

WYROK

z dnia 12 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **12 października 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **28 września 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: **KOMA Olsztyn sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie**

w postępowaniu pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierżoń, w okresie 01 stycznia 2021 r. - 31 grudnia 2023 r.* (nr postępowania TI.271.56.20.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Dzierżoń**

orzeka:

1. Umarza postępowanie w zakresie zarzutów odwołania [tj. 1) lit. a), 3) i 4)] uwzględnionych przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie.

2. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu wykreślenie z ogłoszenia o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia jako warunków udziału w postępowaniu: po pierwsze – posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych z art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.), po drugie – spełniania wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lutego 2020 r. w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej jakie spełniać mają obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz. U. z 2020 r. poz. 296).

3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:

- 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
- 2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) odpowiadającą kosztom postępowania odwoławczego poniesionym przez Odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz jego uzasadnionych kosztów w postaci wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 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 Gdańsku**.

Uzasadnienie

Gmina Dzierżoń {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppz” lub „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierżoń, w okresie 01 stycznia 2021 r. - 31 grudnia 2023 r.* (nr postępowania TI.271.56.20.2020).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 listopada 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2020/S_180 pod poz. 434828.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

28 września 2020 r. KOMA Olsztyn sp. z o.o. z siedzibą w Olsztynie {dalej: „Koma” lub „Odwołujący”} wniósł w stosownej formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od treści ogłoszenia oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 22 ust. 1a – przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia tj. w jakim Zamawiający wymaga:
 - a) posiadania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych zgodnie z art 49 ust. 1 lub art. 233 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) {dalej: „ustawa o odpadach”} – 5.1m pkt 2 ppkt 1) lit. b) SIWZ, w sytuacji gdy z powyższego przepisu wynika, że obecnie już nie funkcjonują przepisy dot. wydawania zezwoleń na transport odpadów, a wymagany jest wpis do BDO prowadzony przez marszałka województwa na podstawie art. 49 ustawy o odpadach;
 - b) posiadania „zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie zbierania odpadów komunalnych”, zgodnie z art 41 ust 1 ustawy o odpadach – 5.1. pkt 2 ppkt 1) lit. c) SIWZ, podczas gdy w ramach realizacji zamówienia nie dochodzi do zbierania odpadów, a jedynie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w rozumieniu art. 6d ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1439) {dalej również: „ustawa o utrzymaniu czystości w gminach”} oraz przekazania instalacji komunalnej do zagospodarowania.
2. Art. 7 ust. 1 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3 oraz art 22 ust. 1a – przez sformułowanie warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia w zakresie, w jakim Zamawiający wymaga od wykonawcy spełniania wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 19 lutego 2020 r. w sprawie wymagań w zakresie ochrony przeciwpożarowej jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów (Dz.U. z 2020 r. poz. 296), wydanego na podstawie art. 43 ustawy o odpadach – 5.1. pkt

2 pkt 3) lit c) SIWZ, podczas gdy określony przez Zamawiającego opis przedmiotu zamówienia polega jedynie na odbiorze odpadów oraz przekazaniu ich do zagospodarowania, wskazane rozporządzenie reguluje zaś wymagania w zakresie ochrony przeciwpożarowej obiektów lub ich części, które zostały przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów, a takie czynności nie mieszczą się w opisie przedmiotu zamówienia.

3. Art. 29 ust. 1 i art. 7 ust. 1 w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości w gminach – przez zaniechanie zobowiązania wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, w sytuacji gdy wskazany przepis ustawy o utrzymaniu czystości w gminach wymaga, aby w SIWZ zamawiający zobowiązał wykonawcę do wskazania instalacji w ofercie w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieganie i zagospodarowywanie tych odpadów.

4. Art. 91 ust. 2 i 3 w zw. z art. 7 ust. 1 – przez sformułowanie kryterium oceny ofert „Odległość bazy magazynowej transportowej od granicy gminy Dzierżgoń” – 13.3. tabela oraz 13.3 pkt 2) SIWZ w sposób powodujący, że: a) nie odnosi się ono do przedmiotu zamówienia tj. nie wpływa na jakość czy funkcjonalność usług będących przedmiotem zamówienia, a de facto sprowadza się do posiadania przez danego wykonawcę potencjału technicznego, czyli dotyczy właściwości wykonawcy, b) powoduje nieuzasadnione faworyzowanie podmiotów mających siedzibę i bazę na terenie gminy Dzierżgoń.

Odwolujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. Wykreślenia postanowień zawartych w 5.1. pkt 2 pkt 1) lit. b) SIWZ oraz 6.5. ppkt 1) lit. b) SIWZ.
2. Wykreślenie postanowień zawartych w 5.1. pkt 2 pkt 1) lit. c) SIWZ oraz 6.5 ppkt 1) lit. c) SIWZ.
3. Wykreślenia postanowień zawartych w 5.1. pkt 2 pkt 3) lit c) SIWZ oraz 6.5. ppkt 1) lit. g) SIWZ oraz usunięcia załącznika nr 10 do SIWZ.
4. Wykreślenia pkt 2. formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ.
5. Sformułowania w formularzu ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ zobowiązania wykonawcy do wskazania instalacji, do których będzie przekazywał odpady odebrane od właścicieli nieruchomości, a w konsekwencji zastąpienie w § 4 ust 7 wzoru umowy stanowiącego załącznik nr 9 do SIWZ dotychczasowej następującą treścią: *Odpady zebrane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierżgoń, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować (podać odzyskowi lub unieszkodliwieniu zgodnie z wymaganiami ochrony środowiska i obowiązującym prawem oraz Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022, stanowiącym załącznik do Uchwały Nr 322/XXX/16 Sejmiku Województwa Pomorskiego z dnia 29 grudnia 2016 r. Wykonawca zobowiązany jest do przekazania odpadów z uwzględnieniem powyższych regulacji do instalacji wskazanych w ofercie.*
6. Wykreślenia w SIWZ pozacenowego kryterium oceny ofert wskazanego w 13.3. tabela oraz 13.3. ppkt 2) SIWZ i w ślad za tym zmianę wag poszczególnych kryteriów.
7. Uwzględnienie konsekwencji powyższych zmian w treści ogłoszenia, dalszych postanowieniach SIWZ oraz załącznikach.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 28 września 2020 r. uwzględnił odwołanie w zakresie zarzutów z pkt

1. lit. a, 3 i 4 listy zarzutów.

W szczególności w zakresie zarzutu z pkt 1. lit. a Zamawiający, o ile zgodził się, że jego błędem jest posłużenie się nieobowiązującymi już przepisami w zakresie zezwolenia na transport odpadów, o tyle ma prawo wymagać od wykonawców stosownych uprawnień w tym zakresie, gdyż w myśl art. 50 ust. 1 pkt. 5) lit. b) ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.) wykonawcy realizujący transport odpadów są zobowiązani posiadać wpis do rejestru prowadzonego na podstawie art. 49 tejże ustawy. Ponieważ zamówienie objęte prowadzonym postępowaniem zawiera w sobie m.in. wykonywanie transportu odpadów Zamawiający wymaga od wykonawców posiadania stosownych uprawnień w tym zakresie.

Uwzględniając powyższe Zamawiający zobowiązał się do wprowadzenia odpowiednich zmian w treści SIWZ, w tym nadania następującego brzmienia:

- [5.1. pkt 2. ppkt 1) lit. b)] *Posiadanie wpisu do rejestru prowadzonego, na podstawie art. 49 ustawy z 14 grudnia 2012r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2020r. poz. 797 ze zm.), w zakresie transportu odpadów komunalnych.*

- [6.5. ppkt 1) lit. b)] *Kopia wpisu do rejestru prowadzonego, na podstawie art. 49 ustawy z 14 grudnia 2012r. o odpadach (tj. Dz.U. z 2020r. poz. 797 ze zm.), w zakresie transportu odpadów komunalnych.*

W zakresie pozostałych zarzutów Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

{ad pkt 1. lit. b i pkt 2. listy zarzutów}

Zamawiający zwrócił uwagę, że w art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy o odpadach pojęcie „zbierania odpadów” jest zdefiniowane jako *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.*

Jednocześnie zgodnie z brzmieniem art. 9d ust. 1 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości w gminach *podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do (...) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej.* Szczegółowe wymagania, o których mowa w cytowanym przepisie, zostały określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013r. poz. 122). Liczne przepisy tego rozporządzenia (§ 2 ust. 2 pkt 3, § 2 ust. 2 pkt 5 lit. c, § 3 pkt 3, § 4 pkt 2) wskazują jednoznacznie, że na terenie bazy magazynowo-transportowej jest przewidywane gromadzenie oraz tymczasowe magazynowanie odpadów.

Zgodnie zatem z przytoczoną powyżej definicją na terenie bazy magazynowo-transportowej będzie się odbywać zbieranie odpadów, a tym samym w myśl art. 41 ust. 1 ustawy o odpadach wykonawcy realizujący zbieranie odpadów są zobowiązani do uzyskania zezwolenia. Wobec faktu, że zamówienie objęte prowadzonym postępowaniem zawiera w sobie m.in. wykonywanie usługi z wykorzystaniem bazy magazynowo-transportowej, w której będzie się odbywać zbieranie odpadów, Zamawiający ma prawo wymagać wykazania posiadania takiego zezwolenia.

Zamawiający powołał się również na piśmiennictwo, w którym również wskazuje się na przyjęcie w ustawie o odpadach zasady, że działalność polegająca na zbieraniu odpadów – co zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 34 obejmuje gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsca przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów, tymczasowe magazynowanie odpadów przez prowadzącego zbieranie odpadów – wymaga uzyskania zezwolenia będącego decyzją administracyjną wydaną przez właściwy organ: marszałka województwa, starostę lub RDOŚ [Danecka Daria,

Radecki Wojciech, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, wyd. V, Opublikowano: WKP 2020).

Natomiast zgodnie z treścią § 1 rozporządzenie MSWiA wskazane w treści warunku określa wymagania w zakresie ochrony przeciwpożarowej, jakie mają spełniać obiekty budowlane lub ich części oraz inne miejsca przeznaczone do zbierania, magazynowania lub przetwarzania odpadów.

Wobec faktu, że baza magazynowo-transportowa jest obiektem budowlanym, w którym będzie się odbywać zbieranie i magazynowanie odpadów, obiekt ten musi spełniać wymagania określone w przedmiotowym rozporządzeniu MSWiA.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z art. 186 ust. 3a pzp wynika *a contrario*, że nie dochodzi do umorzenia postępowania odwoławczego, jeżeli odwołujący nie wycofał wszystkich zarzutów nieuwzględnionych przez zamawiającego. W orzecznictwie Izby nie budzi jednak wątpliwości, że zarzut uwzględniony przez zamawiającego nie podlega już merytorycznemu rozpoznaniu.

Stąd za prawidłowe należy uznać odzwierciedlenie w orzeczeniu kończącym postępowanie odwoławcze w sprawie tego odwołania, że w zakresie zarzutów, które zostały uwzględnione przez Zamawiającego, podlega ono umorzeniu, jak to wskazano w pkt 1. sentencji.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego w całości, Izba skierowała sprawę w zakresie zarzutów nieuwzględnionych w odpowiedzi na odwołanie do rozpoznania na rozprawie, podczas której Strony podtrzymały dotychczasowe stanowisko.

Przy czym w odniesieniu do zarzutu z pkt 1. lit. a listy zarzutów na rozprawie okazało się, że sposób jego uwzględnienia jest dla Odwołującego satysfakcjonujący, a więc kwestia objęta tym zarzutem przestała być sporna.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Legitymacja Odwołującego jako kwestionującego postanowienia specyfikacji, które negatywnie wpływają na możliwość złożenia przez niego oferty, nie była sporna.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

Na rozprawie niesporna okazała się okoliczność, że z opisu przedmiotu zamówienia nie wynika konieczność, aby wykonawca tego zamówienia zobowiązany był, choćby tymczasowo, magazynować odpady na terenie swojej bazy magazynowo-transportowej.

Zamawiający powoływał się jedynie na to, że przed zapoznaniem się z ofertą Odwołującego nie mógł wiedzieć, w jaki sposób zamierza on wykonać odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Dzierżoń, co jest okolicznością bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

W tych okolicznościach Izba stwierdziła, że odwołanie jest zasadne.

Zgodnie z art. 22 ust. 1 pzp u udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy: 1) nie podlegają wykluczeniu; 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania. Art. 22 w ust. 2a precyzuje, że warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; 2) sytuacji ekonomicznej lub finansowej; 3) zdolności technicznej lub zawodowej. Przy czym według art. 22 ust. 1a pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiając ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W odróżnieniu od przesłanek wykluczenia treść warunków udziału w postępowaniu określa zamawiający, jednak nie na zasadzie swobodnego uznania, gdyż każdy warunek ogranicza dostęp do udziału w postępowaniu oraz konkurencję. Ponieważ prowadzenie zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców zaliczają się do naczelných zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia (patrz art. 7 ust. 1 pzp), takie ograniczenie jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku, gdy jest to uzasadnione koniecznością oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Innymi słowy dla pogodzenia tych naczelných zasad zamówień publicznych oraz interesów zamawiających, dopuszczalna jest weryfikacja zdolności wykonawcy do wykonania danego zamówienia, ale wyłącznie w zakresie, w jakim jest to proporcjonalne do przedmiotu zamówienia, co jest emanacją zasady proporcjonalności, kolejnej naczelnęj zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (również wyrażonej w art. 7 ust. 1 pzp). Proporcjonalność określenia warunków udziału do przedmiotu zamówienia oznacza, że zamawiający dobierając i określając te warunki powinien się ograniczyć do wymagań minimalnych, a zarazem wystarczających dla prawidłowej realizacji przedmiotu zamówienia, a ich opis powinien być adekwatny do rodzaju zamówienia, stopnia jego złożoności i rozmiaru, zakresu wymaganych uprawnień czy umiejętności specjalnych.

Ustalenie obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów w bazie magazynowo-transportowej przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest kwestią wtórną w stosunku do ustalenia, czy taki podmiot jest obowiązany prowadzić zbieranie odbieranych odpadów komunalnych w tej bazie. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości podlega obowiązkowi uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej w gminie, na terenie której zamierza prowadzić działalność w tym zakresie, co wynika wprost z przepisów ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz.1439) {dalej: „uucpg”}.

Odbieranie odpadów komunalnych jest pojęciem niezdefiniowanym, ale w kontekście całości przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach należy stwierdzić, że działalność ta obejmuje zabieranie, wywożenie odpadów komunalnych z terenów nieruchomości na podstawie umowy z gminą lub z właścicielem nieruchomości. Akcyjne bądź jednorazowe zabranie selektywnie zebranych odpadów komunalnych (np. zabranie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego czy złomu metali) na zlecenie wytwórcy tych odpadów lub zbierającego takie odpady nie jest traktowane jako odbieranie odpadów komunalnych, tylko jako ich transport.

Wymagania dotyczące odbierania odpadów komunalnych, jakie musi spełniać podmiot odbierający odpady

komunalne od właścicieli nieruchomości, określa art. 9d uucpg. Podmiot ten jest m.in. obowiązany do zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Szczegółowe wymagania dotyczące odbierania odpadów komunalnych określa rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. poz. 122). Rozporządzenie określa wymagania dotyczące bazy magazynowo-transportowej, wśród których został wymieniony wymóg, aby baza ta była wyposażona w miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych. Z kolei z § 3 pkt 3 wymienionego rozporządzenia wynika obowiązek zapewnienia, w zakresie posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz jego odpowiedniego stanu technicznego, aby na terenie bazy magazynowo-transportowej znajdowały się urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania.

Z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie wynika ani obowiązek samodzielnego zbierania odbieranych odpadów komunalnych przez podmiot odbierający te odpady, ani w ogóle obowiązek prowadzenia zbierania odebranych odpadów komunalnych przed ich przekazaniem do przetwarzania. W stosunku do niektórych odpadów obowiązuje wręcz zakaz ich zbierania poza miejscem wytwarzania i stacją przeładunkową [art. 23 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.)]. Selektywnie zebrane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości podmiot odbierający jest obowiązany przekazywać bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne powinny być przekazywane bezpośrednio do instalacji komunalnej, dopuszcza się również ich przekazywanie za pośrednictwem stacji przeładunkowej (art. 9e ust. 1 pkt 2 i ust. 2 uucpg). Stacja przeładunkowa może być prowadzona zarówno przez samego odbierającego odpady komunalne jak i przez prowadzącego instalację komunalną i niewątpliwie jest to miejsce zbierania odpadów komunalnych, na prowadzenie którego jest wymagane uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Możliwe jest przekazywanie odpadów niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do termicznego przekształcania, jeżeli gmina, z której są odbierane te odpady, prowadzi selektywne zbieranie odpadów zgodnie z przepisami wydanymi na podstawie art. 4a uucpg. Obowiązek prowadzenia zbierania przez odbierającego odpady komunalne musiałby być wyrażony w ustawie wprost, nie można bowiem domniemywać istnienia takiego obowiązku.

Odebrane odpady komunalne podmiot odbierający jest obowiązany przekazać do posiadacza odpadów mającego zezwolenie na zbieranie lub przetwarzanie odpadów lub do własnego miejsca prowadzenia działalności w zakresie zbierania lub przetwarzania odpadów (i wówczas podmiot odbierający musi mieć zezwolenie na prowadzenie tej działalności). Jeżeli odbierający odpady komunalne ma tak zorganizowany proces odbierania odpadów komunalnych, że nie wymaga on od niego magazynowania tych odpadów, bo bezpośrednio przekazuje te odpady do instalacji, w której zostaną przetworzone, albo przekazuje te odpady do innego podmiotu, który działając na podstawie stosownego zezwolenia zbiera te odpady przed transportem do instalacji do przetwarzania odpadów, uzyskiwanie zezwolenia na zbieranie odpadów przez podmiot odbierający jest zupełnie zbędne i nieracjonalne, a nawet niemożliwe do spełnienia. Przyjęcie interpretacji, że podmiot odbierający odpady komunalne jest obowiązany do uzyskania zezwolenia na zbieranie selektywnie zbieranych odpadów komunalnych bez względu na to, czy zamierza w rzeczywistości te odpady zbierać, pozostawałoby w sprzeczności z przepisami dotyczącymi uzyskiwania zezwoleń na zbieranie odpadów.

Zgodnie z art. 41 ust 1 ustawy o odpadach prowadzenie zbierania odpadów wymaga uzyskania zezwolenia. W przypadku, gdy podmiot nie zamierza faktycznie zbierać odpadów, udzielenie mu zezwolenia na zbieranie odpadów jest bezprzedmiotowe. Tak również przyjął WSA w Poznaniu w wyroku z 10 marca 2016 r. sygn. akt II SA/Po 22/16: *Podnieść należy, iż niedopuszczalne były składane w toku postępowania administracyjnego wnioski strony skarżącej o wydanie przez organy decyzji o zezwoleniu na zbieranie odpadów z zastrzeżeniem, iż wnioskodawca nie będzie magazynował odpadów. (...) Znamionem jest w niniejszej sprawie, iż strona skarżąca wprost domagała się od organów działania stanowiącego obejście prawa wskazując z jednej strony na wynikającą wprost z przepisów konieczność wskazania we wniosku miejsca zbierania i magazynowania odpadów, jednocześnie przyznając, iż wskazanie to ma charakter pozorny, mający na celu jedynie formalne spełnienie wymogów ustawowych i oczekując, iż organy pozornie tą nie tylko zaakceptują, lecz wręcz usankcjonują poprzez sprzeczne z wymogami ustawowymi skonstruowanie rozstrzygnięcia decyzji i wskazanie, w niej, iż odpady nie będą zbierane i magazynowane na działce, której wniosek o zezwolenie na zbieranie odpadów dotyczył.*

Ponadto należy zauważyć, że zgodnie z art. 48 ustawy o odpadach niepodjęcie działalności, zaprzestanie działalności lub przerwa w działalności objętej zezwoleniem przez 2 lata skutkują wygaśnięciem zezwolenia na zbieranie odpadów. Chcąc tego uniknąć podmiot odbierający odpady komunalne musiałby przed upływem 2 lat podejmować aktywność w zakresie zbierania odpadów, nawet krótkotrwałą, pomimo braku faktycznej potrzeby prowadzenia przez niego takiej działalności. W przeciwnym razie udzielone mu zezwolenie na zbieranie odpadów wygasa.

Na podstawie przytoczonych przepisów należy stwierdzić, że prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie wiąże się z obowiązkiem zbierania tych odpadów, w tym obligatoryjnego zbierania tych odpadów na terenie bazy magazynowo-transportowej, a tym samym nie wiąże się z koniecznością posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów. Posiadanie takiej decyzji nie jest zatem warunkiem uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej ani nie decyduje o możliwości prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Ponadto za przyjęciem powyższej interpretacji przemawia także zasada swobody podejmowania działalności gospodarczej, która została wyrażona wprost w art. 2 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.). Zgodnie z tym przepisem podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach. W myśl tej zasady to do przedsiębiorcy powinna należeć decyzja co do zakresu podejmowanej działalności gospodarczej, co odnosić również należy do wyboru zakresu działalności dotyczącej gospodarki odpadami. Zatem to do przedsiębiorcy należy decyzja, czy chce prowadzić działalność tylko w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czy również działalność w zakresie zbierania tych odpadów.

Tym samym Izba uznała za własne stanowisko wyrażone przez Ministra Klimatu objaśnieniu prawnym z 23 lipca 2020 r. (sygn. DGO.VI.021.26.2020.MD) wydanym na wniosek Rzecznika Małych i Średnich Przedsiębiorców na podstawie art. 33 ust. 1 Prawa przedsiębiorców.

W ustalonych powyżej okolicznościach nie ma wątpliwości, że zarówno warunek dotyczący posiadania uprawnień w zakresie zbierania odpadów, jak i specyficzny warunek zakwalifikowany przez Zamawiającego do zdolności technicznej, który dotyczy spełniania przez bazę magazynowo-transportową, określonych przepisami przywołanego w treści tego warunku rozporządzenia, wymagań przeciwpożarowych w związku ze zbieraniem odpadów na jej terenie, należy uznać

za oczywiście nieproporcjonalne do przedmiotu tego zamówienia w sytuacji, w której możliwe jest jego należyte wykonanie bez tymczasowego magazynowania odpadów na terenie tej bazy. Co więcej, postawienie takiego warunku w oczywisty sposób jest przejawem nierównego traktowania małych i średnich przedsiębiorców, którym utrudnia, o ile nie uniemożliwia, konkurowanie z większymi lub lokalnymi przedsiębiorcami, którzy takie oczekiwania Zamawiającego spełniają.

Mając powyższe na uwadze, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego art. 22 ust. 1b pkt 1 i 3 w zw. z art. 22 ust. 1 a i art. 7 ust. 1 ustawy pzp może mieć istotny wpływ na wynik prowadzonego przez niego postępowania o udzielenie zamówienia – wobec czego – działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 tej ustawy – orzekła, jak w pkt 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 oraz § 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972) – obciążając Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony wpis oraz uzasadnione koszty Odwołującego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzone złożonym do zamknięcia rozprawy rachunkiem.