

Wrocław, 13 listopada 2023 r.

Prezes Krajowej Izby Odwoławczej

ul. Postępu 17a, 02-676 Warszawa

ZAMAWIAJĄCY:

Gmina Zambrów

ul. Fabryczna 3, 18-300 Zambrów

NIP: 723-15-47-297

e-mail: ugz@ugzambrow.pl,
boguslaw.baczewski@ugzambrow.pl

tel.: 86 271 46 16

ODWOŁUJĄCY:

Marianna Marczyk prowadząca
działalność gospodarczą pod firmą

Usługi Komunalne „BŁYSK”

Marianna Marczyk

ul. Przykoszarowa 22A, 18-400 Łomża

NIP: 723-10-04-734

zastępowana przez:

r. pr. Tomasza Misia

Kancelaria ORSO

e-mail: tm@kancelariaorso.pl

dot.: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługi „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Zambrów w okresie od 01.01.2024 do 31.12.2025”, nr ref.: Rrg.271.16.2023, dalej: „Postępowanie”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano 3.11.2023 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2023/S 212-667894.

ORSO Kancelaria Radcy
Prawnego Tomasz Miś

AB Centrum

al. Armii Krajowej 10a/6 (2 p.)

50-541 Wrocław

NIP 9680921671

REGON 022082831

biuro@kancelariaorso.pl

+48 607 34 89 96

kancelaria-orso.pl



ODWOŁANIE

Działając w imieniu Odwołującej – Marianny Marczyk prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Usługi Komunalne „BŁYSK” Marianna Marczyk – na podstawie udzielonego mi pełnomocnictwa, na podstawie art. 513 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (dalej „p.z.p.”), wnoszę odwołanie wobec niezgodnych z przepisami p.z.p. czynności Zamawiającego, podjętych w Postępowaniu, polegających na:

- na braku podzielenia zamówienia na części,
ewentualnie
- na niekonkurencyjnym i nieproporcjonalnym określeniem warunków udziału w postępowaniu,
co skutkuje ograniczeniem kręgu wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia, a tym samym ograniczenie konkurencyjności w Postępowaniu.

Czynnościom Zamawiającego zarzucam naruszenie:

- (1) **art. 99 ust. 4 p.z.p. i art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1-3 p.z.p.**, poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części w ramach jednego postępowania i zdecydował się na udzielenie jednego zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych („PSZOK”), co jednocześnie świadczy o naruszeniu zasady proporcjonalności,

ewentualnie, na wypadek niezasadności i oddalenia zarzutu opisanego w pkt. 1.:

- (2) **art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p.**, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania prawa do dysponowania na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, co skutkuje naruszeniem zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na względzie powyższe zarzuty, wnoszę o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

1. **jako żądanie główne:** dokonanie zmiany treści SWZ poprzez podział zamówienia na części polegający na wydzieleniu do osobnej części elementów zamówienia wskazanych w rozdz. I pozycji 1 i 2 załącznika nr 11 do SWZ oraz nakazanie odpowiedniego wprowadzenia powyższych zmian do treści ogłoszenia o zamówieniu i SWZ z załącznikami.



ewentualnie, na wypadek niezasadności i oddalenia żądania opisanego w pkt. 1.:

2. dokonania modyfikacji treści SWZ polegającej na modyfikacji warunku udziału w postępowaniu, określonego w pkt. III.1.3 lit. d ogłoszenia o zamówieniu i rozdz. 6. ust. 4 lit. d SWZ, w ten sposób, że:

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące zdolności technicznej lub zawodowej:

(...)

*d) posiada prawo do dysponowania na terenie gminy Zambrów **lub gmin sąsiadujących** nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, spełniającą wymagania określone w SOPZ stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.*

3. wykonania czynności faktycznych i prawnych koniecznych do zapewnienia poprawności postępowania w związku ze zmianami określonymi w pkt. 1., ewentualnie pkt. 2,
4. zwrot kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych.

Termin

W związku z faktem, że wartość przedmiotu zamówienia objętego Postępowaniem jest większa niż progi unijne, zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a p.z.p., odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Zamawiający opublikował ogłoszenie dotyczące przedmiotowego postępowania 3 listopada 2023 r. na platformie zakupowej. Dlatego odwołanie zostało wniesione w ustawowo przewidzianym terminie.

Wpis od odwołania i przekazanie odwołania Zamawiającemu

Odwołująca uiściła wpis od odwołania w wymaganej wysokości (15.000 zł) oraz przekazała kopię odwołania Zamawiającemu 13 listopada 2023 r.

Interes we wniesieniu odwołania

Odwołująca ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust. 1 p.z.p., ponieważ jest zainteresowana uzyskaniem zamówienia w wyniku postępowania będącego przedmiotem odwołania.

Treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ uniemożliwiają Odwołującej złożenie oferty w tym postępowaniu i ewentualne uzyskanie zamówienia w przypadku złożenia oferty najkorzystniejszej. Z uwagi na niezgodne z p.z.p. postanowienia SWZ i ogłoszenia, które



skutkują ograniczeniem konkurencji, Odwołująca ma utrudniony dostęp do zamówienia, co prowadzi do powstania szkody w postaci braku uzyskania tego zamówienia i osiągnięcia zysku związanego z jego realizacją.

Z tego powodu Odwołujący posiada interes do wniesienia odwołania i może ponieść szkodę na skutek naruszenia prawa przez Zamawiającego w tym Postępowaniu.

UZASADNIENIE

1. Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Zambrów w okresie od 01.01.2024 do 31.12.2025”.
2. Odwołanie dotyczy braku podziału zamówienia na części, ewentualnie wprowadzenia przez Zamawiającego niekonkurencyjnych warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia.
3. W pkt. III.1.3 lit. d ogłoszenia o zamówieniu, w ramach dysponowania zdolnością techniczną i kwalifikacjami zawodowymi, wykonawca winien wykazać, że posiada prawo do dysponowania **na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów** nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, spełniającą wymagania określone w SOPZ stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ (analogiczne postanowienie zawiera Rozdz. 6. ust. 4 lit. d SWZ). Gmina Zambrów i Miasto Zambrów stanowią **dwie różne jednostki administracyjne – są to odrębne jednostki samorządu terytorialnego o zróżnicowanej specyfice**. Zamawiający nie dopuszcza posiadania nieruchomości na terenie innych gmin, sąsiadujących z gminą Zambrów.
4. Zamawiający połączył w jednym postępowaniu odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Zambrów z urządzeniem na jego terenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych („PSZOK”). Wymóg ten preferuje jednego wykonawcę, ponieważ Zamawiający wymaga od wykonawców dysponowania odpowiednią nieruchomością na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów, która będzie mogła być przeznaczona pod funkcjonowanie PSZOK. Powoduje to zamknięcie postępowania na udział w nim innych wykonawców, niż obecnie prowadzący PSZOK w mieście Zambrów wykonawca, którym jest Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zambrowie (KRS: 000117463).
5. Ten podmiot aktualnie realizuje zamówienie na odbiór i zagospodarowanie odpadów oraz prowadzenie PSZOK dla Zamawiającego. PGK sp. z o.o. już w terminie ogłoszenia postępowania dysponuje nieruchomością, która funkcjonuje jako PSZOK (przy ul. Polowej 19, 18-300 Zambrów). Już ta okoliczność powoduje, że ten wykonawca znajduje się w lepszej sytuacji niż inni potencjalni oferenci, którzy nie dysponują nieruchomościami przystosowanymi pod PSZOK na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów. Każdy inny wykonawca ubiegający się o to zamówienie będzie musiał ponieść koszty zakupu lub wdzierżawienia nieruchomości, a następnie jej dostosowania do wymogów tego zamówienia.



6. Uniemożliwia to udział w tym postępowaniu takim wykonawcom jak Odwołująca, którzy dysponują własnym PSZOK w bliskiej odległości od granic gminy Zambrów (a więc ich nieruchomości nie znajduje się ani na terenie gminy Zambrów, ani sąsiadującego z gminą miasta Zambrów). Odwołująca dysponuje własnym PSZOK, który mógłby zostać „użyty” dla celów realizacji zamówienia, a który znajduje się jedynie ok. 3 km od granic administracyjnych gminy Zambrów (Zamawiającego), przy DK 63 (ul. Elektryczna 4, Podgórze). Ze względu jednak na brak podziału zamówienia na części oraz dyskryminujący opis przedmiotu zamówienia i warunki udziału w postępowaniu, Odwołująca nie może wziąć udziału w tym postępowaniu.
7. Podobnie, wedle wiedzy Odwołującej, punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych znajdują się w innych, sąsiadujących z gminą Zambrów (lub leżących nieopodal) gminach:
 - 1) Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. Rutki-Kossaki, Młynarska 3, 18-312 Rutki-Kossaki,
 - 2) Zakład Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Przemysłowa 5, 18-305 Szumowo.Również ci wykonawcy nie mogą ubiegać się o zamówienie, mimo posiadania odpowiednich nieruchomości znajdujących się w sąsiedztwie gminy Zambrów. Musieliby oni ponieść koszty związane z nabyciem/wejściem w posiadanie odpowiedniej nieruchomości i kosztami jej wyposażenia.
8. Ponadto, zgodnie z treścią Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, zorganizowanie PSZOK ma nastąpić **w terminie 30 dni od daty podpisania umowy**.
9. W ocenie Odwołującej, brak podziału zamówienia na części, ewentualnie wprowadzenie konkurencyjnych warunków udziału w postępowaniu i opisu przedmiotu zamówienia, świadczy o naruszeniu przepisów p.z.p. w tym postępowaniu.

Podział zamówienia na części

10. Zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia w ramach zamówienia wykonawca zobowiązany będzie do świadczenia usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z terenu gminy Zambrów, z nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy, a jednocześnie do utworzenia i prowadzenia gminnego PSZOK. Zamawiający nie zdecydował o podzieleniu tego zamówienia na części.
11. W uzasadnieniu decyzji o braku podzielenia zamówienia na części, zawartym w rozdz. II ust. 5 SWZ, Zamawiający wskazał, że:

Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.

UZASADNIENIE: Skoordynowanie działań różnych Wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.
12. W ocenie Odwołującej takie uzasadnienie braku podziału zamówienia na części jest niewystarczające i świadczy o naruszeniu przepisów p.z.p. Przedmiot zamówienia jest



bowiem podzielny, wręcz narzuca dokonanie podziału zamówienia na części, które mogłyby odpowiadać wyszczególnionym w rozdz. I ust. 1 OPZ (załącznik nr 11 do SWZ) częściom zamówienia:

- 1) część I: Odbiór, transport i zagospodarowanie wskazanych w opisie zamówienia odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Zambrów, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania, zgodnie z zapisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1469 ze zm.), oraz przepisami Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Zambrów.
 - 2) część II: Utworzenie i prowadzenie Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.
13. Przepisy p.z.p. umożliwiają zamawiającym bardzo elastyczne podejście do organizacji procedur zakupowych. Służy to oczywiście zaspokojeniu potrzeb zamawiających, ale pozwala również na zabezpieczenie potrzeb wykonawców działających w ramach systemu zamówień publicznych.
 14. Działalność w zakresie gospodarki odpadami jest bardzo mocno powiązana z rynkiem zamówień publicznych. Przedsiębiorcy działający w tej branży gros przychodów uzyskują zawierając umowy ze sferą publiczną – gminami, które organizują system gospodarki odpadami na swoich terenach.
 15. Działalność gospodarcza w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną, w związku z czym każdy przedsiębiorca, który chce ubiegać się o zamówienie publiczne na terenie konkretnej gminy musi być wpisany do rejestru działalności regulowanej. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 9b ust. 2 u.c.p.g.).
 16. Na dzień złożenia odwołania, w rejestrze działalności regulowanej w gminie Zambrów wpisanych jest aż pięć podmiotów:
 - 1) MPO sp. z o.o. w Białymstoku,
 - 2) Julian Perkowski,
 - 3) Zakład Gospodarki Komunalnej sp. z o.o.,
 - 4) Usługi Komunalne „Błysk” Marianna Marczyk (Odwołująca),
 - 5) Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zambrowie.
 17. Biorąc pod uwagę liczbę mieszkańców gminy Zambrów (ok. 9 tys.) rynek odbioru odpadów jest rynkiem bardzo konkurencyjnym, na którym może konkurować kilku wykonawców. W interesie Zamawiającego i mieszkańców gminy Zambrów jest sytuacja, w której Zamawiający w taki sposób skonstruuje postanowienia SWZ, aby



dopuszczyć do udziału w postępowaniu większą liczbę wykonawców niż tylko jeden podmiot, który jako jedyny spełnia warunki udziału w postępowaniu przy sztucznie i antykonkurencyjnie skonstruowanym przedmiocie zamówienia.

18. Zgodnie z art. 91 ust. 1 p.z.p. podział zamówienia na części, w tym dopuszczenie możliwości składania ofert częściowych, stanowi uprawnienie Zamawiającego. Niemniej Zamawiający nie może kształtować opisu przedmiotu zamówienia w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów (art. 99 ust. 4 p.z.p.).
19. Opis przedmiotu zamówienia w tym Postępowaniu pozwala na udział w postępowaniu wyłącznie podmiotom dysponującym odpowiednią nieruchomością na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów. Skutkiem braku dopuszczenia składania ofert częściowych jest więc mniejsza konkurencyjność w Postępowaniu, a przez to wyższe ceny, jakie Zamawiający będzie musiał zapłacić za realizację usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z jego terenu.
20. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w uchwale z 13.12.2019 r., KIO/KD 75/19:

*Izba podziela pogląd prezentowany w orzecznictwie, że decyzja w zakresie samego podziału, jak też co do samego sposobu w jaki zostanie podzielone zamówienie, pozostawiona jest autonomicznej woli zamawiającego, który określa swoje potrzeby, mając na uwadze w szczególności przedmiot zamówienia publicznego. Niemniej, **w przypadku podjęcia przez zamawiającego decyzji o braku podziału zamówienia na części, winien on precyzyjnie opisać w protokole postępowania przyczyny swojego działania w powyższym zakresie. Uzasadnienie powinno być możliwie obszerne, zawierać chociażby dokładną analizę sytuacji rynkowej, wskazanie ryzyk związanych z niepowodzeniem projektu, czy też odpowiedzialnością z uwagi na trudności z jednoznacznym ustaleniem przyczyn błędów w wykonaniu zamówienia w przypadku prac prowadzonych przez kilku wykonawców.** Wobec powyższego Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp.*

21. Uzasadnienie dla braku podziału zamówienia na części w tym postępowaniu ma charakter wyłącznie formalny. Zamawiający nie podał, na czym opiera swoje założenia co do ryzyka i zagrożeń podziału zamówienia na części w tym konkretnym postępowaniu. Posłużył się wyłącznie gołosłownym stwierdzeniem zawartym w jednym zdaniu uzasadnienia (rozdz. II ust. 5 SWZ), wedle którego:

Skoordynowanie działań różnych Wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

22. To uzasadnienie mogłoby dotyczyć nie tylko każdego innego postępowania na usługi związane z gospodarką odpadami, ale dowolnego innego zamówienia o niesprecyzowanym przedmiocie. Zamawiający nie wskazał jakie zagrożenia niesie podział zamówienia na części, jeżeli inny podmiot będzie odbierał i zagospodarowywał odpady z nieruchomości, a inny podmiot będzie prowadził PSZOK.



23. Tak lakoniczne uzasadnienie nie może być traktowane jako wypełnienie art. 91 ust. 2 p.z.p. Ten przepis powinien być interpretowany łącznie z art. 16 pkt 1 p.z.p., który nakazuje Zamawiającemu przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zamawiający nie wykazał więc, że przyjęty przez niego podział zamówienia jest zgodny z art. 16 pkt 1 p.z.p., co potwierdza naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.
24. Krajowa Izba Odwoławcza kompleksowo wypowiedziała się o kwestii podziału zamówienia na części i odpowiedniego uzasadnienia decyzji o niedokonaniu tego podziału w wyroku z 31 sierpnia 2020 r., KIO 1680/20. W tym wyroku Izba podkreśliła istotną rangę tej decyzji, która (...) *nie może pozostawać o tyle subiektywna, o ile zamawiający bez głębszej refleksji nie uwzględni faktycznych okoliczności uniemożliwiających mu podzielenie zamówienia na części bądź też celowo nie dokonuje podziału zamówienia na części, kierując się bliżej nieuzasadnionym interesem własnym. **Zamawiający, podejmując decyzję o przeprowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ma bowiem obowiązek zbadać, czy przedmiot zamówienia jest podzielny, czy podział zamówienia na części znajduje swoje racjonalne uzasadnienie i czy podział zamówienia przyniesie lub może przynieść wymierne korzyści finansowe.** Decyzja zamawiającego musi uwzględniać sytuację podmiotową wykonawców, tj. zamawiający zobowiązany jest zbadać, czy jego decyzja nie naruszy zasad wyrażonych w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. zasady konkurencyjności i zasady równego traktowania wykonawców. **Swoboda zatem zamawiającego w decyzji o braku podziału zamówienia na części jest ograniczona zasadą uczciwej konkurencji.** Należy zatem badać czy w konkretnych okolicznościach decyzja co do podziału zamówienia, co do ilości części nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o nie.*

*Izba w niniejszej sprawie wyraża pogląd, że zasadność dzielenia zamówień na części powinna odzwierciedlać aspekt zwiększania konkurencji na rynku danych usług czy dostaw. **Umożliwienie wykonawcom składania ofert częściowych jest jednym z podstawowych instrumentów prawnych, mającym przeciwdziałać nadmiernej agregacji zamówień, uzależnieniu podmiotów publicznych od jednego usługodawcy, ma sprzyjać dywersyfikacji, a tym samym minimalizowaniu ryzyka występowania na rynku zamówień publicznych patologicznych sytuacji, w których możliwość złożenia oferty na realizację zamówienia ograniczona jest do jednego wykonawcy.** Takie sytuacje stanowią niewątpliwie naruszenie zasady konkurencyjności i równego traktowania wykonawców. Należy zauważyć, że jednym z głównych celów dyrektyw klasycznej z zakresu zamówień publicznych jest zwiększenie udziału sektora małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych. Działanie takie powinno zaowocować również zwiększeniem konkurencji między wykonawcami. Zgodnie z motywem 78 preambuły do dyrektywy klasycznej wskazuje przykładowe główne przyczyny decyzji instytucji zamawiającej co do braku podziału zamówienia na części tj.: instytucja zamawiająca mogłaby stwierdzić, że taki podział groziłby ograniczeniem konkurencji albo nadmiernymi trudnościami technicznymi lub nadmiernymi kosztami*



wykonania zamówienia, lub też potrzeba skoordynowania działań różnych wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłaby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia. **Należy zauważyć, że ustawodawca europejski za okoliczność uzasadniającą rezygnację z podziału na części uznał jedynie nadmierne trudności, czy koszty oraz brak koordynacji, skutkujący poważną groźbą nieprawidłowej realizacji zamówienia. A contrario uznać należy, iż obawy związane z ewentualnymi niewielkimi trudnościami czy kosztami bądź nieznacznymi problemami z koordynowaniem działań wykonawców, a tym bardziej wygoda zamawiającego, nie powinny stanowić dostatecznej podstawy do zaniechania podziału zamówienia na części.** Jednakże zastrzec należy, że ocena ta powinna być dokonywana każdorazowo z uwzględnieniem wszystkich okoliczności danego przypadku.

Stąd też, w ocenie Izby, o ile art. 36aa ustawy Pzp nie statuuje obowiązku podziału zamówienia na części przez zamawiających, to przepis ten winien być interpretowany łącznie z art. 91 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp w celu zbadania czy przyczyny zaniechania podziału zamówienia nie naruszają zasad postępowania przetargowego wyrażonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. **Jeśli zamawiający w uzasadnieniu braku podziału zamówienia na części nie wykazał zasadności swojej decyzji tj. nie wykazał, aby jego działanie nie stało w sprzeczności z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, to wówczas zasadne jest, w ocenie Izby, przyjęcie, iż takie działanie zamawiającego narusza podstawowe zasady postępowania i winno skutkować nakazaniem podziału zamówienia na części tak, aby zapewnić wydatkowanie środków publicznych na zasadach konkurencyjnych i z poszanowaniem zasady uczuciowej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym możliwości udziału w postępowaniu małych i średnich przedsiębiorstw.**

25. Na podstawie tych rozważań Izba wywiodła, że (...) **uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części, poprzez uniemożliwienie składania ofert częściowych powinno być skonkretyzowane, odnosić się do okoliczności konkretnego postępowania przetargowego.** Zamawiający winien wykazać, że z uwagi na konkretne okoliczności, charakter zamówienia składanie ofert częściowych spowoduje nadmierne trudności techniczne lub nadmierne koszty wykonania zamówienia, przy czym obowiązkiem Zamawiającego jest wypełnienie tych ogólnych stwierdzeń treścią odnoszącą się do konkretnego postępowania. Uzasadnienie Zamawiającego, że Skoordynowanie działań różnych Wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia mogłoby poważnie zagrozić właściwemu wykonaniu zamówienia nie spełnia postulatu o konkretyzacji i odnoszeniu się do okoliczności prowadzonego przez Zamawiającego postępowania.
26. Izba również wskazała na brak pełnej swobody zamawiających w podejmowaniu decyzji o podziale zamówienia na części. W ocenie Izby zamawiający powinni kierować się zasadą zachowania uczciwej konkurencji (czemu wyraz powinni dawać w uzasadnieniu o braku podziału zamówienia na części):



(...) Zamawiający podejmuje decyzję o braku podziału zamówienia na części w zależności od swoich potrzeb, jednakże w każdym przypadku **swoboda Zamawiającego jest ograniczona zasadą zachowania uczciwej konkurencji. Zamawiający jest zobowiązany badać, czy w konkretnych okolicznościach decyzja o braku podziału nie naruszy konkurencji poprzez ograniczenie możliwości ubiegania się o zamówienia wykonawcom posiadającym odpowiednie doświadczenie i wiedzę w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.**

27. Odwołująca przyjmuje przywołaną przez Izbę argumentację za własną. W analizowanym stanie faktycznym sporządzone przez Zamawiającego uzasadnienie niedokonania podziału zamówienia na części jest bardzo ogólne i nie zawiera żadnych konkretnych danych, odesłań do prowadzonych analiz, czy rozeznania rynku. Nie odnosi się do konkretnych elementów tego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
28. Zamawiający nie odniósł się do żadnych konkretnych trudności organizacyjnych, nie wyjaśnił dlaczego nie może ukształtować postanowień przyszłej umowy w sposób, który zapewniłby rozdzielanie organizacji i prowadzenia PSZOK oraz odbioru i zagospodarowania odpadów. **Powoduje to zakłócenie konkurencji w postępowaniu oraz brak możliwości ubiegania się o zamówienie przez wykonawców niedysponujących nieruchomością odpowiednią pod organizację PSZOK na terenie gminy lub miasta Zambrów.** Wymóg dysponowania nieruchomością, na której można by zorganizować PSZOK i konieczność wyposażenia jej w niezbędne urządzenia, stanowi istotną barierę wejścia na rynek odbioru odpadów na terenie gminy Zambrów (szczególnie, jeśli zestawzić to z niewielką liczbą mieszkańców w gminie – ok. 9 tys.).
29. Podział zamówienia na części wprowadziłby klarowany podział obowiązków, a tym samym odpowiedzialności za ich wykonanie pomiędzy wykonawców realizujących poszczególne części zamówienia. Nie ma przy tym przeszkód, by wykonawcy mogli składać oferty na każdą z części tak podzielonego zamówienia.
30. Brak dopuszczenia do realizacji ww. zamówienia w formule składania ofert częściowych jest rygorystyczny, nieproporcjonalny, nadmierny i nieuzasadniony z punktu widzenia potrzeb Zamawiającego i realizowanego zamówienia. Co więcej, ograniczenie konkurencji prowadzi do sytuacji, w której Zamawiający otrzyma nie tylko mniej ofert, ale ich ceny będą wyższe. Prowadzi to do ograniczenia kręgu wykonawców potencjalnie zainteresowanych realizacją zamówienia.
31. Powyższe świadczy o naruszeniu art. 99 ust. 4 p.z.p. i art. 91 ust. 1 i 2 p.z.p. w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., poprzez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców w zakresie, w jakim Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części w ramach jednego postępowania i zdecydował się na udzielenie jednego zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie PSZOK, co jednocześnie świadczy o naruszeniu zasady proporcjonalności.



Warunki udziału w postępowaniu

32. Jako zarzut ewentualny Odwołująca wskazuje, że na podstawie pkt. III.1.3 lit. d ogłoszenia o zamówieniu, w ramach dysponowania zdolnością techniczną i kwalifikacjami zawodowymi, wykonawca winien wykazać, że posiada prawo do dysponowania **na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów** nieruchomością, na której zlokalizowany będzie punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych PSZOK, spełniająca wymagania określone w SOPZ stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ (analogiczne postanowienie zawiera Rozdz. 6. ust. 4 lit. d SWZ). Gmina Zambrów i Miasto Zambrów stanowią **dwie różne jednostki administracyjne – są to odrębne jednostki samorządu terytorialnego o zróżnicowanej specyfice**. Zamawiający nie dopuszcza posiadania nieruchomości na terenie innych gmin, sąsiadujących z gminą Zambrów.
33. Ponadto, zgodnie z treścią Opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego załącznik nr 11 do SWZ, zorganizowanie PSZOK ma nastąpić **w terminie 30 dni od daty podpisania umowy**.
34. Takie postanowienia SWZ są antykonkurencyjne i uniemożliwiają ubieganie się o to zamówienie przez innych wykonawców, niż Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zambrowie (KRS: 000117463), który obecnie prowadzi PSZOK dla Zamawiającego w swojej siedzibie przy ul. Polowej 19, 18-300 Zambrów.
35. Co do zasady, Zamawiający ma swobodę kształtowania warunków udziału w postępowaniu, a nawet decydowania, czy w danym postępowaniu te warunki będą określone (art. 57 pkt 2 p.z.p.). **Nie jest to jednak swoboda nieograniczona**. Jak stanowi art. 112 ust. 1 p.z.p., zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób:
 - 1) **proporcjonalny do przedmiotu zamówienia** oraz
 - 2) umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, **w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności**.
36. Przyjęte przez Zamawiającego warunki udziału wykraczają poza to, co jest racjonalnie niezbędne do osiągnięcia celu, a więc wyboru oferty pochodzącej od wykonawcy zdolnego do należytego wykonania zamówienia. W ocenie Odwołującej nic nie stoi na przeszkodzie, by – kierując się względami uczciwej konkurencji i proporcjonalności stosowanych w postępowaniu środków – dopuścić możliwość ubiegania się o to zamówienie przez wykonawców dysponujących nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, spełniająca wymagania określone w SOPZ stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ, **położoną w gminie Zambrów lub gminach z nią graniczących**.
37. Prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie KIO, iż warunki udziału w postępowaniu powinny być określone na minimalnym poziomie, tj. nie powinny ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom dającym rękojmię jego należytego wykonania, a tym samym nie mogą być określone ponad poziom niezbędny do osiągnięcia celu, jakim jest wyłonienie wykonawcy, który będzie zdolny prawidłowo zrealizować zamówienie.



Skoro dopuszcza się, aby zamówienie mógł zrealizować podmiot posiadający odpowiednią nieruchomość na terenie miasta Zambrowa (a więc w gminie sąsiadującej z Zamawiającym), to powinno się również dopuścić inne podmioty z gmin ościennych.

38. W konsekwencji w ocenie Odwołującej tak opisany warunek, w połączeniu z krótkim terminem na organizację PSZOK na terenie gminy lub miasta Zambrów (30 dni od zawarcia umowy) jest niezgodny z art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., ponieważ jest nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, nie pozwala na ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia i nie wyraża się jako „minimalny poziom zdolności”, ponieważ zmierza do sztucznego zawężenia konkurencji w postępowaniu.
39. Powyższe świadczy o naruszeniu art. 112 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p, poprzez ustanowienie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania prawa do dysponowania na terenie gminy Zambrów lub miasta Zambrów nieruchomością, na której zlokalizowany będzie PSZOK, co skutkuje naruszeniem zasady proporcjonalności i zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Mając na uwadze powyższe, odwołanie jest zasadne.

Tomasz Miś
radca prawny

Załączniki:

- pełnomocnictwo wraz z opłatą skarbową,
- potwierdzenie uiszczenia wpisu od odwołania,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.