

# PRZETARG NA ODPADY A WPIS DO DZIAŁALNOŚCI REGULOWANEJ

Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze szczególnym w odniesieniu do ustawy Prawo zamówień publicznych – również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

**D**ziałalność regulowana to zgodnie z definicją legalną „działalność gospodarcza, której wykonywanie wymaga spełnienia szczególnych warunków, określonych przepisami prawa” (art. 5 pkt 5 ustawy z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, t.j. DzU z 2013 r. poz. 672 z późn. zm., zwanej dalej usdg). Działalnością taką od 1 stycznia 2012 r. jest także działalność w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych (art. 9b ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, t.j. DzU z 2012 r. poz. 391 z późn. zm.,

dalej zwanej ucp). I na tym tle powstały wątpliwości:

- czy można na etapie składania ofert żądać od wykonawcy złożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. DzU z 2013 r. poz. 907), dalej pzp, biorąc pod uwagę treść § 1 ust. 1 pkt 1 nowego rozporządzenia prezesa Rady Ministrów z 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów,

w jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (DzU poz. 231), dalej „nowe rozporządzenie w sprawie dokumentów”,

- czy dopuszczalne jest, aby żądać ww. zaświadczenia po rozstrzygnięciu przetargu, przed podpisaniem umowy z wybranym wykonawcą,
- czy w przypadku zaniechania przez zamawiającego żądania ww. zaświadczenia na etapie składania ofert wykonawca i tak zobowiązany jest do posiadania na dzień składania ofert wpisu w rejestrze





działalności regulowanej w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Częściową odpowiedź na powyższe pytania zawiera wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 7 czerwca 2013 r. wydany w sprawie o sygn. akt KIO 1231/13. Przed dokonaniem analizy tego orzeczenia warto jednak zaprezentować funkcjonujące dotychczas poglądy (zarówno orzecznictwa, jak i doktryny) w odniesieniu do zasygnalizowanych wyżej zagadnień.

## ODPOWIEDŹ W ROZSTRZYgniĘCIU

Stan faktyczny tej sprawy przedstawiał się następująco:

Zamawiający, Miasto Nowy Sącz, ogłosił przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Określając warunki udziału w postępowaniu oraz dokumenty, które należy złożyć wraz z ofertą, zamawiający nie wymagał przedłożenia przez wykonawcę zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia (SIWZ), wykonawcy byli zobowiązani złożyć m.in. oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp. Zamawiający żądał tego oświadczenia na podstawie art. 44 pzp. Zamawiający jednocześnie wskazał w SIWZ, że najpóźniej w dniu podpisania umowy wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza, będzie zobowiązany przedłożyć ww. zaświadczenie.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia została wybrana, jako najkorzystniejsza, oferta wykonawcy

A, który na dzień składania ofert nie był wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (okoliczność bezsporna). Odwołanie wniósł drugi w kolejności wykonawca B, który złożył ofertę, zarzucając zamawiającemu, iż ten zobowiązany był wykluczyć wykonawcę A oraz odrzucić jego ofertę, gdyż wykonawca A składając ofertę oraz wraz z nią oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień do prowadzenia działalności objętej przedmiotem zamówienia, podał nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 pzp).

## KONKRETYZACJA WARUNKÓW

Odnosząc się do postawionych zarzutów, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że formułowanie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego odnosi się do warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 pzp, gdyż wynikające z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp wymagania wobec wykonawców swoje źródło mają w powszechnie obowiązujących przepisach. Podkreślono także, że w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że konkretyzacja przez podmiot zamawiający warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp, jest ograniczona, gdyż w tym zakresie reglamentacja działalności gospodarczej jest regulowana przepisami, i to przepisami rangi ustawowej, co wynika wprost z art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

W analizowanej sprawie powołano się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1177/11), gdzie Izba wskazała, iż „poza uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności, wskazanymi w art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2–4 p.z.p. stawia we wskazanym tam zakresie zamawiający, a sfera jego dyspozycyjności w tym zakresie jest ograniczana przez mające charakter klauzul generalnych przepisy dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 p.z.p.) oraz postulowany w art. 22 ust. 4 p.z.p. związek warunków z przedmiotem zamówienia”. Przytoczono także wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 11 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2041/11): „Zamawiający wprawdzie nie wymagał złożenia żadnego z poniższych dokumentów wraz z ofertą, to jednak, jeśli odrębne przepisy wymagają do wykonania określonej działalności lub czynności stosownej koncesji, zezwolenia lub licencji, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązany jest je posiadać”.

Krajowa Izba Odwoławcza zaznaczyła również, że nawet gdyby przyjąć za przystępującym, wykonawcą A (których to też Izba nie podzieliła), iż w kontekście treści art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp zamawiający winien dokonać konkretyzacji tego warunku i wskazania w sposób szczegółowy dokumentów, których żąda – to nie musiał tego czynić w przypadku, gdy potwierdzenie spełnienia tego warunku sprowadził do obowiązku złożenia oświadczenia w tym przedmiocie.

Izba podkreśliła, że art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp nie jest przepisem blankietowym, gdyż w swojej treści odsyła do przepisów prawa – a zatem

podmiot zamawiający nie ma obowiązku precyzyjnego wskazywania, jakie dokumenty winni przedstawić wykonawcy – może również obowiązek wykazania spełnienia tego warunku sprowadzić do oświadczenia własnego wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, że w takim wypadku powyższe odesłanie jest wystarczające, aby uznać, że zarówno podmiot zamawiający, jak również wykonawca są zobligowani do respektowania wszelkich unormowań prawnych regulujących działalność odnoszącą się do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Wynika to chociażby z faktu zawodowego prowadzenia działalności przez wykonawcę A, bowiem każdy z wykonawców, który prowadzi działalność gospodarczą, musi mieć świadomość, jakie przepisy regulują jej wykonywanie.

**Podmiot zamawiający nie ma obowiązku precyzyjnego wskazywania, jakie dokumenty winni przedstawić wykonawcy – może również obowiązek wykazania spełnienia tego warunku sprowadzić do oświadczenia własnego wykonawcy.**

Izba powołała się także na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 27 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1293/11), gdzie stwierdzono, że „znajomość tych przepisów mieści się bowiem w zakresie pojęcia «należytej staranności», o której mowa w art. 355 § 2 k.c., w oparciu o którą to zasadę należy dokonywać oceny działań profesjonalnego podmiotu”. Skład orzekający w analizowanej sprawie podkreślił także, że z uwagi na to, że przedmiotem postępowania o udzielenie zamówienia

publicznego było odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, to każdy z wykonawców, który prowadzi działalność gospodarczą w przedmiotowym zakresie, musi mieć świadomość, w oparciu o jakie przepisy prawa świadczy swoje usługi, co potwierdza m.in. wyrok Sądu Najwyższego z 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93.

## WPIS JEST KONIECZNY

Izba podkreśliła jednocześnie, że art. 75a ust. 1 usdg stanowiąc, iż koncesja, zezwolenie, zgoda, licencja albo wpis do rejestru działalności regulowanej uprawniają do wykonywania działalności gospodarczej na terenie całego kraju i przez czas nieokreślony – tworzy po stronie przedsiębiorcy prawo podmiotowe o charakterze reglamentacyjnym. Bez uzyskania wpisu do działalności regulowanej przedsiębiorca nie może wykonywać legalnie działalności gospodarczej. Uszczegółowienie tego wymogu zawiera ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 9c ust. 1, który stanowi, że przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. W ocenie Izby treść tego przepisu nie nasuwa żadnych wątpliwości, iż mamy do czynienia z reglamentacją pewnego rodzaju działalności, której wykonywanie jest uzależnione od dokonania wpisu do rejestru, który przez to nie posiada li tylko charakteru deklaracyjnego (informacyjnego). Aby podmiot mógł prowadzić działalność legalnie, winien uzyskać stosowny wpis. Wykonywanie działalności regulowanej bez wymaganego

wpisu podlega sankcjom karnym przewidzianym przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i przepisy odrębne.

Ponadto skład orzekający zaznaczył, że nie podziela poglądu zaprezentowanego w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z 7 listopada 2012 r. (sygn. akt III SAB/GI 19/12, orzeczenia.nsa.gov.pl) oraz tez doktryny, iż wpis do rejestru działalności regulowanej ma jedynie charakter deklaratoryjny (informacyjny) i nie konstytuuje po stronie podmiotu (przedsiębiorcy), który go uzyskał, żadnego prawa materialnego. Zgodnie bowiem z art. 9c ust. 1 ucp, istnieje obowiązek uzyskania wpisu do rejestru w gminie, w której przedsiębiorca zamierza odbierać odpady, a zatem w gminie, w której zamierza wykonywać działalność obejmującą odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W powyższym przepisie należy zwrócić uwagę na zwrot „zamierza odbierać”, który świadczy o tym, iż wpis taki podmiot winien uzyskać przed rozpoczęciem wykonywania działalności – a zatem tylko posiadając stosowny wpis, może podjąć jej wykonywanie. Izba podkreśliła, że wpis posiada znaczenie prawne, gdyż przeciwne stanowisko powodowałoby, iż należałoby uznać go za bezprzedmiotowy.

## DZIEŃ SKŁADANIA OFERT

Skład orzekający uznał także, iż wykonawca zobowiązany był posiadać wpis w rejestrze już na dzień składania ofert, nawet jeśli rozpoczęcie wykonywania usługi miało nastąpić w terminie późniejszym. Podkreślono bowiem, że przyjęcie, iż przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp nie jest przepisem blankietowym oraz przyjęcie, iż przepisy usta-

wy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakładają na przedsiębiorcę obowiązek uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej (art. 9c ust. 1 ucpg) i jednocześnie zawierają one przepisy o charakterze *lex specialis* w zakresie obowiązków, jakie w treści SIWZ może nałożyć zamawiający na wykonawców (art. 6d ust. 4 pkt 5 w związku z art. 6g ucpg), to mając na uwadze treść przepisu art. 26 ust. 2a pzp oraz postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, wykonawca jest zobligowany do złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu opartych na przepisie art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp.

## OTWARTY KATALOG

Co więcej, żądanie na etapie składania ofert posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w ocenie Izby nie narusza art. 7 oraz art. 25 ust. 1 pzp. Izba podkreśliła bowiem, że § 1 ust. 1 pkt 1 nowego rozporządzenia w sprawie dokumentów stanowi, iż w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pzp, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji.

Treść powyższego przepisu nie nasuwa wątpliwości, iż wskazany tam katalog jest katalogiem otwartym, co powoduje, że w powiązaniu z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp wykonawca ma obowiązek, w sposób wskazany przez podmiot zamawiający, wykazać posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działal-

ności lub czynności – jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Nadto ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze *lex specialis* w odniesieniu do ustawy Prawo zamówień publicznych – nie tylko co do głównego przedmiotu jej regulacji, ale również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Powyższa teza ma swoje oparcie w art. 6g ucpg, który stanowi, że do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z treści przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przede wszystkim szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

## KONSEKWENCJE

W ocenie Izby powyższe uprawnienie umożliwia podmiotom zamawiającym, o których mowa w art. 6d ust. 1 ww. ustawy, nałożenie w treści SIWZ szczegółowych wymagań wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia – nawet takich, które nie znajdują swojego oparcia w przepisach ustawy pzp, a służą realizacji obowiązków gmin i osiągnięciu celów określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ponieważ art. 9c ust. 1 ucpg stanowi, że przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady

komunalne od właścicieli nieruchomości, to takie żądanie należy uznać za w pełni uprawnione i znajdujące oparcie w przepisach prawa.

Wobec tego, że na potwierdzenie spełnienia warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp wykonawca A złożył oświadczenie pomimo tego, że nie uczynił zadość obowiązkowi dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Nowy Sącz, Izba powołując się na wyżej cytowany wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 10 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 163/08, uznała, że złożone przez niego w ofercie oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 pzp jest niezgodne z rzeczywistością, co wpisuje się wprost w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 pzp.

Zgodnie z tym przepisem, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jednocześnie skład orzekający stwierdził, że szczególnie podatne na niezgodność z faktami, przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania, są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem.

**AGNIESZKA DYLONG**

radca prawny Kancelaria Radców Prawnych  
Klatka i Partnerzy