

WYROK

z dnia 16 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2013 r. przez **K..... C..... - P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Czerwona Kropka K..... C..... – P..... w Szczecinie** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Miasto Szczecin**

przy udziale wykonawcy **G..... H....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo-Handlowe „WALDIX” G..... H..... w Szczecinie,** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **K..... C..... – P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Czerwona Kropka K..... C..... – P..... w Szczecinie** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez **K.....**

C..... - P....., prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Czerwona Kropka K..... C..... – Pi..... w Szczecinie tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **K..... C..... – P....., prowadzącej działalność gospodarczą pod firmą Czerwona Kropka K..... C..... – P..... w Szczecinie** na rzecz **Gminy Miasta Szczecin** kwotę **3 224 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dwieście dwadzieścia cztery złote zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, dojazdu na posiedzenie Izby i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Szczecinie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Miasto Szczecin – prowadzi postępowanie w sprawie zamówienia publicznego na oczyszczaniu miasta Szczecin, opróżnianie oraz serwisowanie koszy ulicznych.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 27 grudnia 2012 roku wykonawca K..... C..... – P....., prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Czerwona Kropka K..... C..... – P..... w Szczecinie (dalej: odwołująca się) wniosła odwołanie przeciwko wykluczeniu jej z udziału w postępowaniu, na skutek czego w oparciu o przepis z art. 24 ust. 4 ustawy jej oferta została odrzucona, mimo, że w całości była zgodna ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i stanowiła najkorzystniejszą ofertę.

W związku z powyższym odwołująca się wniosła o:

1. unieważnienie czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującej z uwagi na niespełnienie warunków określonych w specyfikacji zamówienia,
2. uwzględnienie odwołania oraz o powtórzenie czynności przez zamawiającego oceny ofert i dokonanie jej zgodnie z art.91 ust. 1 ustawy Pzp,
3. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Jednocześnie wniosła o:

- 1) przeprowadzenie dowodu z referencji wystawionych przez Gminę Kołbaskowo na okoliczność, że odwołująca może i będzie mogła w przyszłości uzyskać odpady po opróżnieniu pojemników - koszy ulicznych w ramach przedmiotowego zamówienia przewieźć

do swojej bazy na terenie powiatu polickiego, gdzie zostaną przygotowane do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwienia, a zatem na okoliczność, że niezasadne jest uzasadnienie wykluczenia jego z udziału w postępowaniu przetargowym,

2) przeprowadzenia dowodu z opinii właściwego urzędu w przedmiocie definicji pojęcia zezwolenia na zbieranie odpadów użytych w ustawie o odpadach, na okoliczność zasadności przeprowadzonej przez odwołującą interpretacji przepisów ustawy o odpadach, a tym samym na okoliczność, że błędne jest stanowisko przyjęte przez zamawiającego stanowiące podstawę wykluczenia odwołującego się z przedmiotowego przetargu.

Odwołująca się zarzuciła zamawiającemu:

1. naruszenie przepisu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy poprzez czynność wykluczenia z udziału w postępowaniu pomimo, iż odwołująca się spełniła wszystkie warunki określone w zamówieniu i w związku z tym nie było podstaw do jego wykluczenia.

2. błędną wykładnię art. 3 ust. 3 pkt 23 w zw. z art. 28 ust. 3 w zw. z art. 3 pkt 18 ustawy o odpadach, z uwagi na przyjęcie, że opróżnianie koszy z odpadami stanowi czynność zbierania odpadów, a tym samym wymaga zezwolenia Prezydenta Miasta Szczecina na dokonywanie tych czynności na terenie Gminy Miasto Szczecin - podczas gdy nie jest to czynności zbierania odpadów.

W uzasadnieniu odwołująca się podniosła, że zamawiający wszczął postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Oczyszczanie miasta Szczecin, opróżnianie oraz serwisowanie koszy ulicznych”. Zamawiający sporządził specyfikację istotnych warunków przedmiotowego zamówienia, w której treści wskazał, iż o udzielenie owego zamówienia mogą ubiegać się oferenci, którzy posiadają uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Spełnienie tego warunku Zamawiający uzależnił od przedłożenia przez wykonawcę:

a) zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów wymaganego na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. 2010r. Nr 185 poz. 1243 ze zmianami),

b) zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wymaganego na podstawie art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. 2010r. Nr 185 poz. 1243 ze zmianami),

W załączeniu do oferty odwołujący załączył Decyzję wydaną w dniu 14 czerwca 2010 r. (znak: SR.BS.7623-20/10) przez Starostę Polickiego w sprawie zezwolenia na zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne. W ocenie zamawiającego decyzja ta nie spełniała warunków- określonych rozdziale V ust. 2 pkt 2.2 ppkt 1 SIWZ, a które to zostały opisane powyżej. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie wskazanym powyżej. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący przedłożył tę samą decyzję tj. Decyzję wydaną w dniu 14 czerwca 2010 r. (znak: SR.BS.7623-20/10) przez Starostę Polickiego w sprawie zezwolenia na zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne.

Zamawiający w dniu 17 grudnia 2012 r. poinformował odwołującą się, że wykluczył ją z udziału w postępowaniu z uwagi na niespełnienie warunków' formalnych. Zamawiający wskazał, że zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów powinno być wydane przez właściwego miejscowo starostę, którym w ocenie zamawiającego jest Prezydent Miasta Szczecina. Uzasadniając swoje stanowisko zamawiający, opierając się na definicji zawartej w art. 3 ust. 3 pkt 23 ustawy o odpadach stwierdził, że miejscem zbierania odpadów jest miejsce opróżniania koszy, czyli Gmina Miasto Szczecin. Tym samym przedłożona przez wykonawcę decyzja nie spełniała warunków określonych w SIWZ.

W ocenie odwołującej się zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Odwołujący spełnił wszystkie warunki określone w zamówieniu i w związku z tym nie było podstaw do jego wykluczenia z postępowania. Zamawiający nie uwzględnił specyfiki prowadzenia działalności przez odwołującą się, która swoje przedsiębiorstwo zorganizowała w następujący sposób:

- odbiera odpady z pojemników następnie przewozi je do bazy usytuowanej na terenie powiatu polickiego, gdzie są rozdzielane i kierowane do miejsc ich odzysku lub unieszkodliwienia.

Odwołująca wskazuje, że czynności zbierania odpadów ma miejsce dopiero na terenie powiatu polickiego i tam też uzyskała stosowne zezwolenie na prowadzenie działalności w tym zakresie.

W ocenie odwołującej się błąd w stanowisku zamawiającego bierze się stąd, że dokonał on wadliwej wykładni przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (tekst jednolity Dz. U. 2010r. Nr 185 poz. 1243 ze zmianami) w szczególności art. 3 ust. 3 pkt 23 w7 zw. z art. 28 ust. 3 w zw. z art. 3 pkt 18. Wywiódł on bowiem z definicji zbierania odpadów - o następującym brzmieniu: „(...) każde działanie, w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie / magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie

ich do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania- oraz art. 28 ust. 3 ustawy o odpadach, że właściwym organem wydającym pozwolenie na zbieranie odpadów innych niż komunalne jest każdorazowo starosta tego powiatu. w którym dochodzi do odebrania odpadów, ponieważ opróżnianie koszy z odpadami stanowi czynność zbierania odpadów'.

Stanowisko to należy uznać za całkowicie błędne, gdyż nie znajduje podstawy w przepisach ustawy o odpadach jak i w literaturze przedmiotu oraz opiniach komentatorów. Aby dokonać właściwej wykładni przepisów należy zwrócić uwagę na dwie zasadnicze okoliczności, mianowicie:

- 1) definicję zbierania odpadów,
- 2) cel regulacji ustawodawcy dotyczącej zezwolenia na zbieranie lub transport odpadów.

Zamawiający dokonując wykładni przepisów ustawy bazuje na błędnym przekonaniu, że „każdy transport odpadów oznacza, że podmiot transportujący musi te odpady w jakiś sposób „zebrać”. W przypadku takiej interpretacji odwołujący, opróżniając kosze uliczne z odpadami naraża się na zarzut, że nie tylko transportuje odpady, ale również je zbiera w rozumieniu ustawy o odpadach.

Aby wykluczyć takie rozumienie przepisów ustawy o odpadach należy powołać się na dość jednolite stanowisko organów administracji, które to w przypadku tego typu zamówień, wyprowadzają w swoich postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego rozróżnienia zbierania i transportu odpadów przez przyjęcie kryterium użycia urządzeń lub pojemników służących do zbierania odpadów. Według takiego stanowiska, jeżeli dany podmiot podstawia jedynie środek transportu, na który są załadowywane odpady, a następnie je wywozi, to mamy do czynienia jedynie z transportem odpadów. Tylko w przypadku, gdy podmiot taki równocześnie zostawia u wytwórcy odpadów określony rodzaj pojemników lub kontenerów, wówczas jego działalność mogłaby ewentualnie mieć znamiona zbierania odpadów. Taka sytuacja w przedmiotowej sprawie nie ma miejsca. Zamówienie dotyczy w istocie wyłącznie opróżniania koszy i przemieszczania odpadów), dlatego też na potrzeby niniejszego postępowania trzeba odróżniać zbieranie odpadów które w rozumieniu ustawy o odpadach jest pojęciem formalnym, dotyczącym działalności w sensie ogólnym (dotyczy m.in. umieszczania odpadów w pojemnikach w celu przygotowania ich do późniejszego zagospodarowania czy też unieszkodliwiania), z transportem odpadów które jedynie dotyczy technicznego aspektu przemieszczania odpadów.

Odwołujący się podkreślił, że przedmiotem zamówienia (zgodnie z załącznikiem 6A do SIWZ) było między innymi utrzymanie czystości poprzez opróżnianie 1314 sztuk koszy

ulicznych 5 razy w tygodniu oraz opróżnianie 1084 sztuk koszy ulicznych 2 razy w tygodniu. Nadto Odwołujący miał serwisować kosze. Wymiana zużytych pojemników nie może być utożsamiana z używaniem urządzeń lub pojemników służących do zbierania odpadów i dlatego czynności podejmowane na terenie Gminy Miasta Szczecin ograniczałyby się wyłącznie do transportu odpadów a nie do ich zbierania i z tego punktu widzenia w żadnej mierze nie jest potrzebne odrębne (dodatkowe) zezwolenie na zbieranie odpadów' wydane przez inny organ (tj. Prezydenta Miasta Szczecina).

Posiłkowo można odwołać się do kryterium zgodnie, z którym decydującym dla oceny charakteru czynności jest prawo własności pojemnika (urządzenia) służącego do odbierania odpadów. Zgodnie z tym stanowiskiem jeżeli właścicielem pojemnika jest podmiot, który później te odpady transportuje, wówczas powinien być on zakwalifikowany jako zbierający odpady (taka sytuacji w niniejszym przypadku nie zachodzi). Z powyższego wynika jednoznacznie, że odwołujący również w przypadku tego kryterium nie może zostać uznany za podmiot zbierający odpady na terenie Gminy Miasto Szczecin, bowiem właścicielem (posiadaczem) przedmiotowych pojemników (koszy ulicznych) jest Gmina Miasto Szczecin, a nie Odwołujący.

W ocenie odwołującego niecelowym byłoby przyjęcie, że zgodnie z art. 28 ust. 3 pkt 1 ustawy o odpadach organem właściwym do wydania pozwolenia na zbieranie odpadów są starostowie wszystkich powiatów, z obszaru których zwożone (transportowane) są odpady. Nie ulega żadnym wątpliwości, że kryterium celowościowe wskazuje na interpretację, że właściwym jest tylko ten starosta, w którego powiecie znajduje się miejsce przeładunku odpadów.

Ponadto zamawiający w piśmie DZP.ES.500-146/12 z dnia 17.12.2012 r. w uzasadnieniu o wykluczeniu odwołującej się podał, że nie będzie mogła ona przewieźć odpadów na teren swojej bazy w powiecie polickim, co jest nieprawdziwą informacją. Wskazana firma posiadając zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez Starostę Polickiego oczywiście może i będzie mogła przewieźć odpady pozyskane w innych powiatach na teren swojej bazy w celu np.: przeładunku z mniejszych środków transportu do większych celem ekonomicznego wykorzystania środków transportu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołanie i zasądzenie kosztów postępowania według spisu kosztów.

W uzasadnieniu wskazał, że zgodnie z wymogami SIWZ wykonawca, celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu winien przedłożyć zezwolenie na

prorowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów, wymagane na podstawie art. 28 ustawy o odpadach (Rozdział V ust. 2 pkt 2.2lit. a SIWZ). Tymczasem odwołująca się przedłożyła zamawiającemu decyzję z dnia 14 czerwca 2010 roku Starosty Polickiego, zezwalającą na zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne. Dokument ten nie spełnia wymogów SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią art. 28 ust. 3 ustawy o odpadach właściwym miejscowo organem do wydania zezwolenia na zbieranie odpadów jest starosta właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów – w niniejszej sprawie – Prezydent Miasta Szczecina (ar. 3 ust. 3 pkt 18 ustawy o odpadach).

Izba stwierdziła, że stan faktyczny sprawy przedstawiony w odwołaniu i w odpowiedzi na odwołanie odpowiada ustaleniom dokonany przez Izbę. Stan ten nie jest ponadto sporny pomiędzy stronami postępowania.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że odwołujący się jest uprawniony do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp

Istotą sporu jest zajęcie stanowiska w sprawie pojęcia „zbierania odpadów” i – co za tym idzie – rozstrzygnięcia, czy odwołująca się mogła wykazać posiadanie odpowiednich uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia przedstawiając decyzję z dnia 14 czerwca 2010 roku Starosty Polickiego, zezwalającą na zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne.

W myśl art. 3 ust. 3 pkt 23 ustawy o odpadach przez zbieranie odpadów należy rozumieć każde działanie, w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania. Pojęcie transportu odpadów nie zostało zdefiniowane. W kontekście ustawy o odpadach oznaczać ono musi przemieszczenie odpadów do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania.

Zgodnie z art. 28 ust. 1 *in principio* ustawy o odpadach prowadzenie zbierania oraz transportu odpadów wymaga zezwolenia. Zgodnie z art. 28 ust. 3 ustawy o odpadach właściwym miejscowo organem do wydania zezwolenia jest starosta właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów. Z decyzji przedłożonej przez odwołującą się wynika, że jest ona

uprawniona do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów na terenie Powiatu Polickiego. W pkt. III decyzji ustalone zostały warunki prowadzenia działalności. I tak: „a) Odpady powinny być zbierane w sposób selektywny. b) Wnioskodawca nie przewiduje magazynowania odpadów. Zebrane odpady zostaną bezpośrednio przetransportowane do miejsc ich odzysku lub unieszkodliwienia”.

W ocenie Izby zamawiający zasadnie uznał, że przedłożona przez odwołującą się decyzja uprawnia do prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów na terenie powiatu polickiego. Ponadto z treści przedłożonej przez odwołującą się decyzji wynika, że nie przewiduje ona magazynowania odpadów, co oznacza, że odpady uzyskane z opróżnienia koszy zostaną przetransportowane do miejsc odzysku lub unieszkodliwienia. Należy zatem przyznać rację zamawiającemu, który uznał, że miejscem zbierania odpadów jest miejsce opróżniania koszy, które odbywać się będzie na terenie miasta Szczecin.

Odwołująca się wniosła o przeprowadzenie dowodu z referencji wystawionych przez Gminę Kołbaskowo na okoliczność, że odwołująca się może i będzie mogła w przyszłości uzyskane odpady po opróżnieniu pojemników – koszy ulicznych w ramach przedmiotowego zamówienia przewieźć do swojej bazy na terenie powiatu polickiego, gdzie zostaną przygotowane przez nią do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwienia oraz z opinii właściwego urzędu w przedmiocie definicji pojęcia „zezwolenia na zbieranie odpadów”.

Izba przeanalizowała zgłoszone wnioski dowodowe i skonstatowała, że – w zakresie referencji wystawionych przez Urząd Gminy Kołbaskowo – z dowodu tego nie wynika teza, która miała być za pomocą zawnioskowanego dowodu wykazana. Z treści referencji wynika jedynie, że odwołująca się wykonywała usługę dotyczącą opróżniania i wywozu odpadów komunalnych z pojemników na terenie gminy Kołbaskowo realizowanej w 2011 roku oraz że w zakres zamówienia wchodziło opróżnianie pojemników z odpadów, wywóz odpadów i utrzymanie terenu wokół pojemników.

Z kolei pismo z dnia 27 grudnia 2012 roku Urzędu Miasta Szczecina Wydziału Gospodarki Komunalnej nie może stanowić dowodu na okoliczność definicji pojęcia „zezwolenia na zbieranie odpadów” w rozumieniu ustawy o odpadach. Przedmiotem dowodu mogą być bowiem wyłącznie fakty, z których strona wywodzi skutki prawne. Opinia Urzędu Miasta Szczecin na temat rozumienia ustawowej definicji nie jest stwierdzeniem faktu, ale wyrażeniem stanowiska co do treści ustawy, które to stanowisko nie może mieć żadnej mocy wiążącej. Ponadto Izba stwierdza, że interpretacja treści rzeczzonego pisma nie może odbywać się z pominięciem zapytania, które odwołująca się skierowała do urzędu, a takie zapytanie nie zostało Izbie przedłożone. Nadto podkreślić należy, że Urząd Miasta Szczecin

jest jednostką organizacyjną zamawiającego, który w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie zaprezentował odmienne stanowisko, a zatem uznać należy, iż nie popiera poglądu wyrażonego we wskazanym piśmie.

Dodatkowo Izba wskazuje, że odwołująca się w treści odwołania powołuje się na stanowisko doktryny, komentatorów i podnosi, że zaprezentowana przez nią wykładnia definicji zbierania odpadów znajduje odzwierciedlenie w ugruntowanym stanowisku organów administracji. Jednakowoż – oprócz wskazanego wyżej pisma Urzędu Miasta Szczecin – odwołująca się nie wskazała, który konkretnie organ czy komentator taki pogląd prezentuje. Uzasadnienie odwołania jest na tyle ogólne, że brak jest możliwości stwierdzenia, że zaprezentowane stanowisko nie jest wyłącznie stanowiskiem odwołującej się.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....