

**WYROK**

**z dnia 17 września 2015 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Magdalena Rams**

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **15 września 2015 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **5 września 2015 r.** przez wykonawcę **R. G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą R. G. Rymigo**

w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Nowy Sącz**

**orzeka:**

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **wykonawcę R. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. G. Rymigo** i:
  - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę R. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. G. Rymigo** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

W dniu 4 września 2015 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy R. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą R. G. Rymigo (dalej „**Odwolujący**”) zarzucając zamawiającemu Miastu Nowy Sącz (dalej „**Zamawiający**”) naruszenie:

1. Art. 29 ust. 2 w zw. z art. 7 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i brak jednoznacznego określenia w SIWZ sposoby postępowania z powstałymi odpadami zielonymi z pielęgnacji terenów zieleni urządzonej, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ rozdział I oraz powstałymi odpadami zielonymi z garbienia zieleńców o których mowa w załączniku nr. 1 do SIWZ rozdział III;
2. Art. 29 ust. 1 ustawy Pzp poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niejednoznaczny i nie wyczerpujący, za pomocą niedostatecznie dokładnych danych i zrozumiałych określeń, mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty poprzez brak odniesienia się przez Zamawiającego w SIWZ w zakresie gospodarowania odpadami zielonymi wytworzonymi na terenach objętych Zamówieniem Publicznym do aktu prawa miejscowego jakim jest uchwała Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 22 czerwca 2015 roku opublikowana w dzienniku Urzędu Województwa Małopolskiego dnia 14 lipca 2015 r. a poprzez to brak jednoznacznego określenia w SIWZ sposobu postępowania z powstałymi odpadami zielonymi z pielęgnacji terenów zieleni urządzonej, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ rozdział 1 oraz powstałymi odpadami zielonymi powstałymi z garbienia zieleńców o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ rozdział III.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący wniósł o: (i) uwzględnienie odwołania; (ii) nakazanie Zamawiającemu zmiany postanowień SIWZ oraz jej załączników w sposób zapewniający zgodność opisu przedmiotu zamówienia z powołanymi powyżej przepisami PZP tj. w szczególności: (a) określenie sposobu postępowania z odpadami zielonymi, o których mowa w §2 ust. 2 pkt 2), z terenów nieruchomości niezamieszkałych o których mowa §2 ust. 1 pkt. 5) uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku, o których mowa w zamówieniu publicznym; (b) określenie sposobu rozliczenia się wykonawcy z Zamawiającym z wytworzonych odpadów, które zgodnie §17 ust 2 uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 25 czerwca 2015 roku powinny zostać przekazane do

regionalnej instalacji do przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów wyznaczonych w uchwale Sejmiku Województwa Małopolskiego w sprawie wykonania „Planu Gospodarki Odpadami Województwa Małopolskiego”; (c) określenia, że wykonawca przejmuje na czas trwania zamówienia obowiązki właściciela nieruchomości związane z gospodarowaniem odpadami w świetle §2 ust. 1 pkt 3 uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku lub określenia, że Zamawiający sam będzie pełnił obowiązki właściciela nieruchomości w zakresie gospodarowania odpadami w świetle §2 ust. 1 pkt 3) uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku i tym samym zwolni wykonawcę z uiszczania opłat za gospodarowanie odpadami zielonymi powstałymi w trakcie realizowania przez niego zamówienia publicznego i doprecyzowania, że w przypadku pełnienia przez wykonawcę obowiązków właściciela nieruchomości w zakresie gospodarowania odpadami zielonymi powstałymi na terenach objętych zamówieniem publicznym wykonawca zobowiązany jest do zawarcia umowy z przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne, wpisanym do rejestru działalności regulowanej oraz udokumentowania faktu odbierania odpadów komunalnych poprzez okazanie takich umów i dowodów uiszczania opłat za te usługi zgodnie z § 12 ust 1 i 2 uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że opis przedmiotu zamówienia stanowi kluczowy element przygotowanej przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej. W ocenie Odwołującego nie może on być ogólny, szacunkowy i niedookreślony, przenosząc na Wykonawcę składającego ofertę ciężar jego dookreślenia przy jednoczesnym, niczym nieograniczonym prawie dokonywania przez Zamawiającego zmian w realizacji zamówienia (patrz uzasadnianie KIO z dnia 16 listopada 2010 sygn. akt. 2376/10). Opis przedmiotu zamówienia musi być na tyle oczywisty i niebudzący żadnych wątpliwości, by mógł stanowić podstawę do rzetelnej wyceny oferty w danym zamówieniu publicznym (wyrok KIO z dnia 2 sierpnia 2011 r. sygn. akt 1556/11). Zamawiający nie określając w SIWZ sposoby postępowania z wytworzonymi odpadami zielonymi w zakresie realizacji zamówienia publicznego powoduje wątpliwości dla wykonawcy w jaki sposób powinien wycenić usługę „utrzymania terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza”. W ocenie Odwołującego wykonawca nie wie bowiem czy usługa ta powinna zawierać w cenie jednostkowej również koszty zgodnego z prawem gospodarowania odpadami zielonymi czy też nie. Dlatego zmiana zapisu SIWZ i jej załączników jest konieczna i powinna zawierać doprecyzowanie w zakresie sposobu postępowania z odpadami zielonymi powstałymi na terenach objętych zamówieniem publicznym, o których mowa w §2 ust. 2 pkt 2), z terenów nieruchomości niezamieszkałych o których mowa §2 ust. 1 pkt 5) uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku. SIWZ powinna również zawierać wyjaśnienia faktu czy wykonawca

przejmuje na czas trwania zamówienia obowiązki właściciela nieruchomości związane z gospodarowaniem odpadami zielonymi w świetle §2 ust. 1 pkt 3 uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku, czy też obowiązki tę pozostają po stronie Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego koniecznym jest doprecyzowanie, że w przypadku pełnienia przez wykonawcę obowiązków właściciela nieruchomości w zakresie gospodarowania odpadami zielonymi powstałymi na terenach objętych zamówieniem publicznym w trakcie realizowania zamówienia, wykonawca zobowiązany jest do zawarcia umowy z przedsiębiorcą odbierającym odpady komunalne, wpisaniem do rejestru działalności regulowanej oraz udokumentowania faktu odbierania odpadów komunalnych poprzez okazanie takich umów i dowodów uiszczania opłat za te usługi zgodnie z §12 ust 1 i 2 uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku.

W ocenie Odwołującego w przypadku braku powyższych zapisów wykonawca nie wie jak skalkulować ofertę tj. czy ująć ma w niej koszty gospodarowania odpadami zielonymi. Nie wie również, czy jeśli kosztów tych nie skalkuluje to czy Zamawiający w trakcie realizowania zamówienia nie powoła się na zapisy uchwały Nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 roku i każe wykonawcy te koszty ponieść. Odwołujący zwrócił również uwagę, że potencjalnie w gronie wykonawców może znaleźć się również podmiot, który poprzez wiedzę, że koszty gospodarowania odpadami zielonymi w zakresie przedmiotowego zamówienia publicznego poniesie faktyczny właściciel czyli w tym przypadku Miasto Nowy Sącz, dokona obniżenia skalkulowanych cen jednostkowych, pomniejszając je o koszty gospodarowania odpadami zielonymi. Inni oferenci nie będą posiadali takiej wiedzy i koszty gospodarowania odpadami zielonymi wkalkulują w cenę ofertową i tym samym zupełnie niesłusznie zawyżą ceny jednostkowe realizowanych usług.

***Izba ustaliła co następuje:***

Izba dopuściła w poczet materiału dowodowego specyfikację istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenie o zamówieniu na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówienia. Izba pominęła dowody złożone przez Zamawiającego tj. umowę z dnia 10 października 2014 r. zawartą pomiędzy AVR Sp. z o.o. a Kompostech sp. z o.o., umowę z dnia 9 września 2014 r. zawartą pomiędzy NOVA sp. z o.o. oraz Kompostech sp. z o.o., jak również złożone oświadczenia spółki NOVA sp. z o.o. jako dokumentów nie mających znaczenia dla rozstrzygnięcia podniesionych przez Odwołującego zarzutów.

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza”. W Rozdziale III SIWZ Zamawiający opis przedmiot zamówienia, którego szczegółowy zakres został opisany w Załączniku nr 1 do SIWZ. W Załączniku nr 1 do SIWZ, w pkt 4 Zamawiający wskazał, że „Gospodarowanie odpadami powstałymi w związku z wykonywaną usługą odbywa się zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa”.

***Izba zważyła co następuje:***

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes w wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła, że w odwołaniach od treści SIWZ wykonawca nie tyle wskazuje na brak bezpośredniej możliwości uzyskania zamówienia, co na wadliwe i niekonkurencyjne postanowienia SIWZ, które utrudniają mu złożenie prawidłowej i zgodnej z przepisami Pzp oferty, w tym możliwości prawidłowego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia. Uprawnienie to przysługuje każdemu wykonawcy, który potencjalnie może ubiegać się o udzielenie tego zamówienia. Na tym etapie wystarczające jest wykazanie jedynie hipotetycznej szkody polegającej na niewłaściwym sformułowaniu treści SIWZ, które może utrudniać wykonawcy dostęp do zamówienia. Tym samym w ocenie Izby wystarczająca jest dla uznania interesu danego wykonawcy jedynie deklaracja, że jest zainteresowany uzyskaniem tego zamówienia i potencjalnej szkody w postaci niewłaściwego skalkulowania kosztów realizacji zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie. Istota sporu pomiędzy stronami sprowadzała się do rozstrzygnięcia czy opisując przedmiot zamówienia Zamawiający naruszył przepisy art. 29 ust. 1 i 2 w z w. z art. 7 ustawy Pzp poprzez brak określenia sposobu postępowania z wytworzonymi odpadami zielonymi w zakresie realizacji zamówienia oraz brak jednoznacznego określenia czy wykonawca zamówienia winien być traktowany jako właściciel nieruchomości w rozumieniu uchwały nr XIII/122/2015 Rady Miasta Nowego Sącza z dnia 23 czerwca 2015 r. (dalej „**Uchwała Miasta**”).

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający zobowiązany opisać przedmiot zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Istota tego przepisu sprowadza się więc do określenia przez zamawiającego swoich wymagań dotyczących przedmiotu zamówienia tak szczegółowo i tak dokładnie, aby każdy wykonawca był w stanie zidentyfikować czego zamawiający oczekuje.

Dokonując oceny powyższego obowiązku zamawiającego Izba zobowiązana jest brać pod uwagę całokształt postanowień SIWZ. Z kolei ust. 2 stanowi, że przedmiot zamówienia nie może być opisany w sposób, który utrudniałby uczciwą konkurencję.

Analiza zapisów SIWZ wskazuje, że opis przedmiotu zamówienia nie narusza art. 29 ust. 1 i 2 ustawy Pzp. Wskazać należy po pierwsze, że przedmiotem zamówienia jest utrzymanie terenów zieleni miejskiej Nowego Sącza. Zamawiający w Załączniku nr 1 określił szczegółowo zakres prac wchodzących w ramach realizacji zamówienia. Zamawiający wskazał również w Załączniku nr 1, że „Gospodarowanie odpadami powstałymi w związku z wykonywaną usługą odbywa się zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie przepisami prawa”. Nie ulega wątpliwości i nie było sporne pomiędzy stronami, że szczegółową regulację zasad gospodarowania odpadami, w tym odpadami zielonymi, zawiera ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2013 r. poz. 21 z późn. zm.) (dalej „**Ustawa o odpadach**”).

Ustawa o odpadach w art. 3 ust. 1 pkt 32 definiuje pojęcie „wytwórcy odpadów”, wskazując, iż każdy którego działalność powoduje powstanie odpadów posiada status wytwórcy odpadów. Nie ulega również w ocenie Izby wątpliwości i nie było sporne pomiędzy stronami, że wykonawca przedmiotu zamówienia wytwarzać będzie odpady o kodzie 20 02 01. Zgodnie z Ustawą o odpadach wytworzone przez niego odpady mogą być przekazywane uprawnionym posiadaczom odpadów, posiadającym stosowne zezwolenia właściwego organu na gospodarowanie tego rodzaju odpadami albo osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym, niebędącym przedsiębiorcami do wykorzystania na ich własne cele. Art. 27 ust. 9 Ustawy o odpadach stanowi bowiem, że posiadacz odpadów (a za takiego uznać należy wytwórcę odpadów) może przekazywać osobie fizycznej lub jednostce organizacyjnej, niebędącej przedsiębiorstwem, określone rodzaje odpadów, do wykorzystania na potrzeby własne za pomocą dopuszczalnych metod odzysku, zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 21 kwietnia 2006 r w sprawie listy rodzaju odpadów, które posiadacz może przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym niebędącym przedsiębiorcami, oraz dopuszczalnych metod ich odzysku (Dz.U. z 2006 r. nr 75, poz. 527 z późn. zm.). Zgodnie z załącznikiem do powyższego Rozporządzenia odpady o kodzie 20 02 01 zostały zamieszczone w pozycji nr 64 na liście odpadów, które posiadacz odpadów może przekazywać osobom fizycznym lub jednostkom organizacyjnym, niebędącym przedsiębiorcami i mogą być poddawane procesowi odzysku polegającym na wykorzystaniu ich w przydomowych kompostowniach. Stąd też nie budzi w ocenie Izby wątpliwości, iż przepisy Ustawy o odpadach i wydane na jej podstawie akty wykonawcze zawierają wyczerpującą regulację co do sposobu zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym odpadów zielonych, jakie wykonawca zamówienia wytworzy podczas

jego realizacji. Nie zasługuje więc na uwzględnienie stanowisko Odwołującego o braku uregulowania w SIWZ sposobu postępowania z odpadami zielonymi o których mowa w Załączniku nr 1 do SIWZ, Rozdział I oraz powstałymi odpadami zielonymi z grabienia zieleńców, o których mowa w załączniku nr 1 do SIWZ, Rozdział III.

Nie zasługuje również na uwzględnienie stanowisko Odwołującego o braku odniesienia się w SIWZ w zakresie zagospodarowania odpadami zielonymi wytworzonymi na terenach objętych przedmiotem zamówienia do Uchwały Miasta. W tym zakresie podkreślenia wymaga, iż po pierwsze przedmiotowa Uchwała Miasta jest aktem prawa miejscowego, a zatem zgodnie z art. 87 ust. 2 Konstytucji RP obowiązuje na terenie jednostki samorządu terytorialnego, którego rada akt ten uchwaliła. Zgodnie z art. 40 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, gminie przysługuje prawo stanowienia aktów prawa miejscowego obowiązujących na obszarze gminy na podstawie upoważnień ustawowych oraz na podstawie tej ustawy w zakresie określonym w art. 40 ust. 2, a na podstawie art. 40 ust. 3 w zakresie nieuregulowanym w odrębnych ustawach lub innych przepisach powszechnie obowiązujących rada gminy może wydawać przepisy porządkowe, jeżeli jest to niezbędne dla ochrony życia lub zdrowia obywateli oraz dla zapewnienia porządku spokoju lub bezpieczeństwa publicznego. Przedmiotowa Uchwała Miasta została podjęta na podstawie upoważnienia ustawowego (art. 40 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym) zawartego w art. 4 ust. 1, 2 i 2a ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej „**Ustawa o utrzymaniu czystości**”). W związku z tym nie może ona wykraczać poza granice przedmiotowe upoważnienia. Granice te zakreślone zostały w art. 4 ust. 2 powołanej wyżej Ustawy o utrzymaniu czystości i tylko w zakresie wskazanym w tym przepisie rada gminy mogła podjąć uchwałę stanowiącą regulamin utrzymania czystości i porządku w gminie. Zgodzić się należy ze stanowiskiem Zamawiającego, że przedmiotowa Uchwała Miasta nie reguluje swym zakresem obowiązków nałożonych na podmiot będący wytwórcą odpadów komunalnych. W Uchwale Miasta, w ślad za art. 2 Ustawy o utrzymaniu czystości mowa się bowiem o odbieraniu odpadów komunalnych. Delegacja ustawowa dla gmin wynikająca zaś z art. 4 ust. 2 Ustawy o utrzymaniu czystości nie obejmuje swym zakresem obowiązków wytwórcy odpadów komunalnych i sposobu ich zagospodarowania, gdyż ustawodawca w tym zakresie przewidział wyczerpującą regulację w Ustawie o odpadach. Tym samym brak jest podstaw do przyjęcia, iż obowiązki na które wskazywał Odwołujący nałożone na właścicieli nieruchomości, a zawarte w §14 i 17 Uchwały Miasta mają zastosowanie do wykonawcy realizującego przedmiot zamówienia.

Izba nie podziela również stanowiska Odwołującego jakoby w świetle zapisów SIWZ i Uchwały Miasta nie było jasne czy wykonawca przedmiotu zamówienia winien być traktowany jako



właściciel nieruchomości w rozumieniu §2 ust. 1 pkt 3 i czy w konsekwencji w kosztach realizacji zamówienia winien uwzględnić obowiązki nałożone na właścicieli nieruchomości określone w § 14 i 17 Uchwały Miasta. Wskazać należy w tym zakresie, iż definicja „właściciela nieruchomości” zawarta w Uchwale Miasta odpowiada definicji właściciela nieruchomości zawartej w Ustawie o utrzymaniu czystości określonej w art. 2 ust. 1 pkt 4. Stosownie do treści tego przepisu, ilekroć w ustawie mowa jest o właścicielach nieruchomości, rozumie się przez także współwłaścicieli, użytkowników wieczystych oraz jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu, a także inne podmioty władające nieruchomością. Powyższa definicja ma charakter zakresowy. Zostały w niej wymienione poszczególne kategorie podmiotów, które mogą zostać uznane za właścicieli nieruchomości w znaczeniu ustawowym. Odwołujący podnosił, że z uwagi na szeroko zakres przywołanej definicji wykonawca zamówienia może być uznany za „właściciela nieruchomości”, gdyż istnieje ryzyko zakwalifikowania go jako podmiot „władającego nieruchomością” w ramach realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego. W ocenie Izby brak jest podstaw do przyjęcia, iż wykonawca zamówienia w ramach realizacji usługi utrzymania terenów zieleni miejskiej przejmuje władztwo nad nieruchomościami objętymi przedmiotem zamówienia. Podkreślić należy, że na gruncie rozpatrywanej sprawy mamy do czynienia wyłącznie z czasowym udostępnieniem nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w ściśle określonym celu. Taki rodzaj udostępnienia nie może być uznany za władztwo nad nieruchomością. Nie sposób bowiem uznać, że wykonawca przyjmuje dane mienie we władanie rozumiane jako władztwa nad mieniem samorządowym, które zawiera w sobie cechy właściwe dla jego wykonywania przez właściciela, najemcy czy dzierżawcy. Ponadto, w ocenie Izby, brak jest jakichkolwiek podstaw do przyjęcia, iż udostępniając wykonawcy poszczególne nieruchomości objęte przedmiotem zamówienia Zamawiający utraci władztwo na tym mieniem. Stanowisko takie zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 grudnia 2002 r. w sprawie III RN 206/01. W konsekwencji Izba stoi na stanowisko, że mając na uwadze przedmiot zamówienia, nie sposób uznać, że jego wykonawca uznany być powinien za „właściciela nieruchomości” w rozumieniu §2 ust. 1 pkt 3 Uchwały Miasta.

Podkreślenia również wymaga, co Izba wskazała powyżej, że przywołana Uchwała Miasta nie reguluje swoim zakresem obowiązków wytwórcy odpadów komunalnych, gdyż brak ku temu odpowiedniej delegacji ustawowej. Regulacja obowiązków wytwórcy odpadów została bowiem zawarta w Ustawie o odpadach.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekała jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

**Przewodniczący:** .....