

Podegrodzie, dn. 06.10.2015 r.

Znak: ZGK-ZP.271.1.9.2015

**Dotyczy: zamówienia publicznego p.n. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w roku 2016-2018”.**

W związku z zapytaniem Wykonawcy w sprawie wyjaśnienia treści specyfikacji na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w roku 2016-2018” – Gmina Podegrodzie - Zakład Gospodarki Komunalnej w Podegrodziu działając w oparciu o art. 38 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) udziela odpowiedzi oraz stosownie do art. 38 ust. 4 wyżej cytowanej ustawy, Zamawiający przed upływem terminu składania ofert, dokonuje zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, o których mowa poniżej:

**Pytanie nr 1:**

W nawiązaniu do treści art. 38 ust 1 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz.U.2013 r., poz 907 ze zm.) wnoszę o zmianę treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016–2018” poprzez usunięcie z jej treści zdania drugiego rozdziału 5 pkt 5.1. lit d :

*„.....W przypadku gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwiania, powinien zawrzeć umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie”*

tj. konieczności przedłożenia na etapie składania ofert umowy zawartej z odpowiednim podmiotem w przypadku gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwiania.

Uzasadniając swoje stanowisko Wykonawca w pierwszej kolejności pragnie zwrócić uwagę na okoliczność wskazaną w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 kwietnia 2011 r. wedle którego : „zaistnienie co najmniej możliwości utrudniania uczciwej konkurencji przez zastosowanie określonych zapisów w opisie przedmiotu zamówienia jest wystarczające do uznania, że przepisy art. 29 ust. 2 oraz art. 7 ust.

1 zostały naruszone” (zob. wyrok KIO z dnia 26 kwietnia 2011 r., KIO 752/11). Działaniem wbrew zasadzie uczciwej konkurencji jest na tyle rygorystyczne określenie wymagań, jakie powinien spełnić przedmiot zamówienia, że nie jest to uzasadnione obiektywnymi potrzebami zamawiającego, a jednocześnie ogranicza krąg potencjalnych wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia (por. wyrok KIO z dnia 14 grudnia 2010 r., KIO/UZP 2608/10).

W związku z powyższym Wykonawca chciałby zauważyć za brzmieniem art. 91 ust 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, iż nic nie stoi na przeszkodzie by – wbrew zakwestionowanym zapisom SIWZ - Wykonawca wykazał się umową zawartą ze stosownym RIPOK-iem na etapie podpisywania umowy z Zamawiającym, a już po wyborze jego oferty jako najkorzystniejszej. Wynika to z okoliczności, iż każdy Wykonawca ustawowo ma zagwarantowaną pewność zawarcia na przyszłość takiej umowy przywoływaną ustawą. Na podobnym stanowisku stoi również doktryna m.in. prof. W. Radecki, stwierdzając w swym komentarzu do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - *„Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz” Wolters Kluwer, Warszawa 2013, str 300, że : „Zawarcie umowy jest obowiązkiem prowadzącego instalację. Niedopełnienie obowiązku jest deliktem administracyjnym przewidzianym w art. 9za pkt 2 u.c.p.g., ponadto podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości może wymusić zawarcie umowy przed sądem, korzystając z przepisu art. 64 k.c. Przypomnę, że przepis ten stanowi, iż prawomocne orzeczenie sądu stwierdzające obowiązek danej osoby do złożenia oznaczonego oświadczenia woli zastępuje to oświadczenie. Jeżeli zatem prowadzący instalację odmawia zawarcia umowy z podmiotem odbierającym odpady od właścicieli nieruchomości, podmiot ten może wystąpić przeciwko niemu do sądu z roszczeniem o zawarcie umowy”*. Podobnie stanowisko odnaleźć można w orzecnictwie Krajowej Izby Odwoławczej, która zwróciła uwagę, iż po pierwsze żądanie takich umów (o których mowa w przywołanym fragmencie SIWZ) grozi uprzywilejowaną pozycją RIPOKów już na etapie składania ofert, a w konsekwencji naruszeniem art. 7 ustawy pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców biorących udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Ponieważ potencjalnie na terenie gminy Podegrodzie ofertę może złożyć spółka NOVA sp z o.o. z siedzibą w Nowym Sączu (RIPOK dla rejonu sądecko – gorlickiego) lub podmioty wykonujące z nią analogiczne usługi na terenach miasta Nowy Sącz lub powiatu nowosądeckiego – Sita sp z o.o. i

PUK Empol sp z o.o. uzyskanie wskazanego dokumentu dla potencjalnego konkurenta wymienionych spółek może być utrudnione . Kwestię wyartukułowaną powyżej najlepiej oddaje treść wyroku KIO o sygn. KIO 981/13; KIO 912/13 stwierdzającego m.in.

*„W ocenie składu orzekającego Izby, zarzuty odwołującego PUKGGŚ i odwołującego R. niezgodności z art. 7 ust. 1, art. 25 ust. 1, art. 29 ust. 2 P.z.p. w zw. z art. 9e, 9l i 9m ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 r. poz. 391, 951 oraz z 2013 r. poz. 21 i 228) przez opisanie przez zamawiającego: (pkt 1) w sekcji VI.3 pkt 8.3, 8.3.1, 8.3.2 ogłoszenia oraz pkt 8.3, 8.3.1 i 8.3.2 specyfikacji warunków odnoszących się do (pkt 1 lit. a) zapewnienia podmiotu prowadzącego punkt odzysku i unieszkodliwiania selektywnie zebranych odpadów komunalnych (PSZOK) o przyjmowaniu, (pkt 1 lit. b) zapewnienia podmiotu prowadzącego regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK) o przyjmowaniu -, (pkt 2) w sekcji VI.3 pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 ogłoszenia oraz pkt 9.11, 9.11.1 i 9.11.2 specyfikacji warunków zawierające wymagania, aby wykonawcy złożyli (pkt 2 lit. a) jakiegokolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie PSZOK o przyjmowaniu -, (pkt 2 lit. b) jakiegokolwiek dokument pisemny, z którego treści wynika, że wykonawca posiada zapewnienie RIPOK o przyjmowaniu - takich odpadów z obszaru Gminy Mikołów od wykonawcy w trakcie trwania umowy zasługuje na uwzględnienie.*

*Zamawiający w przytoczonych wyżej miejscach ogłoszenia i specyfikacji wymagał, aby wykonawca załączył do oferty jakiegokolwiek dokumenty potwierdzające w zasadzie kontakt wykonawcy z podmiotami prowadzącymi tzw. PSZOK i RIPOK w zakresie stanowiska tych podmiotów o przyjmowaniu odpowiednich odpadów od wykonawcy w trakcie trwania zamówienia z obszaru zamawiającego - Gminy Mikołów.*

*Odwołujący wykazali, że wystarczy nawet nieumyślna omyłka w zaadresowaniu pisma przez podmiot prowadzący odpowiednią tzw. PSZOK czy RIPOK, aby miało to wpływ na wynik postępowania, czyli aby wystąpiła konieczność wykluczenia wykonawcy, który nie otrzyma tego jakiegokolwiek dokumentu od któregoś z tych podmiotów.*

**Jednocześnie odwołujący wykazali, że podmioty prowadzące odpowiednią tzw. PSZOK czy RIPOK mogą nie być w pełni bezstronne, bo**

**mogą być zainteresowane we współpracy z niektórymi wykonawcami i lub nawet same uczestniczyć w postępowaniu, jako wykonawcy składający oferty w rozpoznawanym postępowaniu.**

**Ponadto skład orzekający Izby wziął pod uwagę, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach podmioty te mają obowiązek przyjmowania odpadów bez względu na zawarte wcześniej umowy."**

W podobnym duchu wypowiadała się także Izba m.in. w wyrokach KIO 2419/14 i KIO 818/13. W związku z tym, iż stosownie do brzmienia art. 25. ust 1 zdanie pierwsze „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania” trudno w świetle powyższego uznać dokument umowy o którym mowa w lit d Rozdziału 6 pkt 5.1. SIWZ za niezbędny na tym etapie postępowania. Natomiast wymaganie takiej umowy może – co dostrzegła m.in. Krajowa Izba Odwoławcza - potencjalnie ograniczyć grupę podmiotów, które będą starać się o przedmiotowe zamówienie, co w konsekwencji skutkowałoby naruszeniem art. 7 ustawy pzp, a o czym Wykonawca wspomniał powyżej.

Tym samym wnosimy o usunięcie kwestionowanego zapisu SIWZ. Żądanie tego typu dokumentu może utrudniać lub wręcz uniemożliwiać złożenie oferty Wykonawcom. Co istotne, a co zostało już powiedziane „W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Tymczasem dokument wymagany przez Państwa jest nie tylko dokumentem nie wpisującym się w katalog dokumentów niezbędnych, co Wykonawca wykazał powyżej, ale również może utrudniać konkurencję i faworyzować podmioty prowadzące RIPOK-i lub z takowymi współpracujące przy realizacji innych zamówień.

#### **Odpowiedź:**

W odpowiedzi na pismo z dnia 9 września 2015 r. przesłane drogą elektroniczną dotyczące żądania zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest usługa pn.:

"Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016 – 2018 r." niniejszym informujemy, iż:

1. nie wyrażamy zgody na zmianę treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: "Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Podegrodzie w latach 2016 – 2018 r." zgodnie z sugestiami zawartymi w w/w piśmie,
2. jednocześnie wyjaśniamy, że Zamawiający nie żąda przedłożenia na etapie składania ofert umowy zawartej z odpowiednim podmiotem w przypadku gdy Wykonawca zamierza przekazywać odpady innemu podmiotowi w celu ich odzysku lub unieszkodliwiania. Spełnienie warunku udziału w postępowaniu będzie wykazane poprzez oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu a nie poprzez przedstawienie umowy. Zgodnie z postanowieniami SIWZ taka umowa będzie wymagana dopiero przed podpisaniem umowy z wykonawcą wybranym w przetargu.

Jednocześnie Zamawiający:

- zmienia załącznik nr 1 – oferta. Punkt 5 oferty otrzymuje następujące nowe brzmienie:

„5. Oświadczamy, że na dzień rozpoczęcia wykonywania umowy będziemy mieć podpisaną umowę z .....  
na zbieranie, odzysk lub unieszkodliwianie odpadów (zależnie od rodzajów odpadów) / Samodzielnie prowadzimy działalność w zakresie gospodarowania odpadami\*\*.”

Załącznik:

1. Zmieniony formularz ofertowy.

- zmienia załącznik nr 7 – projekt umowy. Paragraf 5 ust. 1 pkt c) umowy otrzymuje następujące nowe brzmienie:

„c) wywozić odpady zmieszane oraz odpady zielone bezpośrednio do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, właściwej dla sądecko - gorlickiego regionu, a w przypadku selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21, z późn. zm.), z zastrzeżeniem postanowień § 8 ust. 5 i 6 niniejszej umowy. Wykonawca obowiązany jest przestrzegać przepisów

prawa w tym zakresie, w szczególności ustawy o odpadach i planu obowiązującego Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego.”

**Niniejsze wyjaśnienia i zmiana są integralną częścią SIWZ.**