Sygn. akt KIO 42/19

WYROK

z dnia 23 stycznia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Anna Packo

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 stycznia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 stycznia 2019 r. przez wykonawcę

Remondis Kraków Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Gminę Zabierzów z siedzibą w Zabierzowie

orzeka:

1.uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Zabierzów: unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Remondis Kraków Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty wykonawcy Remondis Kraków Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,

2.kosztami postępowania obciąża Gminę Zabierzów i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Remondis Kraków Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2.zasądza od Gminy Zabierzów na rzecz Remondis Kraków Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. 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 Krakowie.

Przewodniczący:……..…

Sygn. akt: KIO 42/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający – Gmina Zabierzów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór, transport i zagospodarowanie/unieszkodliwianie odpadów pochodzących z: obiektów będących we władaniu Gminy Zabierzów, każdorazowo wskazywanych przez Zamawiającego, świetlic środowiskowych, koszy na przystankach autobusowych, koszy ulicznych i parkowych, sprzątania terenu Park & Ride w Zabierzowie oraz Dolin: Aleksandrowickiej, Bolechowickiej, Brzoskwinki, Kluczwody, Kobylańskiej, a takie dawnego kamieniołomu w Zabierzowie, akcji *sprzątanie świata*, likwidacji dzikich wysypisk oraz prac porządkowych w sołectwach” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 października 2018 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2018/S 199-451862. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

I Czynność Zamawiającego stanowiąca podstawę odwołania

3 stycznia 2019 r. Zamawiający wykluczył Odwołującego – Remondis Kraków Sp. z o.o.

z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, jego ofertę uznał za odrzuconą.

W ocenie Zamawiającego wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału

w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w punkcie 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. nie wykazał, że posiada aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów.

Wykonawca, 20 grudnia 2018 r., został wezwany m.in. do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, ze wskazaniem, iż przedłożone zaświadczenie nie obejmowało odpadów

o kodach 20 01 29* oraz 20 03 03.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, złożonej 27 grudnia 2018 r., wykonawca złożył wyjaśnienia, w których

wskazał, że postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie precyzują, w jakim zakresie uczestnik powinien przedłożyć dokumenty żądane przez Zamawiającego, to jest zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Zabierzów w zakresie odpadów o kodach
20 01 29* oraz zezwolenie na przetwarzanie odpadów albo zezwolenie na zbieranie odpadów w zakresie odpadów obejmującego odpady o kodzie 20 01 29*. Zgodnie z punktem 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia „wykonawca spełni warunek udziału
w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1 lit. a) SIWZ, jeżeli wykaże, że posiada
i przedłoży następujące dokumenty: • aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów,
• obowiązujące zezwolenie na przetwarzanie odpadów…". Zgodnie z powyższym brzmieniem Zamawiający nie dookreślił wymagań w zakresie posiadania zezwoleń/zaświadczeń co do konkretnych kodów odpadów, a jedynie posiadania ich co do zasady. Doprecyzowanie wymagań nie znalazło swojego odzwierciedlenia w żadnych dodatkowych dokumentach (pismach) Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z orzecznictwem wszelkie niejasności
i wątpliwości specyfikacji istotnych warunków zamówienia winny być interpretowane na korzyść wykonawcy, a zatem bez przypisywania mu negatywnych konsekwencji
w postępowaniu. W konsekwencji żądanie przedłożenia dodatkowej dokumentacji w zakresie nieobjętym treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszenia jest nieuzasadnione i sprzeczne z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wobec powyższego Remondis, w związku z ewentualnym uzyskaniem zamówienia oraz jednoznacznym zapisem punktu 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamierzał zwrócić się do Wójta Gminy Zabierzów o zmianę wpisu w rejestrze działalności regulowanej i taki wniosek został złożony 21 grudnia 2018 r. W myśl przepisów 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w związku ze złożeniem wniosku o uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej organ jest zobowiązany do dokonania wymaganego wpisu w terminie 7 dni od dnia złożenia przedmiotowego wniosku. Brak w tym zakresie innych rozwiązań, prowadzących przykładowo do odmowy dokonania takiego wpisu. Z tych względów uzyskanie stosownego wpisu nie jest obarczone żadnym dodatkowym ryzykiem, jest wręcz formalnością. Dodatkowo Remondis Sp. z o.o. Oddział
w Dąbrowie Górniczej posiada zezwolenie dotyczące odpadu o kodzie 20 01 29* i potwierdził gotowość przyjęcia odpadów o kodzie 20 01 29* w okresie obowiązywania umowy
z Zamawiającym.
Z powyższych względów na dzień rozpoczęcia realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia Remondis będzie dysponować wskazanym przez Zamawiającego wpisem do rejestru działalności regulowanej wobec odpadów o kodach 20 01 29* oraz 20 03 03.
Powyższe nie było wymagane w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to postanowienie nie może być interpretowane rozszerzająco ponad treść z niej wynikającą. A zatem Remondis spełnia wymogi udziału w niniejszym postępowaniu i wykazał już tę okoliczność.
Zamawiający nie zgodził się z powyższym i podkreślił, że w punkcie 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż „wykonawca spełni warunek udziału
w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1 lit. a) SIWZ, jeżeli wykaże, że posiada
i przedłoży następujące dokumenty: - aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów", a w punkcie 5.2.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to
z odrębnych przepisów". Wpis do rejestru działalności regulowanej jest uprawnieniem umożliwiającym wykonawcy legalne świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Zamawiający w opisie przedmiotu zamówienia precyzyjnie wskazał, jakie odpady będą odbierane w ramach realizacji umowy (pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
Zgodnie z punktem 5.4.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia „zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 1) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia". Zgodnie z punktem 6.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia
„w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej – określonego w pkt 5.3.1 zamawiający żąda od wykonawcy: aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów". Rodzaje odbieranych, transportowanych

i zagospodarowywanych/unieszkodliwianych w ramach realizacji umowy odpadów zostały także precyzyjnie wskazane w projekcie umowy (załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia).
Bezsprzecznym zatem pozostaje fakt konieczności posiadania i przedłożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów – dotyczącego odpadów, które mają być odbierane w ramach realizacji umowy
(z obiektywnego punktu widzenia powyższe wydaje się być oczywiste, gdyż brak zamieszczenia w rejestrze danego rodzaju /kodu/ odpadów skutkuje brakiem posiadania uprawnień do odbioru przedmiotowego rodzaju odpadów – co wynika z obowiązujących przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach). Zgodnie z art. 9b ust. 4 pkt 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w rejestrze zamieszcza się określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych. Rozszerzenie wpisu do rejestru
o dodatkowe rodzaje odpadów odbywa się na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu właściwego oświadczenia oraz po uiszczeniu opłaty skarbowej w kwocie 25 zł. Zgodnie z art. 9c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy.
Zatem wykonawca na dzień składania ofert nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a wniosek o zmianę wpisu w przedmiotowym zakresie wpłynął do tutejszego organu dopiero 27 grudnia 2018 r., 22 dni po wyznaczonym na 5 grudnia 2018 r. terminie składania ofert.
Brak posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej danego rodzaju odpadów może skutkować koniecznością wymierzenia wykonawcy administracyjnej kary pieniężnej, zgodnie z art. 9x ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
Z obiektywnego punktu widzenia – odnosząc się wprost do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz obowiązujących przepisów prawa – nie sposób zgodzić się
z argumentacją wykonawcy dotyczącą niedookreślenia przez Zamawiającego wymagań
w zakresie posiadania zezwoleń/zaświadczeń co do konkretnych kodów odpadów, gdyż
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno i konkretnie wskazano, jakie rodzaje odpadów stanowią przedmiot zamówienia, natomiast wykonawca nie wykazał posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia, zaś udzielenie mu zamówienia stanowiłoby naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający nie może zawrzeć ważnej umowy z podmiotem, który nie posiada uprawnień do realizacji przedmiotu umowy, zaś umowa, która byłaby wykonywana po części
z naruszeniem przepisów prawa, byłaby w tej części nieważna w myśl art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
II Zarzuty i żądania odwołania
Odwołujący – Remondis Kraków Sp. z o.o. wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:
1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 9ba ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach
w wyniku uznania, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w związku z tym, że nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej, o którym mowa w punkcie 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, to znaczy w ocenie Zamawiającego miał rzekomo nie wykazać, że posiada aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, podczas gdy takie zaświadczenie zostało przedłożone przy piśmie z 19 grudnia 2018 r., a Zamawiający nie dookreślił żadnych dodatkowych warunków odnoszących się do tego zaświadczenia jako wymogu udziału
w postępowaniu,
2. art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku uznania oferty Odwołującego za odrzuconą z uwagi na wykluczenie go z postępowania,
3. art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
3. art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez niezachowanie przez Zamawiającego zasady równej konkurencji, transparentności i proporcjonalności.
Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji:
2. unieważnienia uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
3. ponownego badania i oceny ofert, a w jego efekcie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
4. zasądzenie od Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, że w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, pkt 5.3.1, Zamawiający wskazał między innymi, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli wykaże, że posiada i przedłoży następujące dokumenty: aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów. Wymóg postawiony przez Zamawiającego nie dookreślał w tym aspekcie żadnych dalszych warunków.
W dalszej kolejności Zamawiający, w punkcie 6.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wskazał, że w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej – określonego w punkcie 5.3.1 zamawiający żąda od wykonawcy: a) aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów. Również i w tym aspekcie Zamawiający nie przedstawił, aby zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej miało obejmować jakąkolwiek szczegółową treść.
W konsekwencji, ponieważ Odwołujący takie zaświadczenie posiadał, złożył zgodne
z prawdą oświadczenie w treści JEDZ o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu.
Pismem z 18 grudnia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczeń
i dokumentów, o których mowa w punkcie 6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia, albowiem oferta Odwołującego została najwyżej oceniona. W odpowiedzi, 19 grudnia 2018 r., Odwołujący złożył żądane dokumenty, w tym zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Zabierzów. Przedmiotowe zaświadczenie nosi datę 21 lutego 2017 r., albowiem Zamawiający nie wskazał, z jakiego okresu zaświadczenie ma pochodzić, wskazał jedynie, aby było aktualne. Przedstawione zaświadczenie na dzień jego złożenia było aktualne, albowiem po 21 lutego 2017 roku nie doszło do żadnych zmian w treści wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów w odniesieniu do Odwołującego. Zamawiający posiada o tym wiedzę z urzędu, albowiem stojący na czele Zamawiającego Wójt Gminy Zabierzów jest jednocześnie organem prowadzącym przedmiotowy rejestr. Pomimo powyższego 20 grudnia 2018 r. Zamawiający, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, skierował do Odwołującego wezwanie, w którym między innymi wezwał Odwołującego do uzupełnienia aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, albowiem aktualnie przedłożone przez wykonawcę zaświadczenie nie obejmuje odpadów o kodach 20 01 29* i 20 03 03.
W odpowiedzi Odwołujący wskazał, że Zamawiający nie dookreślił wymagań w zakresie posiadania zezwoleń/zaświadczeń co do konkretnych kodów odpadów, a jedynie posiadania ich co do zasady. Doprecyzowanie wymagań nie znalazło swojego odzwierciedlenia
w żadnych dodatkowych dokumentach (pismach) Zamawiającego w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia. Powyższe nie było wymagane w treści ogłoszenia
o zamówieniu oraz w punkcie 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które to postanowienie nie może być interpretowane rozszerzająco ponad treść z niego wynikającą. Zatem Odwołujący spełnił wymogi udziału w postępowaniu i wykazał tę okoliczność poprzez przedłożenie przedmiotowego zaświadczenia.
Pomimo powyższego, Zamawiający poinformował Odwołującego o wykluczeniu go
z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych
i uznał ofertę Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych w uzasadnieniu wskazując, że przedłożone zaświadczenie nie obejmowało odpadów o kodach 20 01 29* oraz 20 03 03 i tak naprawdę to ta kwestia stała się faktyczną przyczyną wykluczenia. Zamawiający powołał się przy tym nie tyle na treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, co na treść przepisów odrębnych, pomimo iż takich wymogów nie postawił w treści ogłoszenia ani specyfikacji. Zdaniem Zamawiającego, obowiązek posiadania w treści wyżej wskazanego zaświadczenia wpisów dotyczących dwóch omawianych kodów odpadów wynika z treści pkt 5.2.1. lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia w połączeniu z opisem przedmiotu zamówienia wskazanym
w punkcie 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz z projektem umowy stanowiącym załącznik nr 8 do specyfikacji.
Zamawiający posiada uprawnienie do tego, aby ustanowić warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Warunki te muszą zostać określone w ogłoszeniu
(art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych). Sekcja III.1.1) ogłoszenia jednoznacznie wskazuje, że warunkiem udziału jest posiadanie i przedłożenie aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów. Ogłoszenie nie specyfikuje listy odpadów, które winny być zawarte
w treści zaświadczenia. Analogicznie zostało to wskazane w punkcie 5.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunku w taki sposób, który w pełni odzwierciedla przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie, stwierdzając jedynie, że

warunki udziału są określane w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Określenie warunków na wstępnym etapie postępowania ma na celu zapewnienie realizacji równego traktowania wykonawców, uczciwej konkurencji i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wykonawca ma przy tym prawo działać w zaufaniu do zamawiającego, iż w postawionym warunku udziału w postępowaniu odtworzył swą wolę co do podmiotów ubiegających się
o udzielenie zamówienia. Wobec konkretnego sformułowania warunku przez zamawiającego nieuprawniony jest pogląd, że interpretacja treści warunku powinna być dokonywana poprzez opis przedmiotu zamówienia. Czym innym bowiem jest opis przedmiotu zamówienia, do którego wykonania zobowiąże się wykonawca, a czym innym warunki udziału w postępowaniu, które postawił zamawiający w celu wyłonienia wykonawcy przedmiotu zamówienia. Jeśli zamawiającemu zależało na wykazaniu konkretnych okoliczności przez wykonawców, to należało to wyraźnie wskazać w treści warunku. Na etapie badania i oceny ofert zamawiający nie może odstępować od postawionych przez siebie warunków udziału w postępowaniu ani dokonywać ich swobodnej wykładni w sposób niezgodny z literalnym brzmieniem warunków. Rozszerzenie warunku czy dokonywanie jego interpretacji w sposób niewynikający wprost z jego brzmienia godzi w zasadę równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Wobec powyższego, już tylko z tej przyczyny Zamawiający naruszył wskazane na wstępie przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem dopiero na obecnym etapie, poprzez bardzo dalekosiężną interpretację, stara się ustalić nowe warunki udziału w postępowaniu, podczas gdy wymogi postawione w sekcji III.1.1 ogłoszenia oraz punkcie 5.3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia są precyzyjne i nie wynika z nich, aby w treści zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej musiały znajdować się wskazane wyżej kody odpadów.
Uprawnienie do świadczenia usługi w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wynika z samego faktu posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, prowadzonego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta, stojącego na czele danej gminy. Uzyskanie takiego wpisu ma charakter wyłącznie formalny, analogicznie jak uzyskanie zmiany treści tego wypisu. W myśl przepisów 9c i 9ca ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w związku ze złożeniem wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej organ jest zobowiązany do dokonania wymaganego wpisu
w terminie 7 dni od dnia złożenia przedmiotowego wniosku. Brak w tym zakresie innych rozwiązań prowadzących do odmowy dokonania takiego wpisu. Z tych względów uzyskanie stosownego wpisu nie jest obarczone żadnym dodatkowym ryzykiem, jest wręcz formalnością. Samo natomiast uprawnienie do prowadzenia działalności obejmującej odbiór odpadów od właścicieli nieruchomości wynika ze spełnienia określonych w ustawie
o utrzymaniu czystości i porządku w gminach warunków prowadzenia tej działalności, których spełnienie podmiot wnioskujący deklaruje składając odpowiednie oświadczenie. Odwołujący posiada wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, więc posiada już uprawnienie do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 9ba ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku zmiany danych wpisanych do rejestru, wniosek o zmianę należy złożyć w terminie 14 dni od daty, w której zmiana danych nastąpiła. A zatem złożenie wniosku o zmianę wpisu w rejestrze, w tym co do kodów odpadów komunalnych odbieranych od właścicieli nieruchomości, ma miejsce następczo, to jest już po dokonaniu tej zmiany. Jest to zatem sytuacja odmienna od tej, gdy mamy do czynienia z wnioskiem o wpis do rejestru działalności regulowanej nowego przedsiębiorcy zamierzającego dopiero rozpocząć działalność na terenie gminy, kiedy to faktycznie wniosek o dokonanie wpisu musi zostać złożony jeszcze przed datą rozpoczęcia wykonywania działalności w postaci odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.
W wyroku sygn. akt KIO 1296/16, 1323/16 Izba stwierdziła, że w związku ze wskazaniem
w treści ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia warunku udziału
w postępowaniu wyłącznie w odniesieniu do posiadania aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej, bez wyspecyfikowania kodów odpadów, jakich wpis ten miałby dotyczyć, warunek udziału w postępianiu był precyzyjny i zrozumiały, oraz że
w sposób jednoznaczny zamawiający określił wymagania dotyczące dokumentów, jakie mają być złożone w celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wykazania się posiadanymi uprawnieniami do określonej działalności. Ustawodawca nie nakłada na zamawiającego obowiązku formułowania opisu sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, aby w pełni, jednoznacznie odzwierciedlał
i pokrywał się z przedmiotem zamówienia, ma być proporcjonalny.
Zamawiający wymagał posiadania aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, przy czym nie dookreślił, jaka powinna być jego treść. Odwołujący takie aktualne zaświadczenie złożył
w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zatem Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 i 22 ust. 1a ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 9ba ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i

porządku w gminach. Tym samym naruszył art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem nie zagwarantował zachowania zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, skoro w jego ocenie, postawione w dokumentacji postępowania warunki udziału zawierają warunki dodatkowe niż *expressis verbis* w tej dokumentacji przedstawione. Jednocześnie takie postępowanie narusza zasadę przejrzystości i proporcjonalności, bowiem jest nieprawidłowe w kontekście dokumentacji stanowiącej podstawę prowadzenia postępowania, gdyż stawiane są wymogi dodatkowe, na które Zamawiający nie wskazywał w treści ogłoszenia
o zamówieniu i specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto narusza zasadę proporcjonalności wymagając od Odwołującego spełnienia warunków udziału
w postępowaniu w postaci bardziej surowej aniżeli by to wynikało z treści dokumentacji.
W przypadku ich prawidłowego zastosowania przepisów Odwołujący nie zostałby wykluczony z postępowania. W konsekwencji Zamawiający naruszył jednocześnie art. 24 ust. 4 P i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych w wyniku uznania oferty Odwołującego za odrzuconą. Ponieważ Odwołujący nie powinien zostać wykluczony
z postępowania, to jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu. Skoro zaś Zamawiający nie powinien był wykluczyć Odwołującego z postępowania, a jego oferta nie powinna zostać odrzucona, to Zamawiający jednocześnie narusza art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.
III Stanowisko Zamawiającego
W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podtrzymał swoje wcześniejsze stanowisko oraz wniósł o oddalenie odwołania i zasądzenie zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.
W swoim stanowisku podkreślił, iż Odwołujący w swoim mniemaniu spełnił warunek udziału w postępowaniu w postaci przedłożenia aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów. Odwołujący, na wezwanie z 18 grudnia 2018 r., przedstawił zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, które nie obejmowało odpadów
o kodach: 20 01 29* oraz 20 03 03, co jest bezsporne. Sporne jest to, czy w obliczu ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia
i załączonego do niej projektu umowy miał on obowiązek złożyć aktualne zaświadczenie obejmujące wszystkie odpady, jakie miałyby być objęte zamówieniem.
Art. 43 ust. 1 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców stanowi, że jeżeli odrębne przepisy stanowią, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeśli spełnia warunki określone tymi przepisami i po uzyskaniu wpisu do właściwego rejestru działalności regulowanej. W polskim systemie prawa jest wiele przepisów odrębnych, które statuują rozliczne rodzaje działalności regulowanej, wśród takich działalności jest także działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych, o której traktuje rozdział 4a ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Rejestr takich działalności prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 9b ust. 2). Jest poza sporem, że dla działalności polegającej na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zabierzów stosowny rejestr prowadzi Wójt Gminy Zabierzów. Działalność w zakresie odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości może być bardzo zróżnicowana, a przedmiotem odbioru mogą być różne rodzaje odpadów (por. art. 9b ust. 4 pkt 4). Z powyższego wynika konkluzja, że w zakresie poszczególnych odpadów da się wyróżnić poszczególne podrodzaje działalności, które wymagają odpowiednich środków technicznych, czy doświadczenia, gdyż inaczej wygląda odbiór odpadów zielonych, a inaczej odpadów niebezpiecznych.
Zamawiający w punkcie 5.3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, iż „wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1 lit. a) SIWZ, jeżeli wykaże że posiada i przedłoży następujące dokumenty: - aktualne zaświadczenie
o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów".
Dodatkowo w punkcie 5.2.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający sprecyzował, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów."
W opisie przedmiotu zamówienia (pkt 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia) Zamawiający precyzyjnie wskazał, jakie odpady będą odbierane w ramach realizacji umowy: „przedmiotem zamówienia jest odbiór, transport i zagospodarowanie/unieszkodliwienie odpadów o kodach: 15 01 01 (opakowania z papieru i tektury), 15 01 02 (opakowania
z tworzyw sztucznych), 15 01 03 (opakowania z drewna), 15 01 04 (opakowania z metali),

15 01 06 (zmieszane odpady opakowaniowe), 15 01 07 (opakowania ze szkła), 15 01 09 (opakowania z tekstyliów), 17 01 01 (odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek
i remontów), 17 01 02 (gruz ceglany), 17 01 03 (odpady innych materiałów ceramicznych
i elementów wyposażenia), 17 01 07 (zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione
w 17 01 06), 20 01 01 (papier i tektura), 20 01 02 (szkło), 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające biodegradacji), 20 01 10 (odzież), 20 01 11 (tekstylia), 20 01 21* (lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), 20 01 23* (urządzenia zawierające freony), 20 01 29* (detergenty zawierające substancje niebezpieczne), 20 01 30 (detergenty inne niż wymienione w 20 01 29), 20 01 33* (baterie i akumulatory łącznie z bateriami
i akumulatorami wymienionymi w 16 06 01, 16 06 02 lub 16 06 03 oraz niesortowane baterie i akumulatory zawierające te baterie), 20 01 34 (baterie i akumulatory inne niż wymienione
w 20 01 33), 20 01 35* (zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione
w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki), 20 01 36 (zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23 i 20 01 35), 20 01 38 (drewno inne niż wymienione w 20 01 37), 20 01 39 (tworzywa sztuczne), 20 01 40 (metale), 20 01 99 (inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny), 20 02 01 (odpady ulegające biodegradacji), 20 02 02 (gleba, ziemia, w tym kamienie), 20 02 03 (inne odpady nieulegające biodegradacji), 20 03 01 (niesegregowane/zmieszane odpady komunalne),
20 03 03 (odpady z czyszczenia ulic i placów), 20 03 07 (odpady wielkogabarytowe)...” Rodzaje odbieranych, transportowanych i zagospodarowywanych/unieszkodliwianych
w ramach realizacji umów odpadów zostały także precyzyjnie wskazane w § 1 projektu umowy (załącznik nr 8 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia). W ogłoszeniu
o zamówieniu znajdują się wprost zapisy tożsame w swej treści z ww. postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w przedmiocie zdolności do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogów związanych w wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego (sekcja III.1.1) oraz opisu przedmiotu zamówienia (sekcja II.2.4).
W obliczu takich zapisów ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz projektu umowy nie może być wątpliwości, że działalnością, jakiej miało dotyczyć zamówienie, do wykonywania której, z uwagi na przepisy odrębne, konieczne jest wcześniejsze uzyskanie wpisu, jest działalność w zakresie odbioru ww. odpadów. Jest to działalność regulowana. Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
w punkcie dotyczącym zaświadczenia nie doprecyzował, o jaką działalność regulowaną chodzi, gdyż było to oczywiste, ponieważ brak zamieszczenia w rejestrze danego rodzaju (kodu) odpadów skutkuje brakiem posiadania uprawnień do odbioru przedmiotowego rodzaju odpadów, co wynika z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.
Zdaniem Odwołującego sporne jest, czy konieczność posiadania i przedłożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów w zakresie odpadów, które mają być odbierane w ramach realizacji umowy, była wymagana na etapie złożenia oferty.
Zgodnie z art. 25 ustawy Prawo zamówień publicznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji,
2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu
o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.
Zgodnie z art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do oferty lub wniosku
o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Aktualny to, zgodnie z definicją Podręcznego Słownika Języka Polskiego (oprac. E. Sobol, PWN Warszawa 1996), „dotyczący życia współczesnego, będący na czasie, bieżący, obecny; teraźniejszy”.
Z powyższego, zdaniem Zamawiającego, wynika jednoznacznie, że Odwołujący, na dzień złożenia swojej oferty powinien legitymować się posiadaniem aktualnego zaświadczenia
o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów
w przedmiocie odbioru odpadów o kodach wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i projekcie umowy. Takiego zaświadczenia Odwołujący nie posiadał, co jest bezsporne. Nawet gdyby przyjąć, iż Odwołujący powinien posiadać i przedłożyć Zamawiającemu na jego wezwanie aktualne zaświadczenie o wpisie do działalności regulowanej, to także nie przedstawił on takiego zaświadczenia na wezwanie, gdyż było ono niekompletne, a w związku z tym nieaktualne, ponieważ brak niezbędnych do świadczenia usługi kodów (rodzajów odpadów) czyni takie zaświadczenie nieaktualnym w świetle przedmiotu zamówienia, który Odwołujący miałby wykonywać. Jest tak, gdyż

aktualność odnosi się nie tylko do ważności zaświadczenia na datę ewentualnego posłużenia się nim, ale także do jego kompletności, a zatem do jego zakresu przedmiotowego.
Zamawiający podkreślił, iż nie wprowadził Odwołującego w błąd wskazując jedne odpady do odbioru w projekcie umowy i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a inne
w ogłoszeniu, czy też jakimkolwiek innym dokumencie dotyczącym zamówienia.
W przedmiotowej sprawie nie można także warunku posiadania zaświadczenia o wpisie do działalności regulowanej odnosić do innej działalności regulowanej, niż dokładnie ta, jaka miałaby być świadczona w wyniku udzielenia zamówienia. To, iż było to oczywiste także dla Odwołującego może świadczyć fakt, iż nie składał on stosownych zapytań co do treści ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy projektu umowy.
Wpis do rejestru działalności regulowanej jest uprawnieniem umożliwiającym wykonawcy legalne świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych, a zatem tylko aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, tj. zaświadczenie potwierdzające spełnienie warunku udziału w postępowaniu, stanowi prawidłowy dokument.
Zgodnie z punktem 5.4.1) specyfikacji istotnych warunków zamówienia „zgodnie z art. 24 ust. 1 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: 1) wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia". Zgodnie z punktem 6.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia
„w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej – określonego w punkcie 5.3.1 zamawiający żąda od wykonawcy: aktualnego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów".
Rozszerzenie wpisu do rejestru o dodatkowe rodzaje odpadów odbywa się na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu właściwego oświadczenia oraz po uiszczeniu opłaty skarbowej
w kwocie 25 zł. Zgodnie z art. 9c ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy.
Mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, iż Odwołujący na dzień składania dokumentów nie spełniał warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a wniosek o zmianę wpisu
w przedmiotowym zakresie wpłynął do gminy dopiero 27 grudnia 2018 r., tj. 22 dni po wyznaczonym na 5 grudnia 2018 r. terminie składania ofert. Złożony wniosek obarczony był brakiem formalnym, dlatego organ 2 stycznia 2019 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia wskazanego braku w terminie 14 dni od daty otrzymania wezwania pod rygorem pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Uzupełnienie wskazanego braku Odwołujący złożył 7 stycznia 2019 r. Zatem nie ma racji Odwołujący wskazując, że zmiana wpisu do rejestru działalności w zakresie odbioru odpadów jest czynnością czysto formalną, skoro Odwołujący nie dokonał tej czynności w sposób poprawny, a co groziło pozostawieniem jej wniosku
o zmianę wpisu bez rozpoznania. Nadto stosowny wpis otrzymał dopiero ponad miesiąc po terminie złożenia oferty.
Odwołujący złożył nieprawdziwe oświadczenie, że jest w stanie wykonać przedmiot umowy, gdyż bezsprzecznie na dzień złożenia oferty nie mógł tego uczynić, a wykonanie przedmiotu zamówienia skutkowałoby sankcją w postaci administracyjnej kary pieniężnej (brak posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej danego rodzaju odpadów może skutkować koniecznością wymierzenia wykonawcy administracyjnej kary pieniężnej, zgodnie z art. 9x ust. 1 pkt 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach).
Zdaniem Zamawiającego złożenie kompletu wymaganych dokumentów w postępowaniu przetargowym winno następować w ściśle określonym w ustawie Prawo zamówień publicznych terminie, nie zaś w dowolnym momencie. Przyjmowanie dokumentów
w dowolnym momencie stanowiłoby bowiem naruszenie obowiązujących przepisów, wprowadzałoby chaos i brak przejrzystości postępowania, a w konsekwencji prowadziłoby do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.
Odwołujący, jako profesjonalista działający w branży odbioru i zagospodarowania odpadów, miał pełną świadomość, iż do odbioru danego rodzaju odpadów komunalnych konieczne jest posiadanie uprawnień w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, zaś brak w rejestrze danego rodzaju odpadów jest równoznaczny z brakiem uprawnień do odbioru przedmiotowych odpadów, a tym samym brakiem możliwości realizacji usług w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami prawa. Powyższego dowodzi między innymi fakt, iż we wcześniejszych postępowaniach przetargowych Odwołujący występował z wnioskiem o zmianę wpisu w rejestrze działalności regulowanej przed terminem składania ofert oraz dysponował odpowiednią zmianą wpisu
w wymaganym przez Zamawiającego terminie (zaświadczenie o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej z 21 lutego 2017 r.).
Zatem z obiektywnego punktu widzenia – odnosząc się wprost do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia

oraz obowiązujących przepisów prawa – nie sposób zgodzić się z argumentacją Odwołującego dotyczącą niedookreślenia przez Zamawiającego wymagań w zakresie posiadania zaświadczeń co do konkretnych kodów odpadów, gdyż
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, projekcie umowy oraz ogłoszeniu
o zamówieniu jasno i konkretnie wskazano, jakie rodzaje (kody) odpadów stanowią przedmiot zamówienia. W związku z tym, iż Odwołujący nie wykazał posiadania uprawnień do wykonywania przedmiotu zamówienia, udzielenie mu zamówienia stanowiłoby naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.
Na dzień składania ofert Zamawiający nie mógłby zawrzeć ważnej umowy z podmiotem, który nie posiada uprawnień do realizacji przedmiotu umowy, zaś umowa, która byłaby wykonywana po części z naruszeniem przepisów prawa, byłaby w tej części nieważna
– w myśli art. 58 Kodeksu cywilnego w związku z art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości
i porządku w gminach. Cześć bowiem przedmiotu zamówienia nie byłaby możliwa do zrealizowania bez posiadania stosownego wpisu do rejestru działalności regulowanej. Sama oferta oraz zawarte w niej oświadczenie Odwołującego, że byłby w stanie wykonać przedmiot umowy na dzień złożenia oferty, są nieważne z uwagi na złożone nieprawdziwe oświadczenie i nie sanuje tego fakt, iż Odwołujący na dzień rozpatrzenia odwołania jest
w stanie wykonać przedmiot umowy.
Wykładnia Odwołującego, dotycząca możliwości przedłożenia jakiegokolwiek obowiązującego zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej wydaje się być absurdalna z logicznego punktu widzenia, gdyż hipotetycznie prowadzi do sytuacji, że
w przedmiotowym rejestrze mogłoby nie być wpisanego żadnego rodzaju odpadów wskazanego w sposób precyzyjny w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, czy wręcz zaświadczenie dotyczyłoby zupełnie innej działalności regulowanej.
Odwołujący, jako profesjonalista w dziedzinie gospodarki odpadami, zapewne doskonale zdawał sobie sprawę z braku możliwości legalnego odbioru odpadów o brakujących
w zaświadczeniu kodach, jednakże z uwagi na bardzo dużą ilość toczących się postępowań przetargowych w okresie końca roku 2018, nie zwrócił uwagi na brak w posiadanej dokumentacji. Świadczy to bezsprzecznie o niestaranności Odwołującego w przygotowaniu oferty. Niestaranność w przygotowaniu oferty potwierdza dodatkowo fakt, iż w samym formularzu ofertowym Odwołujący popełnił aż 6 omyłek rachunkowych. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 6 października 2016 r., sygn. I ACa 246/16, „wzorzec należytej staranności ujęty w art. 355 § 2 k.c. oznacza, że staranność wymagana w stosunkach danego rodzaju będzie musiała być uwzględniana w odniesieniu do wiedzy, doświadczenia
i umiejętności praktycznych, jakie wymagane są od przedsiębiorcy podejmującego się określonej działalności. Wysoki stopień staranności wymaganej od dłużnika wynika bezpośrednio z faktu, że oczekiwania osoby zawierającej z nim umowę zazwyczaj są wyższe niż w stosunku do osoby, która nie prowadzi danej działalności zawodowo. Ustawodawca zakłada więc, że osoba ta nie tylko ma większą wiedzę i doświadczenie niż osoba nieprowadząca takiej działalności, ale jest od niej rzetelniejsza i ma większą zdolność przewidywania”. Z uwagi na powyższe Zamawiający mógł wymagać od Odwołującego należytej staranności w zakresie przygotowania oferty, która miała poprzedzać ewentualne zawarcie umowy i świadczenie usług objętych przedmiotem zamówienia. Taką staranność Odwołujący wykazywał uprzednio, ale nie w przedmiotowym postępowaniu. Odwołujący zaniedbał uzyskania stosownego aktualnego zaświadczenia o wpisie do działalności regulowanej na dzień złożenia oferty, a nadto nie złożył zapytań w przedmiocie rzekomych niejasności dotyczących postępowania, co uczynił pośrednio dopiero w momencie, gdy nie była w stanie przedstawić aktualnego zaświadczenia.
Odwołujący posiadał wystarczającą ilość czasu, aby uzyskać zmianę wpisu w rejestrze działalności regulowanej w żądanym terminie, jeśli zaś miałby jakiekolwiek wątpliwości
w zakresie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, mógł wnieść w trakcie postępowania przetargowego stosowne zapytanie, czego jednak nie uczynił, gdyż o braku dwóch rodzajów odpadów w prowadzonym przez Wójta Gminy Zabierzów rejestrze działalności regulowanej Odwołujący zorientował się zapewne dopiero po odebraniu stosownego wezwania Zamawiającego w trakcie prowadzonej procedury przetargowej.
W związku z powyższym Zamawiający nie naruszył wskazanych przepisów, a zapisy dotyczące wymagań spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności i zawodowej były określone jasno i przejrzyście oraz precyzyjnie. Wybór Odwołującego, jako niespełniającego wymogów udziału
w postępowaniu na dzień złożenia oferty, byłby naruszeniem zasad równego traktowania wykonawców oraz konkurencji między nimi. Zamawiający działał prawidłowo wskazując proporcjonalny warunek dotyczący wpisu do odpowiedniego rejestru, gdyż takiego wpisu
w zakresie objętym przedmiotem zamówienia wymagają przepisy prawa.

IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania nie jest sporny między Stronami. Został on prawidłowo opisany w punktach poprzedzających, zatem nie będzie powtarzany.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem sporu pomiędzy Stronami jest to, czy w zaistniałych okolicznościach sprawy Zamawiający, działając w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, powinien był wykluczyć Odwołującego, co w konsekwencji skutkowało uznaniem jego oferty za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych. Wszystkie pozostałe wskazane w odwołaniu potencjalne naruszenia przepisów są jedynie konsekwencją powyższej decyzji.

Zgodnie z brzmieniem przywołanego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą (art. 24 ust. 4 ustawy Prawo zamówień publicznych).

Zgodnie z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdanie drugie, oświadczenia lub dokumenty potwierdzające: 1) spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji, 2) spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, 3) brak podstaw wykluczenia – zamawiający wskazuje

w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Z kolei, zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych składający ofertę wykonawca do oferty dołącza aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

W niniejszym postępowaniu Zamawiający, w spornym zakresie, w ogłoszeniu o zamówieniu

i specyfikacji istotnych warunków zamówienia (punkt 5.3.1) wskazał, iż wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o którym mowa w punkcie 5.2.1 lit. a), jeżeli wykaże, że posiada i przedłoży aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów. W ww. punkcie 5.2.1 lit. a) specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający podał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów.

W punkcie 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawierającym opis przedmiotu zamówienia, zamawiający zamieścił listę odpadów, których zamówienie dotyczy, wraz z ich kodami.

Odwołujący przedstawił żądane zaświadczenie o wpisie do rejestru prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów, które jednak nie obejmowało dwóch rodzajów odpadów spośród wymienionych w punkcie 3.1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nie było sporne pomiędzy Stronami, i nie budzi wątpliwości, że, aby wykonywać działalność na terenie gminy Zabierzów zgodnie z przepisami prawa, dany wykonawca – zanim jakiekolwiek odpady odbierze – musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów i wpis ten ma obejmować wyszczególnienie wszystkich rodzajów odpadów (zgodnie z konwencją podawanych według kodów określonych przepisami), które będzie z terenu gminy odbierał. Odwołujący posiadanie takiego wpisu wyraźnie Zamawiającemu zadeklarował i w dniu rozprawy już nawet taki wpis posiadał.

Sporne jest natomiast, czy wobec zasad kierujących postępowaniami o udzielenie zamówienia publicznego, Odwołujący taki wpis (odpowiednio odzwierciedlony w żądanym zaświadczeniu o wpisie) musiał już posiadać w chwili składania ofert lub też przedstawiania Zamawiającemu żądanych dokumentów – czy to w trybie art. 26 ust. 1, czy to art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie budzi wątpliwości Izby, że Zamawiający mógł żądać posiadania takiego wpisu

– w pełnym zakresie odpadów, których odbiór zamawia – już w trakcie prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Nie jest to wymóg niekonkurencyjny, gdyż każdy potencjalny wykonawca taki wpis mógł uzyskać.

Jak z kolei wynika z art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lista żądanych przez Zamawiającego

dokumentów powinna zostać ujawniona w ogłoszeniu o zamówieniu
i specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
W przygotowanych przez siebie dokumentach Zamawiający wskazał, że wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, jeżeli wykaże, że posiada i przedłoży aktualne zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Zabierzów.
Zamawiający jednak, niestety, nie sprecyzował swoich wymogów co do treści tego zaświadczenia – a dokładniej, zakresu uzyskanego wpisu – choćby poprzez krótkie wskazanie typu „w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia".
De facto Zamawiający nie sprecyzował także, o jaką działalność chodzi, co sam sobie wytknął w trakcie postepowania odwoławczego.
Jednak w ocenie Izby postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można sprowadzać aż do absurdu i nie było tu wątpliwości, że nie chodzi o jakikolwiek rejestr działalności regulowanej, lecz rejestr dotyczący działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych. Ma tu zastosowanie generalna zasada wykładni wyrażona w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którą oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje.
Z wiedzy posiadanej przez Izbę z urzędu, wynikającej z dotychczas rozpatrywanych sporów, wynika, że poszczególni zamawiający – ze względu na charakter oraz łatwość uzyskania wpisu do rejestru gminnego, a przy tym pewną uciążliwość w uzyskaniu takiego wpisu
a priori w licznych gminach, w których składane są oferty, a działalność może nigdy nie być wykonywana – swoje wymagania kształtują w sposób różny – od braku wymogu posiadania wpisu w danej gminie w chwili składania ofert (zostanie on uzyskany na etapie późniejszym), poprzez wymóg posiadania takiego wpisu, ale bez konkretnych wymogów, aż po wskazanie rodzajów (kodów) odpadów, których wpis ma dotyczyć. Na tę okoliczność wskazywał również Odwołujący podczas rozprawy.
Także wykonawcy ze swojej strony, w przypadku braku konkretnego wskazania
w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie mają „zwyczaju" uzyskiwania wpisów do rejestru ponad wymogi zamawiających wyrażane w specyfikacjach – świadczą o tym liczne spory co do zakresu wpisu w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego toczone przed Izbą.
Dodatkowo w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego przyjęte jest, że zamawiający nie zawsze żądają wykazywania wszystkich okoliczności potrzebnych do realizacji zamówienia, w tym posiadania uprawnień, już na etapie postępowania i w postaci warunku udziału w postępowaniu. Częściowo jest to spowodowane powyżej wskazanymi względami, a częściowo np. tym, że dane uprawnienia mogą posiadać podwykonawcy (zwłaszcza jeśli dotyczy to niewielkiego zakresu zamówienia).
Tym samym nie ma przyjętego zwyczaju, o którym mowa w art. 65 § 1 Kodeksu cywilnego, czy powszechnego rozumienia, na które można by się generalnie powoływać w ramach interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że warunek udziału
w postępowaniu musi się dokładnie pokrywać z opisem przedmiotu zamówienia. Powoduje to konkluzję, że każdorazowo istotna jest treść konkretnego wymogu zawartego w konkretnej specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Dla rozstrzygnięcia sporu pomiędzy Stronami przesądzające jest więc udzielenie odpowiedzi na trzy pytania.
Po pierwsze, czy Zamawiający, skoro wymagał wpisu w zakresie wszystkich odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, powinien w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie opisać swój wymóg, czyli w tym wypadku zawrzeć sformułowanie typu „w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia", „w zakresie odpadów wymienionych w punkcie 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia". Na to pytanie należy odpowiedzieć twierdząco.
Po drugie, czy wykonawca powinien był się domyślić lub przyjąć „z ostrożności", że wpis,
a w konsekwencji i żądane zaświadczenie, które przedstawia Zamawiającemu, powinno obejmować pełen zakres odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Na to pytanie również należy odpowiedzieć twierdząco.
W konsekwencji powstaje pytanie trzecie: skoro Zamawiający nie sprecyzował swojego wymogu, a Odwołujący się go nie domyślił, to bardziej istotne jest, żeby Zamawiający swój wymóg opisał, czy też, by wykonawca się go domyślił. Odpowiedź na to pytanie przesądza
o wyniku sporu. Oczywiste jest bowiem, że to zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca. Znajduje to też swój wyraz w przywoływanym art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, będącym realizacją zasady

przejrzystości i równego traktowania (jego treść wynika bezpośrednio z orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej odnoszących się do tych kwestii). Także przywołany przez Zamawiającego art. 25a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że oświadczenia odnoszą się do „zakresu wskazanego przez zamawiającego" w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Dla uzupełnienia można dodać, że Zamawiający nieprawidłowo przekłada zauważony brak
w zaświadczeniu na jego nieaktualność. W świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych oraz przepisów wykonawczych (rozporządzenie w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia) pojęcie „aktualność" odnosi się do dwóch aspektów dokumentu: po pierwsze terminu jego „ważności", jeżeli taki termin został określony w przepisach („wystawiony nie wcześniej niż…") oraz, po drugie, do jego zgodności ze stanem rzeczywistym, tj. że stan faktyczny pomiędzy datą wystawienia dokumentu i datą jego przedłożenia zamawiającemu nie zmienił się.
Natomiast kompletność dokumentu – czy to co do jego treści (wszystkich oczekiwanych informacji, pozwoleń itp.), czy przedstawienia go w całości (pominięte strony) – jest kwestią odrębną.
Odwołujący niewątpliwie przedstawił dokument aktualny, tj. jego treść odpowiadała stanowi faktycznemu istniejącemu w momencie jego przedstawiania (stan faktyczny nie zmienił się), natomiast jego treść, tj. zakres wymienionych w nim odpadów, nie był zgodny
z oczekiwaniami Zamawiającego.
W związku z powyższym Izba uznała, że Odwołujący spełnił wymóg co do przedstawienia dokumentu w sposób opisany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i orzekła jak
w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.
w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów
w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych i wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości 3.600 złotych.

Przewodniczący:……