

**WYROK**

**z dnia 26 czerwca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paweł Nowosielski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Toszek, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-180 Toszek,**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **REMONDIS Aqua Toszek Sp. z o.o., Remondis Tarnowskie Góry Sp. z o.o., ul. Nakielska 1-3, 42-600 Tarnowskie Góry** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **A.S.A. Eko Polska Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van**

**Gansewinkel Górny Śląsk Sp. z o.o., ul. Lecha 10, 41-800 Zabrze** na rzecz **Gminy Toszek, ul. Bolesława Chrobrego 2, 44-180 Toszek** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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 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 Gliwicach.

**Przewodniczący:** .....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Toszek”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 marca 2013 r. pod numerem 2013/S 063-105624.

W niniejszym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wykluczenia Odwołującego z postępowania, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp przez dokonanie wykluczenia Odwołującego oraz odrzucenia jego oferty, mimo spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez bezpodstawne skierowanie do Odwołującego wezwania do uzupełnienia decyzji na zbieranie odpadów;
3. art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego oraz wybór oferty najkorzystniejszej z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a co za tym idzie, udzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta została wybrana niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czynności wykluczenia Odwołującego oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i powtórzenia czynności badania i oceny ofert, a także zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podniósł, iż z zapisów rozdziału V oraz VI SIWZ nie wynikają żadne szczególne wymogi co do wymaganych zezwoleń. Przed wszystkim Zamawiający nie wskazał konkretnego starosty powiatowego, który powinien być właściwy miejscowo do wydania przedmiotowych decyzji. Fakt powołania tylko poszczególnych artykułów ustawy o odpadach nie świadczy o wyborze konkretnego organu upoważnionego do wydania decyzji.

Odwołujący wyjaśnił, iż wraz z ofertą przedłożył m.in. stosowne zezwolenia, wydane w drodze decyzji administracyjnych na podstawie przepisów ustawy o odpadach, które to

decyzje na mocy przepisów przejściowych tejże ustawy stały się zezwoleniami na zbieranie, określonymi w przepisach tejże ustawy o odpadach. Zezwolenia przedłożone przez Odwołującego były, zdaniem Odwołującego, zgodne z powyższymi przepisami i zostały wydane na ich podstawie.

Odwołujący podniósł, że nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku precyzyjnego wskazania przez Zamawiającego organu, który ma wydać przedmiotowe decyzje. Zgodnie bowiem z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej oraz Sądów Okręgowych *„okoliczność braku doprecyzowania w specyfikacji istotnych warunków zamówienia stosownych wymogów nie może negatywnie skutkować dla wykonawcy”* (wyrok KIO z dnia 28 maja 2010 roku, sygn. akt KIO 868/10; wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 20 marca 2007 roku, sygn. akt XIX Ga 80/07).

Za spóźnione, w ocenie Odwołującego, należy uznać dokonywane obecnie próby nadinterpretowywania postanowień SIWZ przez Zamawiającego. Opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu powinien być precyzyjny i jednoznaczny, tak, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mieli jasność, co do tego, czy spełniają postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Sporządzenie opisu spełniania warunków w sposób nieprecyzyjny i niejednoznaczny, prowadzi bowiem w efekcie do dowolności oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i uniemożliwiłaby wykonawcom prawidłowe przygotowanie oferty.

Formułując warunek udziału w postępowaniu Zamawiający winien kierować się celem, jakiemu zamawiane usługi mają służyć, a opis sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu nie może ograniczać dostępu do zamówienia wykonawcom zdolnym do jego realizacji. Każde wymaganie powinno znajdować uzasadnienie w obiektywnych potrzebach Zamawiającego, związanych z realizacją przedmiotu zamówienia i do niego proporcjonalnych.

Odwołujący stoi na stanowisku, że ewentualny wymóg przedstawienia przez wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów (określonych rodzajów), wydanego przez starostę gliwickiego, byłby niezgodny z ustawą Pzp. Zamawiający prowadzi bowiem przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych (rozdz. III pkt 2 SIWZ), a nie na ich zbieranie. Pojęciem „odbioru” posługuje się ustawa z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2012 roku, poz. 391 z późn. zm.; zwana dalej „ucpg”), określając taką działalność jako działalność regulowaną, wymagającą uzyskania wpisu do rejestru na podstawie art. 9b ust. 1 i 2 ucpg. Natomiast działalność, polegająca na zbieraniu odpadów jest przedmiotem regulacji ustawy o odpadach, gdzie w art. 3 ust. 1 pkt 34 zawarta jest definicja zbierania odpadów. Jednocześnie, jak słusznie zauważyła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 8 kwietnia 2013 roku (sygn. akt KIO 644/13; KIO 647/13; KIO 648/13; KIO 658/13) *„w żadnej z tych ustaw nie ma regulacji, z*

*której wynikałaby równoważność pojęciowa odbierania i zbierania odpadów.”*

Nadto, nieekonomicznym rozwiązaniem dla Odwołującego byłoby rozpakowywanie odebranych odpadów w celu magazynowania, po czym ponowne pakowanie odpadów, skoro można odebrane odpady od razu przetransportować do właściwych instalacji, celem rozładowania pojazdów, odbierających odpady od właścicieli nieruchomości.

W związku z powyższym, żądanie przez Zamawiającego od wykonawców zezwolenia na zbieranie odpadów nie znajdowałoby uzasadnienia w kontekście wymagań określonych w SIWZ. Biorąc bowiem pod uwagę zakres obowiązków określony w SIWZ, Wykonawca nie jest zobowiązany do prowadzenia czynności, które należy zakwalifikować jako „zbieranie” odpadów. Wykonawca po odebraniu odpadów od mieszkańców ma obowiązek przetransportować je do określonych instalacji przetwarzania odpadów. Jednakże, czynność odbierania odpadów komunalnych, zgodnie z powołanymi wyżej wymogami ustawowymi, wykonawca może realizować na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej i taki wpis jest jedynym wymogiem określonym przez przepisy warunkujące czynności odbierania. Postawienie przez Zamawiającego wymogu posiadania przez wykonawców zezwolenia na zbieranie nie wynika z przepisów, a miało na celu wyłącznie ograniczenie dostępu do zamówienia podmiotom, które są w stanie zrealizować zamówienia i zapewnienie możliwości zaoferowania niekonkurencyjnej ceny przez wykonawcę, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza.

Powyższe, zdaniem Odwołującego, pozwala na stwierdzenie, iż brak było także podstaw do żądania przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przedłożenia przez Odwołującego zezwolenia na zbieranie odpadów w myśl art. 41 i następnych ustawy o odpadach.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający niewątpliwie naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż ofertę Odwołującego ocenił nierzetelnie, stronniczo i wybiórczo. Tak samo Zamawiający potraktował logiczne i wyczerpujące wyjaśnienia Odwołującego, dotyczące spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności. Tym samym, Zamawiający nie zapewnił poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, dążąc do wyraźnego preferowania wykonawcy, którego ofertę wybrał jako najkorzystniejszą.

Odwołujący podkreślił, iż spośród czterech ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu, tylko jeden Wykonawca nie został z postępowania wykluczony, a jego oferta nie została odrzucona. Działanie takie może zostać uznane za nieobiektywne oraz było przejawem skrajnie nierównego traktowania wykonawców przez Zamawiającego. Odrzucenie bądź wykluczenie aż trzech Wykonawców z czterech może świadczyć, w opinii Odwołującego, właśnie o ograniczaniu konkurencji na rynku przez Zamawiającego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Wśród warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności Zamawiający wymienił zezwolenie na zbieranie odpadów komunalnych o określonych kodach, wydane na podstawie art. 41-44 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21), za wyjątkiem podmiotów zwolnionych z uzyskania zezwoleń na podstawie art. 45 ww. ustawy oraz zezwolenie na transport odpadów komunalnych, zgodnie z art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r., poz. 21) lub wpis do rejestru w zakresie, o którym mowa w art. 50 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, o wskazanych kodach (rozdz. V pkt 2 lit. a SIWZ). W celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, określonych w rozdziale V pkt 2 SIWZ, wykonawcy zobowiązani zostali do dołączenia do oferty wskazanych zezwoleń (rozdział VI pkt 2 lit. b i c).

*Zgodnie z rozdziałem III pkt 8 ppkt 8.1. i 8.9. SIWZ „Wykonawca na terenie Miasta Toszek utworzy Gminny Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów (GPSZO) i wyposaży go w odpowiednie kontenery i pojemniki do gromadzenia następujących odpadów: papier i tektura, szkło, tworzywa sztuczne, metale, odpady ulegające biodegradacji, przeterminowane leki i chemikalia, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte baterie i akumulatory, odpady wielkogabarytowe, zużyte opony, odpady budowlane i rozbiórkowe. Gminny Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów winien być udostępniony mieszkańcom Gminy Toszek najpóźniej w terminie 1 miesiąca od daty podpisania umowy. Do czasu zorganizowania GPSZO Wykonawca będzie realizować obowiązki wymienione w pkt 8.1.-8.8. w formie kontenera mobilnego ustawionego w miejscu dostępnym dla mieszkańców Gminy Toszek.”*

Pismem z dnia 22.05.2013 r. Zamawiający wezwał Odwołującego, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia wymaganego w rozdziale V pkt 2 lit. a zezwolenia na zbieranie odpadów o wskazanych kodach. Zamawiający wskazał, że Odwołujący dołączył do oferty dwa zezwolenia na zbieranie odpadów wydane w drodze decyzji administracyjnej: dla lidera konsorcjum A.S.A Eko Polska sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, wydane w dniu 09.11.2009 r. przez Prezydenta Miasta Zabrze oraz dla konsorcjanta Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych Van Gansewinkel Górny Śląsk z siedzibą w Rudzie Śląskiej, wydane w dniu 12.08.2010 r. przez Prezydenta Miasta Ruda Śląska. Zdaniem Zamawiającego, przedmiotowych zezwoleń nie można uznać za potwierdzające spełnianie powołanego warunku udziału w postępowaniu. *„Odpady zbierane (gromadzone) będą bowiem w Gminnym Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów w Toszku, a zatem organem właściwym do wydania stosownego zezwolenia jest Starosta Gliwicki, a w treści decyzji jako miejsce prowadzenia działalności w zakresie zbierania odpadów powinien być wskazany teren*

*zlokalizowany w Toszku, a nie w Zabrzcu, czy Rudzie Śląskiej. Wykonawca nie jest również podmiotem zwolnionym z obowiązku posiadania przedmiotowego zezwolenia w myśl art. 45 ustawy o odpadach.”*

*W odpowiedzi na powyższe (pismo z dnia 27.05.2013 r.) Odwołujący wyjaśnił, że „załączone do oferty wydane w drodze decyzji administracyjnej zezwolenia na zbieranie odpadów potwierdzają spełnianie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania w zakresie wymaganym przez Zamawiającego. (...) W ofercie wykonawcy takie zezwolenia, wydane w drodze decyzji administracyjnych na podstawie przepisów ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, które to decyzje na mocy przepisów przejściowych (m.in. przepisu art. 232) ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, stają się zezwoleniami na zbieranie określonymi w przepisach „nowej” ustawy o odpadach, zawierające wszystkie rodzaje odpadów określone przez Zamawiającego w treści SIWZ, zostały złożone. Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż zgodnie z zapisami Rozdziału V SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny ich spełniania, a w szczególności rozdziału VI SIWZ – Wykaz oświadczeń i dokumentów, jakie mają dostarczyć Wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, nie wynikają żadne szczególne wymagania Zamawiającego co do przedmiotowych zezwoleń, w tym również wskazania konkretnego starosty powiatowego, który byłby właściwy do wydania decyzji.”*

*Brak uzupełnienia wymaganych zezwoleń skutkowało wykluczeniem Odwołującego z postępowania, na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu swojej decyzji wyjaśnił, że „Zamawiający formułując przedmiotowy warunek wskazał kody odpadów, jakie winien obejmować dokument, a także powołał się na stosowne przepisy ustawowe, które nakładają na Wykonawców zbierających odpady obowiązek uzyskania i posiadania stosownego zezwolenia na zbieranie odpadów. Tym samym Zamawiający nie nakazał uczestnikom postępowania wykazania się jakimiś szczególnymi uprawnieniami ponad te, które wynikają z przepisów ustawowych. W opisie warunku udziału w postępowaniu (rozd. V pkt 2a tiret pierwszy SIWZ) wskazano, iż przedmiotowe zezwolenie na zbieranie odpadów winno być wydane na podstawie art. 41-44 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Skoro art. 41 ust. 2 i 3 stanowi wprost, że dokument ten wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania odpadów, którym w odniesieniu do niniejszej sprawy jest Starosta Gliwicki, to Zamawiający nie może dokonywać wykładni powyższego przepisu w sposób zgoła odmienny i uznać, iż przedłożone przez Wykonawcę zezwolenie wyczerpuje wymagania ustawowe. Tym samym, kierując się literalnym brzmieniem powyższego przepisu, należy uznać, iż załączona do*

*oferty decyzji nie czyni zadość wymaganiom określonym przez Zamawiającego w zakresie wykazania spełniania warunku dotyczącego posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, gdyż została wydana przez niewłaściwy organ.”*

**Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z przepisem art. 41 ust. 2 ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 21) zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydaje, w drodze decyzji, organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania lub przetwarzania odpadów. Literalna wykładania przywołanego przepisu pozwala dojść do jednoznacznego wniosku, że zezwolenie na zbieranie odpadów powinno być wydane przez organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania odpadów.

Organy właściwe do wydania zezwolenia zostały wskazane w przepisie art. 41 ust. 3 ustawy o odpadach. Skoro zaś przedmiotem niniejszego zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Toszek, a także utworzenie na terenie Miasta Toszek Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (rozdział III pkt 8 SIWZ), to tym samym, wykonawca ubiegający się o udzielenie niniejszego zamówienia powinien legitymować się zezwoleniem wydanym przez organ właściwy dla gminy Toszek, czyli przez starostę gliwickiego, bowiem na tym terenie odbywać się będzie zbieranie odpadów.

Bez wpływu na ocenę powyższego pozostaje okoliczność, że mocą przepisu art. 232 ust. 1 ustawy o odpadach, zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów wydane na podstawie przepisów dotychczasowych stają się odpowiednio zezwoleniami na zbieranie odpadów i zezwoleniami na przetwarzanie odpadów, w rozumieniu przepisów niniejszej ustawy. W poprzednio obowiązującym stanie prawnym (art. 28 ust. 3 pkt 1) organem właściwym do wydania zezwolenia na zbieranie odpadów był regionalny dyrektor ochrony środowiska albo starosta właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów. Powyższe pokazuje, że uprawnienie do wykonywania spornych czynności również związane było z miejscem, w którym były realizowane.

Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że wobec braku wskazania przez Zamawiającego na obowiązek legitymowania się zezwoleniem wydanym przez konkretny organ, za wystarczające dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu należy uznać przedłożenie zezwolenia na zbieranie wydanego przez jakiegokolwiek organ. W pierwszej kolejności zauważyć bowiem należy, iż jakkolwiek Zamawiający nie wskazał wprost, jaki organ w warunkach niniejszego postępowania jest właściwy do wydania zezwolenia, to nie można pomijać, że w powoływanych



postanowieniach rozdziału V i VI SIWZ, wskazał na przepisy 41-44 ustawy o odpadach, co jednoznacznie wskazuje, wbrew twierdzeniom Odwołującego, że chodziło o zezwolenia wydane przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów.

W ocenie Izby, nawet brak powołania się na przedmiotowe przepisy nie mógłby uzasadniać twierdzeń Odwołującego o obowiązku przedłożenia zezwolenia na zbieranie odpadów, które nie dotyczy miejsca realizacji przedmiotu zamówienia. Oceny działań profesjonalnego podmiotu należy bowiem dokonywać przez pryzmat należytej staranności, z uwzględnieniem zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej (art. 355 § k.c.). Przyjecie powyższego uzasadnia z kolei twierdzenie, że należyta staranność dłużnika obejmuje także znajomość obowiązującego prawa, w tym w szczególności wymogów dotyczących prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej oraz następstw wynikających z ich niedochowania.

Nadto, nie można pomijać, iż sporne dokumenty miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Biorąc zaś pod uwagę okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu winny być związane z przedmiotem zamówienia oraz fakt, że realizacja przedmiotu zamówienia, w tym zbierania odpadów, ograniczona jest do danego terenu nie sposób twierdzić, że dla wykazania spornego warunku możliwe było przedłożenie zezwolenia dotyczącego zbierania odpadów na innym terenie niż ten, który został objęty przedmiotem zamówienia. Przedstawienie przez Odwołującego decyzji wydanych przez Prezydenta Miasta Zabrze oraz Prezydenta Miasta Ruda Śląska oznacza, że Odwołujący nie wykazał, iż jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w przedmiocie zbierania odpadów na terenie gminy Toszek. Zatem zarzut naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp należy uznać za chybiony.

Z powyższych przyczyn znajduje uzasadnienie czynność Zamawiającego w przedmiocie wezwania Odwołującego do uzupełnienia, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zezwoleń na zbieranie odpadów wydanych przez organ właściwy ze względu na miejsce zbierania odpadów. Jednocześnie Izba nie podziela twierdzeń Odwołującego, iż zarzut ten jest spóźniony.

Zarzuty dotyczące braku podstaw do żądania spornych dokumentów, biorąc pod uwagę przedmiot zamówienia, należy uznać za spóźnione. Winny być bowiem zgłoszone względem postanowień SIWZ. Na marginesie należy jedynie zauważyć, że przedmiot zamówienia obejmuje zbieranie odpadów w rozumieniu przepisu art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, zakresu przedmiotu zamówienia nie należy oceniać na podstawie nazwy zamówienia. Ta, w okolicznościach niniejszej sprawy, została zaczerpnięta z przepisu art. 6d ust. 1 ucp. Dopiero analiza przedmiotu zamówienia pozwala na właściwe określenie jego zakresu. W ocenie Izby, konieczność utworzenia i prowadzenia

przez wykonawcę Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów powoduje, że przedmiot zamówienia obejmuje również zbieranie odpadów, w świetle powołanego przepisu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że wskazaną czynność należy zaliczyć do czynności gromadzenia odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania. Należy również zwrócić uwagę, że sam ustawodawca w odniesieniu do miejsc gromadzenia odpadów w sposób posortowany posługuje się pojęciem „zbierania odpadów” oraz „punktów selektywnego zbierania odpadów na terenie danej gminy” i „punktów zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego na terenie danej gminy”, zaś w odniesieniu do podmiotu zajmującego się tego rodzaju działalnością używa określenia „zbierający” (art. 3 ust. 2 pkt 9 lit. d i e upcg), co jednoznacznie wskazuje na wolę ustawodawcy o zakwalifikowaniu rzeczonych czynności do zbierania odpadów. Nadto, pojęcie „selektywnego zbierania” ustawodawca zdefiniował jako czynność zbierania (art. 3 pkt 24 ustawy o odpadach).

Na charakter powadzenia Gminnego Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów zwrócił również uwagę sam Zamawiający w odpowiedzi na pytanie numer 8, udzielonej w wyjaśnieniach z dnia 23.04.2013 r. Powyższe stanowisko nie budziło sprzeciwu i wątpliwości Odwołującego, stąd należy przyjąć, że kwestionowanie zakresu przedmiotu zamówienia i w konsekwencji warunków udziału w postępowaniu stanowi element strategii procesowej Odwołującego i budowania argumentacji jedynie na potrzeby niniejszego odwołania.

Oczywiście bez znaczenia jest również okoliczność, że Gminny Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów należy uruchomić w ciągu 1 miesiąca od daty podpisania umowy a brak sankcji w postaci kar umownych. Po pierwsze, powyższe nie powoduje, że realizacja przedmiotu zamówienia w zakresie niniejszego zamówienia może być pominięta, nie wyłącza to również odpowiedzialności wykonawcy w reżimie odpowiedzialności kontraktowej.

Bezzasadny jest również argument, że wymogi przepisu art. 42 ust. 2 pkt 4 i 5 ustawy o odpadach, w warunkach niniejszego zamówienia, uniemożliwiają uzyskanie wymaganych zezwoleń. Przeczą temu po pierwsze działania podjęte przez Przystępującego. Po drugie, dochowanie należytej staranności wymaga, aby wykonawca, który zamierza realizować zamówienie przygotował się do niego w sposób, który umożliwia jego realizację w terminie określonym przez Zamawiającego.

Legalność działań Zamawiającego w zakresie wezwania do uzupełnienia spornych dokumentów i wykluczenia Odwołującego z postępowania czyni chybionym zarzut naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 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. Nr 41, poz. 238), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego w kwocie 3.600,00 zł.

**Przewodniczący:** .....