Warszawa, 18 listopada 2019 roku

Do:

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

Zamawiający:

Gmina Czarnia
Czarnia 41, 07-431 Czarnia
faks: 0-29 7727017
e-mail: fundusze@gminaczarnia.pl

Odwołujący:

wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia w składzie:

1) **RDF Sp. z o.o.**
   ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka
2) **MPK Pure Home Sp. z o.o.**
   ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka

reprezentowani przez pełnomocnika:

r. pr. Tomasza Michalczyka
z kancelarii prawnej
Domański Zakrzewski Palinka sp. k.
adres do doręczeń:
ul. Rondo ONZ 1, XXI piętro, 00-124 Warszawa
faks: +48 22 557 76 01
e-mail: tomasz.michalczyk@dzp.pl

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na *„Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Czarnia w 2020 r.”*, nr referencyjny FUK.271.17.2019, ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Biuletynie Zamówień Publicznych nr 607219-N-2019 w dniu 8 października 2019 roku („**Postępowanie**”).

ODWOŁANIE

Działając na podstawie art. 180 ust. 2 pkt 3 i 6 oraz art. 179 ust. 1 w związku z art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych[1] („**PZP**") w imieniu wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia w składzie **RDF Sp. z o.o.** z siedzibą w Ostrołęce (adres: ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka) oraz **MPK Pure Home Sp. z o.o.** z siedzibą w Ostrołęce (adres: ul. Kołobrzeska 5, 07-401 Ostrołęka) („**Odwołujący**"), w oparciu o udzielone mi pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2019 roku, które załączam do niniejszego odwołania, **zaskarżam czynności podjęte przez** Gminę Czarnia (adres: Czarnia 41, 07-431 Czarnia) („**Zamawiający**") **polegające na błędnym uznaniu, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wyborze jako najkorzystniejszej oferty Ostrołęckie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.** z siedzibą w Ostrołęce (adres: ul. Berka Joselewicza 1, 07-410 Ostrołęka) („**Ostrołęckie TBS**").

Opisanej powyżej czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie:**

1. **art. 92 ust. 1 PZP w zw. z art. 7 ust.1 PZP** poprzez brak uzasadnienia prawnego i faktycznego w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty, który wskazywałby na sposób dokonania ceny spełniania warunku udziału oraz tego w jaki sposób Zamawiający uznał, iż Odwołujący nie spełnia warunku opisanego w pkt. V.3 SIWZ lub w jaki sposób uznał, że Ostrołęckie TBS spełnia warunek udziału w Postępowaniu wskazany w pkt V.3 SIWZ tj. zapewnia Zamawiającemu dostęp do *„instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*";
2. **art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP w zw. z art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 6 pkt 5 i 16 ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw[2] („Ustawa nowelizująca") w zw. z art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG w zw. z art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach („Ustawa o odpadach")[3] w zw. z art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 ustawy o odpadach** poprzez wykluczenie Odwołującego z Postępowania z powodu niewykazania spełniania warunków udziału w Postępowaniu tj. braku przedłożenia dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do *„instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa*

[1] Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.).
[2] Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1579 ze zm.).
[3] Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 701 ze zm.).

mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów", **podczas gdy postanowienie SIWZ stanowiące podstawę do wykluczenia oferty Odwołującego** (tj. punkt V.3 SIWZ) **pozostaje sprzeczne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa**, tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Ustawy nowelizującej, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, na podstawie których żadna z funkcjonujących obecnie instalacji nie może być wskazana jako „*Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*", „*instalacja regionalna przewidziana w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego*" lub „*instalacja komunalna wskazana w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*", **w konsekwencji czego wskazane postanowienie SIWZ było prawnie nieskuteczne i jako takie nie mogło stanowić podstawy do wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz podczas gdy** Zamawiający nie sprecyzował jaki dokument ma potwierdzać, że wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej, o której mowa w pkt. V.3 SIWZ (pkt. VI.4 SIWZ), a Odwołujący przedłożył na wezwanie oświadczenie własne, że zapewni dostęp do instalacji komunalnej;

3. **ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej, poprzez naruszenie art. 26 ust. 3 i 4 PZP** poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego że wykonawca zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej, o której mowa w pkt. V.3 SIWZ (pkt. VI.4 SIWZ);
4. **ewentualnie, z daleko posuniętej ostrożności procesowej**, na wypadek uznania przez Izbę, że postanowienie SIWZ wymagające przedstawienia dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów nie było bezskuteczne z uwagi na sprzeczność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, to czynności Zamawiającego **zarzucam naruszenie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 7 ust. 1 PZP w zw. z art. 91 ust. 1 PZP** poprzez wybór oferty Ostrołęckiego TBS, **podczas gdy** warunki udziału w Postępowania ukształtowane przez Zamawiającego uniemożliwiały złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu z uwagi na fakt, iż na postawie aktualnie obowiązującego prawa tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Nowelizacji UCPG, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 i ust. 8 Ustawy o odpadach, żadna z funkcjonujących obecnie instalacji nie może być wskazana jako „*Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*", „*instalacja regionalna przewidziana w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego*" lub „*instalacja komunalna wskazana w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*", a zatem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP Postępowanie powinno zostać unieważnione.

W związku z powyżej wskazanymi zarzutami **wnoszę o:**

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową Izbę Odwoławczą („**KIO**") niniejszego odwołania i jego uwzględnienie w całości.
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji Postępowania, a także dowodów opisanych szczegółowo w treści niniejszego odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone na rozprawie.
3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z Postępowania i odrzuceniu jego oferty;
4. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz:
   a) w przypadku uwzględnienia wyłącznie **zarzutu nr 1** - nakazanie Zamawiającemu należytego i uzasadnienia prawnego i faktycznego dokonanej oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz powodów, z uwagi na które Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w pkt. V.3 SIWZ;
   b) w przypadku uwzględnienia **zarzutu nr 2** - nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z Postępowania oraz wyboru oferty Ostrołęckiego TBS oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w oparciu o przepisy SIWZ (w szczególności punkt V.3 SIWZ) nie zawierające fragmentów sprzecznych z aktualnie obowiązującym prawem tj. art. 6 pkt 5 i 16 oraz art. 17 ust. 1, 2 i 3 Ustawy nowelizującej, a także art. 35 ust. 6 pkt 1 oraz art. 38b ust. 1 pkt 1 Ustawy o odpadach, a w konsekwencji zamiast w oparciu o wymóg *„zapewnienia Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów"* zastosowanie wymogu *„zapewnienia Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej"*;
   c) w przypadku uwzględnienia **zarzutu nr 3** – nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów;
   d) w przypadku uwzględnienia **zarzutu nr 4** – nakazanie Zamawiającemu unieważnienia Postępowania.
5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów doradztwa prawnego, według norm przepisanych i zgodnie z fakturą przedstawioną przez Odwołującego na rozprawie.

Wymagania formalne odwołania

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest niższa od kwot wskazanych w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju i Finansów wydanym na podstawie dyspozycji art. 11 ust. 8 PZP[4], a Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, zgodnie

[4] Rozporządzenie Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. z 2017 r., poz. 2479).

z art. 182 ust. 1 PZP odwołanie wnosi się w terminie 5 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia jeżeli zostały one przesłane przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i wykluczeniu Odwołującego z Postępowania zostało przesłane w dniu 12 listopada 2019 roku.

W związku z powyższym, niniejsze odwołanie zostało wniesione w terminie wynikającym z art. 182 ust. 1 PZP.

Jednocześnie, Odwołujący informuje, że zgodnie z dyspozycją art. 187 ust. 2 PZP wpis od odwołania w kwocie 7.500 złotych został uiszczony przed dniem wniesienia odwołania, a dowód uiszczenia wpisu jest załączony do odwołania.

Interes Odwołującego we wniesieniu odwołania

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia niniejszego odwołania, albowiem spełnione zostały przesłanki określone w art. 179 ust. 1 PZP. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż w wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów PZP interes Odwołującego, jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia w Postępowaniu, doznał uszczerbku. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w Postępowaniu, a w wyniku dokonania przez Zamawiającego w procesie badania i oceny ofert w/w naruszeń, Odwołujący narażony jest na poniesienie szkody w postaci nieuzyskania przedmiotowego zamówienia. W przypadku uwzględnienia niniejszego odwołania oraz dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert oraz wyboru oferty najkorzystniejszej oferta Odwołującego zostanie sklasyfikowana na pierwszym miejscu rankingu ofert, a tym samym Odwołujący uzyska niniejsze zamówienie i zrealizuje zakładany w wyniku jego realizacji zysk.

UZASADNIENIE

1. STAN FAKTYCZNY

1.1. Gmina Czarnia („**Zamawiający**”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *„Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Czarnia w 2020 r.*” („**Postępowanie**”).

1.2. Przedmiotem zamówienia jest zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy Czarnia.

Dowód: SIWZ obowiązująca w Postępowaniu *(**Załącznik nr 6** do niniejszego odwołania).*

1.3. Do dnia upływu terminu składania ofert zostały złożone 2 oferty:

L.p.	NAZWA WYKONAWCY	Cena oferty (PLN)	Termin płatności faktur
1.	**Odwołujący**	82 431,00	30 dni
2.	**Ostrołęcki TBS**	104 476,11	30 dni

1.4. W dniu 24 października 2019 r. w związku ze złożeniem oferty, która została najwyżej oceniona, Odwołujący został wezwany przez Zamawiającego do przedłożenia dokumentów oraz wyjaśnień dotyczących spełnienia warunków udziału w Postępowaniu oraz niepodleganiu wykluczeniu tj.:

- zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wydane przez właściwy organ oraz,
- dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do „*instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*".

1.5. W odpowiedzi na wezwanie z dnia 28 października 2019 r. Odwołujący przedłożył zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie przetwarzania odpadów wydane przez właściwy organ oraz dokument potwierdzający, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do **instalacji komunalnej** Centrum Innowacyjnej Gospodarki Odpadami (CIGO) Studzianki, ul. Spółdzielcza 36, 16-010 Wasilków. Jednocześnie w piśmie tym Odwołujący zaznaczył, że z uwagi na wejście w życie Ustawy nowelizującej oraz zniesienie regionalizacji gospodarki odpadami, nie istnieją żadne ograniczenia dotyczące zagospodarowania odpadów pochodzących z gminy Czarnia w CIGO Studzianki.

1.6. Należy zaznaczyć, że pismo informujące o zmianach w prawie i zawierające prośbę o dostosowanie do nich zapisów SIWZ Odwołujący przesyłał Zamawiającemu już 1 października 2019 r. podczas prowadzenia poprzedniego postępowania na „*Zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Czarnia w 2020 r.*", które w dniu 7 października 2019 r. zostało unieważnione.

Dowód: Pismo z dnia 1 października 2019 r. *(**Załącznik nr 9** do niniejszego odwołania).*

1.7. W dniu 12 października 2019 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego z Postępowania i jako najkorzystniejszą wybrał ofertę Ostrołęckiego TBS. W uzasadnieniu wskazał, iż Odwołujący nie wykazał spełniania warunków udziału w Postępowaniu z uwagi na nieprzedłożenie dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do

„instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów".

Dowód: Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty *(**Załącznik nr 10** do niniejszego odwołania).*

2. UZASADNIENIE ZARZUTU NR 1 ODWOŁANIA – BRAK UZASADNIENIA DECYZJI

2.1 Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej, zawierające informację o wykluczeniu Odwołującego z postępowania oraz odrzuceniu jego oferty jest bardzo ogólne i lakoniczne – nie pozwala tym samym na jednoznacznie stwierdzenie z jakich powodów Zamawiający uznał, ze Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. V.3 SIWZ i z jakich względów uznał, że przedłożony przez Odwołującego dokument dotyczący zapewnienia dostępu do instalacji komunalnej nie potwierdza spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu.

2.2 Podobnie, w zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty Zamawiający nie wykazał na podstawie jakich przesłanek uznał, że Ostrołęckie TBS spełniało warunek zapewnienia dostępu *„instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*", do czego był zobowiązany na podstawie art. 92 ust. 1 PZP, a co jednoznacznie pozbawiło Odwołującego bardziej szczegółowego zbadania tej czynności.

2.3 Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 27 grudnia 2018 r., KIO 2567/18: *„określony w art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych obowiązek informacyjny stanowi przejaw praktycznej realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 wskazanej ustawy zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych ustawy zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. **Zamawiający przez lakoniczne i enigmatyczne uzasadnienie podjętej czynności faktycznie pozbawia wykonawcę możliwości obiektywnej oceny jej poprawności i ewentualnego rzeczowego zakwestionowania argumentów, które legły u jej podstaw, uchybiając tym samym fundamentalnym regułom rządzącym postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego**. Biorąc pod uwagę przywołane zasady za niedopuszczalne uznać należy wymuszanie przez zamawiających, aby odwołujący samodzielne musieli domniemywać podstaw faktycznych decyzji, które chcą zakwestionować. Celem przepisów Prawa zamówień publicznych nakładające na zamawiających obowiązek uzasadniania podjętych czynności jest zagwarantowanie wykonawcom realnej i skutecznej możliwości weryfikacji decyzji podejmowanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia"*.

3. UZASADNIENIE ZARZUTU NR 2 ODWOŁANIA

3.1 Przedmiotem Zamówienia jest zagospodarowanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych wytworzonych na terenie Gminy Czarnia.

3.2 W odniesieniu do niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych, Zamawiający wskazał w pkt III.3.1 SIWZ, że „*mogą* [one] *być zagospodarowywane wyłącznie w instalacjach do tego przeznaczonych (…) w pierwszej kolejności* ***w ramach regionu wschodniego gospodarki odpadami komunalnymi w instalacjach wskazanych dla tego regionu w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024*** *(WPGO 2024)*". Powyższe Zamawiający uzupełnił w następujący sposób: *„[w]yżej wymienione odpady powinny być kierowane w pierwszej kolejności* ***do instalacji posiadających status RIPOK*** *(…). Dopiero w przypadku braku wolnych mocy przerobowych RIPOK, odpady mogą być kierowane do instalacji, przetwarzającej dany rodzaj odpadów* ***przewidzianej do zastępczej obsługi regionu wskazanej w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024*** *(…). W przypadku braku wolnych mocy przerobowych w instalacjach regionalnych i zastępczych funkcjonujących na obszarze regionu wschodniego możliwe jest przekazywanie odpadów* ***dla wyznaczonych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami dla Mazowsza 2024 instalacji do zastępczej obsługi zlokalizowanych poza regionem macierzystym Gminy Czarnia***".

3.3 Z kolei w przypadku segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych, Zamawiający stwierdził w pkt III.3.2 SIWZ, iż *„[o]dpady selektywnie* [gromadzone – przyp. DZP] *powinny trafiać (…)* ***do instalacji regionalnych przewidzianych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami 2024 do obsługi regionu wschodniego*** *(…)*".

3.4 Mając na względzie powyższe, w pkt III.3.10 SIWZ Zamawiający przesądził, iż Wykonawca składający ofertę „musi zapewnić Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 **jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów (RIPOK)**".

3.5 Z przedstawionym powyżej sposobem ukształtowania przedmiotu zamówienia Zamawiający skorelował opis warunków udziału w Postępowaniu.

3.6 W punkcie V.3 SIWZ poświęconym zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający stwierdził, że uzna warunek udziału w Postępowaniu za spełniony, jeżeli *„Wykonawca wykaże, że podczas realizacji zadania zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024* ***jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów***".

3.7 Zdaniem Zamawiającego, potwierdzeniem spełnienia takiego warunku miałby być „[d]okument potwierdzający, że podczas realizacji zadania zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 **jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów**" (pkt VI.4 SIWZ).

3.8 Takie określenie przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w Postępowaniu nie wypełnia obowiązku spoczywającego na Zamawiającym. **Przyjęta przez Zamawiającego metoda ukształtowania przedmiotu zamówienia oraz warunków udziału w Postępowaniu jednoznacznie wskazuje na nieuwzględnienie aktualnego stanu prawnego w kontekście gospodarowania odpadami komunalnymi, wynikającego z wejścia w życie przepisów Ustawy nowelizującej.**

3.9 Jedną ze zmian dokonanych na gruncie Ustawy nowelizującej jest zniesienie regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi. Jak wskazano w uzasadnieniu projektu Ustawy nowelizującej (s. 21)[5], *„[w]prowadzona zmiana wynika z problemów z zagospodarowaniem ww. odpadów* [niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych – przyp. DZP] *w regionach oraz monopolizacją rynku. **Po wprowadzeniu zmian ww. odpady będą mogły być przekazywane do instalacji położonych na obszarze całego kraju**”*. Powyższe uzupełniono o stwierdzenie, iż *„(…) obejmuje to możliwość przekazywania wymienionych wyżej odpadów na obszarze całego kraju**, bez przypisania ich do danego województwa**”* (s. 26 uzasadnienia projektu Ustawy nowelizującej).

3.10 Zgodnie z art. 27 Ustawy nowelizującej weszła ona w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia, z wyjątkiem przepisów, które weszły albo wejdą w życie:

1) z dniem 1 września 2019 r. – dotyczących funkcjonowania rejestrów podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, a także zmieniających część przepisów ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz przepisy ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw,

2) z dniem 1 stycznia 2020 r. – dotyczących niektórych przepisów o wymaganych poziomach recyklingu i przygotowania do ponownego użycia odpadów komunalnych, a także zmieniających część przepisów ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o gospodarce opakowaniami i odpadami opakowaniowymi oraz ustawy z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym,

3) z dniem 1 sierpnia 2020 r. – dotyczących termicznego przekształcania odpadów komunalnych oraz odpadów powstałych z przetwarzania odpadów komunalnych wyłącznie w instalacjach ujętych na liście prowadzonej, w drodze rozporządzenia, przez Ministra Środowiska,

4) z dniem 30 czerwca 2021 r. – dotyczących przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcenia oraz definicji odpadów zielonych.

[5] Dokument dostępny pod adresem: http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/D93E2EC25F2D169EC12584150048B6E5/%24File/3495.pdf, dostęp 18.11.2019 r.

3.11 W rezultacie, przewidziane w Ustawie nowelizującej rozwiązania służące likwidacji pomocniczego podziału państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi obowiązują od dnia 6 września 2019 r. i powinny były zostać wzięte pod uwagę przez Zamawiającego.

3.12 Na wprowadzone przepisami Ustawy nowelizującej zniesienie regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi oraz jego wpływ na zamówienia publiczne w tym zakresie, w tym sposób ich realizacji, składa się kilka elementów.

3.13 Pierwszym elementem jest uchylenie przepisów Ustawy o odpadach zakazujących przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych poza obszarem regionu gospodarki odpadami komunalnymi, na którym zostały wytworzone (skreślenie art. 20 ust. 7-9 Ustawy o odpadach). Ustawa nowelizująca dokonała także uchylenia zawartej w Ustawie o odpadach sankcji za przetwarzanie odpadów niezgodnie z art. 20 ust. 7-8 Ustawy o odpadach (skreślenie art. 173 Ustawy o odpadach). **W ten sposób ustawodawca zniósł ograniczenia wynikające z regionalizacji gospodarowania niektórymi rodzajami odpadów komunalnych**.

3.14 Drugim elementem jest uchylenie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („**UCPG**")[6] nakazujących przekazywanie niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych do regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wyznaczonych do obsługi regionu, z którego te odpady pochodziły (modyfikacja art. 9e ust. 1 pkt 2 UCPG i skreślenie art. 9l UCPG). Jednocześnie dokonano odpowiedniego dostosowania przepisów sankcyjnych w tym zakresie, dotyczących m.in. nieprzekazywania odpadów do właściwych regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (modyfikacja art. 9j ust. 2 pkt 4 UCPG i art. 9x ust. 1 pkt 3 UCPG oraz skreślenie art. 9xa pkt 1 UCPG i art. 9za pkt 1 UCPG). **Takie działania ustawodawcy dopełniły usunięcie ograniczeń wynikających z regionalizacji gospodarowania niektórymi rodzajami odpadów komunalnych.**

3.15 Trzecim elementem jest uchylenie przepisów Ustawy o odpadach stanowiących prawną podstawę funkcjonowania pomocniczego podziału państwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi. Doszło bowiem do skreślenia art. 35 ust. 4 pkt 1 i 2 Ustawy o odpadach, które do 5 września 2019 r. przewidywały, że wojewódzkie plany gospodarki odpadami powinny zawierać podział na regiony ze wskazaniem gmin wchodzących w ich skład oraz wskazanie instalacji regionalnych i instalacji zastępczych. Powyższe uzupełniło uchylenie przepisów definiujących regiony gospodarki odpadami komunalnych (art. 35 ust. 5 i 5a Ustawy o odpadach) oraz instalacje zastępcze (art. 35 ust. 4a Ustawy o odpadach). **W ten sposób ustawodawca wyeliminował z Ustawy o odpadach siatkę pojęciową właściwą i niezbędną dla obowiązującej dotychczas regionalizacji**.

3.16 Czwartym elementem jest **zastąpienie regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) przez instalacje komunalne (IK)**. Na gruncie Ustawy nowelizującej doszło w szczególności do zmiany art. 35 ust. 6 Ustawy o odpadach, który do dnia 5 września 2019 r. definiował RIPOK, a od dnia 6 września 2019 r. zawiera definicję IK. Oprócz tego, na gruncie art.

[6] Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r., poz. 2010).

17 ust. 1 Ustawy nowelizującej doszło do przekształcenia z mocy prawa dotychczasowych RIPOK w IK („*stają się instalacjami komunalnymi*"). Ilekroć w dotychczasowych przepisach była mowa o regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, obecnie rozumie się przez to instalację komunalną (art. 17 ust. 2 Ustawy nowelizującej). **Takim działaniem ustawodawca przesądził, że żadna instalacja nie powinna być oceniana z perspektywy spełniania wymagań właściwych dla RIPOK, lecz aktualnie oceny należy dokonywać w świetle definicji IK.**

3.17 Piątym elementem jest utrata mocy obowiązującej przez podejmowane przez sejmiki województw uchwały w sprawie wykonania wojewódzkich planów gospodarki odpadami, do której doszło na podstawie art. 17 ust. 3 Ustawy nowelizującej. Tymczasem zgodnie z art. 38 ust. 5 Ustawy o odpadach, obowiązującym do dnia 5 września 2019 r., instalacja uzyskiwała status regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych z dniem ogłoszenia uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami w wojewódzkim dzienniku urzędowym. **Powyższe spowodowało, że przestały istnieć akty prawa miejscowego stanowiące jedyne wiążące źródło prawa pozwalające na ustalenie, której instalacji przysługiwał status RIPOK, a której ten status nie przysługiwał**.

3.18 Szóstym elementem jest wprowadzenie nowych zasad ogólnych w przekazywaniu odpadów komunalnych do dalszego zagospodarowania, wśród których należy wyróżnić:

1) w ramach gminnych systemów odbioru odpadów komunalnych – nałożenie na podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości **obowiązku przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej** zapewniającej ich mechaniczno-biologiczne przetwarzanie oraz wydzielanie z nich frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku (art. 29a ust. 1 Ustawy o odpadach),

2) poza gminnymi systemami odbioru odpadów komunalnych – nałożenie na podmioty odbierające odpady komunalne od właścicieli nieruchomości obowiązku przekazywania:

   – selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami (art. 9e ust. 1 pkt 1 UCPG),

   – niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych **bezpośrednio do instalacji komunalnej** (art. 9e ust. 1 pkt 2 UCPG).

3.19 Powyższe potwierdza, że w aktualnym stanie prawnym **centralnym pojęciem w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi jest instalacja komunalna, a nie regionalna instalacja do przetwarzania odpadów komunalnych**.

3.20 Siódmym elementem jest wprowadzenie nowego sposobu wskazywania, które instalacje zostały uznane za istotne z punktu widzenia systemu gospodarki odpadami – aktualnie instalacje komunalne. Wskutek wejścia w życie Ustawy nowelizującej, uzyskiwanie statusu RIPOK na

gruncie uchwał w sprawie wykonania wojewódzkich planów gospodarki odpadami zostało zastąpione przez **potwierdzanie statusu IK poprzez uwzględnienie instalacji na prowadzonej przez marszałka województwa liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych**, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów (art. 38b ust. 1 Ustawy o odpadach). **Skutkiem tego, decydująca dla uznania oznaczonej instalacji za instalację komunalną nie jest treść wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, lecz obecność tej instalacji na liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych**.

3.21 Ósmym elementem jest rozszerzenie skuteczności kwalifikacji instalacji jako IK na obszar całego kraju, w przeciwieństwie do statusu RIPOK, który zasadniczo dotyczył wyłącznie jednego regionu gospodarki odpadami komunalnymi. W stanie prawnym sprzed wejścia w życie Ustawy nowelizującej uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami określały regiony gospodarki odpadami komunalnymi oraz regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych **w poszczególnych regionach** i instalacje przewidziane **do zastępczej obsługi tych regionów** (uchylony art. 38 ust. 2 Ustawy o odpadach). Innymi słowy, skuteczność nadania konkretnej instalacji statusu RIPOK była ograniczona do terenu wybranego regionu gospodarki odpadami komunalnymi. W stosunku do odpadów komunalnych wytworzonych na terenie innego regionu, status RIPOK mógł mieć znaczenie wyłącznie wówczas, gdy instalacja została wyznaczona do zastępczej obsługi tego innego regionu. W pozostałych przypadkach status RIPOK dla regionu X był – z punktu widzenia przepisów – nieistotny dla kwestii przetwarzania odpadów komunalnych z regionu Y. Na gruncie aktualnie obowiązujących przepisów status instalacji komunalnej nie jest w żaden sposób ograniczony terytorialnie, w szczególności nie oznacza przypisania instalacji wyłącznie do określonego obszaru. W szczególności argumentem za ograniczeniem możliwości przetwarzania odpadów komunalnych nie może być fakt, iż instalacja jest wpisana na listę prowadzoną przez konkretnego marszałka województwa, co mogłoby wskazywać na ograniczenie skuteczności wpisu do obszaru tego województwa. Zgodnie z art. 38b ust. 8 Ustawy o odpadach marszałkiem województwa właściwym w sprawach wpisu na listę jest marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów. Powyższy przepis wprowadza zatem zasadę „jedna instalacja – jeden wpis", gdyż dla jednej instalacji nie może być właściwy miejscowo więcej niż jeden marszałek województwa. Jednocześnie żaden z przepisów UCPG lub Ustawy o odpadach nie zawęża skuteczności wpisu dokonanego przez marszałka województwa X do odpadów komunalnych wytworzonych w województwie X. Przeciwnie, Ministerstwo Środowiska wprost wskazało w uzasadnieniu projektu Ustawy nowelizującej, że zniesienie regionalizacji otwiera możliwość przetwarzania odpadów komunalnych w instalacjach położonych „*na obszarze całego kraju*". **Dlatego też uzyskanie statusu IK przez określoną instalację skutkuje dopuszczalnością zagospodarowywania niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych nie tylko z terenu dawnego macierzystego regionu gospodarki odpadami komunalnymi, lecz z obszaru całego kraju**.

3.22 Dziewiątym i ostatnim elementem jest dostosowanie przepisów UCPG dotyczących zamówień publicznych w zakresie odbioru lub zagospodarowania odpadów komunalnych do ww.

modyfikacji. Od dnia 6 września 2019 r. przepis art. 6d ust. 4 UCPG wymaga od organów wykonawczych gmin określenia w SIWZ m.in. wymogów dotyczących przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych (pkt 1) oraz zobowiązania do wskazania przez wykonawców instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne (pkt 5). Takie zmiany znalazły odzwierciedlenie również w wymaganiach stawianych treści umów w sprawie zamówień publicznych (art. 6f ust. 1a pkt 1 i 5 UCPG). **W konsekwencji, zmiany dokonane na gruncie przepisów właściwych dla gospodarowania odpadami komunalnymi powinny zostać uwzględnione w związku z udzielaniem zamówień publicznych dotyczących tego rodzaju działalności**.

3.23 Jak wskazano powyżej, sposób, w jaki Zamawiający dokonując oceny spełniania warunków przez Odwołującego, nie uwzględnił zmian w systemie gospodarowania odpadami komunalnymi wprowadzonych na podstawie przepisów Ustawy nowelizującej, przede wszystkim w kontekście zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi. Jest to okoliczność tym bardziej niezrozumiała, że Odwołujący w piśmie-odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2019 r. wyraźnie wskazał na bezskuteczność SIWZ w tym zakresie. Niemniej jednak Zamawiający, pomimo przedstawienia przez Odwołującego uzasadnionej argumentacji na rzecz dostosowania sposobu badania i oceny ofert do aktualnego stanu prawnego, nie zdecydował się na wzięcie pod uwagę skutków zniesienia regionalizacji na spełnianie warunków udziału w Postępowaniu przez Odwołującego.

3.24 Dokonany powyżej przegląd skutków, dokonanego przepisami Ustawy nowelizującej, zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi prowadzi do wniosku, że **wykluczając Odwołującego Zamawiający posłużył się kategoriami prawnymi nieistniejącymi na gruncie obecnie obowiązujących przepisów**, takimi jak „*region gospodarki odpadami komunalnymi*", „*regionalna instalacja przetwarzania odpadów (RIPOK)*", „*status RIPOK*", „*instalacja przewidziana do zastępczej obsługi regionu*", itd.

3.25 Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z 12 lipca 2013 r., sygn. KIO 1507/13: *wprowadzenie do SIWZ postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem*. I dalej, że *Zamawiający jako dysponent Postępowania uprawniony jest do jego kształtowania, jednak należy pamiętać, że jednocześnie jest zobligowany do jego prowadzenia zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa*.

3.26 Zgodnie zaś z wyrokiem KIO z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 590/13: *Wprowadzenie do SIWZ postanowień niezgodnych z ustawą powoduje, że postanowienie takie jest nieważne jako sprzeczne z prawem. Jeżeli postanowienie dotyczy kilku dokumentów i* ***w odniesieniu do części z nich jest zgodne z ustawą, a co do pozostałej części jest z ustawą sprzeczne i jest możliwość wyodrębnienia części sprzecznej, to nieważne jest tylko częściowo, w takim zakresie, w jakim jest niezgodne z ustawą***.

3.27 Biorąc pod uwagę powyższe, bezskuteczny jest warunek udziału w Postępowaniu, w zakresie w którym wymaga aby instalacja komunalna, którą Wykonawca ma udostępnić Zamawiającemu

była *„wskazana w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów*". Skuteczny natomiast jest sam warunek *„zapewnienia Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej".* Jak wskazano bowiem wyżej, zgodnie z aktualnie obowiązującym prawem to właśnie instalacje komunalne (IK) zastąpiły regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK).

3.28 A zatem Zamawiający powinien zbadać spełnianie postawionego przez siebie w pkt V.3 SIWZ w oparciu o aktualnie obowiązujące przepisy prawa w tym zakresie tj. **wymagające potwierdzenia statusu IK proponowanej przez Odwołującego poprzez uwzględnienie instalacji na prowadzonej przez marszałka województwa liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, które zostały oddane do użytkowania i posiadają wymagane decyzje pozwalające na przetwarzanie odpadów.** Czyli w oparciu o wymóg prawny, który zastąpił dotychczas wymagane przez prawo konieczność przetworzenia odpadów w instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów w przypadku odpadów wytworzonych w tym rejonie.

3.29 Biorąc pod uwagę aktualne brzmienie przepisów dotyczących gospodarowania odpadami komunalnymi należy stwierdzić, że do pisma-odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2019 r. Odwołujący załączył komplet dokumentów wymaganych do potwierdzenia, że zarówno niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, jak i segregowane (selektywnie gromadzone) odpady komunalne mogą zostać zagospodarowane w sposób zgody z prawem na terenie CIGO Studzianki, a więc jednocześnie potwierdzających spełnianie warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w pkt V.3 SIWZ w brzmieniu, który uwzględnia tylko prawnie skuteczny jego fragment.

3.30 Po pierwsze, zgodnie z art. 29a ust. 1 i 3 Ustawy o odpadach podmiot odbierający *odpady* komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazywać niesegregowane (zmieszane) *odpady* komunalne do instalacji komunalnej wskazanej na liście funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych. Stosownie do opublikowanej w dniu 6 września 2019 r. przez Marszałka Województwa Podlaskiego listy funkcjonujących instalacji komunalnych w województwie podlaskim, pod pozycją nr 2 wśród instalacji zapewniających mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) *odpadów* komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) *odpadów* komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku znajduje się CIGO Studzianki[7]. **Oprócz tego, Odwołujący przedłożył pismo informujące o zapewnieniu Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej**. Tym samym został spełniony ogólny warunek zgodności z prawem przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych w CIGO Studzianki, który w poprzednio obowiązującym prawie był spełniany poprzez wskazanie danej instalacji w ramach właściwego wojewódzkiego planu gospodarki odpadami jako RIPOK**.**

[7] Dokument dostępny pod adresem: http://bip.umwp.wrotapodlasia.pl/wojewodztwo/urzad_mar/dokumenty/dokumenty_srodowisko/lista-instalacji-komunalnych.html, dostęp: 18.11.2019 r.

3.31 Po drugie, zgodnie z art. 41 ust. 1 Ustawy o odpadach przetwarzanie odpadów wymaga zezwolenia. Odwołujący przedłożył kopię ważnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów, które obejmuje oba rodzaje odpadów komunalnych objętych Zamówieniem. Tym samym szczegółowy warunek zgodności z prawem przetwarzania odpadów komunalnych w CIGO Studzianki również został spełniony.

3.32 W konsekwencji, Odwołujący przedłożył komplet dokumentów wymaganych do potwierdzenia spełniania warunków udziału w Postępowaniu oraz wprost wskazujących, że odpady komunalne objęte Zamówieniem będą mogły zostać zagospodarowane w sposób zgodny z aktualnie obowiązującymi przepisami. Powyższe czyniło niedopuszczalnym uznanie, że Odwołujący powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

4. UZASADNIENIE ZARZUTÓW EWENTUALNYCH

4.1 **W zakresie zarzutu 3** – w pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający bardzo ogólnie sformułował wymagania dotyczące dokumentów, które należy przedłożyć w celu wykazania spełniania warunku opisanego w pkt. V.3 SIWZ (pkt. VI.3 i 4 SIWZ). Niemniej jednak, z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że gdyby uznać, że przedłożone dokumenty nie potwierdzają spełniania warunków udziału w postępowaniu lub budzą jakiekolwiek wątpliwości Zamawiającego (z czym Odwołujący się nie zgadza), to Zamawiający winien był wezwać Odwołującego do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu, w trybie art. 26 ust. 3 lub 4 PZP.

4.2 **W zakresie zarzutu 4** - z daleko posuniętej ostrożności procesowej Odwołujący wskazuje, że nawet gdyby Izba uznała, że postanowienie SIWZ wymagające przedstawienia dokumentu potwierdzającego, że podczas realizacji zadania Odwołujący zapewni Zamawiającemu dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów nie było bezskuteczne z uwagi na sprzeczność z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, Postępowanie w dalszym ciągu będzie obarczone wadą, która w efekcie będzie wymagała unieważnienia Postępowania.

4.3 Metoda, jaką przyjął Zamawiający do ukształtowania sposobu świadczenia usług (pkt III.3.1 i III.3.10 SIWZ) oraz warunków udziału w Postępowaniu (pkt V.3 i VI.4 SIWZ) i tym samym kryteriów, na podstawie których wykluczono Odwołującego, powoduje, że **aktualnie żadna z położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innych państw instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a każdy z wykonawców planujących zagospodarowanie odpadów w takich instalacjach powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP.**

4.4 W pierwszej kolejności należy podkreślić, że nie istnieje obecnie jakikolwiek zakład zagospodarowania odpadów, który umożliwiałby przetworzenie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych „*w ramach regionu wschodniego* [województwa mazowieckiego – przyp. DZP] *gospodarki odpadami komunalnych*". Wynika to z prostej

przyczyny, iż ani region wschodni, na który wskazuje Zamawiający, ani żaden inny region gospodarki odpadami komunalnymi obecnie nie istnieje z uwagi na zniesienie pomocniczego podziału państwa w tym zakresie. Na gruncie art. 17 ust. 3 Ustawy nowelizującej utracił moc załącznik nr 1 do uchwały nr 4/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 („**Uchwała wykonawcza**")[8] ustanawiający podział tego województwa na regiony gospodarki odpadami komunalnymi wraz ze wskazaniem gmin wchodzących w skład każdego z regionów. **W rezultacie, obecnie żadna z gmin województwa mazowieckiego nie należy do regionu wschodniego, a zatem jakakolwiek instalacja zlokalizowana w którejkolwiek z tych gmin nie spełnia warunku położenia (i przetwarzania odpadów komunalnych) „*w ramach regionu wschodniego*".**

4.5 Następnie, niezbędne jest zwrócenie uwagi, iż aktualnie żaden z zakładów zagospodarowania odpadów nie umożliwia spełnienia warunku kierowania odpadów „*do instalacji posiadających status RIPOK*". W tym kontekście wyjaśnienie jest równie nieskomplikowane, gdyż nie istnieje jakakolwiek instalacja do przetwarzania odpadów, która legitymowałaby się statusem RIPOK z uwagi na zastąpienie tego statusu przez kwalifikację jako instalacja komunalna. W szczególności na gruncie art. 17 ust. 3 Ustawy nowelizującej utracił moc załącznik nr 2 do Uchwały Wykonawczej określający regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi oraz instalacje przewidziane do zastępczej obsługi tych regionów w przypadku, gdy znajdująca się w nich instalacja uległa awarii lub nie może przyjmować odpadów z innych przyczyn. **W związku z tym, obecnie żadna z instalacji do przetwarzania odpadów nie posiada statusu RIPOK, wskutek czego nie istnieje zakład zagospodarowania odpadów spełniający warunek „*instalacji posiadającej status RIPOK*".**

4.6 Obiektywny brak możliwości wskazania instalacji spełniającej warunek „*instalacji posiadającej status RIPOK*" nie może zostać naprawiony poprzez sięgnięcie do wskazanego przez Zamawiającego kryterium uzupełniającego w postaci „*instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionu*". Nie jest to wykonalne z przyczyn opisanych powyżej, tzn. wskutek zniesienia regionów gospodarki odpadami oraz utraty mocy obowiązującej przez załącznik nr 2 do Uchwały Wykonawczej określającej instalacje zastępcze dla poszczególnych regionów. **W rezultacie, obecnie żadna z instalacji do przetwarzania odpadów nie posiada statusu instalacji zastępczej, wskutek czego nie istnieje zakład zagospodarowania odpadów spełniający warunek „*instalacji przewidzianej do zastępczej obsługi regionu*".**

4.7 Ze względu na przedstawione powyżej okoliczności prawne i faktyczne, żaden z wykonawców nie jest w stanie spełnić warunku określonego w pkt V.3 SIWZ, tzn. „*zapewnić Zamawiającemu*

[8] Uchwała nr 4/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 (Dz. Urz. Woj. Mazowieckiego z 2019 r. poz. 1462 z późn. zm.).

dostęp do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako Regionalną Instalację Przetwarzania Odpadów (RIPOK)".

4.8 Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów status instalacji komunalnej nie jest przyznawany poprzez uwzględnienie oznaczonego zakładu zagospodarowania odpadów w wojewódzkim planie gospodarki odpadami. Przeciwnie, stosownie do art. 38b ust. 1 pkt 1 Ustawy o odpadach decydujące w tym zakresie są prowadzone przez marszałków województw w Biuletynach Informacji Publicznej listy funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych. Status IK wiąże się zatem z dokonaniem przez marszałka województwa wpisu określonej instalacji na listę – albo dokonanego z urzędu (art. 17 ust. 4 Ustawy nowelizującej), albo dokonanego na pisemny wniosek prowadzącego instalację (art. 38b ust. 3 Ustawy o odpadach).

4.9 Co prawda przepis art. 35 ust. 4 pkt 2 Ustawy o odpadach wskazuje, że wojewódzkie plany gospodarki odpadami powinny zawierać także „*wskazanie instalacji komunalnych na obszarze województwa*", jednakże informacje zawarte w planach mają charakter wtórny w stosunku do list prowadzonych przez marszałków. Tego rodzaju listy są prowadzone na bieżąco (art. 38b ust. 2 Ustawy o odpadach), natomiast zmiana wojewódzkich planów gospodarki odpadami wymaga przeprowadzenia pełnej procedury określonej w art. 36-37 Ustawy o odpadach. Co więcej, zarówno art. 29a ust. 1 i 3 Ustawy o odpadach nakładające obowiązek przekazywania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych, jak i art. 35 ust. 6 Ustawy o odpadach definiujący instalację komunalną, wskazują, że status IK jest uzależniony od obecności na liście marszałka województwa prowadzonej na podstawie art. 38b ust. 1 Ustawy o odpadach, a nie od wskazania w wojewódzkim planie gospodarki odpadami.

4.10 Potwierdzeniem braku znaczenia wojewódzkich planów gospodarki odpadami dla ustalenia, czy określona instalacja stanowi IK jest także przepis przejściowy art. 17 ust. 4 Ustawy nowelizującej, zgodnie z którym marszałek województwa właściwy ze względu na miejsce prowadzenia działalności w zakresie przetwarzania odpadów wpisuje z urzędu instalacje posiadające status RIPOK do 5 września 2019 r. na podstawie odpowiedniej uchwały w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, na listę funkcjonujących instalacji spełniających wymagania dla instalacji komunalnych, prowadzoną na podstawie art. 38b ust. 1 Ustawy o odpadach. Nie jest zatem konieczne sięganie po treść wojewódzkich planów gospodarki odpadami.

4.11 Wreszcie w kontekście województwa mazowieckiego należy zwrócić uwagę, że obecnie obowiązujący załącznik nr 1 do uchwały nr 3/19 Sejmiku Województwa Mazowieckiego z dnia 22 stycznia 2019 r. w sprawie uchwalenia Planu gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, czyli przywołany przez Zamawiającego Plan gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024, nie wskazuje jakiejkolwiek instalacji komunalnej, ponieważ został przyjęty przed dniem wejścia w życie Ustawy nowelizującej.

4.12 Całkowitym nieporozumieniem jest również stwierdzenie przez Zamawiającego, że wojewódzki plan gospodarki odpadami powinien wskazywać instalację komunalną jako regionalną instalację

przetwarzania odpadów komunalnych. Pojęcie IK zastąpiło RIPOK w przepisach prawa dotyczących gospodarowania niesegregowanymi (zmieszanymi) odpadami komunalnymi. Na gruncie art. 17 Ustawy nowelizującej dotychczasowe RIPOK stały się instalacjami komunalnymi, co wyklucza możliwość wskazania instalacji komunalnej jako regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych.

4.13 Tym samym żaden z wykonawców nigdy nie był i nadal nie jest w stanie zapewnić Zamawiającemu dostępu do instalacja komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK).

4.14 Na marginesie należy zwrócić uwagę, że w przypadku segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych przepisy prawa nigdy nie ustanawiały wymogu ich przekazywania do instalacji o określonym statusie. W szczególności takie odpady nie były objęte regionalizacją lub żadnym podobnym mechanizmem uzależniającym dopuszczalność ich przetworzenia. Dla prawidłowego zagospodarowania tego rodzaju odpadów niezbędne było wyłącznie legitymowanie się przez prowadzącego instalację zezwoleniem na przetwarzanie takich odpadów oraz ich zagospodarowanie z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami oraz wymagań wynikających z najlepszej dostępnej techniki. W tym kontekście wejście w życie przepisów Ustawy nowelizującej nie wprowadziło jakichkolwiek zmian, w tym odzysk tego rodzaju odpadów może być przeprowadzany także w instalacjach nieposiadających statusu instalacji komunalnej. Tymczasem do pisma-odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 28 października 2019 r. Odwołujący załączył kopię ważnego zezwolenia na przetwarzanie odpadów w CIGO Studzianki, które nie tylko umożliwia przetwarzanie segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych, ale i dotyczy zagospodarowania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych. Dlatego też nie znajduje uzasadnionych podstaw odrzucenie oferty Odwołującego w związku z rzekomym niezapewnieniem dostępu do instalacji odpowiedniej dla zagospodarowania segregowanych (gromadzonych selektywnie) odpadów komunalnych.

4.15 Podsumowując, określone w przez Zamawiającego w SIWZ wymagania dotyczące obowiązku zapewnienia zagospodarowywania odpadów komunalnych w instalacjach wskazanych jako RIPOK lub instalacje zastępcze do obsługi regionu wschodniego gospodarki odpadami województwa mazowieckiego w żaden sposób nie uwzględniają wejścia w życie przepisów Ustawy nowelizującej i dokonanego na ich podstawie zniesienia regionalizacji w gospodarowaniu odpadami komunalnymi. W szczególności obecnie żadna z instalacji do przetwarzania odpadów nie posiada statusu RIPOK, wskutek czego nie istnieje zakład zagospodarowania odpadów spełniający warunek „*instalacji posiadającej status RIPOK*". Skutkiem tego żaden z wykonawców nie jest w stanie zapewnić Zamawiającemu dostępu do instalacji komunalnej wskazanej w Planie gospodarki odpadami dla województwa mazowieckiego 2024 jako regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK). Konsekwencją – niedostrzeżonej przez Zamawiającego – zmiany przepisów jest to, że aktualnie żadna z położonych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub innych państw instalacji do

przetwarzania odpadów komunalnych nie spełnia wymagań określonych w SIWZ, a każdy z wykonawców planujących zagospodarowanie odpadów w takich instalacjach powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 PZP. Warunek postawiony przez Zamawiającego jest zatem niemożliwy do spełnienia.

4.16 Ponadto, metoda, jaką przyjął Zamawiający do ukształtowania sposobu świadczenia usług (pkt III.3.1 i III.3.10 SIWZ), nie będzie możliwa do spełnienia. Żaden wykonawca nie będzie bowiem w stanie skierować wskazanych przez Zamawiającego odpadów do instalacji posiadających status RIPOK, gdyż jak wyżej wyczerpująco wyjaśniono, instalacja taka nie istnieje.

4.17 Zgodnie z art. 387 Kodeksu Cywilnego[9] (który na postawie art. 14 ust. 1 PZP stosuje się do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia) **umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna**. Zatem w przypadku zawarcia umowy przez Zamawiającego z Ostrołęckim TBS, będzie ona obarczona nieważnością.

4.18 Tym samym zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 PZP **postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą (nie ma na obecnym etapie możliwości zmiany treści SIWZ) uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego**.

4.19 Zgodnie z powyższym, w przypadku nie podzielenia przez Izbę przedstawionego przez Odwołującego w zarzucie nr 1 sposobu badania spełniania warunku udziału w Postępowaniu wskazanego w pkt V.3 SIWZ, Postępowanie takie powinno zostać unieważnione.

5. WNIOSEK KOŃCOWY

5.1 Wnoszę jak na wstępie, z uwzględnieniem całokształtu przedstawionej powyżej argumentacji.

W imieniu Odwołującego

Signed by / Podpisano przez:
Tomasz Wojciech Michalczyk
Date / Data: 2019-11-18 19:23

r. pr. Tomasz Michalczyk

[9] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (tekst jednolity: Dz. U. z 2019 r., poz. 1145 ze zm.).

Załączniki:

1) Odpis aktualny KRS dla RDF Sp. z o.o.
2) Odpis aktualny KRS dla MPK Pure Home Sp. z o.o.
3) Pełnomocnictwo z dnia 25 października 2019 r. dla p. Elżbiety Rudnickiej.
4) Pełnomocnictwo z dnia 15 listopada 2019 r. od Odwołującego dla r. pr. Tomasza Michalczyka.
5) Dowód uiszczenia wpisu od odwołania.
6) SIWZ obowiązująca w Postępowaniu.
7) Wezwanie z dnia 24 października 2019 r.
8) Odpowiedź na wezwanie z dnia 28 października 2019 r.
9) Pismo z dnia 1 października 2019 r.
10) Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej.
11) Dowód przesłania Odwołania Zamawiającemu.