

Sygn. akt: KIO 2340/18

WYROK

z dnia 29 listopada 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 listopada 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 listopada 2018 r. przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Końskowola w Końskowoli**

przy udziale wykonawcy **KOMA LUBLIN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. Oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach**, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w **Lublinie**.

Sygn. akt: KIO 2340/18

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Końskowola w Końskowoli – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbieranie i transport odpadów komunalnych z terenu Gminy Końskowola pochodzących z nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 13 listopada 2018 roku wykonawca Zakład Usług Komunalnych Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Puławach (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego i zaniechań czynności, do których była on obowiązany z mocy ustawy, zarzucając naruszenie:

1.art. 91 ust. 1 w zw. z 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie do istotnej przedmiotowo zmiany oferty w drodze wyjaśnień Koma Lublin Sp. z o.o. w Lublinie (dalej: przystępujący), a także poprzez niedopuszczalne negocjacje po dacie złożenia oferty oraz dopuszczenie zmiany sposobu wykonania zamówienia po dacie złożenia ofert,

2.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy z treści złożonych dokumentów wynika, że polisa ubezpieczeniowa przedłożona przez przystępującego opłacona została 12.10.2018 r. a termin składania ofert upłynął w dniu 10.10.2018 r. i zaniechanie wykluczenia przystępującego,

3.art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej tj., aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2018 r. 1454 tj.), gdy z załączonego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej z dnia 04.10.2018 r. wynika, że nie obejmuje on kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia i zaniechanie wykluczenia przystępującego,

4.art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego.

Mając na względzie powyższe, odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności z dnia 06.11.2018 r. wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie przeprowadzenia ponownie czynności badania i oceny oferty oraz odrzucenia oferty i wykluczenia przystępującego.

Odwołujący stwierdził, że posiada interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia oraz poniósł szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ww. przepisów ustawy wynikająca z nieuzyskania zamówienia, a tym samym nieotrzymania wynagrodzenia w wysokości wynikającej z oferty złożonej przez odwołującego. Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu. Odwołaniem wykonawca zmierza do uchylecia skutków niekorzystnych czynności zamawiającego i doprowadzenia do ponownej weryfikacji ofert.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie do istotnej przedmiotowo zmiany oferty w drodze wyjaśnień przystępującego, a także poprzez niedopuszczalne negocjacje po dacie złożenia oferty oraz dopuszczenie zmiany sposobu wykonania zamówienia po dacie złożenia ofert, odwołujący stwierdził, że zgodnie z poglądem wyrażonym w orzeczeniu KIO 2245/17, oświadczenie co do tego, jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcy, a więc oświadczenie referujące do sposobu wykonania zamówienia, jest oświadczeniem, które nie tylko merytorycznie kształtuje treść oferty, ale ma również wpływ na proces badania oferty, chociażby w kontekście wykazania przez wykonawcę, że podmiot trzeci na którego zasoby się powołano zrealizuje zamówienie. Nie jest to więc oświadczenie o walorze jedynie informacyjnym. Istotne znaczenia ma fakt, iż w formularzu ofertowym wskazano jedynie na podwykonawstwo w zakresie odbioru odpadów, natomiast w zobowiązaniu do udostępnienia zasobów wskazano na odbiór i transport, dodatkowo również zawarto oświadczenie, że podwykonawstwo obejmuje realizację usługi, do której udostępnione zasoby są wymagane, a więc całość zamówienia, w formie podwykonawstwa.

Odwołujący stwierdził, że w przedmiotowym postępowaniu w treści oferty przystępujący oświadczył, że jedynie w zakresie odbioru odpadów posłuży się podwykonawcą, natomiast zamówienie obejmuje zarówno odbiór jak i transport odpadów. Są to odrębne części zamawianej usługi, wskazuje na to również fakt, że odbieranie odpadów może być prowadzone na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1454 ze zm.), natomiast transport odpadów wymaga wpisu w rejestrze podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (ustawa z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach Dz. U. z 2018 r. poz. 21 ze zm.).

Potwierdzeniem istotności treści oferty w powyższym zakresie dla zamawiającego jest również sformułowanie użyte w załączniku Nr 3 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) - wzór umowy w § 16 ust. 1 - wykonawca oświadcza, że przedmiot umowy wykona siłami własnymi / przy pomocy podwykonawcy w zakresie następujących usług - zgodnie ze złożoną ofertą.

Zmiana przedmiotowa oferty w powyższym zakresie, zdaniem odwołującego, jest niedopuszczalna i winna skutkować odrzuceniem oferty i wykluczeniem przystępującego. Przepis art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. pozwala zamawiającemu, w toku badania i oceny ofert, zwracać się do wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyjaśnienie ich treści. Niedopuszczalne jest prowadzenie negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Przepis ten nie może być wykorzystywany do uzupełniania braków w ofercie lub zmiany jej treści

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy z treści złożonych dokumentów wynika, że polisa ubezpieczeniowa przedłożona przez przystępującego opłacona została 12.10.2018 r. a termin składania ofert upłynął w dniu 10.10.2018 r. i zaniechanie wykluczenia przystępującego, odwołujący stwierdził, że zgodnie z treścią s.i.w.z. pkt V.2.2 zamawiający wymagał w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opłaconej polisy, w przypadku jej braku innego dokument potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 300.000 zł. Ze złożonego przez przystępującego oświadczenia wstępnego wynika, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, co nie polegało na prawdzie, gdyż załączony na wezwanie zamawiającego dowód opłacenia polisy ubezpieczeniowej datowany jest na 12.10.2018 r., a więc po dacie złożenia oświadczenia wstępnego.

W ocenie odwołującego, wykonawca nie wykazał, że na dzień składania ofert - 10.10.2018 r. - spełniał wymaganie specyfikacji w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej. Stwierdził, że aktualne brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy P.z.p. dotyczy jedynie sytuacji, w której dokumenty uzupełniane przez wykonawców na wezwanie mogą być wystawione z datą bieżącą, ale jednocześnie w swojej treści mają potwierdzać spełnianie warunku przez wykonawcę na dzień złożenia oferty. Oświadczenie wstępne składane przez wykonawcę winno dotyczyć stanu rzeczywistego z dnia składania ofert, albowiem przepis ten jednoznacznie stanowi o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym, hipotetycznym, spełnieniu w

toku postępowania na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej tj., aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2018 r. 1454 tj.), gdy z załączonego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej z dnia 04.10.2018 r. wynika, że nie obejmuje on kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia i zaniechanie wykluczenia przystępującego, odwołujący stwierdził, że zamawiający w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymagał aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2018 r. 1454). Przedmiotem zamówienia jest odbiór min.:

- odpadów komunalnych zbieranych w sposób nieselektywny (zmieszane odpady komunalne kod 20 03 01),
- papieru, tektury oraz opakowań z papieru i tektury (kod 20 01 01, 15 01 01),
- tworzyw sztucznych oraz opakowań z tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz opakowań z metali (kod 20 01 39, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, ex 20 01 99)
- szkła oraz opakowań ze szkła (kod 20 01 02, 15 01 07)
- odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym bioodpadów pochodzenia roślinnego (kod 20 01 08, 20 01 25) oraz odpadów zielonych, np. trawa, gałęzie, liście, kora, trociny (kod 20 02 01, 20 01 38),
- popiołu (kod ex 20 01 99) gromadzonego przez właścicieli nieruchomości w workach własnych.

Odwołujący podniósł, że załączone do postępowania zaświadczenie o wpisie nie obejmuje odpadów o kodach 20 01 99, 20 02 01, 20 01 38, 20 01 08, 20 01 25, 20 01 02, 20 01 39, ex 20 01 99, 20 01 01, 20 03 01, a więc nie potwierdza uprawnień przystępującego do prowadzenia działalności objętej niniejszym postępowaniem.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 21 listopada 2018 roku, doręczonej Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 listopada 2018 roku zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu 1. odwołania zamawiający stwierdził, iż w przedmiotowym postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi. Wykonawca miał więc prawo korzystać w szerokim zakresie zarówno z realizacji usługi przy pomocy podwykonawców, jak i powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że przystępujący w złożonej ofercie z dnia 10.10.2018 r. przedstawił dokument - zobowiązanie podmiotu do oddania przystępującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dokument w aktach sprawy). Udostępnione zasoby dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na odbiorze i transporcie odpadów w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy w ilości co najmniej 2000 Mg. W formularzu ofertowym przystępujący wskazał, że część (zakres) zamówienia dotyczący odbioru odpadów komunalnych będzie realizowany przez podwykonawcę: KOMA Sp. z o.o. Sp.k., na którego zasoby powołuje się przystępujący. Ponieważ z powyższych dokumentów nie wynikało jednoznacznie, jaki zakres zostanie powierzony podwykonawcy, zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 P.z.p., wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie doprecyzowania zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez podwykonawcę będącym podmiotem trzecim. W opinii zamawiającego, do jego obowiązku należało zbadanie realności udostępnionych zasobów. Powyższe wezwanie miało na celu wyjaśnienie treści oferty w zakresie faktycznego udziału podmiotu trzeciego.

Zamawiający stwierdził, że przesłane przez przystępującego wyjaśnienia z dnia 30.10.2018 r. w ocenie zamawiającego nie prowadziły do zmiany treści oferty, a wręcz potwierdziły realność udostępnionych zasobów przez podmiot trzeci. Wyjaśnienia potwierdziły także, że podmiot trzeci wykona zamówienie w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom. Przystępujący wskazał precyzyjnie część zamówienia, jaki powierzy podwykonawcy. Nie można uznać, że były prowadzone jakiegokolwiek negocjacje skoro w samym zobowiązaniu podmiot trzeci wskazał, że „Podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi, do których realizacji udostępnione zasoby są wymagane w formie podwykonawstwa, przez cały okres realizacji zamówienia”. Przedmiotem zaś zamówienia, jak i warunkiem doświadczenia był „odbiór i transport odpadów”, a nie sam odbiór.

W ocenie zamawiającego, w toku postępowania zostały wyjaśnione wszelkie wątpliwości, a przystępujący wykazał, że dysponuje niezbędnym zasobem podmiotu trzeciego (art. 22 ust. 2 ustawy P.z.p.), podmiot ten zrealizuje usługę (art. 22 ust. 4 ustawy P.z.p.), dany podmiot nie podlega wykluczeniu (art. 22a ust. 3 ustawy P.z.p.).

Odnosząc się do zarzutu 2. odwołania zamawiający stwierdził, że w niniejszym zamówieniu jednym z warunków udziału w postępowaniu było posiadanie opłaconej polisy, a w przypadku jej braku – innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 300.000,00 zł.

W dniu 15.10.2018 w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., przystępujący przedstawił polisę typ 1306 nr 001042303 ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z polisy wynika, że suma gwarancyjna opiewa na kwotę 500.000,00 zł PLN na jeden wypadek i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Ubezpieczenie zostało zawarte na okres od 09.10.2018 do 08.10.2019 r., czyli przed upływem terminu składania ofert, Polisa została wystawiona w Suwałkach dnia 09.10.2018 r. z terminem płatności do dnia 23.10.2018 r. Przystępujący dołączył także potwierdzenie zapłaty przelewu za polisę. W ocenie zamawiającego, nie trafny wydaje się zarzut braku spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez przystępującego z powodu opłacenia polisy 12.10.2018 r. Sama polisa została wystawiona przed terminem składania ofert i obejmowała okres ubezpieczenia także sprzed terminu składania ofert. Zamawiający uznał, że nie ma znaczenia moment opłacenia składki skoro została opłacona po terminie składania ofert, ale przed dniem jej wymagalności, a ubezpieczyciel zobowiązał się spełnić określone świadczenie w razie zajścia przewidzianego w umowie wypadku już od dnia 09.10.2018 r.

W zakresie zarzutu 3. odwołania zamawiający podniósł, że w niniejszym postępowaniu w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymagał aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. Z 2018 r. 1454 tj.). W dniu 15.10.2018 w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., przystępujący złożył zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zamawiający potwierdził, że złożone zaświadczenie przez przystępującego nie przedstawiało wszystkich kodów zawartych we wpisie gdyż przystępujący przedstawił stronę pierwszą oraz ostatnią wpisu. Zamawiający zwrócił uwagę na fakt, że w treści s.i.w.z. wymagano aktualnego wpisu do rejestru, co przystępujący udokumentował. Natomiast braku złożenia całego dokumentu zamawiający nie uznał za błąd. Pełna treść zaświadczenia o wpisie do rejestru znana jest zamawiającemu z urzędu, gdyż to Wójt Gminy Końskowola jest organem prowadzącym przedmiotowy rejestr. Ponadto rejestr ten jest jawny i opublikowany na stronie BIP zamawiającego, do którego dostęp ma każdy zainteresowany.

W zakresie zarzutu 4. odwołania zamawiający stwierdził, że nie było podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, gdyż wykonawca nie podlegał wykluczeniu, jego oferta nie podlegała odrzuceniu, wykonawca spełnił warunki opisane w s.i.w.z. oraz jego oferta przedstawiała najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów określonych w s.i.w.z.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca KOMA LUBLIN Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Lublinie poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W formularzu ofertowym przystępujący wskazał, że część (zakres) zamówienia dotyczący odbioru odpadów komunalnych będzie realizowany przez podwykonawcę: KOMA Sp. z o.o. Sp.k., na którego zasoby powołuje się przystępujący. Przystępujący w złożonej ofercie z dnia 10.10.2018 r. przedstawił dokument - zobowiązanie podmiotu do oddania przystępującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (dokument w aktach sprawy). Udostępnione zasoby dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na odbiorze i transporcie odpadów w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy w ilości co najmniej 2000 Mg.

Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 P.z.p., wezwał przystępującego pismem z dnia 26 października 2018 roku do wyjaśnienia treści oferty w zakresie doprecyzowania zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez podwykonawcę będącym podmiotem trzecim.

Pismem z dnia 30.10.2018 roku przystępujący wyjaśnił, że zakres zamówienia, który zostanie powierzony podwykonawcy, jest następujący:

- odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy,
- odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne,
- odbieranie i transport odpadów komunalnych z Punktu Selekttywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) zlokalizowanego w Końskowoli, ul. Pożowska 2a.

Zgodnie z treścią pkt V.2.2 s.i.w.z. zamawiający wymagał w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opłaconej polisy, w przypadku jej braku – innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 300.000 zł.

Termin składania ofert wyznaczony został na 10.10.2018 roku.

W dniu 15.10.2018 r., w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy P.z.p., przystępujący przedstawił polisę typ 1306 nr 001042303 ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Z polisy wynika, że suma gwarancyjna opiewa na kwotę 500.000,00 zł PLN na jeden wypadek i na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia. Ubezpieczenie zostało zawarte na okres od 09.10.2018 do 08.10.2019 r. Polisa została wystawiona w Suwałkach dnia 09.10.2018 r. z terminem płatności do dnia 23.10.2018 r. Przystępujący dołączył także potwierdzenie zapłaty przelewu za polisę z dnia 12.10.2018 roku.

Zamawiający w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej wymagał aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (t.j. Dz. U. z 2018 r. 1454). Przedmiotem zamówienia jest odbiór min.:

- odpadów komunalnych zbieranych w sposób nieselektywny (zmieszane odpady komunalne kod 20 03 01),
- papieru, tektury oraz opakowań z papieru i tektury (kod 20 01 01, 15 01 01),
- tworzyw sztucznych oraz opakowań z tworzyw sztucznych, opakowań wielomateriałowych oraz opakowań z metali (kod 20 01 39, 15 01 02, 15 01 04, 15 01 05, ex 20 01 99),
- szkła oraz opakowań ze szkła (kod 20 01 02, 15 01 07),
- odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym bioodpadów pochodzenia roślinnego (kod 20 01 08, 20 01 25) oraz odpadów zielonych, np. trawa, gałęzie, liście, kora, trociny (kod 20 02 01, 20 01 38),
- popiołu (kod ex 20 01 99) gromadzonego przez właścicieli nieruchomości w workach własnych.

Przystępujący załączył pierwszą i trzecią stronę zaświadczenia o wpisie. Na załączonych stronach nie było odpadów o kodach 20 01 99, 20 02 01, 20 01 38, 20 01 08, 20 01 25, 20 01 02, 20 01 39, ex 20 01 99, 20 01 01, 20 03 01.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 w zw. z 87 ust. 1 i 2 pkt 3 ustawy P.z.p. poprzez dopuszczenie do istotnej przedmiotowo zmiany oferty w drodze wyjaśnień przystępującego, a także poprzez niedopuszczalne negocjacje po dacie złożenia oferty oraz dopuszczenie zmiany sposobu wykonania zamówienia po dacie złożenia ofert.

W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie zastrzegł obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi. Przystępujący miał więc prawo korzystać w szerokim zakresie zarówno z realizacji usługi przy pomocy podwykonawców, jak i powoływać się na zasoby podmiotu trzeciego w celu spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Przystępujący w złożonej ofercie z dnia 10.10.2018 r. przedstawił dokument - zobowiązanie podmiotu do oddania przystępującemu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Udostępnione zasoby dotyczyły zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykonania co najmniej jednej usługi polegającej na odbiorze i transporcie odpadów w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy w ilości co najmniej 2000 Mg. W formularzu ofertowym przystępujący wskazał, że część (zakres) zamówienia dotyczący odbioru odpadów komunalnych będzie realizowany przez podwykonawcę: KOMA Sp. z o.o. Sp.k., na którego zasoby powołuje się przystępujący. Ponieważ z powyższych dokumentów nie wynikało jednoznacznie, jaki zakres zostanie powierzony podwykonawcy, zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 P.z.p., wezwał przystępującego do wyjaśnienia treści oferty w zakresie doprecyzowania zakresu zamówienia, który będzie realizowany przez podwykonawcę będącym podmiotem trzecim.

Złożone przez przystępującego wyjaśnienia potwierdziły, że podmiot trzeci wykona zamówienie w zakresie odpowiadającym udostępnionym zasobom. Przystępujący wskazał część zamówienia, jaki powierzy podwykonawcy. Nie można uznać, że były prowadzone jakiegokolwiek negocjacje, skoro w samym zobowiązaniu podmiot trzeci wskazał, że

„Podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi, do których realizacji udostępnione zasoby są wymagane w formie podwykonawstwa, przez cały okres realizacji zamówienia”. Przedmiotem zaś zamówienia, jak i warunkiem doświadczenia był „odbiór i transport odpadów”, a nie sam odbiór.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, gdy z treści złożonych dokumentów wynika, że polisa ubezpieczeniowa przedłożona przez przystępującego opłacona została 12.10.2018 r. a termin składania ofert upłynął w dniu 10.10.2018 r. i zaniechanie wykluczenia przystępującego.

Zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1126 ze zm.), w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Zgodnie z treścią s.i.w.z. pkt V.2.2 zamawiający wymagał w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej opłaconej polisy, a w przypadku jej braku – innego dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę minimum 300.000 zł.

Z ustaleń dokonanych w sprawie wynika, że przystępujący w dniu, w którym upływał termin składania ofert, nie opłacił jeszcze polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Termin składania ofert upływał bowiem w dniu 10.10.2018 roku, natomiast polisa opłacona została w dniu 12.10.2018 roku. Niemniej jednak z treści polisy złożonej przez przystępującego wynika, że została ona wystawiona w dniu 09.10.2018 roku z terminem płatności do 23.10.2018 r., a ubezpieczenie obejmuje okres od dnia 09.10. 2018 roku do dnia 08.10.2019 roku. Oznacza to, że w dniu wyznaczonym na składanie ofert przystępujący był objęty wymaganym ubezpieczeniem i dysponował dokumentem potwierdzającym ten fakt (polisą).

Izba zważyła, iż objęcie przystępującego ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej jest możliwe pomimo nieopłacenia polisy przed dniem, w którym rozpoczął się okres ubezpieczenia. Wniosek taki wynika z przepisów art. 814 §§ 1 i 2 Kodeksu cywilnego.

Zgodnie z art. 814 § 1 K.c. jeżeli nie umówiono się inaczej, odpowiedzialność ubezpieczyciela rozpoczyna się od dnia następującego po zawarciu umowy, nie wcześniej jednak niż od dnia następnego po zapłaceniu składki lub jej pierwszej raty. Natomiast z dyspozycji § 2 wynika możliwość odpowiedzialności ubezpieczyciela jeszcze przed zapłaceniem składki lub jej pierwszej raty.

Przytoczone przepisy Kodeksu cywilnego korelują ze wskazanym postanowieniem s.i.w.z., dopuszczającym wykazanie faktu objęcia wykonawcy ubezpieczeniem od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej nie tylko opłaconą polisą, ale też innym dokumentem potwierdzającym posiadanie takiego ubezpieczenia.

Stwierdzić zatem należy, że w omawianym przypadku przystępujący na dzień składania ofert nie dysponował opłaconą polisą. Niemniej jednak dysponował innym dokumentem potwierdzającym fakt posiadania ubezpieczenia w wymaganym zakresie. Tym dokumentem była nieopłacona polisa, gdyż z jej treści oraz z przytoczonych wyżej przepisów prawnych wynikał fakt posiadania ubezpieczenia. Wykonawca zaś – zgodnie z postanowieniem V.2.2. s.i.w.z. – mógł wykazać posiadanie ubezpieczenia innym dokumentem niż opłacona polisa.

Izba uznała za bezzasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy P.z.p. poprzez przyjęcie, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej tj., aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2018 r. 1454 tj.), gdy z załączonego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej z dnia 04.10.2018 r. wynika, że nie obejmuje on kodów odpadów objętych niniejszym postępowaniem o udzielenie zamówienia i zaniechanie wykluczenia przystępującego,

W rozpoznawanej sprawie bezspornym jest, że przystępujący załączył niekompletne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej. Załączył bowiem jedynie 1 i 3 stronę zaświadczenia. Na załączonych stronach nie było odpadów o kodach 20 01 99, 20 02 01, 20 01 38, 20 01 08, 20 01 25, 20 01 02, 20 01 39, ex 20 01 99, 20 01 01, 20 03 01.

Izba wskazuje jednak, że organem właściwym do prowadzenia rejestru działalności regulowanej w przypadku przystępującego jest zamawiający. Zaświadczenie z tego rejestru jest jednym z dokumentów, o których mowa w § : wskazanego wyżej rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia W myśl § 10 ust. 2 tegoż rozporządzenia, w przypadku wskazania przez wykonawcę oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w § 2, § 5 i § 7, które znajdują się w posiadaniu zamawiającego, w szczególności oświadczeń lub dokumentów przechowywanych przez zamawiającego zgodnie z art. 97 ust. 1 ustawy, zamawiający w celu potwierdzenia okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy korzysta z posiadanych oświadczeń lub dokumentów, o ile są one aktualne.

Tym samym zamawiający był uprawniony do skorzystania z posiadanego przez siebie rejestru w celu weryfikacji kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie. Zamawiający przedłożył Izbie kompletne zaświadczenie dotyczące przystępującego. Analiza treści zaświadczenia wskazuje, że przystępujący posiada uprawnienia w zakresie odbioru odpadów o kodach 20 01 99, 20 02 01, 20 01 38, 20 01 08, 20 01 25, 20 01 02, 20 01 39, ex 20 01 99, 20 01 01, 20 03 0.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....