

DI.271.8.2013

Pytania Wykonawców i odpowiedzi Zamawiającego dotyczące przetargu nr DI.271.8.2013 na Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Zator w okresie od 1 lipca 2013 roku do 31 marca 2015 roku.

I. Pytania Wykonawcy.

Pytanie :

1. W rozdziale II pkt 2 ppkt c)

Zgodnie z art. 6d ust. 1 UCPG, *wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów.* Dalej art. 9e ust. 1 pkt 1 UCPG stanowi, że *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach.*

Z interpretacji zamieszczonej na stronach internetowych Ministerstwa Środowiska (która jak się wydaje dotyczy przede wszystkim odpadów zbieranych selektywnie, co do których nie ma obowiązku przekazywania do RIPOK) można próbować wyciągnąć wniosek, że **przedmiotem SIWZ i następnie umowy zawieranej z wykonawcą może być wskazanie RIPOK, do których mają być przekazywane odpady w przypadku przetargu tylko na odbieranie odpadów komunalnych** - podmiot odbierający będzie odbierał odpady komunalne i przewoził je do instalacji wskazanych przez gminę. Natomiast w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie podmiot odbierający odpady komunalne będzie wybierał i wskazywał w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady selektywnie zebrane (gmina je niejako zaakceptuje poprzez wybór jego oferty).

Niezależnie od powyższego trzeba zauważyć, iż **wskazanie w SIWZ instalacji, do której należy przekazywać odpady, może naruszać art. 29 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych** (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 13, poz.759 z późn. zm.). Przepis ten stanowi, że *przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję.* Ponadto wyznaczenie w SIWZ konkretnej instalacji, do której mają być przekazywane odpady, może być uznana za praktykę polegającą na **nadużyciu pozycji dominującej**, o której mowa w ustawie z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. Nr 50, poz. 331 z późn. zm.), zwanej dalej "ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów". Zgodnie bowiem z art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, *zakazane jest nadużywanie pozycji dominującej na rynku*

właściwym przez jednego lub kilku przedsiębiorców. Art. 9 ust. 2 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów wymienia kilka form nadużywania pozycji dominującej, przy czym jak wynika z orzecznictwa, w przypadku działalności gospodarczej w zakresie odpadów komunalnych, najczęściej mamy do czynienia z praktyką określoną w pkt 5, tj. **przeciwdziałaniem ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.** Praktyka ta polega na podejmowaniu przez przedsiębiorcę dominującego takich działań, które prowadzą do utrwalenia niekonkurencyjnej struktury rynku, na którym zajmuje on uprzywilejowaną pozycję. W szczególności praktyka ta zmierzać będzie do uniemożliwienia wejścia na zdominowany rynek nowych uczestników bądź na wypchnięciu z rynku przedsiębiorców, którzy już uczestniczą w obrocie. Przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych dla powstania bądź rozwoju konkurencji może prowadzić także do zniekształcenia konkurencji na rynku, na którym podejmujący się zakazanych praktyk przedsiębiorca w ogóle nie prowadzi działalności (nie jest obecny).

Uprzejmie wskazuję, że w regionie zachodnim gospodarowania odpadami na terenie województwa małopolskiego, w którym to regionie leży Gmina Zator istnieją również inne instalacje posiadające status RIPOK, do których mogą być przekazywane odpady. Bacząc na powyższe, wnosimy o uwzględnienie w rozdziale II pkt 2 ppkt c) SIWZ wszystkich RIPOK działających na terenie regionu zachodniego.

2. Wnosimy o wykreślenie zapisu zawartego w rozdziale VI, ad. do pkt. 1 SIWZ oraz odpowiednich zapisów ogłoszenia o zamówieniu, dotyczących obowiązku posiadania przez Wykonawcę zezwolenia na zbieranie odpadów i przedstawienia go w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wskazujemy jednocześnie, iż dla realizacji zamawianej usługi zezwolenie takie nie jest wymagane bowiem w zakresie posiadania uprawnień do wykonania zamówienia Wykonawca powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Zator oraz zezwolenie na transport. Umieszczenie takiego zapisu w SIWZ zdaniem wykonawcy narusza regulacje wyrażoną w § 1 ust. 1 pkt. 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane oraz art. 7 ust. 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez żądanie przedłożenia dokumentu, którego posiadanie dla realizacji zamówienia jest zbędne. Powyższe znajduje uzasadnienie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej, tj. m.in. w sprawach połączonych o sygnaturach KIO 664/13, KIO 647/13 oraz KIO 658/13 z dnia 08.04.2013r., zgodnie z którym wymóg zamawiającego w zakresie posiadania decyzji na zbierania odpadów jest nadmierny (nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia), nie związany z przedmiotem zamówienia i nie znajduje uzasadnienia w dokumentach postępowania. Zdaniem wykonawcy rozstrzygnięcie to należy pojmować zwłaszcza przez pryzmat przedmiotu zamówienia w ten sposób, że nawet skoro zamawiający nazwał

postępowanie „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych” to w sytuacji, kiedy z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że wykonawca jedynie odbiera odpady od wytwórców i innych posiadaczy, lecz ich zagospodarowaniem zajmuje się Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych bądź podmiot posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów (odzysk lub unieszkodliwienie), to właśnie te podmioty, a nie wykonawca winni dysponować przedmiotowym zezwoleniem.

W związku z powyższym, mając na uwadze dyspozycję przepisu art. 7 ust. 3 pzp, iż zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy, wnosimy jak na wstępie.

II. Odpowiedzi Zamawiającego.

Ad. 1.

Zamawiający ogłosił przetarg **na odbieranie odpadów komunalnych**, a więc ma prawo wskazać instalację, do której odbierający ma przekazać odpady.

To nie jest przypadek, w którym Zamawiający organizuje przetarg **na odbieranie i zagospodarowanie odpadów**, gdzie podmiot odbierający odpady komunalne będzie wybierał i wskazywał w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady, również segregowane, a Zamawiający je akceptuje poprzez wybór jego oferty.

Zamawiający przeprowadził wcześniej postępowanie przetargowe na zagospodarowanie odpadów, umożliwiając **wszystkim instalacjom regionu zachodniego Woj. Małopolskiego** udział w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego. Stąd zarzut, jakoby wyznaczenie w obecnym SIWZ konkretnej instalacji, do której mają być przekazywane odpady, może być uznane za praktykę polegającą na nadużyciu pozycji dominującej, nie znajduje żadnego uzasadnienia. Właśnie po to, aby zapobiec tego typu zarzutom Zamawiający przeprowadził postępowanie przetargowe w trybie przetargu nieograniczonego tak, by umożliwić **wszystkim** podmiotom spełniającym warunki ustawy o utrzymaniu czystości i porządku a także przepisów miejscowych – w tym posiadających status RIPOK w regionie, uczestnictwo w postępowaniu i możliwość złożenia oferty.

Żądanie Pytającego jest o tyle bezzasadne, iż w wielokrotnych wyjaśnieniach Ministerstwa Środowiska wskazuje się, iż w przetargu na odbieranie odpadów komunalnych wskazanie RIPOK może nawet nastąpić bez przeprowadzenia postępowania przetargowego, co potwierdza bogate orzecznictwo KIO, np. KIO/UZP 200/13.

W uzasadnieniu wyroku KIO z dnia 4 stycznia 2013r. o sygn. KIO 2829/12 czytamy, iż „...z tego względu narzucenie przez zamawiającego obowiązku zawarcia umowy ze wspomnianą regionalną instalacją przez każdego wykonawcę, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą, nie narusza art. 29 ust. 1 ani art. 7 ust. 1 pzp....”.

Nawiasem mówiąc Pytający cytując w pytaniu opinię prawną, pominął jej zasadniczą kwestię, a mianowicie fakt, iż **dotyczy ona sytuacji, w której w SIWZ wskazano RIPOK bez przeprowadzenia wcześniejszego postępowania przetargowego w zakresie zagospodarowania odpadów!**

Reasumując, zapisy SIWZ, które nakazują dostarczenie pełnego strumienia odpadów komunalnych do jednej, wybranej w przetargu RIPOK (za wyjątkiem niewielkiej ilości odpadów niebezpiecznych wydzielonych ze strumienia odpadów komunalnych – 1,5 Mg), **zapewnią w sposób pełny osiągnięcie określonych przez ustawę poziomów recyklingu i przygotowania do ponownego użycia i odzysku pewnych grup odpadów (art. 3b ustawy)**. W przypadku nieosiągnięcia opisanych wyżej poziomów gmina podlega karze pieniężnej opisanej w art. 9z ust. 2 ustawy. Tak więc powyższy rezultat nowego systemu gospodarki odpadami na terenie gminy Zator jest wyznacznikiem i celem, do którego dąży Zamawiający w takim, a nie innym ukształtowaniu postępowania przetargowego.

W związku z powyższym Zamawiający odmawia wprowadzenia proponowanych zmian w SIWZ, polegających na dopuszczeniu wszystkich RIPOK działających w regionie zachodnim Woj. Małopolskiego, jako odbiorców odpadów komunalnych.

Ad. 2.

W odpowiedzi na pytanie 2 Zamawiający weryfikuje warunki udziału w postępowaniu, dotyczące punktu VI Ad.1 SIWZ oraz odpowiadające im dokumenty opisane w punkcie VII A.4. SIWZ (oraz odpowiednie zapisy w ogłoszeniu o zamówieniu), które otrzymują nowe brzmienie :

VI. Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania.

.....

Ad. 1. Wykonawcy posiadają :

- zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane na podstawie ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21),
- zaświadczenie o wpisie wykonawcy do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zator, prowadzonego przez Burmistrza Zatora, zgodnie z przepisami art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 391).

VII. Wykaz dokumentów jakie wykonawcy zobowiązani są załączyć do oferty.

A. W celu wykazania spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust.1 ustawy (opisanych w pkt VI SIWZ) oraz w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust.1 i 2 ustawy- zamawiający żąda następujących dokumentów:

.....

4. a/ zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wydane na podstawie ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21),
b/ zaświadczenie o wpisie wykonawcy do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zator, prowadzonego przez Burmistrza Zatora, zgodnie z przepisami art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn. Dz. U. z 2012 r., poz. 391).

Zator, 24.05.2013 r.

.....