

WYROK

z dnia 21 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk

Protokolant: Dawid Wypych

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 września 2015 r. przez **Odwołującego – PPHU „N.” W. N., ul. Pamiątkowa 32, 66-300 Międzyrzecz**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Gminę Łagów, ul. 1 lutego 7, 66-220 Łagów**,

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.**
2. kosztami postępowania obciąża **Zamawiającego**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza od **Zamawiającego** na rzecz **Odwołującego** kwotę **11 000 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Zielonej Górze**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Łagów – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 ze zm.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na „*Odbiór i transport odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Łagów*”.

Wartość zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Pismem z dnia 23 września 2015 r. Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu Odwołującego – PPHU „N.” W. N., ul. Pamiątkowa 32, 66-300 Międzyrzecz – z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp oraz o uznaniu jego oferty za odrzuconą stosownie do art. 24 ust. 4 Pzp.

W dniu 28 września 2015 r. Odwołujący wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego zarzucając naruszenie art. 7, art. 89 ust. 1 pkt 5, art 24 ust. 2 pkt 4, art. 25 ust. 1, art. 26 ust. 3, art. 90 ust. 1, art. 91-92 Pzp z uwagi na wskazanie przez Zamawiającego wadliwego wyniku postępowania, błędne przyjęcie, że wykonawca podlega wykluczeniu, a jego oferta podlega odrzuceniu, wnosząc o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania ofert – w następstwie, której nastąpi cofnięcie wyniku postępowania i cofnięcie odrzucania oferty Odwołującego,
- 2) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert) – tj. przeprowadzenia tej czynności w odniesieniu do oferty Odwołującego,
- 3) równe traktowanie wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że zgodnie z zapisami siwz pkt. 6.1.1. na potwierdzenie warunków względem posiadania uprawnień do realizacji przedmiotu zamówienia Zamawiający wymagał: zezwolenie na odbiór i transport odpadów (zgodnie z pkt. 5.1.1. SIWZ) oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej. Do złożonej oferty Odwołujący załączył Decyzję Starosty Międzyrzeckiego znak: OS.6233.16.2013.JA z dnia 31 maja 2013r na transport na terenie całego kraju wskazanych siwz odpadów - co w świetle ustawy z dnia 14 grudnia 2012r o odpadach jest zezwoleniem

na odbiór i transport odpadów. Złożona oferta zawiera również Zaświadczenie Nr 1/2013-2015 o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej wydane przez Wójta Gminy Łagów z dnia 18.06.2015r. Tym samym, Odwołujący przedłożył wszystkie wymagane prawem i zapisami siwz dokumenty, pozwalające mu realizować przedmiotowe postępowanie na odbiór i transport odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku badania oferty, pismem z dnia 21.09.2015 r., z podstawy prawnej art. 26 ust. 4 - wyjaśnienie dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków - wezwał Odwołującego do wyjaśnienia w zakresie dokumentu nie wymaganego zapisami siwz - zezwolenia w zakresie zbierania odpadów. Dokument ten, jest zbędny do realizacji przedmiotowego zamówienia i nie był wskazany zapisami siwz. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący udzielił wyczerpującej odpowiedzi w rzeczowym zakresie pismem z dnia 22.09.2015 r., L.dz. 1255/2015. Podkreślono, że Zamawiający nie wezwał do uzupełnienia dokumentu - zezwolenia na zbieranie odpadów - czym naruszył art. 26 ust. 3 ustawy. Pomimo tego, Zamawiający, wynikiem postępowania wykluczył Odwołującego z postępowania za brak przedstawienia zezwolenia na zbieranie odpadów- za brak dokumentu, którego nie wymagał zapisami siwz i zbędnego do realizacji przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podkreślił, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i transport odpadów komunalnych /żadne zapisy siwz nie zawierają obowiązku zbierania odpadów/. Zamawiający w instytucji wykluczenia powołuje się na art. 27 ustawy o odpadach - ale żadnymi zapisami siwz nie wskazuje zakresu realizacji zamówienia z przytoczeniem tej regulacji - tym samym przedmiot zamówienia zamyka się w zakresie odbioru zebranych przez mieszkańców odpadów komunalnych i ich transporcie. Zgodnie z ustawą o odpadach proces zbierania odpadów rozpoczyna się już w momencie gdy wytworzone odpady są wrzucane do odpowiednich pojemników, a kończy się kiedy pojemniki są odbierane i opróżniane przez pojazdy do wywozu odpadów - co jest przedmiotem danego zamówienia. Ponadto zbierającym i właścicielem odpadów w rozumieniu ustawy o odpadach jest właśnie Zamawiający – Gmina i zgodnie z art. 41 ustawy o odpadach, to ona może pozyskać stosowne zezwolenie na prowadzenie zbierania i przetwarzania odpadów komunalnych.

Następnie argumentowano, że Zamawiający zapisami siwz nie wymagał zezwolenia na zbieranie odpadów i nigdzie nie ustanowił, że zbieranie odpadów jest zakresem tego zamówienia - żąda danego zezwolenia po terminie składania ofert.

Ponadto wskazano, że zezwolenie na zbieranie odpadów jest niezbędne do realizacji przedmiotowego zamówienia i żądane po terminie składania ofert, stanowi dokument niezbędny w danym postępowaniu na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy.

Odwołujący podniósł także, że Zamawiający zmienia warunki wejścia do postępowania i zakres rzeczowy postępowania po terminie składania ofert, żądając zezwolenia, o które jedynie On może ustawowo się ubiegać.

W kontekście naruszenia art. 7 ustawy przez Zamawiającego Odwołująca stwierdził, że złożona oferta wybranego wykonawcy TRANS-FORMACJA ma następujące uchybienia:

- 1) firma wskazuje w ofercie, że posiada decyzję na zbieranie odpadów na warunkach, że odpady będą zbierane na placu utwardzonym w specjalnych kontenerach i pojemnikach w sposób zabezpieczający przed ich negatywnym oddziaływaniem na środowisko. Zbiórka odpadów w Gminie Łagów odbywa się u źródła czyli u właściciela nieruchomości, odpady są zbierane w pojemnikach lub workach zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 1996 Nr. 132 poz. 622) i Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Łagów (Uchwała Rady Gminy z 20 grudnia 2012 r.). Tym samym wskazana do wyniku postępowania firma również nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów z terenu Gminy - co Zamawiającemu nie przeszkadza.
- 2) do spełnienia warunków w postępowaniu zgodnie ze SIWZ należało wykazać jedną usługę w zakresie ODBIORU I TRANSPORTU ODPADÓW KOMUNALNYCH ZMIESZANYCH I SEGREGOWANYCH na łączną kwotę brutto 300 000 zł. TRANS-FORMACJA w swojej ofercie (zał. 10) wykazała 2 usługi odbioru i transportu odpadów w Gminie Gubin w okresie od 01.01.2014r. do 31.12.2014r. i w Gminie Babimost od 01.04.2014r. do 31.12.2015r. Na potwierdzenie przedstawiła Referencje (obecne Poświadczenia) z gminy Gubin i Babimost. Załączone referencje nie potwierdzają: - kwoty wykonania usługi, - rodzaju usługi żądanej przez Zamawiającego odbioru i transportu odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych. Potwierdzają natomiast usługę odbioru i zagospodarowania odpadów. W zagospodarowaniu odpadów jest kwota jaką wykonawca zapłacił za przyjęcie ich do przetworzenia w RIPOK. Jak więc Zamawiający stwierdził spełnienie warunku SIWZ na łączną kwotę brutto 300 000 zł, - z treści referencji wynika, że firma wykonuje nadal dane usługi. Zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane wynika, że poświadczenie do nadal wykonywanych usług powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem składania wniosku (wszystkie daty są po terminie, przy jednej referencji brak jest daty) - referencje dane nie dotyczą odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych. Przedstawione referencje w swoim zakresie nie odpowiadają w pełni opisowi wskazanemu w SIWZ względem warunków wejścia do postępowania - co również Zamawiającemu nie przeszkadza. Zamawiający był zobowiązany do zweryfikowania danych dokumentów przed rozstrzygnięciem postępowania, zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 ustawy- czego zaniechał- zgodnie z informacją pracownika urzędu zajmującego się tym przetargiem Gmina Łagów nie żądała wyjaśnień i uzupełnień od firmy TRANS-FORMACJA.

Jednoznacznie stanowi to o naruszeniu art. 7 ustawy - zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji.

Podniesiono następnie, że wskazane wyżej czynności Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego. Zamawiający w toku postępowania zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył artykuły ustawy co narusza zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania stron postępowania. Powyższe narusza dobre imię Odwołującego i naraża na utratę sporych korzyści.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując na rozprawie m.in. na pkt 6.1.1 SIWZ, gdzie mowa o zezwoleniu na odbiór i transport zgodnie z pkt 5.1.1. SIWZ, w którym literalnie wskazano na obowiązek posiadania zezwolenia na zbieranie i transport lub na zbieranie odpadów. SIWZ zawiera jasną regulację dotyczącą wymogów związanych ze zbieraniem odpadów. Zamawiający wskazał przy tym, że zarzuty co do warunków udziału w postępowaniu są spóźnione. Wykonawca nie może kwestionować teraz wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Podkreślono, że Odwołujący, ani nie zadawał pytań w tym zakresie, ani nie skarżył specyfikacji. Pozostali wykonawcy złożyli zezwolenia na zbieranie odpadów. Zamawiający wskazał także na art. 27 ustawy o odpadach oraz definicję z art. 3 ust. 1 pkt. 34 ww. ustawy. Argumentowano, że zbieranie to także gromadzenie odpadów. Podniesiono przy tym, że są interpretacje, że wykonawca, który dostarcza pojemniki i jest właścicielem tych pojemników, to tym samym gromadzi te odpady. Wskazano jednocześnie, że zarzuty wobec oferty wybranego wykonawcy są w tym postępowaniu niedopuszczalne. Wyjaśniono przy tym, że Zamawiający nie doprecyzował w treści SIWZ, czy zezwolenie na zbieranie odpadów ma być wydane przez gminę Łagów.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Rozpoznając odwołanie Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a Odwołujący posiada legitymację do wniesienia odwołania wymaganą w art. 179 ust. 1 Pzp.

Rozpoznając odwołanie Izba kierowała się dyrektywami wynikającymi z art. 190 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, jak również z art. 192 ust. 7 Pzp w myśl, którego Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Za potwierdzony Izba uznała zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Przedmiotem niniejszego zamówienia są usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łagów.

W pkt 3.1 SIWZ Zamawiający podał, że „przedmiotem zamówienia są usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Łagów”. W pkt 3.5 SIWZ (Opis przedmiotu zamówienia) Zamawiający podał, że „Zakres przedmiotu zamówienia obejmuje w całym okresie realizacji zamówienia odbiór i transport odpadów do Regionalnej instalacji unieszkodliwiania odpadów, to jest Zakładu Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Długoszynie” (pkt 1); „Wykonawca odbierze od właścicieli nieruchomości zamieszkałych każdą zebraną ilość odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia” (pkt 2); „Wykonawca zobowiązany jest do zapewnienia właścicielom nieruchomości worków do selektywnej zbiórki odpadów” (pkt 5 lit. e); „Wykonawca zobowiązany będzie – w zakresie przedmiotu zamówienia – do monitorowania wywiązywania się przez właścicieli z obowiązku selektywnego zbierania odpadów komunalnych. W przypadku stwierdzenia, że właściciel nieruchomości nie dokonuje segregacji odpadów, wykonawca odbiera odpady jako niesegregowane (zmieszane odpady komunalne)” (pkt 11); „Wykonawca zobowiązany będzie do przedkładania Zamawiającego informacji dot. monitorowania obowiązku ciężącego na właścicielach nieruchomości w zakresie selektywnego zbierania odpadów komunalnych” (pkt 25).

Zamawiający nie postawił w treści specyfikacji obowiązków związanych z magazynowaniem lub tymczasowym magazynowaniem odpadów przez wykonawcę (vide protokół z rozprawy: „(...) zamawiający nie wymagał od wykonawcy posiadania bazy magazynowej”). Zamawiający skupił się jedynie na umożliwieniu wstępu do bazy transportowej (pkt 17) oraz na wymogach dotyczących pojazdów, jakimi będą transportowane odpady. Zamawiający wycofał się także z wymogu przewidującego obowiązek doczyszczania selektywnie odbieranych odpadów do jakości odpowiadającej uzgodnieniom z instalacją odzysku i unieszkodliwiania, do której wykonawca przekaże poszczególne frakcje odpadów (wykreślony pkt. 8 z pkt 3.5 SIWZ).

W ramach warunków udziału w postępowaniu Zamawiający wskazał w pkt. 5.1.1 SIWZ – posiadanie uprawnień do wykonania określonej działalności lub czynności: „Należy wykazać, że wykonawca: - posiada wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Łagów; posiada aktualne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2010.185.1243) lub posiada

zezwolenia na zbieranie odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013.21.). Ocena spełnienia warunków nastąpi na podstawie złożonego przez Wykonawcę zaświadczenia o dokonany wpisie do rejestru działalności regulowanej oraz zezwolenia na zbieranie i transport odpadów”. W pkt 6.1.1. – wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz nie podlegania wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy – Zamawiający wskazał z kolei na obowiązek złożenia „zezwolenia na odbiór i transport odpadów (zgodnie z pkt 5.1.1. SIWZ) oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej”.

Pismem z dnia 21 września 2015 r., Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp, wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień wskazując, że w świetle SIWZ należało wykazać, że wykonawca posiada aktualne zezwolenie na zbieranie i transport odpadów, zgodnie z ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2010.185.1243) lub posiada zezwolenia na zbieranie odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. 2013.21.). W ofercie dołączono zaś jedynie decyzję na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych. W związku z powyższym Zamawiający poprosił o okazanie zezwolenia na zbieranie odpadów, jednocześnie wskazując termin na przekazanie powyższych wyjaśnień. W odpowiedzi, pismem z dnia 22 września 2015 r., Odwołujący wskazał m.in., że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 5 określa, że to właściciel nieruchomości zbiera wytworzone na terenie nieruchomości odpady komunalne i przekazuje je jest uprawnionym odbiorcom. Odbiorca odbiera i przekazuje je do regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, co wynika z art. 9e ww. ustawy. Wskazano, że PPHU „N.” nie zbiera odpadów tylko je odbiera od właścicieli nieruchomości, a przedmiotem tego zamówienia nie są usługi zbierania lecz odbioru i transportu odpadów komunalnych.

W informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, w ramach informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie wykazał, najpóźniej na dzień składania oferty spełnienia warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp i brak podstaw do wykluczenia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1. Z treści udzielonej odpowiedzi można domniemywać, że oferent wymaganych zezwoleń nie posiada. Zamawiający wskazał, że z postanowień SIWZ, w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, wynika jednoznacznie, że zamówienie obejmuje gospodarowanie odpadami w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 poz. 21 z późn. zm.), w tym zbieranie odpadów w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 34, albowiem to wykonawca zabezpiecza i udostępnia pojemniki dla nieruchomości, w których będą gromadzone odpady. Wbrew twierdzeniom oferenta, zastosowania w sprawie nie ma art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach, albowiem Gmina Łągów przejęła na siebie wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymywanie tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i technicznym, na mocy uchwały rady gminy, o której mowa w art. 6r ust. 3, jako części usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w zamian za uiszczoną przez właściciela opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, a więc stała się wtórnym wytwórcą odpadów i ich posiadaczem. Obowiązek ten przejmuje wykonawca w ramach przedmiotowego zamówienia w związku z czym zastosowanie ma przepis art. 27 ww. ustawy. Zamawiający końcowo wskazał, że brak dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań postawionych przez Zamawiającego, stanowi podstawę do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy, a ofertę uznaje się za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W niniejszej sprawie, w ocenie Izby, Zamawiający nie miał podstaw do zastosowania wobec Odwołującego ww. przepisu z powodu braku zezwolenia na zbieranie odpadów. Należy w tym miejscu wskazać jednocześnie, że przed podjęciem decyzji o wykluczeniu wykonawcy z postępowania z powodu braku wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zamawiający ma obowiązek przeprowadzenia procedury z art. 26 ust. 3 Pzp. Jest to obowiązek a nie uprawnienie, od którego zamawiający mógłby odstąpić. Działania zamawiającego nie mogą przy tym wprowadzać wykonawcę w błąd i pozbawiać wykonawcę możliwości konwalidowania braku tych dokumentów, skoro ustawodawca przewidział specjalną procedurę uzupełniania tego rodzaju dokumentów. W analizowanym postępowaniu Zamawiający nie zastosował art. 26 ust. 3 Pzp, a jedynie wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zastosowanie art. 26 ust. 4 Pzp nie zastępuje obligatoryjnego trybu z art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto, jedynie z uwagi na zawarcie w treści wezwania prośby o okazanie zezwolenia, gdzie jednocześnie cała treść wezwania referowała do trybu z art. 26 ust. 4 Pzp, nie może stanowić dla Zamawiającego argumentu, który mógłby przemawiać za wypełnieniem dyspozycji z art. 26 ust. 3 Pzp, a tym samym pozbawiać wykonawcę prawa do uzupełnienia oferty, zgodnie z procedurą zawartą w art. 26 ust. 3 Pzp. Zastosowanie przez Zamawiającego danej podstawy prawnej swoich działań rodzi dla wykonawcy określone skutki prawne. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp może być jednorazowe, inaczej niż wezwania z art. 26 ust. 4 Pzp. Wykonawca mając wiedzę o działaniu Zamawiającego w oparciu o art. 26 ust. 4 Pzp nie może następnie, na etapie postępowania odwoławczego, być stawiany przed argumentacją sprowadzającą się do tego,

że wezwanie, mimo braku wskazania takiej podstawy prawnej, należało traktować także jako wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp, gdyż w treści pisma zawarto prośbę o okazanie zezwolenia (co nie było nawet wezwaniem do złożenia dokumentu). Działania zamawiającego muszą być jednoznaczne i precyzyjne, i jak wskazano wcześniej, nie mogą wprowadzać wykonawcę w błąd oraz stanowić swoistych pułapek, które uprawniałyby następnie do budowania argumentacji na rzecz stanowiska prezentowanego w toku postępowania odwoławczego przed Izba.

Powyższe rozważania Izba wskazała jedynie na marginesie podstawy swojego rozstrzygnięcia, gdyż w ocenie Izby, Odwołujący złożył dokumenty wyspecyfikowane przez Zamawiającego w pkt 6.1.1. SIWZ, które są wystarczające dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu i wystarczające do realizacji przedmiotu zamówienia.

Opis przedmiotu zamówienia stanowi o odbiorze i transporcie odpadów (a nie o zbieraniu odpadów). Zestawienie treści pkt 5.1.1 oraz pkt 6.1.1 SIWZ nakazywało przy tym uznanie, że treść specyfikacji nie jest w tym zakresie precyzyjna i jednoznaczna i konieczne jest dokonanie jej interpretacji. Wykładnia językowa nie daje w tym przypadku jednoznacznych wniosków. Dalsze reguły wykładni nakazywały natomiast przyjęcie, że warunkiem udziału w postępowaniu nie mogło być posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Warunek musi być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika natomiast, by obowiązkiem wykonawcy było zbieranie odpadów, obowiązki te dotyczą bowiem odbioru i transportu odpadów zebranych już przez właścicieli nieruchomości. Nie sposób w konsekwencji przyjmować, że obowiązkiem wykonawcy było w ogóle przedkładanie – dla wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu – zezwolenia na zbieranie odpadów.

Należy w tym miejscu wskazać, że treść specyfikacji poddaje się tożsamym regułom wykładni, jakie stosowane są przy wykładni przepisów prawa. W związku z powyższym warto przytoczyć stanowisko Sądu Okręgowego w Warszawie z wyroku z dnia 10 kwietnia 2015 r., sygn. akt XXIII Ga 257/15, zgodnie z którym *„Definiując pojęcie wykładni należy wskazać, iż wykładnia prawa nazywamy proces myślowy, który polega na ustaleniu właściwego znaczenia przepisu prawnego w oparciu o wypracowane przez naukę dyrektywy wykładni. Wyróżnić można kilka klasyfikacji wykładni. Podstawowy podział opiera się na zastosowaniu metody interpretacji i tak wykładnia językowa polega na odczytywaniu znaczenia danego przepisu prawnego z punktu widzenia języka, w którym dany przepis prawny został napisany, tj. poprzez wykładnię przepisu w oparciu o znaczenie użytych dla jego sformułowania wyrazów. Zgodnie z wykładnią systemową przepis interpretowany jest z uwzględnieniem tego, że ogół przepisów tworzy jeden system prawny, stąd koniecznym jest uwzględnienie wzajemnych relacji między przepisami i ich miejscem w systemie. Wykładnia*

funkcjonalna uwzględnia funkcje prawa, jego przeznaczenie społeczno-gospodarcze. Wykładnia celowościowa uwzględnia natomiast cele regulacji, jakie przepis ma realizować (...) Do zastosowania kolejnych wykładni, w tym celowościowej możemy przejść dopiero w wypadku, gdy wykładnia językowa nie doprowadziła do wyjaśnienia wątpliwości związanym z danym zapisem (...)”.

W ocenie Izby, w okolicznościach niniejszej sprawy, dla ustalenia właściwego znaczenia treści zawartej w pkt 5.1.1. oraz 6.1.1 SIWZ należało sięgnąć do reguł wykładni celowościowej i systemowej.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że zgodnie z art. 22 ust. 4 Pzp, opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby uznanie, że powyższe dyrektywy zostały dochowane możliwe jest w tej sprawie jedynie przy przyjęciu stanowiska, że właściwe dla wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu są dokumenty wskazane w pkt 6.1.1. SIWZ (zezwoleń na odbiór i transport odpadów oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej), a nie dokument z pkt 5.1.1. (zezwoleń na zbieranie odpadów). Przyjęcie, że koniecznym było legitymowanie się przez wykonawcę zezwoleń na zbieranie odpadów (gdy przedmiotem zamówienia nie jest zbieranie przez wykonawcę odpadów lecz odbiór i transport odpadów zebranych przez właścicieli nieruchomości) prowadziłoby do sytuacji przeciwnej do wymaganej w art. 22 ust. 4 Pzp, a więc do sytuacji, w której warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia nie byłby ani związany z przedmiotem zamówienia, ani proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warto przytoczyć w tym miejscu stanowisko Izby wyrażone w wyroku z dnia 8 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 644/13, KIO 647/13, KIO 648/13, KIO 658/13, gdzie wskazano, że „Samo postawienie wymogu posiadania decyzji zezwalającej na zbieranie odpadów w myśl ustawy z 2012 r. o odpadach nie czyni obowiązku w procedurze realizacji zamówienia postępowania z odpadami jak przy ustawowym ich zbieraniu. Podstawą do żądania decyzji o zbieraniu odpadów w myśl cytowanej ustawy, powinien być taki opis przedmiotu zamówienia, którego nie można byłoby zrealizować bez takiej decyzji”.

W niniejszej sprawie przedmiot zamówienia może natomiast zostać zrealizowany bez zezwoleń na zbieranie odpadów. W ocenie Izby żadne z czynności wskazane w ramach obowiązków wykonawcy nie wymagają, dla możliwości ich wykonania, posiadania zezwoleń na zbieranie odpadów. Izba krytycznie oceniła argumentację Zamawiającego sprowadzającą się do stanowiska, że skoro wykonawca dostarcza pojemniki i worki (jest właścicielem tych pojemników i worków) to automatycznie staje się podmiotem zbierającym odpady, a tym samym musi legitymować się posiadaniem zezwoleń na zbieranie odpadów. Tego rodzaju interpretacja nie znajduje oparcia w przepisach ustawy z dnia 14 grudnia 2012

r. o odpadach. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach przez zbieranie odpadów rozumie się gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. Wykonawca tego zamówienia, poprzez sam fakt udostępnienia pojemników i worków nie staje się podmiotem gromadzącym odpady, a w konsekwencji nie jest podmiotem zbierającym odpady, który jedynie dla czynności ich odbioru i transportu musiałby dodatkowo posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów. Gromadzącymi i jednocześnie zbierającymi odpady są właściciele nieruchomości, z których będą zbierane odpady komunalne. Należy w konsekwencji stwierdzić, że odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest czynnością odrębną od zbierania lub transportu odpadów. Odbieranie odpadów nie obejmuje czynności ich zbierania, gdyż to jest obowiązkiem właścicieli nieruchomości, na co nie potrzebują zezwolenia.

Należy wskazać także, że w uchylonej już ustawie z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2010, Nr 185, poz. 1243 j.t.) definicja legalna „zbierania odpadów” była szersza, przewidywała bowiem, że przez zbieranie odpadów rozumie się każde działanie (podkreślenie Izby), w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie ich do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania. W poprzednim stanie prawnym można było znaleźć argumenty na rzecz stanowiska, że wyposażenie nieruchomości w pojemniki wchodzi w zakres ustawowej definicji zbierania odpadów. Skoro bowiem ustawodawca kwalifikował do zbierania odpadów „każde działanie”, które ma na celu przygotowanie odpadów do transportu, to można było budować argumentację, że dostarczenie pojemników jest takim działaniem (przygotowuje odpady do transportu). Inaczej przedstawia się jednak stan rzeczy przy spojrzeniu na obecnie obowiązującą definicję zbierania odpadów. Nie ma w niej mowy o „każdym działaniu”, lecz zbieraniem odpadów jest wyłącznie gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów, o którym mowa w pkt 5 lit. b. Wykonawca w tym postępowaniu ani nie gromadzi odpadów, ani nie dokonuje ich wstępnego sortowania czy tymczasowego magazynowania.

Jak wskazano wcześniej, odbieranie odpadów nie obejmuje czynności ich zbierania, gdyż to jest obowiązkiem właścicieli nieruchomości, na co nie potrzebują zezwolenia. Natomiast odbiorca odpadów może prowadzić działalność także w zakresie zbierania, posiadając odpowiednie zezwolenie (jeżeli np. magazynuje). W niniejszym postępowaniu obowiązkiem wykonawcy nie jest jednak magazynowanie odpadów, ani podejmowanie innych czynności, które mogłyby zostać wpisane w ustawową definicję zbierania odpadów.

W zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z postępowania Zamawiający wskazał, że Gmina Łagów przejęła na siebie wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do zbierania odpadów komunalnych oraz utrzymania tych pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym, porządkowym i w technicznym, na podstawie uchwały rady gminy, o której mowa w art. 6r ust. 3 ustawy z dnia 19 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r., poz. 1399 z późn. zm.), jako część usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zamian za uiszczoną przez właściciela opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi, a więc stała się wtórnym wytwórcą odpadów i ich posiadaczem. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 32 ustawy o odpadach 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. W świetle ww. definicji nie sposób uznać, że wykonawca świadczący na rzecz gminy jedynie usługę odbioru odpadów i ich transportu do miejsca unieszkodliwienia staje się wtórnym wytwórcą odpadów lub ich posiadaczem. Cechy tej nie zyskuje także jedynie przez sam fakt, że pojemniki lub worki, w których gromadzone (zbierane) są przez właścicieli nieruchomości odpady stanowią jego własność. Należy zauważyć, że ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach pozostawia zamawiającemu możliwość wyboru, co do zakresu usługi objętego przedmiotem zamówienia. Zgodnie z art. 6d ust. 1 ww. ustawy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o których mowa w art. 6c, albo przetarg na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów. Stosownie do art. 6d ust. 4 ustawy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: 1) wymogi dotyczące przekazywania odebranych zmieszanych odpadów komunalnych oraz odpadów zielonych do regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych; 2) rodzaje odpadów komunalnych odbieranych selektywnie od właścicieli nieruchomości; 3) standard sanitarny wykonywania usług oraz ochrony środowiska; 4) obowiązek prowadzenia dokumentacji związanej z działalnością objętą zamówieniem; 5) instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu

zbierającego te odpady; 6) szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Niniejsze postępowanie, w myśl ww. regulacji, musi zostać zakwalifikowane, jako przetarg jedynie na odbieranie odpadów – nie jest to natomiast przetarg na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów. Świadczy o tym chociażby fakt wskazania regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Komunalnych w Długoszynie) – w treści wzoru formularza nie ma w ogóle miejsca na wskazanie innej instalacji (nie było to obowiązkiem wykonawcy).

W związku z powyższym należy wskazać, że „to zamawiający rozstrzyga, czy rozpisując przetarg, czyni wykonawcę odpowiedzialnym za samo odbieranie odpadów i przekazywanie ich do określonej regionalnej instalacji do ich przetwarzania, czy też zobowiązuje go nie tylko do samego ich odbierania, ale również do zagospodarowania w sposób odpowiadający przepisom prawa” (por. wyrok KIO z dnia 7 maja 2013 r., sygn. akt KIO 909/13). W niniejszej sprawie powierzenie wykonawcy usługi odbierania i transportu odpadów nie skutkuje po stronie wykonawcy powstaniem obowiązku zagospodarowywania tymi odpadami. Obowiązek ten nadal pozostaje przy gminie. Podobnie postawienie – w ramach szczegółowych wymagań postawionych przedsiębiorstwu odbierającemu odpady komunalne od właścicieli nieruchomości – wymogu, by to wykonawca własnymi siłami i kosztami zapewnił pojemniki i worki na odbieranie odpadów, nie oznacza zwolnienia gminy z obowiązków przyjętych wskutek uchwały podjętej w trybie art. 6r ust. 3 ww. ustawy. Jest to jedynie sposób, w jaki gmina realizuje, przyjęty na siebie obowiązek wyposażenia nieruchomości w pojemniki. Innymi słowy, wykonawca nie zastępuje gminy w realizacji jej obowiązków, lecz świadczy jedynie usługi, poprzez które gmina wywiązuje się z pozostających przy niej obowiązków wynikających z podjętej uchwały i z przepisów ww. ustawy. Jest oczywiste, że gdyby wykonawca nie wykonał przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku dostarczenia pojemników i worków na odpady komunalne, to nie oznaczałoby to, że gmina nie pozostawała by związana przyjętymi na siebie w drodze uchwały obowiązkami. Wykonawca nie przejmuje więc tych obowiązków (w sposób, który powodowałby ich wygaśnięcie po stronie gminy), lecz świadczy usługi, które są jedynie narzędziem do realizacji obowiązków należących do gminy.

Należy ponadto wskazać, że w treści informacji o wykluczeniu Odwołującego z postępowania, Zamawiający jedynie ogólnikowo odwołał się do art. 27 ustawy o odpadach, bez wskazania konkretnego brzmienia przepisu, który uzasadniałby stanowisko Zamawiającego, iż zlecenie odbioru i transportu odpadów wymaga po stronie przedsiębiorcy realizującego te usługi, zawsze posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Przepis art. 27 ust. 2 pkt 1 ww. ustawy stanowi, że wytwórca lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami wyłącznie podmiotom posiadającym

zezwolenie na zbieranie odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów, jednak nie jest to jedynie przewidziane ustawą rozwiązanie. W ust. 2 pkt 3 przepis ten przewiduje możliwość zlecenia wykonania obowiązku gospodarowania odpadami podmiotowi, który posiada jedynie wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 – który z kolei dotyczy podmiotów transportujących odpady (lit. b). Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 2 transport odpadów stanowi jeden z elementów gospodarowania odpadami. Czytając te przepisy łącznie należy stwierdzić, że wytwórca lub inny posiadacz odpadów może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami (w tym przypadku zamykającego się w transporcie odpadów odebranych do wskazanej przez Zamawiającego instalacji przetwarzania) podmiotowi, który posiada jedynie wpis do rejestru (i nie jest tu wymagane jednoczesne posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów). Z uwagi na to, że rejestr ten ma zostać utworzony w terminie do 23 stycznia 2016 r. (art. 234 ustawy o odpadach) i mając jednocześnie na uwadze inny przepis przejściowy, tj. art. 233 ustawy o odpadach, zgodnie z którym „1. Zezwolenia na transport odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych zachowują ważność na czas na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż do czasu upływu terminu do złożenia wniosku o wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, lub z dniem uzyskania wpisu do tego rejestru, w przypadku gdy wpis nastąpił w terminie wcześniejszym. 2. Do czasu utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, transportujący odpady są obowiązani do uzyskania zezwolenia na transport odpadów lub wpisu do rejestru, o którym mowa w art. 33 ust. 5 ustawy, o której mowa w art. 252, na podstawie przepisów dotychczasowych. 3. Do wydawania zezwoleń na transport odpadów do czasu utworzenia rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1, stosuje się przepisy ustawy, o której mowa w art. 252” – należy w odniesieniu do tej sprawy stwierdzić analogicznie do powyższego, że czytając te przepisy łącznie wytwórca lub inny posiadacz odpadów (gmina) może zlecić wykonanie obowiązku gospodarowania odpadami (w tym przypadku zamykającego się w transporcie odpadów odebranych do wskazanej przez Zamawiającego instalacji przetwarzania) podmiotowi, który posiada jedynie ważne zezwolenie na transport odpadów uzyskane na podstawie przepisów poprzednio obowiązujących (i analogicznie - nie jest tu wymagane jednoczesne posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów).

Ustawa o odpadach w ogóle nie przewiduje szczegółowej regulacji, która odnosiłaby się do kwestii odbioru odpadów (zbieraniu i transportowi poświęca natomiast m.in. rozdział 6), ani nie wyszczególnia – w definicji gospodarowania odpadami – czynności odbioru odpadów, jako czynności będących jakimś odrębnym etapem tego procesu. Wyodrębnia natomiast transport odpadów i można uznać, że czynnością składową tego elementu procesu gospodarowania odpadami jest odbiór odpadów. Wykonanie usługi transportu odpadów nierozłącznie zawiera w sobie konieczność ich wcześniejszego odbioru. Jest to kwestia oczywista. Przyjęcie, że dla wykonania tych usług konieczne jest zawsze posiadanie

zezwolenia na zbieranie odpadów pozostawało by w sprzeczności także z innymi (oprócz powyżej wskazanych) przepisami ustawy o odpadach. Zgodnie z art. 24 ustawy „transport odpadów odbywa się zgodnie z wymaganiami w zakresie ochrony środowiska oraz bezpieczeństwa życia i zdrowia ludzi, w szczególności w sposób uwzględniający właściwości chemiczne i fizyczne odpadów, w tym stan skupienia, oraz zagrożenia, które mogą powodować odpady, w tym zgodnie z wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie ust. 7 (ust. 1). Transport odpadów niebezpiecznych odbywa się z zachowaniem przepisów obowiązujących przy transporcie towarów niebezpiecznych (ust. 2). Zlecający usługę transportu odpadów jest obowiązany wskazać transportującemu odpady wykonującemu usługę transportu odpadów miejsce przeznaczenia odpadów oraz posiadacza odpadów, do którego należy dostarczyć odpady (ust. 3). Transportujący odpady wykonujący usługę transportu odpadów jest obowiązany dostarczyć odpady do miejsca przeznaczenia odpadów i przekazać je posiadaczowi odpadów, o którym mowa w ust. 3 (ust. 4). Transportujący odpady wykonujący usługę transportu odpadów umieszcza indywidualny numer rejestrowy, o którym mowa w art. 54 ust. 1, na dokumentach związanych z tą usługą (ust. 5). Środki transportu odpadów są oznakowane w sposób zgodny z przepisami wydanymi na podstawie ust. 7 (ust. 6). Minister właściwy do spraw środowiska w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw transportu określi, w drodze rozporządzenia, szczegółowe wymagania dla transportu odpadów, w tym dla środków transportu i sposobu transportowania, oraz oznakowanie środków transportu, biorąc pod uwagę właściwości odpadów i ich wpływ na środowisko oraz bezpieczeństwo życia i zdrowia ludzi (ust. 7)”. Treść specyfikacji niniejszego postępowania stanowi właśnie odzwierciedlenie powyższych przepisów. Dla wykonania zaś samej usługi transportu odpadów nie jest wymagane, co podkreślono już wcześniej, posiadanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Warto przy tym zwrócić uwagę na obowiązki ewidencyjne transportującego odpady. Zgodnie z art. 67 ust. 1 ustawy o odpadach ewidencję odpadów prowadzi się z zastosowaniem następujących dokumentów: 1) w przypadku posiadaczy odpadów: a) karty przekazania odpadów, b) karty ewidencji odpadów, c) karty ewidencji komunalnych osadów ściekowych, d) karty ewidencji zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, e) karty ewidencji pojazdów wycofanych z eksploatacji. Zamawiający wyszczególnił w treści specyfikacji, że wykonawca jest zobowiązany do sporządzania i przekazywania zamawiającemu, kart przekazania odpadów (pkt 28). Zgodnie z art. 71 pkt 2 ustawy o odpadach uproszczoną ewidencję odpadów z zastosowaniem jedynie karty przekazania odpadów prowadzą transportujący odpady wykonujący wyłącznie usługę transportu odpadów. Punkt 2 dotyczy transportujących odpady, którzy wykonują jedynie usługi transportowe, a tym samym nie są posiadaczami odpadów (por. Komentarz do art. 71 ustawy o odpadach, autorstwa Radecki W., LEX/el 2013). Jak wynika z powyższych przepisów ustawa przewiduje, że jednym z elementów

procesu gospodarowania odpadami – transport odpadów – może być realizowany przez podmiot, który nawet nie staje się posiadaczem odpadów, a dodatkowo wykonanie tej usługi nie jest warunkowane posiadaniem zezwolenia na zbieranie odpadów.

Jak wskazano wcześniej, Izba krytycznie oceniła stanowisko Zamawiającego oparte na twierdzeniu, że skoro to wykonawca jest właścicielem pojemników lub worków, które przekazuje właścicielom nieruchomości do zbierania odpadów, to tym samym także ten wykonawca staje się gromadzącym odpady, a w konsekwencji zbierającym odpady. Powyższa interpretacja nie znajduje oparcia w przepisach ww. ustawy. Warto dodatkowo wskazać na stanowisko doktryny, gdzie podaje się, że „Zbieraniem odpadów nie jest odbieranie odpadów od posiadaczy odpadów (np. od właścicieli nieruchomości) i transport ich do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania. W przypadku, gdy odpady na zlecenie posiadacza odpadów dostarczane są do wskazanego przez niego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania, jest to transport” (por. Janusz Jerzy, Zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów, LEX/el).

Należy następnie stwierdzić, że przyjęcie stanowiska Zamawiającego prowadziło do sytuacji, w której o udzielenie zamówienia mógłby ubiegać się jedynie podmiot posiadający zezwolenie na zbieranie odpadów wydane przez starostę świebodzińskiego (obejmującego swoją właściwością teren Gminy Łagów). Zgodnie bowiem z art. 41 ust. 2 ustawy o odpadach zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów. W myśl ust. 3 pkt 2 organem właściwym jest w tym przypadku starostwa. Skoro miejscem zbierania odpadów są nieruchomości na terenie Gminy Łagów, a Zamawiający przypisuje wykonawcy gromadzenie odpadów z uwagi na to, że podmiot ten „podstawia” na nieruchomościach pojemniki będące jego własnością – a więc gromadzi te odpady „u źródła” („źródło” to musi więc zostać w wersji przyjętej przez Zamawiającego uznane za miejsce zbierania odpadów) – to dla wykonania zamówienia konieczne byłoby posiadanie zezwolenia wydanego właśnie przez ww. organ. Tymczasem Zamawiający przyznał, że akceptował zezwolenia wydane także przez inne organy (vide protokół z rozprawy: „(...) zamawiający oświadcza, że akceptował zezwolenia wydane przez inne organy, spoza terenu gminy” oraz, że nie doprecyzowano w specyfikacji, by zezwolenia były wydane przez organ właściwy dla terenu Gminy Łagów. Zezwolenia te, w ocenie Izby, nie byłyby natomiast przydatne dla realizacji tego zamówienia – jeżeli jego przedmiot obejmowałby w ogóle czynność zbierania odpadów przez wykonawcę. Dodatkowo, skoro przez sam fakt udostępnienia pojemników i worków wykonawca stawałby się gromadzącym odpady, a więc w konsekwencji zbierającym odpady, to należałoby uznać, że miejscem zbierania tych odpadów byłby każdy z tych pojemników i worków umieszczony na poszczególnych posesjach (gromadzenie/zbieranie u „źródła”). Zasadnie podkreślał

Odwołujący, że zezwolenie na zbieranie odpadów musi określać miejsce zbierania odpadów, jak również m.in. opis metody zbierania odpadów (art. 43 ust. 1 ustawy o odpadach). Zezwolenia, co potwierdzają dokumenty zgromadzone w aktach sprawy, przewidują także określone wymogi wobec miejsc zbierania odpadów – ich zabezpieczenia czy utwardzenia. Wykonawca musiałby więc posiadać zezwolenia na każde z miejsc zbierania odpadów (jeżeli wykonawcy miało by przypisać gromadzenie odpadów w stanowiących jego własność pojemnikach, to zezwolenie powinno w istocie odnosić się do każdego z tych pojemników, skoro z faktu własności pojemników Zamawiający wywodził twierdzenie o gromadzeniu odpadów, a więc także o ich zbieraniu), ponadto dla każdego z tych miejsc musiałaby być oznaczona metoda zbierania odpadów bądź wykonawca musiałby odpowiednio przygotować i zabezpieczyć te miejsca. Wszystko powyższe ukazuje dodatkowo, do jak nielogicznych wniosków mogłoby doprowadzić uznanie argumentacji Zamawiającego. Jednocześnie, potwierdzenie przez Zamawiającego, że akceptował zezwolenia wydane przez inne organy, niż właściwy dla tego terenu starostwa świebodziński, jedynie dodatkowo umacniało w przekonaniu, że ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie mogła koncentrować się na przedstawieniu zezwolenia na zbieranie odpadów. Gdyby takie zezwolenie rzeczywiście było niezbędne do wykonania zamówienia, to trudno uznać, by Zamawiający mógł w tak dowolny sposób akceptować każde jedno zezwolenie, nie odnoszące się przy tym do miejsc zbierania odpadów przez wykonawcę – którymi to miejscami, według argumentacji Zamawiającego, byłyby miejsca gromadzenia przez wykonawcę odpadów w swoich pojemnikach i workach.

Wymaganie od wykonawcy zezwolenia na zbieranie odpadów jest uzasadnione, gdy podmiot ten rzeczywiście zbiera odpady (m.in. tymczasowo je magazynuje bądź gromadzi w specjalnie do tego przeznaczonym miejscu, spełniającym określone przepisami prawa wymogi) – a nie w sytuacji, gdy jedynie odbiera odpady z terenu nieruchomości, a następnie – bez ich magazynowania, czy gromadzenia w określonym miejscu, objętym zezwoleniem – transportuje je do właściwej instalacji unieszkodliwiania.

W związku z powyższym, skoro w ocenie Izby, zezwolenie na zbieranie odpadów nie jest konieczne do realizacji tego zamówienia, to kierując się dyrektywami wykładni celowościowej nie sposób uznać, że zasadne byłoby wymaganie od wykonawcy posiadania tego zezwolenia. Warunki udziału w postępowaniu mają na celu wyłonienie wykonawcy posiadającego zdolność należytego wykonania zamówienia. Jeżeli wykonanie to nie jest warunkowane posiadaniem zezwolenia na zbieranie odpadów to tym samym nie jest celowe, ani zgodne z ideą stawiania określonych warunków udziału w postępowaniu, wymaganie od wykonawcy posiadania tego zezwolenia i uzależnianie możliwości jego udziału w postępowaniu od zezwolenia, które nie jest niezbędne dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Reasumując, Izba uznała decyzję Zamawiającego o wykluczeniu Odwołującego z postępowania za wadliwą. Potwierdzony został tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W konsekwencji, Zamawiający błędnie zastosował także art. 24 ust. 4 Pzp.

Za niedopuszczalne Izba uznała zarzuty skierowane wobec oferty wybranego wykonawcy. Przepis art. 180 ust. 2 Pzp, w odniesieniu do postępowań, w których wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 1, zawiera zamknięty katalog możliwych do zaskarżenia czynności zamawiającego. Wykonawca może bronić swojej własnej oferty i sytuacji – kwestionować wykluczenie, czy odrzucenie jego oferty. Przepis ten nie pozwala natomiast na podnoszenie zarzutów wobec oferty innego wykonawcy i wybór oferty przez zamawiającego. Poza przedmiotem rozpoznania pozostawały także wskazane w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp oraz art. 90 ust. 1 Pzp. Podstawą odrzucenia oferty Odwołującego nie był przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp (Zamawiający nie stosował tego przepisu, który to przepis w ogóle nie dotyczy tego postępowania, gdyż odnosi się do postępowań tzw. dwuetapowych), podobnie nie były przedmiotem sporu kwestie dotyczące rażąco niskiej ceny (art. 90 ust. 1 Pzp). Powyższe okoliczności nie miały jednak znaczenia dla wyniku końcowego. Jak wskazano wcześniej, główny zarzut odwołania, tj. naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, zasługiwał na uwzględnienie. Naruszenie tego przepisu mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania, tym samym spełniona została przesłanka do uwzględnienia odwołania z art. 192 ust. 2 Pzp.

Mając wszystko powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów postępowania wpis od odwołania uiszczony przez Odwołującego. W związku z uwzględnieniem odwołania Izba zasądziła od Zamawiającego na rzecz Odwołującego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika (§ 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Jako podlegające zwrotowi Izby uznała jedynie koszty związane z wpisem oraz z wynagrodzeniem pełnomocnika (na podstawie złożonej faktury VAT na kwotę 3.500 zł). Izba nie znalazła natomiast podstaw do zasądzenia na rzecz Odwołującego dalszych kosztów dokumentowanych fakturą VAT dotyczącą usług konsultingowych i kosztów dojazdu oraz pismem zawierającym składniki kalkulacyjne kosztów dojazdu na sprawę. Zgodnie z ww. rozporządzeniem prawodawca przewidział maksymalną kwotę kosztów związanych z

wynagrodzeniem pełnomocników (nie więcej niż 3.600 zł). Uznanie, że dopuszczalne jest żądanie zwrotu kosztów z tytułu usług konsultingowych, obok wynagrodzenia pełnomocnika, mogłoby skutkować obejściem ww. górnej granicy. Dodatkowo, należy uznać, że pomocy prawnej, której pełnomocnik udziela stronie, którą reprezentuje następnie w postępowaniu przed Izba, nie powinno się – na płaszczyźnie dotyczącej zwrotu kosztów – „rozbijać” na odrębne usługi konsultingowe i odrębną reprezentację w postępowaniu przed Izba. Wynagrodzenie pełnomocnika, do wysokości wskazanej przez prawodawcę, musi być postrzegane w tym przypadku, jako wynagrodzenie także za takie czynności, jak usługi konsultingowe, które stanowią element całościowo świadczonej usługi i znajdują końcowe odzwierciedlenie w reprezentacji strony na posiedzeniu lub rozprawie (w szczególności w przedstawionym przez pełnomocnika stanowisku i argumentacji). W kwestii kosztów dojazdu to złożona faktura VAT nie pozwala na wyodrębnienia, jaką część z kwoty faktury (1.579,81 zł) miałyby stanowić koszty dojazdu, a jaka część dotyczy usług konsultingowych. Podstawą do zasądzenia zwrotu kosztów dojazdu nie może być także złożone pismo wyszczególniające składniki kalkulacyjne. W szczególności nie wynika z niego, na jakiej podstawie przyjęty został przelicznik – stawka za 1 km (0,97). Jeżeli intencją pełnomocnika byłoby odwołanie się do stawek zawartych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 25 marca 2002 r. w sprawie warunków ustalania oraz sposobu dokonywania zwrotu kosztów używania do celów służbowych samochodów osobowych, motocykli i motorowerów niebędących własnością pracodawcy (Dz. I. Nr 27, poz. 271 ze zm.), to rozporządzenie to takiej stawki nie przewiduje (stawka ta była podawana w projekcie nowelizującym rozporządzenie, które jednak nie zostało wprowadzone w życie). Należy przy tym wyrazić wątpliwość, by w stosunku do pełnomocnika mogły znaleźć w tym postępowaniu przepisy ww. rozporządzenia. Zgodnie z § 1 ww. rozporządzenia zwrot kosztów dotyczy używania określonych pojazdów niebędących własnością pracodawcy, przez pracownika. Pełnomocnik nie jest w tym postępowaniu pracownikiem pracodawcy. Należy ponadto podkreślić, iż przepisy w/w rozporządzenia mają charakter autonomicznej regulacji prawnej. Przepisy dotyczące rozliczania należności pracowniczych z tytułu podróży służbowej nie wyłączają konieczności dokonania przez Izbę własnej oceny, co do zakwalifikowania danych kosztów do uzasadnionych kosztów postępowania odwoławczego. Mając na uwadze, że Odwołujący nie wykazał podstaw zastosowanego przelicznika, Izba nie mogła przyjąć za wiarygodne wyliczenia zawartego w złożonym piśmie, a tym samym uczynić go podstawą zasądzenia żądanych kosztów. Podobnie, w odniesieniu do kosztów opłat za przejazd autostradą, Odwołujący nie przedstawił dowodów ich poniesienia. W konsekwencji, także ta część żądania nie podlegała uwzględnieniu.

Przewodniczący: