

WYROK
z dnia 21 grudnia 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 21 grudnia 2023 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2023 r. przez: **ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie – Zdroju, ul. Słoneczna 2b** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Siemyśl z siedzibą w Siemyślu, ul. Polczyńska 14**

przy udziale **wykonawcy Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kołobrzegu, ul. 6 Dywizji Piechoty 60** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 3699/23 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie,

2. Kosztami postępowania obciąża ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie – Zdroju, ul. Słoneczna 2b i :

2.1. Zalicza na poczet postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł. 00 gr (słownie piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie – Zdroju, ul. Słoneczna 2b** tytułem wpisu uiszczonego od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t. j. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 3699/23

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Siemyśl oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK Gminy Siemyśl w okresie od 01.01.2024 - 31.12.2024” zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 października 2023 r. pod nr 2023/S 208-655847.

W dniu 30 listopada 2023 r. zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

W dniu 8 grudnia 2023 r. wykonawca ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Polczynie – Zdroju wniósł odwołanie. Odwołanie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 7 grudnia 2023 r. udzielonego przez członka zarządu upoważnionego do samodzielnej reprezentacji. Do odwołania dołączono dowód przekazania odwołania zamawiającemu.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 114 ustawy w zw. z art. 239 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale 6.1.2. „wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem”, albowiem wykonawca nie posiada wpisu rejestru do działalności regulowanej w odbierania odpadów komunalnych z terenu Gminy Siemyśl zakresie kodów odpadów 16 06 05, 16 02 13, 17 09 04, które stanowią przedmiot zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ

- art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

- art. 239 ustawy przez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z nadrzędnymi zasadami udzielania zamówień publicznych.

Wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o. ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg.
2. Dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) b) ustawy.
3. Dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF Polska sp. z o.o.
4. Zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, że czynność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Odwołujący spełnił postawione przez zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. Tym samym nie budzi wątpliwości kwestia legitymacji do wniesienia przez odwołującego środka ochrony prawnej, zgodnie z treścią art. 505 ust. 1 ustawy. W przypadku potwierdzenia się zarzutów tego odwołania, dotyczących nieprawidłowego dokonania wyboru najkorzystniejszego wykonawcy, odwołujący będzie miał możliwość uzyskania zamówienia. W wyniku podjęcia wadliwej czynności wyboru najkorzystniejszej oferty - uznania spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego przedłożone środki podmiotowe nie przemawiają o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu ujętych w rozdziale 6.1.2. SWZ - odwołujący, jako wykonawca drugi w kolejności, poniesie szkodę znacznej wartości, polegającą na nie czerpaniu korzyści gospodarczych z wykonywania zamówienia publicznego. Dodał, że rzeczywistym celem odwołującego jest uzyskanie zamówienia i to na podstawie postępowania przeprowadzonego w zgodzie z przepisami ustawy.

Odwołujący powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę wniesienia odwołania 30 listopada 2023 roku. Kopia tego odwołania została przesłana zamawiającemu 7 grudnia 2023 roku. Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1) ustawy w przypadku zamówień, których wartość jest równa lub przekracza progi unijne, odwołanie wnosi się, w terminie: a) 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Odwołujący podniósł, że w OPZ zamawiający wskazał kody odpadów, które podlegają zamówieniu, w tym: 16 06 05, 16 02 13, 17 09 04, które mają być zbierane w ramach PSZOK, stanowią zatem odpad komunalny objęty zamówieniem. W celu zabezpieczenia należytej realizacji zamówienia i wykazania przez wykonawców możliwości wykonania zamówienia, zamawiający postawił warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. w zakresie zdolności do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego i wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: 6.1.2. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; zamawiający określił, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem. W ramach postępowania zamawiający dokonał w dniu 30 listopada 2023 roku czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wykonawcy Miejskiego Zakładu Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Sp. z o.o., ul. 6 Dywizji Piechoty 60, 78-100 Kołobrzeg. Z przedstawioną powyżej decyzją zamawiającego nie zgadza się odwołujący, wskazując, że działanie zamawiającego narusza szereg zapisów ustawy i pozostaje w sprzeczności z celami i zasadami kierującymi postępowaniem o udzielenie zamówienia. Zamawiający naraził powodzenie i rzetelność wykonywania przedmiotowego zamówienia publicznego poprzez zaniechanie badania sytuacji wykonawcy w odniesieniu do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, tj. podmiotowych środków dowodowych, które przedstawił wykonawca. W korelacji z postawionymi warunkami w rozdziale 6 SWZ zamawiający przedstawił wykaz podmiotowych środków dowodowych - w rozdziale 8.4.1.1) SWZ, które winny zostać złożone na wezwanie zamawiającego: „1) wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem”. Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu w celu zapewnienia zachowania należytych standardów wykonania zamówienia w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zdolności technicznej lub zawodowej.

Zamawiający wymagał w celu wykazania posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, tj. przedstawienia dowodów potwierdzających, że wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych. Zamawiający skierował do wykonawcy MZZDiOŚ sp. z o.o. wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. do złożenia środka podmiotowego potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych tym postępowaniem. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego zostały złożone dokumenty i oświadczenia. Po dokonaniu analizy dokumentów przedłożonych na wezwanie zamawiającego odwołująca wskazała, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie posiada uprawnień do odbierania odpadów: baterie i akumulatory (16 06 05), zużyte świetlówki (16 02 13), zmieszane odpady budowlane (17 09 04), które to odpady objęte zostały przedmiotem zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej o numerze 4/2012 wskazuje na brak posiadania wpisu przez wykonawcę w zakresie w/w odpadów. Z zaświadczenia z dnia 5 stycznia 2023 roku, nr sprawy: ITRYI.6235.4.2012 o zmianie wpisu do RDR wynika, że wykonawca Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska sp. z o.o. w Kołobrzegu dokonał zmiany w zakresie wykreślenia z rejestru odpadów będących przedmiotem zamówienia, tj. odpadów: liii baterie i akumulatory (16 06 05), liii zużyte świetlówki (16 02 13), @ zmieszane odpady budowlane (17 09 04). W związku z wykreśleniem Przez Gminę Siemysł na wniosek Wykonawcy MZZDiOŚ sp. z o.o. z rejestru działalności regulowanej przez wykonawcę wskazanych wyżej odpadów należy stwierdzić, że wykonawca nie posiada zezwolenia na odbieranie w/w odpadów z terenu Gminy Siemysł, tym samym nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym odwołująca podniósł, że wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie spełnia warunku udziału w postępowaniu postawionego w rozdziale 6.1.2. SWZ, ponieważ wpis do rejestru działalności regulowanej wykonawcy nie pokrywa się z zakresem objętym przedmiotem zamówienia (nie jest zgodny z postawionym przez zamawiającego warunkiem). Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej dla wszystkich objętych zamówieniem rodzajów odpadów, w tym także odpadów, a co za tym idzie wszelkich odpadów - skonkretyzowanych na podstawie kodów i rodzajów odpadów w Opisie Przedmiotu Zamówienia. Powołał orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-35/17 z 13 lipca 2017 r. Należy przyjąć, że zapis warunku udziału w postępowaniu uregulowany w rozdziale 6.1.2. SWZ został zapisany w sposób jasny, czytelny, a jego interpretacja odbiegająca od literalnej formy wprowadziłaby do postępowania element niepewny, różnicujący sytuację poszczególnych wykonawców. Dla potencjalnych wykonawców wiążący winien być zapis warunku skonkretyzowany w dokumentacji przetargowej. Zamawiający wprost wymagał posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszelkich odpadów objętych zamówieniem bez jakiegokolwiek podziału tychże odpadów i bez wyłączenia rodzajów odpadów w treści warunku określonego w rozdziale 6.1.2.

Zasady wyrażone w ustawie nakazują zamawiającym powierzyć realizację zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno zawrzeć umowy, której przedmiotem będzie realizacja dostaw, usług czy robót budowlanych w rozumieniu ustawy z wykonawcą, którego wybór nie został poprzedzony stosownym postępowaniem. Naruszeniem tej zasady będzie okoliczność pominięcia procedur przewidzianych ustawą w sytuacjach, w których istniał obowiązek ich zastosowania, albo takie działania zamawiającego, które, naruszając przepisy tej ustawy, mają wpływ na wynik postępowania, tzn. umowa zostaje zawarta nie z tym wykonawcą, który powinien być zostać wyłoniony zgodnie z daną procedurą, albo umowa nie zostanie zawarta z uwagi na nieprawidłowości proceduralne. Zaskarżona decyzja zamawiającego w sposób rażąco narusza przepisy prawa, a co więcej stanowi zagrożenie dla interesu publicznego - doprowadziła do wyboru oferty wykonawcy, która jest niezgodna z warunkami udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił, iż ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie powinno się oceniać na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny. Istotne jest, że taką ocenę oferty najkorzystniejszej ekonomicznie przeprowadzić należy na podstawie ceny i efektywności kosztowej, ale również przy zachowaniu standardów jakości określonych w specyfikacji, w tym w warunkach realizacji zamówienia. Zamawiający powinien mieć zawsze na uwadze, że zobligowany jest udzielić danego zamówienia wyłącznie takiemu wykonawcy, którego wybór został dokonany z poszanowaniem przepisów ustawy. Nie ulega wątpliwości, iż wykonawcą wybranym zgodnie z przepisami ustawy będzie tylko taki podmiot, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu i który złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu. W przypadku stwierdzenia wystąpienia stosownych, wynikających z ustawy, przesłanek przepisy statuują bezwzględny obowiązek zamawiającego podjęcia w takiej sytuacji stosownych działań, które powinny prowadzić do odrzucenia oferty wykonawcy, którego dotyczą. Wybór oferty wykonawcy, którego oferta podlegała odrzuceniu w związku z wystąpieniem którejś z przesłanek określonych w art. 226 ustawy, odwołujący uznał za wadliwy. Zamawiający w sposób oczywisty powinien zawsze kierować się, podczas procesu badania i oceny ofert nie tylko przepisami ustawy, lecz również zasadami wynikającymi ze sporządzonych dokumentów zamówienia, do których przestrzegania jest tak samo zobowiązany, jak wykonawcy biorący udział w postępowaniu.

W dniu 12 grudnia 2023 r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 15 grudnia 2023 r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kołobrzegu, ul. 6 Dywizji Piechoty 60. Zgłoszenie zostało wniesione przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 14 grudnia 2023 r. udzielone przez prezesa zarządu. Do zgłoszenia dołączono dowody przekazania zgłoszenia stronom. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości. Przystępujący wskazał, że złożył ofertę w postępowaniu

celem uzyskania zamówienia. Oferta przystępującego została wybrana przez zamawiającego jako najkorzystniejsza. Oferta nie podlega odrzuceniu, a przystępujący nie podlega wykluczeniu. W przypadku uwzględnienia odwołania złożonego przez odwołującego przystępujący nie uzyska zamówienia. Wobec powyższego przystępujący ma interes w rozstrzygnięciu odwołania na korzyść zamawiającego co doprowadzi do utrzymania aktualnie ogłoszonego wyniku postępowania, tj. oceny oferty przystępującego jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut pierwszy dotyczy naruszenia art. 114 w związku z art. 239 ustawy.

Dopiero w uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazuje, że powyższe przepisy zamawiający miał naruszyć także w związku z art. 116 ustawy. Ww. przepisów nie można jednak naruszyć poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, ponieważ art. 114 ustawy

PZP zawiera uszczegółowiony opis zakresu formułowanych na etapie opracowywania Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w którym mogą one dotyczyć „uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej”, a art. 116 ustawy - „niezbędnego wykształcenia, kwalifikacji zawodowych, doświadczenia, potencjału technicznego” - co w ogóle nie jest przedmiotem dalszej treści odwołania. Art. 239 ustawy dotyczy zaś wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, co także nie jest przedmiotem dalszej treści odwołania. Nadto, gdyby faktycznie intencją odwołującego było sformułowanie zarzutu naruszenia ww. przepisów prawa, to takie odwołanie na aktualnym etapie postępowania byłoby oczywiście spóźnione w zakresie zarzutów dotyczących art. 114 i 116 ustawy.

Zarzut drugi dotyczy naruszenia art. 16 w związku z art. 17 ust 1, 2 ustawy w związku z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

Zarzut trzeci dotyczy naruszenia art. 239 ustawy, który - jak zauważono powyżej - dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert, co także nie jest przedmiotem dalszej treści odwołania.

Przechodząc do istoty zarzutów i żądania odwołania:

W sprawie zastosowanie mają dwie ustawy, które łącznie regulują system odbierania i zbierania odpadów komunalnych na terenie gmin w Polsce:

1. Ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, zwana dalej: „UoO” (jako ogólna podstawa systemu gospodarki odpadowej w Polsce);

2. Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zwana dalej: „UoCiPwG”.

Dla prawidłowego zobrazowania funkcjonowania systemu gospodarki odpadowej w zakresie istotnym dla rozpoznania niniejszej sprawy, wskazać należy, że przedmiotem zamówienia jest faktycznie odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z:

1. nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Siemyśl oraz z

2. punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (dalej: „PSZOK”) Gminy Siemyśl.

Mamy zatem do czynienia z objęciem jednym zamówieniem dwóch różnych świadczeń, które wskazane wyżej przepisy ustaw regulują w różny sposób:

Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od mieszkańców:

Zgodnie z art. 9b ust. 1 i 2: „1. Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz. U. z 2023 r. poz. 221, 641 i 803). 2. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej "rejestrem", prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.”

Zgodnie z art. 71 a ust. 1 UoU: „Kartę przekazania odpadów komunalnych sporządza podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości przed rozpoczęciem odbierania tych odpadów, odrębnie dla każdego ładunku transportowanych odpadów komunalnych danego rodzaju przekazywanych do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie stacji przeładunkowej, miejsca zbierania odpadów komunalnych lub miejsca przetwarzania odpadów komunalnych.”

Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK-ów:

Zgodnie z art. 6c ust. 1 UoCiPwG: „Gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.”

Zgodnie z art. 6c ust. 1 UoCiPwG: „Rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne.”

W końcu, zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 5) i 6) UoCiPwG: „Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą

warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności: (...) 5) zapewniają selektywne zbieranie odpadów komunalnych obejmujące co najmniej: papier, metale, tworzywa sztuczne, szkło, odpady opakowaniowe wielomateriałowe oraz bioodpady; 6) tworzą w sposób umożliwiający łatwy dostęp wszystkim mieszkańcom gminy punkty selektywnego zbierania odpadów komunalnych, które zapewniają przyjmowanie co najmniej odpadów komunalnych wymienionych w pkt 5, odpadów niebezpiecznych, przeterminowanych leków i chemikaliów, odpadów niekwalifikujących się do odpadów medycznych, które powstały w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi, w szczególności igieł i strzykawek, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, zużytych opon oraz odpadów tekstyliów i odzieży, a także odpadów budowlanych i rozbiórkowych z gospodarstw domowych;”
Zgodnie z art. 3 ust. 2b UoCiPwG: „Gmina jest obowiązana utworzyć co najmniej jeden stacjonarny punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, samodzielnie lub wspólnie z inną gminą lub gminami, lub wspólnie ze związkiem metropolitalnym.

Art. 3 ust. 1 pkt 5) i ust. 2b UoCiPwG regulują zatem obowiązek tworzenia PSZOK-ów na terenach gmin.

Zgodnie z art. 9ea pkt 1 UoCiPwG: „Podmiot prowadzący punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych jest obowiązany do: 1) przekazywania, bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady, selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach;”

Zgodnie z art. 66 ust. 1 UoO: „Posiadacz odpadów jest obowiązany do prowadzenia na bieżąco ich ilościowej i jakościowej ewidencji zgodnie z katalogiem odpadów określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 4 ust. 3, zwanej dalej "ewidencją odpadów".” Ewidencję prowadzi się zaś, m.in. z zastosowaniem kart przekazania odpadów (KPO) albo kart przekazania odpadów komunalnych (KPOK).

Zgodnie z art. 69 ust. 1 UoU: „Kartę przekazania odpadów sporządza posiadacz odpadów, który przekazuje odpady do następnego posiadacza odpadów albo do prowadzonych przez siebie miejsc zbierania odpadów lub miejsc przetwarzania odpadów, przed rozpoczęciem ich transportu.”

Zgodnie z art. 9c ust. 1a UoCiPwG: „Nie wymaga uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów.”.

Powyższe rozróżnienie faktycznie stanowi jednoznaczne wyjaśnienie przyczyny, dla której odwołanie powinno zostać oddalone: warunek udziału w postępowaniu sformułowany w punkcie 6.1.2. SWZ jednoznacznie dotyczy konieczności legitymowania się wpisem do rejestru, o którym mowa w art. 9b ust. 2 UoCiPwG, cytuję: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące: (...) 6.1.2. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów; Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych mniejszym postępowaniem.”

Ponieważ w procesie przekazania odpadów z PSZOK nie są wykonywane czynności z zakresu odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK-ównie wchodzi to w zakres tej działalności regulowanej.

Nie ulega wątpliwości, że przystępujący jest gotowy do odbierania, transportu i zagospodarowanie odpadów, tak:

-komunalnych, od mieszkańców gminy Siemysł, na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej, jak i
-odpadów innych niż komunalne, przekazanych mu przez PSZOK-i, co jednak nie wymaga legitymowania się posiadaniem wpisu.

Dowodnie świadczy o tym regulamin świadczenia usługi w zakresie przyjmowania odpadów w Instalacji Komunalnej MBP w Korzyścienku Korzyścienko, ul. Wspólna 1, 78-132 Grzybowo. Twierdzenie zatem, że przystępujący nie jest uprawniony, ani tym bardziej technicznie gotowy do odbierania, transportu i zagospodarowanie odpadów objętych zamówieniem nie znajduje uzasadnienia.

Jako dowód powołał Regulamin świadczenia usługi w zakresie przyjmowania odpadów w Instalacji Komunalnej MBP w Korzyścienku Korzyścienko, ul. Wspólna 1, 78-132 Grzybowo

Zauważenia wymaga jednak, że odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK-ów nie wchodzi to w zakres tej działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ust. 2 UoCiPwG, co wskazano wprost w art. 9c ust. 1a UoCiPwG.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. SWZ, oferty przystępującego, wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, odpowiedzi na wezwanie, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Rozdział 4 opis przedmiotu zamówienia

oraz wymagania jakościowe odnoszące się do głównych elementów składających się na przedmiot zamówienia (o których mowa w art. 246 ust. 2 ustawy Pzp)

4.1. Przedmiotem zamówienia jest odbieranie transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Siemyśl oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z PSZOK Gminy Siemyśl.

4.2. Orientacyjną ilość odpadów komunalnych, którą Zamawiający przewiduje do odebrania wynosi:

1) od właścicieli nieruchomości zamieszkałych w okresie realizacji zamówienia tj. od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. - ok. 1188 Mg.

2) z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych w okresie realizacji zamówienia tj. od 01.01.2024 r. do 31.12.2024 r. - ok. 57 Mg.

4.3. Szczegółowy zakres i sposób realizacji przedmiotu zamówienia określa Załącznik nr 1 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz Projekt umowy stanowiący Załącznik nr 2 do SWZ.

Rozdział 6 informacje o warunkach udziału w postępowaniu

6.1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

6.1.2. uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;

Zamawiający określa, że ww. warunek zostanie spełniony, jeśli Wykonawca wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem.

Rozdział 8 Informacja o jedz i podmiotowych środkach dowodowych

8.4. Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie (nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania) następujących podmiotowych środków dowodowych (aktualnych na dzień złożenia):

8.4.1. W celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

1) wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem

Załącznik nr 1 do SWZ Opis przedmiotu zamówienia

Przedmiot zamówienia stanowi wykonanie usług:

A. Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Siemyśl w okresie od 01.01.2024 do 31.12.2024 r.

B. Odbiór masy odpadów komunalnych zgromadzonych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK) w miejscowości Siemyśl oraz ich transport i zagospodarowanie w Instalacji przetwarzania odpadów komunalnych w okresie od 01.01.2024 do 31.12.2024 r.

Należy przyjąć, że w 2024 roku ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów z terenu Gminy Siemyśl wyniesie ok. 1188 Mg w tym:

Odpady niesegregowane (zmieszane) (20 03 01) -700 Mg

Odpady ulegające biodegradacji (20 02 01, 20 01 08) - 150 Mg

Odpady z papieru i tektury (15 01 01) - 38 Mg

Odpady ze szkła (15 01 07) - 125 Mg

Zmieszane odpady opakowaniowe (15 01 06) - 175 Mg

Należy przyjąć, że w 2024 roku ilość odebranych i zagospodarowanych odpadów z PSZOK wyniesie ok. 57 Mg w tym:

Wielkogabarytowe (20 03 07) - 20 Mg

Zmieszane odpady opakowaniowe (15 01 06) - 2 Mg

Papier i tektura (15 01 01) - 3 Mg

Biodegradowalne (20 02 01) - 8 Mg

Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (20 01 35) - 1 Mg

Zużyte opony (16 01 03) - 4 Mg

Zmieszane odpady budowl. (17 09 04) - 18 Mg

Baterie i akumulatory (16 06 05) - 0,1 Mg

Zużyte świetlówki (16 02 13) - 0,15 Mg

Tekstyliia (20 01 11) - 0,5 Mg

Przystępujący złożył wpis do rejestru działalności regulowanej z Gminy Siemyśl – zaświadczenie Wójta Gminy Siemyśl z dnia 27 lipca 2012 r. nr wpisu 4/2012 znak ITR-IV.6235.4.2012, z którym na str. 2 wskazano m. in. kody odpadów:

16.02.13, 16.06.05 i 17.09.04. Przystępujący złożył również zaświadczenie o zmianie wpisu nr 4/2012 z dnia 5 stycznia 2023 r. z którego wynika, że zmiana dotyczy wykreślenia rodzaju odpadów, w tym o kodach: 16.02.13, 16.06.05 i 17.09.04.

Regulamin świadczenia usługi w zakresie przyjmowania odpadów w Instalacji Komunalnej MBP w Korzyścienku Korzyścienko, ul. Wspólna 1, 78-132 Grzybowo obejmuje na str 7 odpady o spornych kodach, zatem w tej instalacji możliwe jest zagospodarowanie odpadów odebranych z PSZOK Gminy Siemyśl.

Izba zważyła, co następuje:

Izba dopuściła Miejski Zakład Zieleni, Dróg i Ochrony Środowiska w Kołobrzegu spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w charakterze uczestnika postępowania.

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał przesłankę materialnoprawną dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 114 ustawy w zw. z art. 239 ustawy przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku udziału w postępowaniu postawionego przez zamawiającego dotyczącego posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, postawionego w rozdziale 6.1.2. „wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych niniejszym postępowaniem”, albowiem wykonawca nie posiada wpisu rejestru do działalności regulowanej w odbierania odpadów komunalnych z terenu Gminy Siemyśl zakresie kodów odpadów 16 06 05, 16 02 13, 17 09 04, które stanowią przedmiot zamówienia zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ

Zarzut nie potwierdził się. Izba podziela w tym zakresie stanowisko przystępującego, że przepis art. 114 ustawy określa w jaki sposób zamawiający może sformułować warunek udziału w postępowaniu w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej. Niewątpliwie zamawiający taki warunek ustanowił w pkt. 6.1.2 SWZ i określił przedmiotowe środki dowodowe go potwierdzające. Natomiast odwołujący kwestionuje wadliwą ocenę przez zamawiającego spełniania tego warunku przez przystępującego i zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego z uwagi na niewykazanie spełniania warunku udziału w postępowaniu. Co oznacza, że w rzeczywistości odwołujący skarży zaniechanie zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b. Tym samym zarzut należało uznać za niezasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 ustawy w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie zamawiającego.

Zarzut nie potwierdził się. Zamawiający wymagał wpisu do działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ust. 2 ucpg w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych tym postępowaniem. Zamawiający nie oczekiwał zaświadczenia o wpisie do BDO, ani przedstawiania zezwoleń na zbieranie lub przetwarzanie odpadów, ani pozwoleń zintegrowanych. Tym samym zamawiający ściśle postawił warunek i precyzyjnie określił wymaganie wiążąc je z kodami odpadów zastosowanym w postępowaniu, tymi dla których jest wymóg wpisu działalności regulowanej. Tym samym istota sporu sprowadza się do ustalenia czy wszystkie kody wpisane przez zamawiającego do załącznika nr 1 do SWZ wiążą się z koniecznością wpisu do rejestru działalności regulowanej.

W ocenie Izby przepis art. 9c ust. 1 ucpg ściśle określa w jakich okolicznościach przedsiębiorca musi posiadać wpis do działalności regulowanej to jest gdy odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Przepisy o działalności regulowanej jako ograniczające swobodę prowadzenia działalności gospodarczej należy wyklądać ściśle. Tym samym w ocenie Izby zakres objęcie działalnością regulowaną musi uwzględniać wszystkie elementy określone w przepisie i tym samym występować musi odbiór odpadów, odpady muszą być odpadami komunalnymi i odpady muszą być odbierane od właścicieli nieruchomości. Co więcej nie chodzi tu o każdy rodzaj decyzji administracyjnej, ale wyłącznie tej, która jest objęta wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonym przez Wójta Gminy Siemyśl. Niewątpliwie art. 9c ust. 1a ucpg zwalnia prowadzenia działalności regulowanej wyłącznie prowadzenie PSZOK, a prowadzenie PSZOK nie jest przedmiotem tego zamówienia. Przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów przekazanych do PSZOK. Zatem należy odpowiedzieć na pytanie, czy odbiór z PSZOK jest działalnością regulowaną podlegającą wpisowi do rejestru prowadzonemu przez Wójta Gminy Siemyśl. Jak słusznie zauważył przystępujący do PSZOKu mieszkańcy oddają odpady, a PSZOK nie odbiera odpadów od właścicieli nieruchomości. Art. 2 ust. 1 pkt 4 ucpg definiuje właścicieli nieruchomości – także jako współwłaścicieli, użytkowników wieczystych oraz jednostki organizacyjne i osoby posiadające nieruchomości w zarządzie lub użytkowaniu, a także inne podmioty władające nieruchomością. Co oznacza, że odbiór z PSZOKu nie jest odbiorem od właściciela nieruchomości, ale od posiadacza odpadów. Co więcej do PSZOKu odpady mogą oddawać nie tylko mieszkańcy gminy, ale także przedsiębiorcy. Nadto do PSZOKu mogą trafiać nie tylko odpady komunalne, ale także odpady nie będące odpadami komunalnymi, w tym

niebezpieczne. W ocenie Izby rację zatem należy przyznać przystępującemu, że odbiór odpadów z PSZOK nie jest działalnością regulowaną w rozumieniu art. 9 ust. 1 ucpg. Skoro tak, a zamawiający nie określił wymogu posiadania zezwoleń na gruncie ustawy o odpadach, to należało uznać, że ograniczył warunek do tych wszystkich kodów odpadów będących przedmiotem zamówienia, których odbiór dokonywany jest od właścicieli nieruchomości i które są odpadami komunalnymi. Nie można bowiem warunku wyłożyć logicznie w ten sposób, że będzie on spełniony wyłącznie wówczas, jeśli zaświadczenie o wpisie obejmie wszystkie kody odpadów, choćby dla ich odbioru nie było potrzeby uzyskiwania wpisu do rejestru Gminy Siemysł. W ocenie Izby warunek narzucający potrzebę wpisu ponad wymagania wynikające z ustawy mógłby się okazać warunkiem niemożliwym do spełnienia. Oczywiście Izba dostrzega, że odbiór, transport i przetworzenie odpadów z PSZOK może być regulowane innymi przepisami prawa, nie mniej jednak zamawiający dookreślił rodzaj działalności regulowanej, której prowadzenia wymaga i dla której oczekuje spełnienia warunku. Dla Izby nie ulega wątpliwości, że przystępujący jako gminna osoba prawna nie podlega zwolnieniu z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach w przypadku zbierania lub przetwarzania odpadów, bowiem nie jest gminnym, ani międzygminnym PSZOKiem, PSZOKiem związku metropolitalnego, PSZOKIEM prowadzonym przez gminną jednostkę budżetową, ani gminny zakład budżetowy lub urząd obsługujący związek metropolitalny, tym samym prowadzi działalność regulowaną, ale na podstawie innej ustawy niż UCPG, z której zamawiający nie oczekiwał złożenia odpowiedniego dokumentu potwierdzającego uprawnienia. Sam odwołujący to dostrzegał mówiąc o braku wymogu złożenia zezwolenia na transport odpadów. W tym zakresie Izba podziela stanowisko Izby zajęte w przywołanym przez przystępującego orzeczeniu z dnia 15 grudnia 2021 r. sygn. akt KIO 3479/21. Mając powyższe na uwadze Izba uznała, że zarzut podlegał oddaleniu. Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 239 ustawy przez dokonanie mało wnikliwej oceny podmiotowych środków dowodowych, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą; dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty niezgodnie z nadrzędnymi zasadami udzielania zamówień publicznych Zarzut nie potwierdził się. Zarzut był zarzutem wynikowym zależnym od potwierdzenia się któregośkolwiek z powyższych zarzutów. Skoro w ocenie Izby żaden z wyżej postawionych zarzutów nie okazał się zasadny, to i ten należało oddalić. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 i 575 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437) na podstawie par. 8 ust. 2 pkt. 1 cyt. rozporządzenia obciążając kosztami uiszczzonego wpisu odwołującego.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....