

WYROK
z dnia 31 sierpnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie z udziałem stron w dniu 30 sierpnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 sierpnia 2022 r. przez wykonawcę **Polsuper Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa,**

w postępowaniu prowadzonym przez **Zarząd Oczyszczania Miasta, Warszawa**

przy udziale:

- A. wykonawcy D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **PARTNER D. A., Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- B. wykonawcy W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **BYŚ W. B., Warszawa** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,
- C. wykonawcy **Remondis Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Polsuper Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 16 sierpnia 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Polsuper Sp. z o.o., z siedzibą w Warszawa (dalej „Odwołujący”) zarzucają zamawiającemu Zarządowi Oczyszczania Miasta w Warszawie (dalej „Zamawiający”) naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 99 ust. 1 i 4 p.z.p w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 p.z.p. oraz art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.; dalej u.c.p.g.). i art. 9c ust. 1 u.c.p.g., poprzez brak dokonania wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności opisu przedmiotu zamówienia mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający nie wprowadził do dokumentów zamówienia wymogu posiadania przez wykonawców realizujących zamówienie, obowiązku wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa;
- 2) co jednocześnie skutkuje naruszeniem art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., poprzez niekorzystny wpływ na konkurencyjność, równe traktowanie wykonawców i nieproporcjonalne ukształtowanie opisu przedmiotu zamówienia w prowadzonym postępowaniu; ewentualnie ;
- 3) art. 112 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 114 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8 p.z.p. oraz art. 9b ust. 1 u.c.p.g. i art. 9c ust. 1 u.c.p.g., a w konsekwencji naruszeniem art. 16 pkt 1 i 3 p.z.p., poprzez brak określenia w warunkach udziału w postępowaniu obowiązku posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, tj. wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawy, co jednocześnie niekorzystnie wpływa na konkurencyjność, równe traktowanie wykonawców i nieproporcjonalność prowadzonego postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SWZ poprzez: (i) wprowadzenie do SWZ wymogu dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ewentualnie (ii) wprowadzenie warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, tj. wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia i jest zainteresowany wzięciem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, organizowanego przez Zamawiającego. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, uchybienia w opisie przedmiotu zamówienia (ewentualnie: braku wprowadzenia warunku udziału w postępowaniu) w zakresie w jakim nie przewiduje wymogu posiadania przez wykonawcę realizującego zamówienie wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W ocenie Odwołującego, brak wymogu posiadania ww. wpisu do RDR utrudnia uczciwą konkurencję i przeczy zasadzie proporcjonalności i faworyzuje podmioty, które nie dopełniły ustawowych wymogów w zakresie posiadania wpisu do działalności regulowanej. Tym samym może to uniemożliwić albo przynajmniej znacząco utrudnić Odwołującemu (ale też innym podmiotom, które spełniają wymogi określone przepisami prawa dla podmiotów wpisanych do RDR) ubieganie się o udzielenie zamówienia lub umożliwić udzielenie zamówienia podmiotom, które nie posiadają wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa. Tym samym Zamawiający – pomijając w SWZ istotne wymogi co do posiadania niezbędnych wpisów do przepisanych prawem rejestrów – nie tylko działa wbrew przepisom prawa, ale również utrudnia możliwość uzyskania zamówienia podmiotom, które dostosowały się do wymagań wynikających z powszechnie obowiązujących przepisów (w tym Odwołującemu). Tym samym, skoro postanowienia dokumentów zamówienia umożliwiają złożenie oferty i uzyskanie zamówienia przez podmioty do tego nieuprawnione, to godzą w interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia. Prowadzi to do powstania szkody po stronie Odwołującego w postaci utraty korzyści z jakimi wiązać się może uzyskanie zamówienia.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów, Odwołujący wskazał, że spór dotyczy braku określenia przez Zamawiającego warunków koniecznych do realizacji zamówienia w postaci wpisu do Rejestru Działalności Regulowanej w m. st. Warszawa w zakresie odbierania odpadów komunalnych (dalej również jako „RDR”). W ocenie Odwołującego brak określenia takiego wymogu w SWZ stanowi zaniechanie Zamawiającego, które rodzi daleko idące konsekwencje dla realizacji zamówienia – uchybienie to stanowi bowiem nie tylko brak precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, wypaczenie zasad postępowania, ale i potencjalnie niekorzystne skutki z punktu widzenia ochrony środowiska. Tymczasem to na Zamawiającym ciąży obowiązek jednoznacznego i pełnego opisanie przedmiotu zamówienia, w oparciu o zasady uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i zasadę proporcjonalności, ewentualnie określenia warunków udziału w postępowaniu w sposób jednoznaczny, obiektywny i niebudzący wątpliwości.

Zdaniem Odwołującego, już z samego charakteru przedmiotu zamówienia jednoznacznie wynika, że Zamawiający powinien doprecyzować przedmiot zamówienia i wprowadzić wymóg wpisu do rejestru działalności regulowanej na terenie m. st. Warszawy.

Odwołujący wskazał, że Zamówienie podzielone jest na 6 części, z których każda stanowi odrębne zadanie:

Część I /rejon I/ - Dzielnica Śródmieście;

Część II /rejon II/ - Dzielnice: Mokotów, Ursynów, Wilanów;

Część III /rejon III/ - Dzielnice: Ochota, Ursus, Włochy;

Część IV /rejon IV/ - Dzielnice: Bemowo, Bielany, Wola, Żoliborz;

Część V /rejon V/ - Dzielnice: Praga Północ, Targówek, Białołęka;

Część VI /rejon VI/ - Dzielnice: Praga Południe, Wawer, Rembertów, Wesoła.

Według Wspólnego Słownika Zamówień, przedmiot zamówienia obejmuje kod CPV: 90513200-8 usługi wywozu stałych odpadów i polega na wykonywaniu na terenie m.st. Warszawy następujących prac:

– dla części I-V:

- a) opróżniania koszy,
- b) interwencyjnego opróżniania koszy,
- c) przestawiania koszy,
- d) mycia koszy.

- dla części VI:

- a) opróżniania koszy,
- b) interwencyjnego opróżniania koszy,
- c) przestawiania koszy,
- d) mycia koszy,
- e) opróżniania pojemników do selektywnej zbiórki odpadów.

W ocenie Odwołującego, zadaniem wykonawcy realizującego zamówienie jest więc odbieranie odpadów wytworzonych przez inne podmioty (zwykle: mieszkańców m. st. Warszawa) z koszy ulicznych położonych na nieruchomościach należących do m. st. Warszawa. Warto podkreślić, że językowe rozumienie słowa „odbiór” oznacza <<odebranie czegoś, co jest dla danej osoby przeznaczone>> (www.sjp.pwn.pl). W tym kontekście chodzi o odebranie odpadów z koszy ulicznych, co – w okolicznościach tego zamówienia - jest niczym innym jak ich opróżnianiem. Jest to niezwykle istotne z punktu widzenia kwalifikacji tej czynności z punktu widzenia przepisów ustawy o odpadach i ustawy o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach, ponieważ wiąże się to z obowiązkiem wpisu przez wykonawców do rejestru działalności regulowanej na terenie m. st. Warszawa.

W ocenie Odwołującego, mając na uwadze powyższe, kluczowy z punktu widzenia przedmiotu zamówienia jest fakt, że Zamawiający jednoznacznie kwalifikuje jaki odpad jest objęty przedmiotem zamówienia – jest to odpad o kodzie 20 03 01, a więc zmieszany odpad komunalny. W tym miejscu warto zwrócić uwagę na specyfikę odpadu komunalnego.

Definicja

„odpadu komunalnego” została zawarta w art. 3 pkt 7 ustawy o odpadach. Definicja ta stanowi, że „odpadami komunalnymi” są odpady powstające w gospodarstwach domowych oraz odpady pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter i skład są podobne do odpadów z gospodarstw domowych, w szczególności niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne i odpady selektywnie zebrane:

- a) z gospodarstw domowych, w tym papier i tektura, szkło, metale, tworzywa sztuczne, bioodpady, drewno, tekstylia, opakowania, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory oraz odpady wielkogabarytowe, w tym materace i meble, oraz
- b) ze źródeł innych niż gospodarstwa domowe, jeżeli odpady te są podobne pod względem charakteru i składu do odpadów z gospodarstw domowych.

Zdaniem Odwołującego, sama definicja odpadu komunalnego w zasadzie jednoznacznie określa kto wytwarza odpad komunalny, w tym odpad o kodzie 20 03 01 (zmieszany [niesegregowany] odpad komunalny). Niemniej, sięgając do definicji „wytwórcy odpadów” (art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach) to przez wytwórcę odpadów rozumie się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. W ocenie Odwołującego, z całą pewnością w ramach tego postępowania nie można uznać, że to wykonawcy będą jednocześnie „wytwórcami odpadów” w rozumieniu definicji z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach.

Odwołujący wskazał, że ze specyfiki przedmiotu zamówienia (polegającego na opróżnianiu koszy ulicznych) nijak nie wynika, że wykonawca realizujący usługę:

- spowodował powstanie odpadów (wykonawca odbiera odpady, które zostały wytworzone przez inne podmioty),
- zmienia charakter lub skład odbieranych odpadów.

Co jednak najistotniejsze, realizowana usługa nie wpisuje się w świadczenie usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw. Wedle przypisanego przez Zamawiającego kodu wg Wspólnego Słownika Zamówień CPV, usługa obejmuje kod 90513200-8, tj. usługi wywozu stałych odpadów miejskich. Nie ma więc podstaw do uznania, że to wykonawca realizujący usługę jest jednocześnie wytwórcą odpadów.

Konkludując, wykonawca realizujący zamówienie nie jest wytwórcą odpadów w rozumieniu przepisów ustawy o odpadach. Konsekwencją powyższego jest obowiązek uwzględnienia tego faktu i jasne określenie w warunkach udziału w postępowaniu, że wykonawca realizujący zamówienie jest obowiązany posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa na podstawie przepisów u.c.p.g. Wykonawca realizujący to zamówienie nie może działać w legislacyjnej próżni, nie może być kimś „pomiędzy” wytwórcą a odbiorcą odpadów. Wątpliwości co do statusu wykonawcy realizującego zamówienie rozstrzyga sam opis przedmiotu zamówienia, który przesądza o tym, że zamówienie polega na odbiorze odpadów, a nie ich wytwarzaniu.

Odwołujący wskazał, że proces gospodarowania odpadami jest procesem sformalizowanym, mocno regulowanym przez przepisy prawa. Z tego też względu tak istotne jest odpowiednie wywiązywanie się przez zamawiających z obowiązku właściwego opisywania przedmiotu zamówienia. Jeżeli Zamawiający nie wprowadza do dokumentów zamówienia wymogu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, to pojawia się istotna wątpliwość co do charakteru w jakim występuje wykonawca tego zamówienia. Z punktu widzenia zarówno przepisów ustawy o odpadach, jak i u.c.p.g. (a w konsekwencji i p.z.p.) jest niezwykle istotne kto posiada status wytwórcy odpadów, a kto jest podmiotem te odpady odbierającym. Zamawiający zdaje się zmierzać do sytuacji, w której to wykonawca realizujący zamówienie będzie traktowany jako wytwórca odpadów. Jest to jednak sprzeczne z przepisami prawa i jeżeli taka jest rzeczywista intencja Zamawiającego, to tym bardziej zasadne jest doprecyzowanie opisu przedmiotu zamówienia poprzez wprowadzenie jasnego wymogu posiadania wpisu do RDR przez wykonawcę (ewentualnie sformułowanie warunku udziału w tym zakresie). Wymóg ten jest bowiem powiązany ze statusem podmiotu odbierającego odpady jaki powinien przysługiwać wykonawcy realizującemu to zamówienie.

Wymaga podkreślenia, że brak wymogu posiadania wpisu do RDR ma realne przełożenie na treść ofert składanych w tym postępowaniu przez przyszłych oferentów. Posiadanie wpisu do RDR wiąże się z koniecznością spełnienia wymogów wynikających z przepisów u.c.p.g. oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122).

Odwołujący wskazał, że wedle przepisów Rozporządzenia, podmiot wpisany do RDR:

- musi posiadać wyposażenie umożliwiające odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienie jego odpowiedniego stanu technicznego;
- utrzymanie odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- pełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów,
- zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowotransportowej.

W ocenie Odwołującego, powyższe wymogi (uszczegółowione w przepisach Rozporządzenia) nie są wymogami nadmiernymi, niemniej powodują, że podmioty prowadzące działalność w zakresie odbioru odpadów muszą zachować minimum standardów, które zapewniają świadczenie usług na odpowiednim poziomie, z pożytkiem dla mieszkańców i środowiska. Celem Zamawiającego nie powinno być więc „uciekanie” spod rygorów tych przepisów – wręcz przeciwnie: w interesie mieszkańców m. st. Warszawa powinno być dopilnowanie, aby reprezentujący ich Zamawiający egzekwował od wykonawców spełnianie ww. wymagań. Inaczej, newralgiczne dla bezpieczeństwa i higieny mieszkańców zadania związane z gospodarowaniem odpadami, będą realizowały podmioty nieposiadające odpowiedniego zaplecza, a odpady odebrane z koszy ulicznych w m. st. Warszawa będą w nadzwyczajny sposób „znikać”. Przyjęcie bowiem koncepcji, że to wykonawca realizujący zamówienie jest jednocześnie wytwórcą odpadów, poza tym, że nielogiczne, będące wbrew ustawowym definicjom, powoduje również „wyjęcie” odpadów z opróżnionych koszy spod obowiązków ewidencyjnych określonych w ustawie o odpadach, a także problemy z ich przyjęciem i zagospodarowaniem w przeznaczonych do tego instalacjach.

Odwołujący zwrócił uwagę, że sam Zamawiający widzi, że charakter zamówienia polega de facto na odbiorze odpadów. W załączniku nr 2 do wzoru umowy – Wymagania jakościowe

prac oraz warunki realizacji umowy, pkt 1.2., czytamy, że wykonawca zobowiązany jest dysponować minimalną ilością sprzętu:

- 2 pojazdami ciężarowymi spełniającymi minimum wymogi normy Euro 5 o ładowności max. 3,5t wyposażonymi w zabezpieczenie skrzyni przed wywiewaniem śmieci /zabudowa, siatka, itp./ Auta muszą być przystosowane do jednoczesnego odbioru odpadów zmieszanych z koszy i selektywnie zebranych z pojemników, tak by zebrane odpady się nie mieszały.

Zamawiający sam posługuje się pojęciem „odbioru odpadów” w kontekście koszy ulicznych. Konsekwencją takiego stanu rzeczy powinno być jednak zapewnienie, że biorący udział w postępowaniu wykonawcy, będą wpisani do RDR, tak jak nakazują to przepisy prawa. Nie jest to więc sfera uznania przez Zamawiającego, ale jego obowiązek. Odwołujący podkreślił przy tym samo brzmienie art. 9b ust. 1 u.c.p.g. Przepis ten stanowi, że działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2021 r. poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r. poz. 24 i 974). Treść przywołanego przepisu pokazuje, że ustawodawca nakazuje szeroko rozumieć obowiązek wpisu do RDR, ponieważ podlega mu nie tyle sama działalność odbierania odpadów, co działalność w tym zakresie. Bez wątplenia opróżnianie koszy ulicznych stanowi działalność w zakresie odbierania odpadów, skoro ma ona polegać na ich wywozie.

W ocenie Odwołującego powyższe znajduje odzwierciedlenie w ukształtowanym orzecznictwie sądów administracyjnych. I tak, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, że określając cele u.c.p.g., ustawodawca zakreślił szeroko pojęcie odbierania odpadów, nie ograniczając go wyłącznie do faktycznego odbierania, ale przyjmując szerokie jego rozumienie przez użycie sformułowania „działalność w zakresie odbierania odpadów” (por. wyrok NSA z 7.05.2019 r., II OSK 1560/17). Z kolei w wyroku NSA z 7.05.2019 r., II OSK 1560/17, „działalność w zakresie odbierania odpadów” należy rozumieć szerzej niż samo „odbieranie odpadów”. Zgodnie natomiast z wyrokiem WSA w Rzeszowie, II SAB/Rz 13/22, to na gminie spoczywa kluczowy obowiązek kontroli szeroko rozumianej prawidłowości wykonywania działalności przez podmioty odbierające odpady. Jest to działalność regulowana - art. 9b ust. 1, art. 9d i nast., art. 9q u.c.p.g. Ta kontrola prawidłowości powinna się przejawiać, w ocenie Odwołującego, w zapewnieniu odpowiednich wymagań w opisie przedmiotu zamówienia lub ukształtowaniu warunków udziału w postępowaniu.

Tymczasem Zamawiający – kształtując postanowienia SWZ w sposób dowolny (ewentualnie, nie przewidując w nich wszystkich koniecznych do realizacji zamówienia warunków udziału w

postępowaniu) – wychodzi ze swej roli podmiotu, który odpowiada za system gospodarki odpadami na swoim terenie. Brak doprecyzowania opisu przedmiotu zamówienia (ewentualnie warunków udziału w postępowaniu) w zakresie wprowadzenia wymogu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej powoduje, że w postępowaniu mogą brać udział podmioty, które nie mają odpowiedniego przygotowania (w tym zaplecza). Zaniechanie Zamawiającego nie jest więc „otwarcie się na konkurencyjność”, ale rozmywaniem wiążących go przepisów ustawy o odpadach i u.c.p.g., a w zakresie przepisów p.z.p. stanowi niedozwolone faworyzowanie podmiotów, które unikają spełniania minimalnych wymogów jakie wiążą się z wpisem do RDR.

Skutkuje to nierównym traktowaniem podmiotów ubiegających się o zamówienie, ponieważ podmioty (takie jak Odwołujący), które spełniają wszystkie wymogi wynikające z u.c.p.g. i aktów wykonawczych do niej, znajdują się w gorszej sytuacji od podmiotów tych postanowień nierespektujących. Wykonawcy posiadający wpis do RDR ponoszą bowiem większe koszty prowadzenia działalności w stosunku do podmiotów nieposiadających takiego wpisu (na skutek spełniania wymogów określonych w przywołanym wyżej Rozporządzeniu), co godzi w zasady wyrażone w art. 16 pkt 1 p.z.p. (zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców) oraz zasadę proporcjonalności, wyrażoną w art. 16 pkt 3 p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, zdaniem Odwołującego, Zamawiający faworyzuje w postępowaniu udział podmiotów, które nie będą – na etapie realizacji – spełniały wymagań określonych w przepisach prawa, co stanowi naruszenie art. 99 ust. 4 p.z.p. i dowodzi zachwiania podstawowych zasad postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to uprzywilejowanie podmiotów niespełniających podstawowych wymogów zapewniających należyte postępowanie z odpadami. Trudno jednak pochwalać takie podejście Zamawiającego, który powoduje w ten sposób nie tyle otwarcie się konkurencyjność, co na możliwość obejścia przepisów ustawy o odpadach i u.c.p.g. Zamawiający karze w ten sposób podmioty, które nie uciekają od wymogów ustawodawcy stawiając je w gorszej sytuacji od podmiotów, które tymi wymogami po prostu się nie przejmują. Jednocześnie Zamawiający narusza w ten sposób art. 99 ust. 1 p.z.p., który nakłada na niego – jako gospodarza postępowania – obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając przy tym wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Skoro brak jest opisanie w SWZ podstawowych wymogów, których Zamawiający powinien żądać od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, to trudno mówić o wyczerpującym i jednoznacznym opisanie przedmiotu zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Opróżnianie koszy na terenie m.st. Warszawy”.

Zamówienie zostało podzielone na 6 części, z których każda stanowi odrębne zadanie:

Część I /rejon I/ - Dzielnica Śródmieście;

Część II /rejon II/ - Dzielnice: Mokotów, Ursynów, Wilanów;

Część III /rejon III/ - Dzielnice: Ochota, Ursus, Włochy;

Część IV /rejon IV/ - Dzielnice: Bemowo, Bielany, Wola, Żoliborz;

Część V /rejon V/ - Dzielnice: Praga Północ, Targówek, Białołęka;

Część VI /rejon VI/ - Dzielnice: Praga Południe, Wawer, Rembertów, Wesoła.

Izba ustaliła, że w Rozdziale VI SWZ, Zamawiający wskazał, że nie stawia warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że we wzorze umowy, Zamawiający zawarł następujące postanowienia:

§ 3 Warunki wykonania umowy

1. Wymagania jakościowe prac oraz warunki realizacji umowy określa załącznik nr 2 do umowy.
2. Wykonawca oświadcza, że posiada uprawnienia, doświadczenie, potencjał kadrowy i techniczny niezbędny do wykonania przedmiotu Umowy, w tym wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2022 r., poz. 699 z późn.zm.) w zakresie transportu odpadów komunalnych (minimum kod 20 03 01), (wpis do rejestru BDO).
3. W zakresie zagospodarowania odpadów Wykonawca postępować będzie zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, a w szczególności posługiwać się będzie przy gospodarowaniu odpadami podmiotami spełniającymi warunki określone ww. ustawą.

Izba ustaliła, że Zamawiający w sposób następujący określił prace opróżniania koszy:

- opróżnienie /usunięcie/ całej zawartości kosza w tym również usunięcie zanieczyszczeń znajdujących się pod wkładem oraz w promieniu 2 metrów od kosza;

odpady należy umieścić bezpośrednio na pojeździe oraz zagospodarować zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa;

- umieszczanie w koszu wkładu metalowego w sposób niepowodujący jego wystawania 1,5 cm powyżej krawędzi kosza,
- utrzymanie czystości w promieniu 2 metrów od kosza,
- w przypadku koszy wyposażonych w zamki, każdorazowo po ich opróżnieniu zamykanie koszy na zamek w sposób uniemożliwiający jego otwarcie przez osoby trzecie.

Prace opróżniania pojemników do selektywnej zbiórki odpadów obejmują:

- opróżnienie /usunięcie/ całej zawartości czteromodułowego zestawu koszy w tym również usunięcie zanieczyszczeń znajdujących się pod wkładami, umieszczenie odpadów bezpośrednio na pojeździe w sposób uniemożliwiający zmieszanie się odpadów oraz ich zagospodarowanie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- umieszczanie w czteromodułowym zestawie koszy wkładów metalowych, umieszczenie worka we wkładzie kosza do zbierania BIO odpadów i zamknięcie koszy,
- utrzymanie czystości w promieniu 2 metrów od czteromodułowego zestawu koszy.
- ustawienie koszy we wskazanym przez Zamawiającego miejscu i terminie.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby zarzuty podniesione w odwołaniu okazały się niezasadne.

Należy wskazać na wstępie, że zgodnie z art. 99 ust. 1 ustawy Pzp przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Ust. 4 ustawodawca wskazał, że przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję, w szczególności przez wskazanie znaków towarowych, patentów lub pochodzenia, źródła lub szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty lub usługi dostarczane przez konkretnego wykonawcę, jeżeli mogłoby to doprowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania niektórych wykonawców lub produktów.

Odwołujący upatruje naruszenia art. 99 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 ustawy Pzp z uwagi na brak dokonania wyczerpującego opisu przedmiotu zamówienia oraz

nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności opisu przedmiotu zamówienia mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty w zakresie, w jakim Zamawiający nie wprowadził do dokumentów zamówienia wymogu posiadania przez wykonawców realizujących zamówienie, obowiązku wpisu do rejestru działalności regulowanej w m. st. Warszawa. Zdaniem Odwoływającego obowiązek posiadania takiego wpisu wynika z przepisów obowiązującego prawa.

Izba nie podziela stanowiska wykonawca i przedstawionej przez niego analizy przepisów prawa.

Zgodnie z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2022 r. poz. 1297 ze zm.) (dalej „u.o.u.c.g.”), działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162 i 2105 oraz z 2022 r. poz. 24 i 974). Ustawa nie definiuje pojęcia „odbierania” odpadów.

Zgodnie z art. 1a u.o.u.c.g., w sprawach dotyczących postępowania z odpadami komunalnymi w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2022 r. poz. 699) (dalej „ustawa o odpadach”). Również ustawa o odpadach nie zawiera definicji „odbierania” odpadów. Natomiast ustawodawca w ustawie o odpadach wskazał w art. 3 ust. 1 pkt 23, że za wytwórcę odpadów uważa się każdego, którego działalność lub bytowanie powoduje powstawanie odpadów (pierwotny wytwórca odpadów), oraz każdego, kto przeprowadza wstępną obróbkę, mieszanie lub inne działania powodujące zmianę charakteru lub składu tych odpadów; wytwórcą odpadów powstających w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej.

Kluczowe w analizowanym stanie faktycznym było rozstrzygnięcie czy zakres usług wskazany przez Zamawiającego w SWZ uznany może być za świadczenie usług sprzątnięcia terenów m.st. Warszawy czy za usługę obioru odpadów od właścicieli nieruchomości, której wykonywanie wymaga uzyskania wpisu do rejestru, zgodnie z art. 9c u.o.u.c.g. Zamawiający uzasadniając swoje stanowisko powołał się na opinię Ministerstwa Klimatu i Środowiska z dnia 10 stycznia 2019 r. Z opinii tej wynika, że cyt. „ (...) podmiot, który prowadzi działalność polegającą wyłącznie na opróżnianiu koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątnięciu ulic i targowisk, może, ale nie musi być podmiotem odbierającym odpady

komunalne od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) wytwórcą odpadów w wyniku świadczenia usług w zakresie budowy, rozbiórki, remontu obiektów, czyszczenia zbiorników lub urządzeń oraz sprzątnięcia, konserwacji i napraw jest podmiot, który świadczy usługę, chyba że umowa o świadczenie usługi stanowi inaczej. Wobec powyższego istotne jest, jaka jest treść umowy łączącej strony. W przypadku gdy w umowie będzie wskazane, że wytwórcą odpadów jest zlecający wykonanie usługi, wówczas wykonujący usługę jest odbierającym odpady komunalne i powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej oraz spełnić wymogi wynikające z ww. rozporządzenia. Jeżeli jednak w umowie nie będzie takiego zapisu, wówczas to wykonujący usługę opróżniania koszy ulicznych, pielęgnacji terenów zielonych lub sprzątnięcia ulic i targowisk będzie wytwórcą odpadów, a nie odbierającym odpady od właścicieli nieruchomości.”

Izba zgadza się ze stanowiskiem przedstawionym w/w opinii Ministerstwa Klimatu i Środowiska. Zdaniem Izby z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach wynika, że podmiot, który wykonuje usługi sprzątnięcia może, ale nie musi być podmiotem odbierającym odpady. Zgodnie bowiem z przywołaną regulacją umowa łącząca strony może przewidywać, że podmiot taki nie będzie uważany za wytwórcę odpadów. W przypadku zatem, gdy strony w łączącej je umowie ustalą, że wytwórcą odpadów będzie podmiot zlecający usługę, wówczas wykonawca usługi jest odbierającym odpady komunalne i winien posiadać stosowane zezwolenie. Zamawiający jednakże nie wprowadził takich zapisów we wzorze umowy. Zatem, w analizowanym stanie faktycznym, należy przyjąć, że to wykonawca będzie wytwórcą odpadów, nie zaś odbierającym odpady od właścicieli nieruchomości.

Izba ponadto wskazuje, że zgodnie z art. 9b u.o.u.c.g. działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną. Ustawodawca wskazał w art. 9c w/w ustawy, że przedsiębiorca odbierający odpady od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 3 u.o.u.c.g. utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Ustawodawca w art. 5 ust. 5 ustawy dokonał usystematyzowania podziału obowiązków pomiędzy gminę, właścicieli nieruchomości i zarządy dróg. Uczyniono to w ten sposób, że do obowiązków gminy wskazanych w art. 3, 3b i 3c ustawy dodano dodatkowe obowiązki, czyli:

- 1) utrzymanie czystości i porządku na terenach innych niż wymienione w art. 5 ust. 1–4 u.o.u.c.g, czyli na terenach poza nieruchomościami stanowiącymi własność

podmiotów innych niż gmina, poza terenami budów, poza torowiskami pojazdów szynowych, poza drogami publicznymi;

- 2) utrzymanie czystości i porządku na chodnikach dróg publicznych, jeżeli na chodniku jest dopuszczony płatny pojazd lub parkowanie pojazdów samochodowych, a gmina pobiera za to opłaty – wtedy gmina jest zobowiązana do:
 - a) uprzątnięcia i pozbycia się błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń z chodnika,
 - b) zbierania i pozbywania się odpadów zgromadzonych w pojemnikach do tego przeznaczonych umieszczonych na tym chodniku,
 - c) utrzymania tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym.

Zatem gmina odpowiada za utrzymanie czystości i porządku na całym swoim obszarze, co do zasady, a wyjątki od niej muszą być zaś wyraźnie wskazane w przepisach, tak jak ma to miejsce w art. 5 ust. 1–4 u.o.u.c.g, w zakresie których ustawodawca przewidział obowiązki właścicieli nieruchomości. Zdaniem Izby, ustawodawca w ramach przyjętej systematyki podziału obowiązków związanych z utrzymaniem porządku i czystości gmin i obowiązkiem posiadania wpisu do rejestru o którym mowa w art. 9b i 9c u.o.u.c.g. nie obejmuje swoim zakresem podmiotowym odbioru odpadów z koszy ulicznych, gdyż nie mamy tu do czynienia z odbiorem odpadów od właścicieli nieruchomości.

Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mamy do czynienia z usługą sprzątnięcia, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach oraz złożonej do akt sprawy opinii prywatnej, Izba nie podziela stanowiska wykonawcy. Po pierwsze, Izba wskazuje, że ustawodawca nie zdefiniował pojęcia „sprzątnięcia” ani w ustawie o odpadach ani w ustawie o u.o.u.c.g. Wg słownika języka polskiego „sprzątnięcie” to usuwanie brudu, śmieci z powierzchni lub pomieszczeń i porządkować. Zamawiający w OPZ – wzór umowy wskazał, że przedmiotem zamówienia jest:

- opróżnienie /usunięcie/ całej zawartości kosza w tym również usunięcie zanieczyszczeń znajdujących się pod wkładem oraz w promieniu 2 metrów od kosza; odpady należy umieścić bezpośrednio na pojeździe oraz zagospodarować zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa,
- umieszczanie w koszu wkładu metalowego w sposób niepowodujący jego wystawiania 1,5 cm powyżej krawędzi kosza,
- utrzymanie czystości w promieniu 2 metrów od kosza,
- w przypadku koszy wyposażonych w zamki /dotyczy części I, IV, każdorazowo po ich opróżnieniu

- zamykanie koszy na zamek w sposób uniemożliwiający jego otworzenie przez osoby trzecie.

Powyższy zakres usług został prawidłowo uznany przez Zamawiającego za usługę sprzątnia. Usługa ta stanowi usuwanie śmieci zgromadzonych w koszach na terenach publicznych, z jednoczesnym utrzymaniem czystości w promieniu 2 metrów od kosza. Tym samym Zamawiający prawidłowo odniósł się do art. 3 ust. 32 ustawy Pzp i zakwalifikował zakres usług wskazany w SWZ jako usługę sprzątnia. W SWZ – wzór umowy Zamawiający nie zawarł żadnych dodatkowych regulacji, postanowień dotyczących określenia statusu wytwórcy odpadów. W związku z tym wykonujący usługę wykonawca będzie uważany za wytwórcę odpadów, a nie odbierającym odpady komunalne. Odnosząc się zaś do opinii złożonej przez Odwołującego z dnia 25 sierpnia 2022 r., Izba wskazuje, że zawiera ona odmienną wykładnię przepisów ustawy o odpadach, której Izba w analizowanym stanie faktycznym uznała za nieprawidłową. Z art. 3 pkt 23 ustawy o odpadach nie wynika w żaden sposób, iż czynności usuwania śmieci z koszy publicznych i sprzątnia terenów wokół koszy publicznych muszą towarzyszyć jakieś inne, dodatkowe czynności kwalifikowane jako czynności sprzątnia. W konsekwencji, Izba uznała zarzut za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 112 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 114 pkt 1 p.z.p. w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 8 p.z.p. oraz art. 9b ust. 1 u.c.p.g. i art. 9c ust. 1 u.c.p.g.

W ocenie Izby zarzut nie potwierdził się. Na wstępie, odnosząc się ogólnie do sformułowanych w odwołaniu zarzutów, Izba podkreśla, że odwołania dotyczące postanowień dokumentów zamówienia, tak jak dotyczące każdej innej czynności lub zaniechania zamawiającego, służą ochronie wykonawców przed działaniami niezgodnymi z przepisami prawa (art. 513 pkt 1 i 2 ustawy Pzp), a Izba może uwzględnić odwołanie wyłącznie w sytuacji, gdy stwierdzi niezgodność tych postanowień z wymaganiami wynikającymi z przepisów ustawy (art. 554 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp). Nie korzystają zatem z ochrony prawnej dążenia wykonawców ukierunkowane jedynie na ukształtowanie korzystniejszej dla siebie treści dokumentów zamówienia, jeżeli treść nadana przez Zamawiającego nie narusza obowiązujących przepisów.

W odniesieniu do zarzutów dotyczących warunków udziału w postępowaniu Izba ustaliła, że Zamawiający w Rozdziale VI SWZ wskazał, że nie stawia warunków udziału w postępowaniu. Jednakże takie działanie Zamawiającego nie stanowi naruszenie przepisów

ustawy Pzp. Należy bowiem mieć na uwadze – co Odwołujący zdaje się pomijać – że w świetle przepisów ustawy zamawiający ma prawo, a nie obowiązek, sformułowania warunków udziału w postępowaniu. Wynika to wprost z przepisu art. 57 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że ustawa pozostawia zamawiającemu decyzję, czy w danym postępowaniu określić warunki udziału w postępowaniu, stanowiąc jednocześnie, że jeśli takie warunki zamawiający zdecyduje się określić, muszą być one – zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy Pzp – proporcjonalne do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiające ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Art. 112 ust. 1 ustawy Pzp nie może być więc interpretowany tak, jak to robi Odwołujący, jako statuujący obowiązek określenia warunków udziału w postępowaniu w każdej sytuacji, w której ze względu na przedmiot jest to zasadne. Powyższy przepis wyznacza granicę swobody zamawiającego w kształtowaniu warunków udziału w postępowaniu, uniemożliwiając ich opisywanie w sposób nadmierny i niezwiązany z celem, jakim jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania przedmiotu zamówienia. W żadnej mierze jednak nie wprowadza on obowiązku określania warunków udziału w postępowaniu. Obowiązku takiego nie sposób też wywodzić z przepisów ogólnych, określających zasady udzielania zamówień publicznych (art. 16 i 17 ustawy Pzp), w tym z zasady proporcjonalności. Nie można bowiem z ogólnych zasad nakazujących prowadzenie postępowania w sposób proporcjonalny i zapewniający najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, wywodzić obowiązku opisanie określonych warunków udziału w postępowaniu i uzasadniać tego stopniem skomplikowania zamówienia w sytuacji, gdy inny przepis ustawy, odnoszący się wprost do warunków udziału w postępowaniu (art. 57 pkt 2 ustawy Pzp) wyraźnie stanowi, że Zamawiający może, ale nie musi warunków udziału w postępowaniu określać.

Skoro określenie warunków udziału w postępowaniu jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego, to nie można w drodze środków ochrony prawnej skutecznie domagać się ani formułowania przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w określonym zakresie, ani „zaostżenia” warunków, które zamawiający określił. Zarówno bowiem nieokreślenie warunków jak i określenie ich na poziomie niższym niż jest to dopuszczalne z uwagi na przedmiot zamówienia, nie stanowi naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy i w konsekwencji nie może prowadzić do uwzględnienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 oraz art. 574 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: