



Kancelaria Radcy Prawnego
Krzysztof S. Grochalski

Kraków, dnia 19 września 2022 r.

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

Odwołujący: **Geocoma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie**, adres: ul. Lubomirskiego 27/1, 31-509 Kraków
KRS: 0000680466
e-mail: mchalecki@geocoma.pl, tel.: +48 608 407 409
zastępowana przez radcę prawnego Annę Marię Rożko
Kancelaria Radcy Prawnego Krzysztof Grochalski
ul. Wojkowska 2, 41-250 Czeladź
e-mail: arozko@kancelaria-kig.eu, tel. +48 505 210 261

Zamawiający: **Gmina Rybno**
ul. Długa 20, 96-514 Rybno
e-mail: uzp@gminarybno.com, tel.: +48 468611438

Zamówienie: ***Usuwanie odpadów niebezpiecznych z nieruchomości w miejscowości Jasieniec 31, gm. Rybno***

Numer postępowania nadany przez Zamawiającego: **RGK.271.6.2022**

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej: **2022/S 175-495742** z dnia 12 września 2022 r.

Termin na wniesienie odwołania zgodnie z art. 515 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.): **22 września 2022 r.**

Odwołanie

Działając w imieniu Odwołującego, na mocy udzielonego mi pełnomocnictwa, którego odpis niniejszym załączam, na podstawie art. 505 ust. 1 oraz art. 513 pkt 1 Prawa zamówień publicznych, niniejszym zaskarżam:

postanowienie Rozdziału II punkt 4 podpunkt 4.1, dalszy podpunkt 2) lit. a) *tiret* trzeci w brzmieniu:

4.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:
[...]

2) spełnia warunki dotyczące:

a) uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:
[...]

- posiadanie pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenie sektorowe:
 - na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza,
 - na wytwarzanie odpadów,
 - pozwolenie wodnoprawne na pobór wód,
 - pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód i do ziemi;

oraz

postanowienie Rozdziału II punkt 4 podpunkt 4.1, dalszy podpunkt 2) lit. c) *tiret* trzeci w brzmieniu:

4.1. O udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który:

[...]

2) spełnia warunki dotyczące:

[...]

c) zdolności technicznej lub zawodowej:

[...]

- dysponuje instalacją do odzysku lub ostatecznego unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych co najmniej rodzaju 16 81 01* *Odpady wykazujące właściwości niebezpieczne* w celu realizacji zamówienia.

jako naruszające przepisy art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1) - 3) Prawa zamówień publicznych.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podnosi zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 99 ust. 1 i ust. 4 w związku z art. 16 pkt 1) - 3) Prawa zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, a tym samym ją utrudniający, oraz nieuwzględniający wymagań i okoliczności, mających wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy, to jest wskazanie całkowicie nierealnego terminu realizacji przedmiotu zamówienia, określonego przez Zamawiającego na dzień 31 października 2022 r. (rozdział 1, punkt 4 SWZ), bowiem nie ma faktycznej możliwości należytego wykonania przedmiotu zamówienia, tj. załadowania, przetransportowania i unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych w ilości 2.000 Mg w tym terminie; z drugiej strony na wykonawcę nakłada się szereg obowiązków, w tym kar umownych w razie nieterminowej realizacji przedmiotu zamówienia.

Stawiając powyższe zarzuty Odwołujący wnosi o:

- 1) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonanie zmiany dokumentacji postępowania w opisanej wyżej części poprzez usunięcie z warunków udziału w postępowaniu wymagania dotyczącego posiadania pozwolenia zintegrowanego dla instalacji unieszkodliwiania odpadów lub w przypadku jego braku zezwolenie sektorowe: na wprowadzanie gazów lub pyłów do powietrza, na wytwarzanie odpadów, pozwolenie wodnoprawne na pobór wód, pozwolenie wodnoprawne na wprowadzanie ścieków do wód i do ziemi, a także wymogu

dysponowania instalacją do odzysku lub ostatecznego unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych co najmniej rodzaju 16 81 01* *Odpady wykazujące właściwości niebezpieczne* w celu realizacji zamówienia;

W razie uwzględnienia zarzutu określenia w dokumentacji postępowania terminu wykonania przedmiotu zamówienia na dzień 31 października 2022 r. Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) Prawa zamówień publicznych.

- 2) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego, w tym zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego pełnych kosztów postępowania odwoławczego.

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługę usunięcia odpadów niebezpiecznych pod nazwą „Usuwanie odpadów niebezpiecznych z nieruchomości Jasieniec 31, gmina Rybno”.

Wymogiem udziału w postępowaniu określonym przez Zamawiającego jest posiadanie pozwolenia zintegrowanego względnie tzw. pozwoleń sektorowych. W sposób oczywisty ogranicza to krąg podmiotów mogących ubiegać się o wykonanie zamówienia tylko do tych podmiotów, które posiadają instalacje lub urządzenia. Wymóg posiadania prawa do instalacji w celu uzyskania pozwolenia zintegrowanego (względnie pozostałych pozwoleń wymienionych przez zamawiającego) wynika z przepisu art. 184 ust. 2 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2021 r., poz. 1973, z późn. zm.). Tymczasem z punktu widzenia zamówień publicznych i realnych potrzeb Zamawiającego postawienie wymogu posiadania instalacji przez wykonawcę jest wymogiem nieproporcjonalnym i eliminuje z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia tych wykonawców, którzy nie posiadając własnych instalacji do unieszkodliwiania odpadów, nie mogą ubiegać się o udzielenie zamówienia.

Zgodnie z przepisem art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców oraz proporcjonalny. Stosownie zaś do art. 112 ust. 1 Prawa zamówień publicznych 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.

Każdy warunek podmiotowy prowadzi do ograniczenia dostępu do wzięcia udziału w postępowaniu. Ograniczenia takie są dopuszczalne w granicach zachowania zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i proporcjonalności warunku do jego celu – co wynika z konieczności zachowania zasad naczelnych określonych w art. 16 pkt 1 i 3 Prawa zamówień publicznych, przy braku ograniczenia możliwości złożenia oferty wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. O ustanowieniu warunku podmiotowego w sposób, który mógłby utrudnić uczciwą konkurencję, można mówić wówczas, gdy zostanie on określony na tyle rygorystycznie, że nie będzie to uzasadnione potrzebami zamawiającego, specyfiką wykonania zamówienia, czy też konieczne do wyłonienia wykonawcy zdolnego do

należytego zrealizowania umowy. Nieproporcjonalny warunek udziału w postępowaniu to wprowadzenie ograniczenia w dostępie do przetargu, które jest nieuzasadnioną barierą – nie zaś wymogiem koniecznym do osiągnięcia zakładanego celu zamówienia – pomijając konieczność zapewnienia symetrii pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać bezpodstawnie wyeliminowani z udziału w postępowaniu (*vide*: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 kwietnia 2022 r. sygn. KIO 882/22). W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej w omawianym zakresie ponadto zwraca się uwagę na fakt, iż proporcjonalność warunku udziału w postępowaniu należy rozumieć jako opisanie warunku na poziomie, który jest usprawiedliwiony dbałością o jakość i rzetelność wykonania przedmiotu zamówienia, nie zaś wprowadzanie nieuzasadnionego z punktu widzenia wykonywania przyszłej umowy ograniczenia w dostępie do udziału w postępowaniu. Proporcjonalność oznacza zatem zachowanie równowagi pomiędzy interesem zamawiającego w uzyskaniu rękojmi należytego wykonania zamówienia, a interesem wykonawców, którzy przez sformułowanie nadmiernych wymagań mogą zostać wyeliminowani z postępowania. Nieproporcjonalność warunku zachodzi w sytuacji, gdy równowaga ta zostanie zachwiana, uniemożliwiając ubieganie się o zamówienie wykonawcom mającym doświadczenie dające rękojmię jego prawidłowej realizacji (tak: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 czerwca 2021 r., sygn. KIO 1163/21).

Odwołujący się wykonawca spełnia wymóg udziału w postępowaniu opisany w rozdziale 2 punkt 4 podpunkt 4.1, dalszy podpunkt 2 lit. c). Posiada wymagane przez Zamawiającego doświadczenie w zakresie dwóch usług tożsamyh z przedmiotem zamówienia i doświadczenie to pozyskał nie posiadając własnej instalacji do unieszkodliwiania odpadów i tym samym nie posiadając pozwolenia zintegrowanego.

Postawiony przez Zamawiającego wymóg zmusza wykonawców do tworzenia konsorcjów z podmiotami posiadającymi instalacje, gdyż tylko wówczas będzie możliwość spełnienia wymogu udziału w postępowaniu.

Zamawiający formułując wymóg udziału w postępowaniu dopuszcza możliwość powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotu trzeciego, jednakże czyni to w sposób nieprzejrzysty, gdyż w rozdziale 2 punkt 4.4 wskazuje, że *wykonawca może w celu potwierdzenia warunków, o których mowa w punkt 4.1. ppkt 2) SWZ w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie do charakteru łączących go z nim stosunków prawnych*. Należy tu jednak zarzucić Zamawiającemu to, że nie sprecyzował jak należy rozumieć „stosowne sytuacje” oraz „odniesienie do konkretnego zamówienia lub jego części”, tym bardziej że Zamawiający nie dopuszcza podzielenia zamówienia na części.

W zakresie wymogu dysponowania instalacją do odzysku lub ostatecznego unieszkodliwiania odpadów niebezpiecznych co najmniej rodzaju 16 81 01* *Odpady wykazujące właściwości niebezpieczne* w celu realizacji zamówienia podnieść należy, że takie doprecyzowanie kodu odpadu uderza w tych wszystkich wykonawców, którzy mają dostęp do instalacji unieszkodliwiających odpady usytuowanych za granicą Polski, a na obszarze Unii Europejskiej. Kod odpadu 16 81 01* jest w swojej istocie ogólny; stworzono go dla tych odpadów, których nie można zakwalifikować do żadnej innej grupy odpadów niebezpiecznych. Problem polega na tym, że ów kod jest wprowadzony do polskiego systemu prawnego; nie występuje jednak w innych systemach prawnych państw Unii Europejskiej, m.in. Niemiec (por. Zawiadomienie Komisji dotyczące wytycznych technicznych w sprawie klasyfikacji odpadów

(Dz. Urz. UE 2018/C 124/01). Ma to tę konsekwencję, że prowadzący instalacje unieszkodliwiające odpady na terenie tych krajów, gdzie nie występuje w obrocie prawnym ogólny kod 16 81 01*, bądź jego odpowiedniki, nie będą posiadać pozwolenia zintegrowanego uwzględniającego ten właśnie kod bądź jego odpowiedniki. Będą posiadać pozwolenie na poszczególne kody odpadów niebezpiecznych, których unieszkodliwianie jest możliwe w danej instalacji. W efekcie, poprzez posłużenie się kodem 16 81 01*, Zamawiający znacząco ogranicza konkurencję, eliminując z grona potencjalnych wykonawców tych wszystkich, którzy dysponują instalacjami unieszkodliwiającymi odpady na terenie Unii Europejskiej, a poza Polską.

Wskazać wreszcie należy na określony przez Zamawiającego termin realizacji przedmiotu zamówienia. Termin ten – 31 października 2022 r. – jest niemożliwy do dochowania; sam Zamawiający ma zresztą tego świadomość wskazując, że będzie dążył do wydłużenia terminu wykonania zamówienia przed terminem składania ofert. Jest to sytuacja niedopuszczalna z punktu widzenia wykonawców, gdyż nie mają oni żadnej pewności co do tego czy będą w stanie wykonać zamówienie w terminie, tak by nie groziły im kary umowne za zwłokę w wykonaniu zamówienia. O nierealności terminu 31 października 2022 r. jako tego w którym zamówienie ma być zrealizowane świadczy to, że termin składania ofert ustalono na dzień 27 września 2022 r. i nawet jeśli zamawiający zdąży ocenić oferty i dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej w ciągu tygodnia po ich otwarciu, to i tak nie będzie mógł zawrzeć umowy na wykonanie zamówienia, gdyż zmuszony będzie oczekiwać na upływ terminu do wniesienia przez wykonawców odwołań. W efekcie w terminie do dnia 31 października 2022 r. Zamawiający może nawet nie zawrzeć umowy na wykonanie przedmiotu zamówienia, nie mówiąc już o jego realizacji w założonym terminie.

W tym miejscu należy z kolei mieć na uwadze, iż zgodnie z art. 99 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Przepis art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych stanowi zaś, iż przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów. W orzecznictwie KIO¹ w omawianym zakresie prezentowane jest stanowisko (które pomimo zmiany stanu prawnego zachowało aktualność), w myśl którego: „, Wprawdzie z art. 29 ust. 2 ustawy Pzp (obecnie art. 99 ust. 4 Prawa zamówień publicznych – uwaga Odwołującego) nie wynika dla zamawiającego obowiązek dokonania takiego opisu przedmiotu zamówienia, w tym ustalenia terminu jego realizacji, który powodowałby dostępność zamówienia dla każdego wykonawcy konkurującego na danym rynku, ale nie może też prowadzić do sytuacji w której spełnienie przez wykonawcę świadczenia będzie, z przyczyn obiektywnych, niemożliwe. Niewątpliwie termin wykonania zamówienia jest jednym z istotniejszych elementów opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający musi zatem brać pod uwagę wskazane w przepisie art. 29 ust. 1 ustawy Pzp wymagania i okoliczności, mające wpływ na treść oferty wykonawcy i jego późniejsze zobowiązanie wynikające z zawartej umowy.” Nie powinno zatem ulegać wątpliwości, iż Zamawiający, wyznaczając termin realizacji zamówienia na dzień 31 października 2022 r., naruszył art. 99 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez doprowadzenie do sytuacji, w której opis przedmiotu zamówienia nie

¹ wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 25 lipca 2018 r., sygn. akt KIO 1365/18

uwzględnia adekwatnego terminu spełnienia świadczenia. Po analizie dokumentacji postępowania, mając na uwadze zakres prac i czynności przewidzianych do wykonania w ramach zamówienia, należy uznać, iż realizacja przedmiotowego zamówienia nie jest możliwa w terminie wymaganym przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Powyższe z kolei uprawnia do przyjęcia, że w sprawie zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6) Prawa zamówień publicznych.

Mając na względzie przedstawioną argumentację wnoszę jak na wstępie.

Nadto wskazuję, iż zgodnie z art. 514 ust. 2 i ust. 3 Prawa zamówień publicznych Odwołujący przekazał Zamawiającemu odwołanie wniesione w formie elektronicznej przed upływem terminu do wniesienia odwołania, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, aby mógł on zapoznać się z jego treścią przez upływem tego terminu.

Załączniki:

- 1) *odpis pełnomocnictwa z dnia 19 września 2022 r.,*
- 2) *informacja odpowiadająca odpisowi aktualnemu z rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego o Odwołującym,*
- 3) *dowód uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa,*
- 4) *dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł (trzy potwierdzenia przelewu po 5.000,00 zł każdy);*
- 5) *dowód przekazania odwołania Zamawiającemu.*