwiek z elementów składających się na Przedmiot Umowy (np. **prowadzenia PSZOK**, sporządzenia harmonogramu),
- Pkt 2 akapit drugi na str. 6 OPZ, zgodnie z którym Wykonawca ma ponosić **pełną odpowiedzialność za prawidłowe gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK**, zgodnie z przepisami obowiązującymi w tym zakresie. Dotyczy to m.in. zapewnienia pojemników/kontenerów w odpowiedniej ilości i w odpowiednich rodzajach, ewentualnego przeładunku odpadów, transportu odpadów, spraw formalno-prawnych związanych z odbieraniem i dostarczaniem odpadów uprawnionemu przedsiębiorcy prowadzącemu działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych oraz wyposażenia PSZOKu w niezbędne pojemniki/kontenery do gromadzenia selektywnie zebranych odpadów.

Jednocześnie wskazać należy, że w aktualnym stanie prawnym **prowadzenie** punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych – miejsca, gdzie są zbierane (czasowo magazynowane) odpady komunalnej przez prowadzącego PSZOK – wymaga posiadania zezwolenia na zbieranie. Obowiązek taki wynika jednoznacznie z treści art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach. Zwolniony z obowiązku uzyskania takiego zamówienia 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. A contrario zatem, taki punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, który jest prowadzony przez przedsiębiorcę (przez inny podmiot, niż gmina) z obowiązku uzyskania zezwolenia zwolniony nie jest – wymaga zatem uzyskania takiego zezwolenia.

W stanie faktycznym sprawy Zamawiający jednoznacznie wskazał w rozdziale III pkt 2 akapit 2 na str. 3 OPZ, że Wykonawca będzie ponosił **całkowitą odpowiedzialność za gospodarowanie odpadami przekazanymi do PSZOK** - a więc zgodnie z definicją zapisaną w art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpadach, ponosił będzie całkowitą odpowiedzialność za **zbieranie**, transport i przetwarzanie tych odpadów.

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 musi zgodnie z art. 41b ust. 1 ustawy o odpadach posiadać tytuł prawny – w odniesieniu do której zbierający odpady jest właścicielem, użytkownikiem wieczystym, użytkownikiem 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).

Oznacza to, że wykonawca może wystąpić o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie PSZOK dopiero wówczas, gdy uzyska tytuł prawny do nieruchomości, na której PSZOK ma być prowadzony – a więc już po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Jednocześnie procedura uzyskiwania zezwolenia na zbieranie jest procedurą dość długotrwałą. Wydanie takiego zezwolenia poprzedzone jest nie tylko oceną wniosków i dołączonych doń dokumentów, ale również wiąże się z koniecznością przeprowadzenia przez wojewódzkiego inspektora ochrony środowiska (z udziałem przedstawiciela organu wydającego zezwolenie) kontroli nieruchomości, na której mają być zbierane odpady, w zakresie spełniania wymagań określonych w przepisach ochrony środowiska oraz przeprowadzenia przez komendanta powiatowego (miejskiego) Państwowej Straży Pożarnej kontroli tej nieruchomości w zakresie zgodności z warunkami ochrony przeciwpożarowej (art. 41a ust. 1 i 1a ustawy o odpadach).

Z doświadczenia Odwołującego, który prowadzi na obszarze Polski działalność obejmującą zbieranie odpadów w wielu lokalizacjach i w związku z tym wielokrotnie występował o wydanie oraz o zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów wynika, że minimalny czas oczekiwania na wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych to około 6 – 7 miesięcy. 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. Aktualnie, w warunkach epidemii COVID-19, okres oczekiwania na zezwolenie może wydłużyć się jeszcze bardziej.

W tym kontekście wymaganie, aby wykonawca uzyskał zezwolenie na zbieranie odpadów i posiadał je w całym okresie realizacji umowy (tj. zgodnie z rozdziałem IV SIWZ **począwszy od dnia 6 lipca br. lub od dnia zawarcia umowy – jeżeli zawarcie umowy nastąpi po dniu 6 lipca**) jest obiektywnie niemożliwe do spełnienia. Obowiązek posiadania takiego zezwolenia oraz obowiązek prowadzenia PSZOK (do czego posiadanie zezwolenia na zbieranie jest niezbędne) ma zatem charakter świadczenia niemożliwego i na mocy art. 387 § 1 k.c. jest nieważny.

Warto jednak zwrócić uwagę, że Zamawiający, odpowiadając w dniu 14 maja br. na pytanie nr 1 dotyczące treści SIWZ wskazał, że jeżeli z przyczyn obiektywnych prowadzenie PSZOK nie będzie mogło nastąpić wraz z nastaniem pierwszego dnia realizacji zamówienia, a powyższe zostanie udowodnione jako wynikające z przyczyn niezależnych od wykonawcy, nie będzie to stanowiło podstawy do ponoszenia odpowiedzialności, w tym w postaci naliczenia kar umownych.

Takie wyjaśnienie nic jednak nie zmienia, bowiem powieliła ona jedynie zasadę ponoszenia odpowiedzialności kontraktowej przewidzianą w art. 471 k.c. W myśl tej zasady, dłużnik nie jest obowiązany do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania umowy jeżeli niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi.

Powyższe nie może jednak stanowić dostatecznego usprawiedliwienia do wprowadzania do umowy postanowień, co do których z góry wiadomo, że nie będą one mogły być wykonane. Powyższe nie eliminuje bowiem w dostateczny sposób ryzyka wykonawcy:

- związanego z oceną, że umowa w zakresie obowiązków związanych z PSZOK do czasu uzyskania zezwolenia na zbieranie będzie przez Wykonawcę niewykonana,
- związanego z interpretacją zakresu obowiązków wykonawcy dotyczących obsługi PSZOK w okresie, w którym Wykonawca nie otrzyma jeszcze zezwolenia na zbieranie odpadów gromadzonych w PSZOK – treść specyfikacji nie rozstrzyga tego, czy i w jakim zakresie



Zamawiający oczekiwał będzie od wykonawcy obsługi PSZOK w czasie przed uzyskaniem zezwolenia na zbieranie odpadów, co z jednej strony utrudnia rzetelne oszacowanie kosztów wykonania zamówienia z drugiej nie pozwala ocenić, czy oczekiwane przez Zamawiającego czynności będą mogły zgodnie z prawem zostać wykonane przez podmiot nieposiadający zezwolenia na zbieranie,

- związanego z oceną ważności całej umowy w sprawie zamówienia (jeśli przyjąć, że bez postanowień dotyczących obowiązku prowadzenia PSZOK umowa w sprawie zamówienia nie zostałaby zawarta, przy odpowiednim zastosowaniu art. 58 § 3 k.c. cała umowa musiałaby zostać uznana za nieważną),
- związanego z ewentualnym sporem z Zamawiającym co do tego, która ze stron i w jakim ponosi odpowiedzialność za to, że zezwolenie na zbieranie odpadów nie zostało w krótkim (przewidzianym przez Zamawiającego) czasie wydane bądź też postępowanie o wydanie takiego zezwolenia przedłuży się (np. wskutek zaistnienia w przekazanej organowi dokumentacji braków formalnych, dotyczących informacji bądź dokumentów znajdujących się w wyłącznej gestii Zamawiającego).

Mając na uwadze powyższe, zdaniem wykonawcy celowe jest nakazanie Zamawiającemu wyłączenie z zakresu przedmiotu zamówienia obowiązków, których wykonanie zgodnie z umową jest niemożliwe, tj. wyłączenie obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz prowadzenia PSZOK. W takim przypadku to Zamawiający powinien być podmiotem prowadzącym PSZOK (który jako gmina zgodnie z art. 45 ust. 1 pkt 11 nie ma obowiązku uzyskiwania zezwolenia na zbieranie odpadów), a specyfikacja (OPZ) powinna szczegółowo określać zakres obowiązków, (1) których wykonania w zakresie obsługi PSZOK Zamawiający oczekuje od Wykonawcy oraz takich (2) które pozostaną w gestii Zamawiającego jako podmiotu prowadzącego PSZOK.

Alternatywnym rozwiązaniem zmierzającym do doprowadzenia SIWZ do zgodności z prawem mogłoby być nakazanie Zamawiającemu dokonania takiej zmiany SIWZ, która zobowiązywałaby wykonawcę do wystąpienia z wnioskiem o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów PSZOK oraz do prowadzenia PSZOK dopiero od momentu, w którym takie zezwolenie zostałoby wydane (a do tego czasu prowadzącym PSZOK byłby Zamawiający).

1.2. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego określenia obowiązków sprzecznych z obowiązującym prawem

W stanie faktycznym sprawy, biorąc pod uwagę aktualne brzmienie Wzoru Umowy, nie można wykluczyć, że Zamawiający będzie od wykonawcy oczekiwał prowadzenia PSZOK nawet bez uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych. Jak bowiem wynika z treści postanowień Wzoru Umowy, obowiązek prowadzenia PSZOK ma dla Zamawiającego znaczenie zasadnicze – niewykonywanie tego obowiązku stanowi naruszenie umowy (a niewykonywanie przez okres 7 dni – rażące naruszenie Umowy) uprawniające Zamawiającego do jej rozwiązania – odpowiednio z zachowaniem 30-dniowego okresu wypowiedzenia lub bez wypowiedzenia.

Wymaga zaznaczenia, że ewentualne wykonywanie czynności związanych z prowadzeniem PSZOK (zbieraniem odpadów na terenie PSZOK) bez posiadania stosownego zezwolenia pozostawałoby w sprzeczności z przepisami prawa, tj. w szczególności z art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach i byłoby zagrożone administracyjną karą pieniężną w wysokości od 10 000 zł do 1 000 000 zł (art. 194 ust. 4 ustawy o odpadach).

Dlatego też utrzymanie w treści Wzoru Umowy obowiązku prowadzenia PSZOK w sytuacji, gdy oczywistym jest, że wykonawca nie będzie miał możliwości uzyskania zezwolenia na zbieranie



odpadów komunalnych przed rozpoczęciem realizacji zamówienia, stanowi obowiązek sprzeczny z prawem, który na mocy art. 58 § 1 k.c. jest nieważny.

1.3. Uzasadnienie zarzutu dotyczącego nieprecyzyjnego opisanie przedmiotu zamówienia

Niezależnie od powyższego wskazać należy, że Zamawiający w treści SIWZ nie wskazał wszystkich informacji niezbędnych do oszacowania kosztów oraz ryzyka związanego z uzyskaniem przez Wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów.

W szczególności nie wiadomo:

- w jakim terminie i na jakich zasadach Zamawiający przekaze Wykonawcy odpowiedni tytuł prawny do nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK,
- czy teren wyznaczony przez Zamawiającego na prowadzenie PSZOK spełnia aktualnie wszystkie wymagania niezbędne do uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów i prowadzenia PSZOK, a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich warunkach zostanie od do tych wymagań dostosowany,
- czy teren przeznaczony przez Zamawiającego na miejsce prowadzenia PSZOK został dostosowany do wszystkich aktualnie obowiązujących wymogów określonych przepisami ustawy o odpadach (takich jak wizyjny system kontroli miejsca magazynowania odpadów, o którym mowa w art. 25 ust. 6a – 6h ustawy o odpadach), a jeżeli nie, to w jakim czasie i na jakich zasadach teren ten do ww. wymogów zostanie dostosowany,
- czy dla obszaru, na którym ma być prowadzony PSZOK, został uchwalony miejscowy plan zagospodarowania przestrzennego, a jeżeli nie, to czy Zamawiający posiada dla nieruchomości decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu,
- czy dla nieruchomości, na której ma być prowadzony PSZOK, został sporządzony operat przeciwpożarowy, zawierający warunki ochrony przeciwpożarowej miejsca magazynowania odpadów, uzgodnione z komendantem powiatowym (miejskim) Państwowej Straży Pożarnej, o którym mowa w art. 42 ust. 4b ustawy o odpadach
- w jakim czasie Zamawiający przekaze Wykonawcy pozostałe informacje niezbędne do przygotowania i złożenia wniosku o wydanie zezwolenia na zbieranie odpadów, w tym dane techniczne.

Bez takich informacji Wykonawca nie jest w stanie oszacować kosztów, jakie będą konieczne do poniesienia celem uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów komunalnych na terenie PSZOK ani ustalić, czy zezwolenie takie w ogóle będzie mogło zostać wydane. Mając na uwadze powyższe celowe jest nakazanie, aby w przypadku pozostawienia po stronie Wykonawcy obowiązku pozyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na terenie PSZOK Zamawiający dokonał szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia w ww. zakresie.

2. Uzasadnienie posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes we wniesieniu Odwołania, bowiem jest zainteresowany udziałem w Postępowaniu, a zakwestionowane – wadliwe i niekonkurencyjne – zapisy OPZ i Wzoru Umowy znacząco utrudniają (wręcz uniemożliwiają) rzetelne sporządzenie oferty oraz oszacowanie ceny ofertowej w Postępowaniu.



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

2.1.1. Uzasadnienie zachowania terminu do wniesienia odwołania

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 maja br. W tym samym dniu została opublikowana na stronie internetowej Zamawiającego specyfikacja istotnych warunków zamówienia, której postanowienia Odwołujący kwestionuje.

W świetle powyższego, niniejsze Odwołanie – wnoszone w dniu 18 maja 2020 r. – jest składane z zachowaniem ustawowego terminu dziesięciodniowego.

* * *

Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Załączniki:

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