

WYROK
z dnia 24 listopada 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Jolanta Markowska
Lubomira Matczuk-Mazuś

Protokolant: Mariusz Gontarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 listopada 2016 r. przez wykonawcę - **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego - **Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. Św. Michała 43; 61-119 Poznań**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy - **Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań** na rzecz zamawiającego - **Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. Św. Michała 43; 61-119 Poznań** kwotę **3 661 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset sześćdziesiąt jeden 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 2015 r., poz. 2164 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 **Poznaniu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, ul. Św. Michała 43; 61-119 Poznań, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Usługa utworzenia i prowadzenia stacjonarnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK), utworzenia i prowadzenia Mobilnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (MPSZOK) oraz zorganizowania punktów odbioru przeterminowanych leków z aptek wraz z ich odbiorem i zagospodarowaniem dla mieszkańców Miasta Poznania oraz utworzenia i prowadzenia stacjonarnych Punktów Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK) dla mieszkańców gmin: Buk, Oborniki, Murowana Goślina, Czerwonak, Swarzędz, Kleszczewo, Kostrzyn i Pobiedziska, które wchodzą w skład „Związku Międzygminnego Gospodarki Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”.*

Dnia 26 października 2016 roku, zamawiający ogłosił postępowanie (Dziennik Urzędowy UE, pod Nr 2016/S 207-374699) oraz opublikował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Dnia 7 listopada 2016 roku wykonawca Zakład Sprzątania Placów i Ulic Mielczarek, Sobański Sp. J., ul. Jasielska 7B, 60-476 Poznań (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności opracowania treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 22 ust. 1 a, poprzez naruszenie obowiązku określenia warunków udziału w postępowaniu oraz wymaganych warunków dowodowych, w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz wyrażenia tych warunków, jako minimalnych poziomów zdolności,
- 2) art. 7 ust. 1, poprzez naruszenie obowiązku prowadzenia postępowania z zachowaniem zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, co przejawia się w szczególności warunkami udziału w postępowaniu oraz kryteriami oceny ofert, które bezpodstawnie preferują jednego z potencjalnych wykonawców,
- 3) art. 29 ust. 2, poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w Zadaniu Nr 1, w sposób ewidentnie naruszający zasady uczciwej konkurencji,
- 4) art. 29 ust. 3a, poprzez ustanowienie wymogu zatrudnienia na umowę o pracę osób, które będą wykonywać czynności w zakresie realizacji zamówienia, nie

polegające na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 §1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502 ze zmianami),

- 5) art. 91 ust. 2, poprzez ustanowienie kryteriów oceny ofert, które nie mają bezpośredniego związku z przedmiotem zamówienia, a także preferują jednego z potencjalnych wykonawców.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania zmian treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, we wskazanym powyżej zakresie, z uwzględnieniem przedstawionej argumentacji, w szczególności o zmodyfikowanie postanowień odnoszących się do:

- warunków udziału w postępowaniu, które nie mogą ograniczać uczciwej konkurencji, w tym preferować w zadaniu Nr 1, jedyne wykonawcy zdolnego do wykazania doświadczenia, którego to warunki zostały ustanowione przez zamawiającego,

- rezygnacji ze stosowania do oceny ofert kryteriów, które nie mają nic wspólnego z przedmiotem zamówienia, w tym kryterium środowiskowego (wg opisanego wymogu w tym zakresie), oraz kryterium działań edukacyjnych,

- utrudniania uczciwej konkurencji, poprzez zaniechanie dalszego podziału na części zadania Nr 1 pomimo, że nie istnieją absolutnie żadne przeszkody, by podziału tego dokonać, stwarzając w ten sposób możliwość złożenia oferty małym i średnim przedsiębiorstwom,

- obowiązku zatrudnienia na umowę o pracę osób, które będą wykonywać zadania wymagające dużej samodzielności, operatywności i zdolności do podejmowania samodzielnych decyzji, gdyż tego rodzaju czynności nie odpowiadają sposobowi pracy określone w przepisach Kodeksu pracy,

- zamiaru uznawania za spełniającego warunek dysponowania sprzętem niezbędnym do realizacji zamówienia, tego wykonawcy, który nie posiadając wymaganego samochodu, będzie dysponował pojazdem do transportu odpadów, na zasadzie podpisanej umowy z podmiotem trzecim, który taki pojazd posiada.

Odwołujący wskazał, co następuje.

W zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności zamawiający wymaga między innymi, aby wykonawca legitymował się koncesją/zezwoleń udzielonym przez właściwy organ, na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów. Dopełnieniem tego wymogu jest obowiązek dysponowania, odpowiednią dla każdej części zamówienia, liczbą pojazdów spełniających wymagania dotyczące transportu odpadów. Z opisu w tej sprawie, zawartego w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

wynika, że wykonawca nieposiadający takiego pojazdu spełni warunek, jeżeli będzie posiadał umowy z podmiotami posiadającymi takie pojazdy, z którymi współpracuje w zakresie zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów.

Sformułowane w ten sposób warunki udziału w postępowaniu są sprzeczne z postanowieniami przepisów ustawy o odpadach, które regulują zasady uzyskiwania zezwoleń na transport odpadów. Posiadanie decyzji zezwalającej na transport odpadów jest warunkiem udziału w postępowaniu, który wykonawca musi spełnić samodzielnie. Jak wynika z przepisów ustawy o odpadach, integralną częścią zezwolenia na transport odpadów, jest wykaz pojazdów danego podmiotu, przy użyciu, których ten transport może być wykonywany. Podmiot posiadający takie zezwolenie nie ma prawa wykonywać tego transportu przy użyciu pojazdów, które do zezwolenia nie zostały wpisane. W zakresie posiadania uprawnień do transportu odpadów, warunek ten wykonawca musi spełnić samodzielnie, a więc to wykonawca a nie jakiś inny podmiot, ma posiadać zezwolenie oraz dysponować wymaganą przez zamawiającego liczbą pojazdów - oczywiście wpisanych do tego zezwolenia. W istniejącym stanie rzeczy, zamawiający dopuszcza możliwość transportowania odpadów pojazdami, niewpisanymi do zezwolenia na transport odpadów, warunkującego udział w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jednym z warunków udziału w postępowaniu jest wymóg, aby wykonawca wykazał, że w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert wykonał usługę zbierania odpadów o określonych przez zamawiającego kodach wynikających z katalogu odpadów. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia wymienia w tym zakresie dla zadania Nr 1, 41 kodów odpadów. Łączna wymagana masa odpadów dla zadania Nr 1, wynosi 4 647 Mg. Interpretując dosłownie tak sformułowany wymóg należy wskazać, że wymogiem określonym w przedmiotowym zakresie przez zamawiającego, jest wykazanie doświadczenia w zbieraniu odpadów, w rozumieniu przepisów art. 3 ust. 1 pkt. 34 ustawy o odpadach. Zatem zbieranie to (nie mylić z odbieraniem odpadów) miałyby polegać na gromadzeniu odpadów celem ich przygotowania do dalszego transportu do miejsc przetwarzania lub unieszkodliwiania. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że na terenie miasta Poznania, objętego zadaniem Nr 1, usługę odbioru odpadów komunalnych (w tym gromadzonych selektywnie), w okresie od wejścia w życie ustawy o czystości i porządku w gminach, świadczyło kilka firm, wybranych w drodze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Firmy te nie miały obowiązku posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów i zbierania tego (w rozumieniu ustawy o odpadach) nie prowadziły, gdyż zebrane odpady od razu były przekazywane na wysypisko odpadów, bądź do instalacji do ich przetwarzania.

Prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK), na terenie Miasta Poznania (obecnie Zadanie Nr 1) zgodnie z wymogami przepisów ustawy o czystości im porządku w gminach, zostało powierzone zamówieniem z wolnej ręki, Zakładowi Zagospodarowania Odpadów w Poznaniu, będącemu spółką z wyłącznym udziałem Miasta. Udzielenie zamówienia nastąpiło w trybie niekonkurencyjnym.

Zakład Zagospodarowania odpadów prowadził 3 punkty PSZOK, w których następowało zbieranie odpadów w rozumieniu przepisów Ustawy o odpadach. Zauważyć w tym miejscu należy, że z opisanych powyżej względów doświadczenie, którego wymaga zamawiający, posiada jedynie Zakład Zagospodarowania Odpadów, gdyż żaden inny podmiot występujący na regionalnym rynku usług komunalnych, nigdy nie otrzymał od Związku Międzygminnego „GOAP” żadnego zamówienia dotyczącego zbierania odpadów.

Zamawiający, domagając się od wykonawców doświadczenia w zbieraniu odpadów, także co do ich ilości (w zadaniu Nr 1 – 4647 Mg), ma pełną świadomość, iż doświadczeniem tym może się wykazać jedynie Zakład Zagospodarowania Odpadów w Poznaniu Sp. z o.o.. Jak wynika z raportów zamieszczonych na stronie internetowej zamawiającego, analogicznie duże ilości odpadów zostały zebrane w ubiegłym okresie w PSZOK prowadzonych przez ten podmiot na terenie miasta Poznania. Gromadząc odpady przekazywane selektywnie przez mieszkańców miasta, a więc przygotowując je do dalszego transportu do miejsc zagospodarowania, nie nabywa się jakiegoś szczególnego doświadczenia, którego nie można nabyć w trakcie innych czynności związanych z gospodarowaniem odpadami. Czynnościami dającymi dostateczne doświadczenie, konieczne do wykonywania zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, są między innymi czynności związane z:

- odbieraniem odpadów komunalnych, gdzie ma miejsce opróżnianie pojemników (kontenerów) z odpadami, ich transport oraz przekazanie do miejsc zagospodarowania,
- oczyszczanie ulic, placów, przystanków transportu miejskiego, gdzie również występują wszystkie elementy charakterystyczne dla gospodarowania odpadami.

W czynnościach tych nie występuje jedynie okresowe przetrzymywanie odpadów przed ich dalszym transportem, co jednak nie może przesądzać o braku doświadczenia do realizacji zadań objętych tym postępowaniem. Jeżeli wykonawca, posiada stosowne zezwolenie na zbieranie odpadów, to oznacza to między innymi, że spełnia wszystkie warunki, od których wydanie takiego zezwolenia jest uzależnione, a więc warunki dotyczące między innymi dysponowania odpowiednim terenem, dotyczące jego utwardzenia, wyposażenia w odpowiednie budynki i wiaty (zadaszenia), wyposażenia w wymaganą ilość kontenerów itp. Nie ma znaczenia jakieś bliżej nieokreślone doświadczenie nabyte przy zbieraniu odpadów, bo jakież znaczenie ma, czy odebrany odpad komunalny, w postaci np. butelek „PET” przeleży w pojemniku (a więc podlega procesowi zbierania) przez 7 czy też

przez 17 dni. Znaczenie mają natomiast warunki, w jakich ten odpad będzie przetrzymywany przez te dni w PSZOK i jeśli te warunki odpowiadają wymaganiom, od których uzależnione jest uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów, to nie ma znaczenia dla zrealizowania przedmiotu zamówienia oraz nie ma znaczenia jakieś tam fikcyjne doświadczenie. W naszej ocenie doświadczeniem dostatecznym do realizacji przedmiotowego zamówienia i to zarówno, co do rodzaju odpadów, jak również ich ilości, będzie doświadczenie nabyte w trakcie wykonywania jakichkolwiek czynności związanych z gospodarowaniem odpadami, w tym także dotyczących odbierania odpadów z oczyszczania miasta, nabyte w trakcie realizacji zadań w określonym terminie. Wszystkie usługi realizowane w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi, wykonywane przed dniem wejścia w życie znowelizowanej ustawy o czystości i porządku w gminach, straciły walor dowodu posiadania wymaganego doświadczenia, gdyż ich waga w tym zakresie miała moc obowiązującą przez 3 lata. Po wejściu w życie przepisów ustawy, o której mowa powyżej, żaden podmiot realizujący usługi komunalne, mógł uzyskać zamówienia jedynie poprzez ich uzyskanie od Gminy (w tym przypadku od Związku Międzygminnego GOAP). Ustanowiony przez zamawiającego warunek posiadania wymaganego doświadczenia, dyskwalifikuje z postępowania wykonawców, którzy np: posiadają bazę spełniającą wymagania warunkujące uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów, zezwolenie na zbieranie i wieloletnią praktykę w działalności z zakresu gospodarowania odpadami, w tym także zbierania odpadów, jednak nie spełniają bezpodstawnie wygórowanych żądań zamawiającego.

Warunek wymaganego doświadczenia został sformułowany tendencyjnie, z zamiarem zagwarantowania uzyskania tego zamówienia przez Zakład Zagospodarowania Odpadów w Poznaniu, z jednoczesnym zamierzonym ograniczeniem uczciwej konkurencji i pozbawieniem możliwości ubiegania się o zamówienia przez wykonawców zdolnych do realizacji zamówienia, dających gwarancję jego realizacji w zgodzie z przepisami prawa oraz standardami określonymi przez zamawiającego. Warunku, który został ustanowiony przez zamawiającego w przedmiotowym zakresie, żaden wykonawca nie jest w stanie potwierdzić dokumentem, jakiego w tej sprawie domaga się zamawiający.

Jednym z kryteriów oceny ofert w zadaniu Nr 1, jest kryterium spełniania standardów „środowiskowych”, według którego oferta wykonawcy uzyska 10 pkt., jeżeli wykonawca wykaże się posiadaniem skutecznego, certyfikowanego systemu zarządzania środowiskiem, zgodnego z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważnym. Z tak sformułowanego wymogu nie można wywnioskować, ile punktów otrzyma oferta złożona przez wykonawcę, który nie posiada wymaganego certyfikatu (będzie to 5 pkt, czy może 2

lub 0 pkt.). Z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawca nie jest w stanie uzyskać wiarygodnej informacji o punktacji, jakiej w tym kryterium uzyska jego oferta. Niezależnie od pozostałych, przedstawionych poniżej wątpliwości, kryterium to jest niejasne, nie dające wykonawcy żadnej pewności co do sposobu punktowania ofert.

Zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy PZP, kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej czy finansowej. Normy ISO serii 14000 definiują podstawowe wymagania w odniesieniu do systemu zarządzania środowiskowego. Normy te stanowiąc mają instrument wspomagający świadome oddziaływanie ekologiczne przedsiębiorstwa z korzyścią dla środowiska. Wdrażanie systemu zarządzania środowiskowego z zgodności z wymaganiami tych norm pozwala na metodyczną ocenę wpływu działalności danego przedsiębiorstwa na środowisko naturalne, podejmowanie skutecznych działań w celu minimalizowania negatywnych oddziaływań na środowisko, kontrolowanie efektów danej działalności w stosunku do otoczenia. Normy ISO serii 14001 są instrumentami dobrowolnymi dostarczającymi praktyczne i realne rozwiązania problemów środowiskowych oraz stanowiącym skuteczne i proste narzędzie ciągłej poprawy i doskonalenie systemu organizacyjnego przedsiębiorstwa. Zasady określania kryteriów oceny ofert ujął w sposób kompleksowy wyrok ETS z dnia 17 września 2002 r. sygn. akt C-513/99, w którym ETS wskazał, że kryteria mają być związane z przedmiotem zamówienia, nie przyznają zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru oferty (wybór arbitralny jest zakazany), mają być wskazane w dokumentacji przetargowej i ogłoszeniu o przetargu oraz są zgodne z całością prawa europejskiego, w szczególności z zasadą niedyskryminacji.

Zgodnie z postanowieniami § 13.1 pkt. 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26. 07. 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w celu potwierdzenia, że oferowane usługi odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający może żądać między innymi zaświadczenia niezależnego podmiotu zajmującego się poświadczaniem spełnienia przez wykonawcę wymogów określonych systemów lub norm zarządzania środowiskowego, jeżeli zamawiający wskazuje środki zarządzania środowiskowego, które wykonawca będzie stosował podczas wykonywania zamówienia publicznego, odwołując się do unijnego systemu zarządzania środowiskiem i audytu (EMAS) lub do innych norm zarządzania środowiskowego opartych na odpowiednich normach europejskich lub międzynarodowych opracowanych przez akredytowane jednostki.

Zamawiający nie wskazał norm, do których należy te zaświadczenia odnieść i nie nakazał realizacji zamówienia zgodnie z podanymi środkami. Brak takiego wskazania powoduje, że określone kryterium nie może być kwalifikowane, jako kryterium odnoszące się do

przedmiotu zamówienia, gdyż kryterium nie powiązane z konkretnymi wymogami realizacyjnymi, a odnosi się jedynie do ogólnych właściwości wykonawcy. Zamawiający powinien był zatem wskazać środki zarządzania, które będą stosowane w umowie, a wobec braku takich wskazań, wymagania zamawiającego w powyższym zakresie odnoszą się nie do usługi będącej przedmiotem postępowania, ale do właściwości przedsiębiorcy i również one nie mogą stanowić kryterium oceny ofert zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy PZP. Z samego faktu jednak, że być może zamawiający, czy też preferowany przez niego wykonawca, posiada wdrożone stosowne systemy zarządzania, nie wynika jeszcze cel, ani konieczność posiadania takich samych certyfikatów przez wykonawców.

W przedmiotowym postępowaniu oferty złożone w zadaniu Nr 1 będą oceniane również, między innymi, wg kryterium „Działań edukacyjnych na rzecz mieszkańców” i jak należy domniemać, chodzi tu o mieszkańców miasta Poznania. Zgodnie z opisem w powyższym zakresie, oferta uzyska:

- 5 pkt. gdy wykonawca wykaże, że prowadzi ścieżkę edukacyjną wraz z programem edukacyjnym,

- 5 kt. za prowadzenie akcji edukacyjno - informacyjnej.

Odwołujący wskazał, że punktowanie oferty za prowadzenie przez wykonawcę ścieżki edukacyjnej wraz z programem edukacyjnym stanowi naruszenie zakazu wynikającego z przepisów art. 91 ust. 3 Ustawy PZP, gdyż kryterium to niema lub też może nie mieć żadnego związku z przedmiotem zamówienia. Przede wszystkim należy odnotować, że oferty w tym postępowaniu mogą składać wykonawcy pochodzący z różnych regionów województwa wielkopolskiego, kraju czy też całej Unii Europejskiej. Jakie więc znaczenie dla mieszkańców Poznania (także dla zamawiającego) będzie miał fakt, iż któryś z wykonawców ubiegających się o zamówienie, mający swoją siedzibę np. poza granicami Polski, posiada i prowadzi tam ścieżkę edukacyjną, co zamawiający zamierza premiować 5-ma punktami. Wady tej nie da się także sprostować poprzez uściślenie tego wymogu umiejscawiając wymaganą ścieżkę edukacyjną w mieście Poznaniu, bo to oznaczałoby ograniczenie uczciwej konkurencji.

Niezależnie od powyższego wskazać także należy, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie ma najmniejszej nawet wskazówki, co do wymagań, jakie mają spełnić ścieżka edukacyjna, a przede wszystkim wymagań dotyczących programu edukacyjnego i akcji edukacyjnej. We wzorze umowy mówi się jedynie o prowadzeniu akcji promocyjnej, bez jakichkolwiek wskazań, co do wymagań edukacyjnych. Rzeczą o kapitalnym wprost znaczeniu dla uznania, iż nie można punktować oferty za prowadzenie akcji edukacyjno - informacyjnej jest fakt, iż premiowanie to będzie miało miejsce awansem,

przed rzeczywistym spełnieniem wymagań warunkujących uzyskanie tej oceny. Zamawiający zamierza oceniać oferty w powyższym zakresie wyłącznie na podstawie deklaracji zawartych w formularzach ofertowych. Wypełnienie przez wykonawcę wymagań, za które oferta uzyska stosowną punktację, nastąpić ma po podpisaniu umowy, w terminie w niej określonym. Powyższa ocena oparta więc będzie na zadeklarowanych zdarzeniach przyszłych, które być może okażą się nierealne bądź fikcyjne, a umowa nie przewiduje żadnych sankcji za niedopełnienie lub niewłaściwe wypełnienie wymagań w tym zakresie. W zamówieniach publicznych jest to niedopuszczalne, a fakt zaistnienia takiego stanu rzeczy należy rozpatrywać jedynie w kategorii omyłki lub niedopatrzenia.

Zamawiający wymaga, aby wykonawca składający ofertę na zadanie nr 1, utworzył i prowadził trzy punkty zbierania odpadów z odpowiednią ich lokalizacją. Zamawiający nie podzielił tego zadania na trzy odrębne części, choć nie istnieje żadna przeszkoda, aby podział taki mógł mieć miejsce. Tym sposobem zagwarantowano, że ustanowiony warunek samodzielnie będzie mógł spełnić jedynie Zakład Zagospodarowania Odpadów, który w minionym okresie prowadził właśnie trzy takie punkty. Firma taka jak odwołujący, posiadając zezwolenie na zbieranie odpadów, dysponuje jedną bazą spełniającą wymogi ustawy o odpadach, warunkujące uzyskanie zezwolenia na zbieranie odpadów. Na terenie miasta Poznania, a także w całym rejonie działania GOAP, nie istnieje żaden podmiot, który dysponuje taką ilością wyposażonych baz, która pozwoliłaby starać się o pozyskanie tego zamówienia. Starania takie może podjąć jedynie Zakład Zagospodarowania Odpadów i wydaje się, że stanowiło to cel przyświecający zamawiającemu. Skoro Związkowi Międzygminnemu GOAP nie przeszkadza fakt, że zorganizowanie i prowadzenie PSZOK w gminach objętych zamówieniem podzielono na zadania odrębne dla każdej z tych gmin, to jaką przeszkodę znaleziono dla możliwości podzielenia zadania Nr 1 (miasto Poznań), na trzy odrębne części, w której wykonawcy mogliby składać odrębne oferty. Nie ma takich uzasadnionych przeszkód, a jedynym powodem tego stanu rzeczy jest dążenie do ustanowienia warunków preferujących Zakład Zagospodarowania Odpadów - dotychczasowego wykonawcę usług będących przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z art. 96 ust. 1 pkt 11 PZP zamawiający zobowiązany jest do wskazania w protokole z postępowania powodów niedokonania podziału zamówienia na części, co wskazuje na brak całkowitej swobody zamawiającego przy podejmowaniu decyzji czy dane zamówienie ma być podzielone na części, czy też nie. Uzasadnieniem braku podziału nie mogą być wyłącznie korzyści organizacyjne po stronie zamawiającego, takie jak wygodniejsza obsługa jednej umowy niż kilku. Stanowisko to wynika z wykładni celowościowej przepisu, odnoszącej się do jednego z głównych celów nowych dyrektyw,

jakim jest zwiększenie konkurencji między wykonawcami m.in. poprzez szersze dopuszczenie do udziału w postępowaniach wykonawców z sektora Małych i Średnich Przedsiębiorstw. Motyw 78 preambuły do Dyrektywy klasycznej określa przykładowe zasadne przesłanki braku podziału zamówienia na części:

- podział na części groziłby ograniczeniem konkurencji,
- nadmierne koszty,
- nadmierne trudności techniczne,
- potrzeba skoordynowania działań w przypadku podziału na części zagrażałaby prawidłowej realizacji całości zamówienia.

Koszty czy też niewielkie trudności, albo też nieznaczne kłopoty ze skoordynowaniem realizacji całości zamówienia, nie są wystarczającą przesłanką do odstąpienia od podziału zamówienia na części. Tym bardziej zatem taką przesłanką nie będzie wyłącznie wygoda zamawiającego. W tym konkretnym przypadku, podział rejonu miasta Poznania, na trzy odrębne części, w których miałyby zostać utworzone i prowadzone PSZOK-i, dałby szansę uzyskania zamówienia trzem odrębnym wykonawcom z sektora MŚP, przy zupełnym braku skutków negatywnych takiego podziału. W naszej ocenie nie istnieje realne i sensowne wytłumaczenie braku takiego podziału, co przesądza o świadomym i celowym ograniczaniu uczciwej konkurencji poprzez stwarzanie warunków preferujących jednego wykonawcę.

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w pkt. 3.8. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, zamawiający wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących w zakresie realizacji zamówienia:

- czynności organizacji i nadzoru nad prowadzeniem Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych,
- czynności odbioru odpadów na terenie Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Tego rodzaju czynności nie odpowiadają sposobowi pracy określonemu w przepisach Kodeksu pracy, do których odwołują się przepisy art. 29 ust. 3a Ustawy PZP. Wykonywanie zadań, na które wskazuje zamawiający, wymagają dużego poziomu samodzielności pracowników je wykonujących i w żadnym wypadku nie można uznać ich za prace wykonywane pod nadzorem pracodawcy. Żądanie zamawiającego w powyższym zakresie narusza przywołane powyżej przepisy, a w konsekwencji utrudnia uczciwą konkurencję wykonawców ubiegających się o zamówienie.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przedmiotowe postępowanie w zakresie części Nr 1, prowadzone jest w sposób naruszający interes odwołującego, wobec czego wniósł, jak w treści odwołania.

Zamawiający, na posiedzeniu, złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego, dotyczącego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności i wymogu dysponowania odpowiednią dla każdej części zamówienia, liczbą pojazdów spełniających wymagania dotyczące transportu odpadów, Izba stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.

Zamawiający w treści s.i.w.z. opisał warunek w następujący sposób *„Posiada aktualne zezwolenie na transport odpadów lub zaświadczenie o wpisie do rejestru, o którym mowa w art. 233 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r o odpadach (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 21 ze zm.) w zakresie rodzajów odpadów komunalnych, o kodach (...)”* (dział 5 ust. 5.1 lit. b s.i.w.z.).

W celu potwierdzenia spełnienia ww. warunku zamawiający wskazał, iż *„Warunek zostanie spełniony, jeżeli Wykonawca wykaże, iż posiada i/lub będzie posiadał zarówno na*

etapie udzielenia zamówienia, jak i w czasie jego realizacji urządzenia techniczne w postaci: Dla części (...) - minimum (...) pojazdów spełniających wymagania dotyczące transportu odpadów, w tym wymagania wynikające z ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r o przewozie towarów niebezpiecznych (tekst jednolity, Dz. U z 2011 r Nr 227, poz. 1367 ze zm.) i/lub posiadać zawarte umowy z podmiotami posiadającymi takie pojazdy, z którymi Wykonawca współpracuje w zakresie zbierania, odzysku i unieszkodliwienia odpadów, będących przedmiotem zamówienia, celem ich odbioru z PSZOK, MPSZOK oraz z punktów odbioru przeterminowanych leków” (dział 5 ust. 5.2 lit. a s.i.w.z.).

Odwołujący, w piśmie procesowym złożonym na rozprawie sprecyzował swoje żądanie wskazując, iż żąda, aby zamawiający w odniesieniu do wykonawców legitymujących się zezwoleniem na transport odpadów, ustanowił wymóg dysponowania pojazdami wskazanymi w tym zezwoleniu.

W ocenie Izby zarzut odwołującego jest niezasadny. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że opis warunku udziału w postępowaniu oraz sposób jego spełnienia nie narusza przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz przepisów ustawy o odpadach.

Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający określił w sposób precyzyjny omawiany warunek udziału w postępowaniu, opisał środki dowodowe, jakimi muszą wykazać się wykonawcy, aby potwierdzić spełnianie przedmiotowego warunku, jak również zamawiający ustalił warunek proporcjonalnie do przedmiotu zamówienia, w taki sposób, iż na każdą część zamówienia podał zakres wymaganego potencjału. Okoliczność, iż zamawiający dbając o zachowanie zasady równego traktowania wykonawców i zachowanie uczciwej konkurencji dopuścił możliwość posiłkowania się zasobami podmiotów trzecich w zakresie wykazania określonej liczby pojazdów nie może, w ocenie Izby, stanowić podstawy do uznania zarzutu za zasadnego. Wręcz przeciwnie, Izba uznała, że takie działanie zamawiającego daje szansę na uzyskanie zamówienia wielu podmiotom, które samodzielnie nie spełniają warunku udziału w postępowaniu. Prawdliwość działania zamawiającego potwierdza opinia (wyjaśnienia) Ministra Środowiska z dnia 5 lipca 2006 roku, do art. 28 ust. 1 ustawy z dnia 21 kwietnia 2001 roku o odpadach (której przepisy są nadal obowiązujące w omawianym zakresie). W wyjaśnieniach tych Ministerstwo Środowiska stwierdziło, iż art. 28 ust. 1 ustawy o odpadach, nakłada na prowadzącego działalność w zakresie zbierania i transportu

odpadów, obowiązek uzyskania zezwolenia na prowadzenie tej działalności. *„Wniosek o wydanie zezwolenia na transport powinien zawierać, zgodnie z art. 28 ust. 4 pkt 4 cyt. ustawy, między innymi wskazanie sposobów i środków transportu odpadów, przy czym wnioskodawca nie ma obowiązku posiadania własnych środków transportu. Posiadacz odpadu, posiadając wymagane przepisami zezwolenie na transport odpadów, może na podstawie zawartej umowy wynająć do tego celu odpowiednie środki transportu.”* (wyjaśnienia Ministra Środowiska DGO.tp.024/306/06/JSD z dnia 5 lipca 2006 roku, do ustawy o odpadach).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba stwierdziła, iż zamawiający prawidłowo ustalił warunek udziału w postępowaniu oraz prawidłowo, zgodnie z obowiązującymi przepisami, opisał sposób jego spełniania wskazując na możliwość posiłkowania się zasobami udostępnianymi przez podmiot trzeci.

W zakresie zarzutu dotyczącego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia (dla części 1 zamówienia) - tożsamego z przedmiotem zamówienia oraz w zakresie opisanego rodzaju i ilością odpadów, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dział 5 ust. 5.3 lit. c) wskazał, że potwierdzeniem spełnienia warunku doświadczenia będzie, jeżeli *„Wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał lub w przypadku świadczeń okresowych bądź ciągłych również wykonywanych nadal wykonuje usługi zbierania odpadów o następujących kodach (...), o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych, nie mniejszej niż - dla części 1 - 4 647 Mg.”*.

Odwołujący żądał, aby zamawiający odstąpił od żądania od wykonawców wykazania się doświadczeniem tożsamym z przedmiotem zamówienia, również bez wykazywania się wskazanymi w s.i.w.z. rodzajami i ilościami tych odpadów.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej stanowisko odwołującego jest bezzasadne.

Zgodnie z przepisem art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiającą ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności.

Izba wskazuje, że zamawiający udowodnił, iż ustanowiony przez niego warunek jest proporcjonalny do przedmiotu zamówienia (dowody – zestawienie pn. „Masa odpadów przyjętych (...) w roku 2015” oraz tabela nr 1 – Prognozowana łączna masa odpadów - PSZOK), co w sposób bezpośredni stanowi o braku możliwości uznania za zasadny, zarzutu

naruszenia wskazanego przepisu ustawy - Prawo zamówień publicznych. Jako, że przedmiotem zamówienia w części będzie gromadzenie odpadów, to zamawiający ma pełne prawo żądać doświadczenia w zbieraniu odpadów. Skoro wykonawca miałby wykonywać usługi w zakresie tymczasowego gromadzenia odpadów, to uznać należy, że wymóg wykazania doświadczenia w tym zakresie pozostaje w związku z przedmiotem zamówienia, a wymagania zamawiającego nie są wygórowane ani nieproporcjonalne.

Ponadto wskazać należy, że żadne z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie wymaga, aby doświadczenie dotyczyło obowiązku zbierania odpadów w okresie ostatnich trzech lat na terenie miasta Poznania. Zamawiający nie postawił żadnego ograniczenia, co do obszaru wykonywania działalności, który ma pozwolić wykonawcy uzyskać wymagane doświadczenie. Tym samym stanowisko odwołującego w tym zakresie należało uznać za błędne. Podnieść również należy, że zamawiający wykazał, iż w roku 2015 w samym mieście Poznaniu zebrano ponad 9 238 tys. ton odpadów, co oznacza, że wielkość wymagana do wykazania się doświadczeniem przez wykonawców nie jest zawyżona, a tym samym nieproporcjonalna. Zamawiający określając wymóg doświadczenia obniżył go w zasadzie o połowę, dając tym samym szansę mniejszym przedsiębiorcom na spełnienie postawionego warunku. Tym samym warunek ten nie ogranicza dostępu do zamówienia i pozostaje uzasadniony do ilości odpadów gromadzonych w obszarze objętym zadaniem nr 1.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących ustanowionych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w s.i.w.z. w dziale 13 opisał kryteria oceny ofert, którymi będzie się kierował przy wyborze oferty najkorzystniejszej. Dwa kryteria, które są kwestionowane przez odwołującego, to (dla zadania nr 1):

- spełnienie standardów środowiskowych – 10 %

Jeżeli Wykonawca posiada skuteczny certyfikowany system zarządzania środowiskiem, zgodny z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważne, wówczas Wykonawcy zostanie przyznane 10 pkt.,

- działania edukacyjne na rzecz mieszkańców – 10%

 - 5 pkt - ścieżka edukacyjna wraz z programem edukacyjnym

 - 5 pkt - akcja edukacyjno-informacyjna.

W ramach mniejszego kryterium dla Części 1 zamówienia można uzyskać maksymalnie 10 pkt, spełniając oba elementy, oba elementy w kryterium działań edukacyjnych.

Odwołujący wniósł o to, aby zamawiający zrezygnował z tych kryteriów.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Odnośnie działań edukacyjnych na rzecz mieszkańców wskazać należy, że zamawiający ma podstawy prawne, aby ustanowić takie kryterium oceny ofert. Zgodnie bowiem z przepisem art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Nadto, zgodnie z art. 91 ust. 3 ustawy Pzp, Kryteria oceny ofert nie mogą dotyczyć właściwości wykonawcy, a w szczególności jego wiarygodności ekonomicznej, technicznej lub finansowej.

Jak wynika z treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ustalonego oraz opisanego w niej kryterium oceny ofert, w ocenie Izby, nie dotyczy ono zakazu opisanego w art. 91 ust. 3 ustawy Pzp. Powyższe kryterium nie dotyczy bowiem właściwości wykonawcy, a jedynie ukierunkowane jest na osiągnięcie zamierzonego celu, polegającego na edukacji społecznej mieszkańców w zakresie przedmiotu zamówienia, tj. prawidłowego gospodarowania odpadami. Oczywistym jest, że działalność taka spoczywa na gminie, jednakże poza samodzielną działalnością gminy w tym zakresie, ma ona pełne prawo do zawiązania współpracy z wykonawcą zamówienia, w celu poszerzenia działalności edukacyjnej, z uwagi chociażby na bezpośredniość działań wykonawcy realizującego zamówienie. Dlatego też premiowanie wykonawcy, który chciałby takie działania prowadzić, jak najbardziej jest wskazane, a wręcz oczekiwane. Ponadto nic nie stoi na przeszkodzie, że jeżeli wykonawca nie będzie chciał świadczyć tego rodzaju usługi, to nie będzie musiał, na etapie ofertowania, takiej deklaracji składać. Wiązać się to jednak będzie z niższą oceną oferty, tj. nie uzyskaniem dodatkowych punktów dla oferty.

W odniesieniu do kryterium dotyczącego spełnienia standardów środowiskowych, zgodnie z przepisem art. 91 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, Kryteriami oceny ofert są cena lub koszt albo cena lub koszt i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności: aspekty środowiskowe, w tym efektywność energetyczna przedmiotu zamówienia.

W zakresie tego kryterium, Izba również nie dopatrzyła działań sprzecznych z prawem. Kryterium opisane przez zamawiającego nie dotyczy bowiem właściwości wykonawcy (w rozumieniu art. 91 ust. 3 ustawy Pzp), albowiem nie odnosi się do jego wymagań podmiotowych. Kryterium opisane przez zamawiającego dotyczy wprost realizacji przedmiotu zamówienia, gdyż odnosi się do certyfikowanego systemu zarządzania środowiskiem, zgodnym z międzynarodowym standardem ISO 14001. Powyższe oznacza, że zamawiający premiuje sposób realizacji zamówienia, postępowania z odpadami, który zgodny jest ze światowymi standardami. Certyfikat (jego posiadanie) odnosi się do przedmiotu zamówienia, który dotyczy ochrony środowiska i z tego powodu pozytywnie postrzegany będzie przez zamawiającego podmiot, który wprowadził w prowadzonym przez siebie przedsiębiorstwie

system zarządzania środowiskowego. Posiadanie takiego certyfikatu może gwarantować bowiem lepszy efekt ekologiczny niż efekt wykonawcy, który takiego certyfikatu nie posiada.

Odnosząc się do wątpliwości odwołującego, w jaki sposób zamawiający będzie oceniał to kryterium, Izba skazuje, że zamawiający w załączniku nr 1 do s.i.w.z. podał, iż „Wykonawca oświadcza, iż posiada skuteczny certyfikowany system zarządzania środowiskiem, zgodny z międzynarodowym standardem ISO 14001 lub równoważne. TAK-10 pkt, NIE – 0 pkt”. Nie ma więc żadnych wątpliwości w odniesieniu do punktacji za ww. kryterium.

Odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego braku podziału zamówienia w zadaniu 1 na 3 części, Izba stwierdziła, co następuje,

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego, dodatkowo wskazując na następujące okoliczności, które statuowały uznanie tego zarzutu jako bezzasadnego.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swoich twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

W toku prowadzone postępowania odwoławczego, odwołujący, w zakresie omawianego zarzutu przedstawił dowód w postaci wydruku ogłoszenia o zamówieniu prowadzonego przez Miasto Stołeczne Warszawa w 2015 roku. Odwołujący nie potrafił jednoznacznie stwierdzić, czy rzeczony ogłoszenie nie było modyfikowane oraz nie przedstawił ostatecznej wersji s.i.w.z., która obowiązywała w tamtym postępowaniu. Dowód powyższy został złożony na okoliczność możliwości podziału zamówienia na części (w zadaniu 1). Izba stwierdziła, że dowód powyższy jest bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy, gdyż nie dotyczy istoty sprawy, a ponadto odwołujący nie udowodnił, jaki faktycznie ostateczny kształt miało przedstawione zamówienie. Dlatego też, na podstawie przepisu art. 190 ust. 6 ustawy Pzp, Izba odmówiła przeprowadzenia wnioskowanego dowodu uznając, że został on powołany jedynie dla zwłoki postępowania.

Ponadto, Izba zwraca uwagę, iż odwołujący nie udowodnił okoliczności, które podnosił w odwołaniu. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, iż w zakresie dwóch z trzech rejonów, co do których żądał ich wydzielenia do odrębnych części zamówienia, nie istnieje możliwość utworzenia punktów PSZOK, ponad te, które są obecnie użytkowane przez dotychczasowego wykonawcę usługi. Odwołujący w szczególności nie przedstawił Miejscowego Planu Zagospodarowania Przestrzennego, informacji z właściwych Gmin, informacji z Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska, itp., które mogłyby potwierdzać słuszność stawianych zarzutów. Wręcz przeciwnie, na rozprawie odwołujący, na

pytanie Izby, potwierdził, że kwestionowanych rejonach, wchodzących w skład zadania nr 1, istnieje możliwość utworzenia nowych punktów PSZOK. W ocenie odwołującego, jednakże z uwagi na dość długi okres procedowania w celu pozyskania terenu i utworzenia na nim punktu oraz znaczne koszty jego utworzenia, przy jednoczesnym braku pewności, co do uzyskania zamówienia, zaniechał dokonania takich czynności. Izba zwraca uwagę, że to po stronie wykonawcy musi wystąpić inicjatywa chęci udziału w danym postępowaniu. Jednakże sama chęć nie wystarczy. Za zainteresowaniem musi podążyć również określone postępowanie, dostosowane do wymagań zamawiającego. Pasywne zachowanie wykonawcy nie może z kolei spotkać się z akceptacją Izby, wykonawcy, który w zakresie posiadanego potencjału stara się nadać zamówieniu nowe brzmienie, w sposób, który bez jakiegokolwiek zaangażowania ze strony wykonawcy miałoby umożliwić mu wystartowanie w przetargu. Zmieniająca się sytuacja na rynku, która uzależniona jest również od koniunktury musi, zdaniem Izby, również odpowiednio wpływać na zachowania wykonawców. Bierność w oczekiwaniu, iż to rynek dostosuje się do wykonawcy musi w pewnym okresie czasu wywołać negatywne konsekwencje dla przedsiębiorcy.

Dlatego też w ocenie Izby, życzeniowy charakter zarzutu odwołującego nie może znaleźć akceptacji, co w konsekwencji prowadzić musiało do uznania tego zarzutu za bezzasadny.

W zakresie zarzutu dotyczącego wymogu zamawiającego zatrudniania, na umowę o pracę określonych pracowników, Izba stwierdziła, co następuje.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podał, iż wymaga zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osoby/osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia w częściach od 1 do 6:

- a) czynności organizacji i nadzoru nad prowadzeniem Punktów Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych,
- b) czynności odbioru odpadów komunalnych na terenie Punktu Selektywnej Zbiórki odpadów Komunalnych.

Odwołujący żądał, aby zamawiający odstąpił od żądania, aby ww. czynności wykonywały osoby zatrudnione na podstawie umowy o pracę.

Zgodnie z przepisem art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagania zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (Dz. U. z 2014 r. poz. 1502, z późn. zm.).

Art. 22 § 1 Kodeksu pracy stanowi, iż przez nawiązanie stosunku pracy pracownik zobowiązuje się do wykonywania pracy określonego rodzaju na rzecz pracodawcy i pod jego kierownictwem oraz w miejscu i czasie wyznaczonym przez pracodawcę, a pracodawca – do zatrudniania pracownika za wynagrodzeniem.

Izba wskazuje, iż odwołujący, w odwołaniu, poza przedstawieniem stanowiska, iż w jego ocenie czynności podane przez zamawiającego nie odpowiadają sposobowi pracy określonego w przepisach Kodeksu pracy, a w konsekwencji taki wymóg utrudnia uczciwą konkurencję wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, nie przedstawił żadnej argumentacji oraz nie powołał żadnego dowodu. Już tylko z tego względu zarzut powyższy podlega oddaleniu, gdyż nie został w sposób dostateczny uzasadniony i udowodniony.

Niemniej na rozprawie odwołujący doprecyzował, iż w zakresie tego zarzutu podnosi kwestię, że jako wykonawca działający w charakterze spółki osobowej, w której wspólnicy będą wykonywali czynności określone przez zamawiającego, nie ma obowiązku zatrudniania tych osób na umowę o pracę.

Czytając literalnie przepis art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, należałoby dojść do wniosku, że osoba prowadząca działalność gospodarczą nie jest w stanie spełnić wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a więc nie może wziąć udziału w przetargu. Z drugiej jednak strony, trudno dyskryminować przedsiębiorców prowadzących działalność gospodarczą. Dlatego też art. 29 ust. 3a ustawy Pzp, należy interpretować przez pryzmat celu, jaki przyświecał ustawodawcy. Celem tym było położenie kresu patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych. Artykuł 29 ust. 3a ustawy Pzp, dotyczy bowiem stosunków między wykonawcą a pracownikami. Mamy tutaj do czynienia z czynnościami podejmowanymi bezpośrednio przez wykonawcę, których przepis ten nie obejmuje.

W powyższym zakresie Izba wskazuje, iż w zakresie spółki osobowej, w której wspólnicy będą samodzielnie świadczyli pracę w zakresie czynności określonych przez zamawiającego, brak jest możliwości zastosowania obowiązku zatrudniania takich osób na umowę o pracę.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 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), uwzględniając koszty poniesione przez zamawiającego związane z wynagrodzeniem pełnomocnika oraz kosztami dojazdu.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....