

Czeladź, dnia 21 sierpnia 2020 r.

**Urząd Miasta Mysłowice**  
**Wydział Środowiska****Memorandum prawne**

1. Przedmiotem niniejszego memorandum jest wskazanie optymalnego trybu udzielenia zamówienia na realizację zadania w zakresie unieszkodliwienia odpadów niebezpiecznych zalegających na nieruchomości prywatnej, a koniecznych do usunięcia w trybie przepisu art. 26a ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2020, poz. 797, z późn. zm.).
2. Stan faktyczny sprawy wynika z decyzji Prezydenta Miasta Mysłowice z dnia 28 października 2019 r. wydanej w sprawie OS.6236.1.2019.SO. Na terenie działki nr 2171/78 będącej własnością spółki Met-Bizz sp. z o.o. w Mysłowicach zmagazynowano odpady (niebezpieczne oraz inne niż niebezpieczne) których posiadaczem jest spółka Mundo Trade sp. z o.o. Odpady te stanowią zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi oraz środowiska. Tut. Urzędowi nie jest znana ilość tych odpadów, a także ich rodzaj oraz skład. Odpady są magazynowane w tzw. mauzerach oraz beczkach, z których część jest przewrócona bądź nieszczelna i postępują z nich wycieki odpadów.
3. Zważywszy na zarysowany wyżej stan faktyczny stwierdzić trzeba, że Urząd Miasta Mysłowice nie jest w stanie przygotować opisu przedmiotu zamówienia spełniającego wymogi z art. 29 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. W szczególności tut. Urząd nie jest w stanie opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ustalony kod odpadów (19 12 11\*) jest dla potrzeb sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia dalece niewystarczający. Nie jest znany skład odpadów, ani też do tej pory nie sporządzono badań próbek tychże odpadów.
4. W odniesieniu do odpadów niebezpiecznych możliwości ich unieszkodliwiania polegają na procesie przekształcenia, w ramach którego mogą być wykorzystane:
  - 1) metody fizyczne – mieszanie, zagęszczania, aglomeracja, rozdrabnianie, sortowanie, separacja faz, wymiana masy, separacja molekularna, sanitacja, zestalanie;
  - 2) metody chemiczne – rozpuszczanie, neutralizacja, strącanie, reakcje utleniania bądź redukcji, koagulacja i flokulacja, elektroliza, hydroliza, ekstrakcja i ługowanie, wymiana jonowa;
  - 3) metody fizykochemiczne – dezynfekcja fizykochemiczna, procesy fotochemiczne, procesy sonochemiczne, zestalania za pomocą spoiw hydraulicznych;
  - 4) metody termiczne – proces plazmowy, proces z płynnym metalem bądź szkłem, uwodorowanie lub selwoliza, utlenianie na mokro, metody

biotermiczne, desorpcja termiczna, suszenie, spiekanie, uwęglanie, spoielanie.

Wybór metody uzależniony jest od charakteru odpadu, jego pochodzenia, a także właściwości fizykochemicznych. Najtańszą i najprostszą metodą jest oczyszczanie fizyczne. Droższe i bardziej skomplikowane są metody chemiczne.

Wybór metody będzie zależał od wykonawcy. Zastosowana metoda będzie miała wpływ na czas realizacji zamówienia oraz wysokość wynagrodzenia wykonawcy.

5. Zadanie z racji ilości odpadów oraz stopnia komplikacji procesu musi być zrealizowane przez wykonawcę wybranego w trybach wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zważywszy na niemożność opracowania kompletnego opisu przedmiotu zamówienia nie wchodzi w grę zastosowanie trybu przetargowego gdyż tutaj. Urząd nie jest w stanie dopełnić obowiązku z przepisu art. 41 pkt 4 Prawa zamówień publicznych oraz 48 ust. 2 pkt 3 (określenie w ogłoszeniu o zamówieniu przedmiotu zamówienia); założyć też trzeba to, że służby tutaj. Urzędu nie będą w stanie odpowiedzieć na wystąpienia wykonawców o udzielenie wyjaśnień co do specyfikacji w trybie art. 38 Prawa zamówień publicznych; opis przedmiotu zamówienia jest elementem specyfikacji (art. 36 pkt 6 powołanej ustawy). W efekcie postępowanie w trybie przetargu obciążone będzie niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co będzie obciążało tutaj. Urząd do jego unieważnienia (art. 93 ust. 1 pkt 7 Prawa zamówień publicznych).
6. Z analogicznym problemem tutaj. urząd spotka się planując przeprowadzenie procedury udzielenia zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem, gdzie określenie przedmiotu zamówienia musi być wystarczająco precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu zamówienia oraz podjęcie decyzji co do złożenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu (art. 55a ust. 2).
7. Problem braku możliwości sporządzenia wystarczająco precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia eliminuje zastosowanie trybu dialogu konkurencyjnego, gdzie miast opisu przedmiotu zamówienia można ograniczyć się do opisu potrzeb i wymagań zamawiającego określonych w sposób umożliwiający przygotowanie się wykonawców do udziału w dialogu. Przestankami zastosowania dialogu konkurencyjnego, które można przywołać w analizowanej sprawie, mogą być:
  - 1) niemożność udzielenia zamówienia bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań prawnych lub finansowych lub z uwagi na ryzyko związane z usługą (art. 60b ust. 1 w związku z art. 55 ust. 1 pkt 8);
  - 2) niemożność opisanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia w wystarczająco precyzyjny sposób przez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. c, wspólnej specyfikacji technicznej, o której mowa w art. 30 ust. 1 pkt 2 lit. d, lub referencji technicznej.
8. Procedura dialogu konkurencyjnego jest opisana w przepisach prawa zamówień publicznych i jej zastosowanie w sferze proceduralnej nie powinno służyć tutaj. Urzędowi należy wskazywać na trudności. W zakresie merytorycznym służby tutaj. Urzędowi przystępując do negocjacji z wykonawcami będą każdorazowo nabierać większej wiedzy

o przedmiocie zamówienia, a dzięki prezentowanym przez wykonawcom rozwiązaniom, wejdą w posiadanie wiedzy o optymalnym sposobie realizacji zadania.

9. Do rozważenia pozostaje też zastosowanie w sprawie przepisu art. 31a Prawa zamówień publicznych tj. przeprowadzenie dialogu technicznego. Polega on na tym, że zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może poinformować wykonawców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia, w szczególności może przeprowadzić dialog, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań. W odniesieniu do przedmiotu zamówienia w analizowanej sprawie oraz poziomu wiedzy zamawiającego o przedmiocie zamówienia dialog techniczny będzie w swojej istocie równoznaczny z pierwszym etapem dialogu konkurencyjnego. Zważyć przy tym trzeba na to, że przeprowadzenie dialogu technicznego eliminuje możliwość przeprowadzenia dialogu konkurencyjnego. Założeniem dialogu technicznego jest bowiem zapewnienie w efekcie jego przeprowadzenia możliwości przygotowania należytego opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określenia warunków umowy. Tym samym wyłączone zostaną przesłanki z art. 60b ust. 1 w związku z art. 55 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych. W efekcie zamawiający będzie mógł skorzystać wyłącznie z trybu przetargowego bądź negocjacji z ogłoszeniem i tym samym będzie zmuszony do samodzielnego rozstrzygnięcia wszelkich kwestii (w tym przede wszystkim udzielenia odpowiedzi na pytania do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) w procedurze udzielenia zamówienia. Istotny jest tu też problem możliwego zakłócenia konkurencji i zapobieżenia mu (art. 31d powołanej ustawy) co w przypadku dialogu technicznego prowadzonego z potencjalnymi wykonawcami jest nad wyraz istotne.
  
10. W realiach analizowanej sprawy zamawiający decydując się na dialog techniczny otwiera się na większe ryzyko konieczności unieważnienia postępowania, niż w przypadku zastosowania dialogu konkurencyjnego który, jak wskazano wyżej, w sferze technicznej „zawiera w sobie” dialog techniczny, a pozostawia zamawiającemu większą swobodę w ustaleniu warunków umowy. Zgodnie bowiem z przepisem art. 60f Prawa zamówień publicznych zamawiający po wyborze najkorzystniejszej oferty może w celu potwierdzenia zobowiązań finansowych lub innych warunków zawartych w ofercie negocjować z wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, ostateczne warunki umowy, o ile nie skutkuje to zmianami istotnych elementów oferty lub zmianami potrzeb i wymogów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu ani nie prowadzi do zakłócenia konkurencji lub dyskryminacji wykonawców.

  
Krzysztof Chajda  
Przewodniczący