

WYROK

z dnia 26 września 2019 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 23 września 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 września 2019 roku przez Odwołującego - Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego: Gminę Miejską Rumia z siedzibą w Rumi

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie i:

a) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie tytułem wpisu od odwołania

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

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 1755/19

UZASADNIENIE

W dniu 9 września 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 ze zm., dalej jako „PZP”), odwołanie złożył wykonawca Remondis Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”).

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Rumia w sektorze II i ich zagospodarowanie” prowadzi Zamawiający: Gmina Miejska Rumia. Ogłoszenie o zamówieniu: nr 2019/S 167-408963 opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 30.08.2019 r. Ogłoszenie zostało także opublikowane na stronie internetowej Zamawiającego w dniu 30.08.2019 r.

Odwwołanie złożono od niezgodnych z przepisami czynności podjętych przez Zamawiającego, jak również zaniechań dokonania czynności, do których podjęcia zobowiązany jest Zamawiający, odnoszących się do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz ogłoszenia o zamówieniu.

Czynnościom Zamawiającego oraz zaniechaniom dokonania czynności, do których podjęcia zobowiązany jest Zamawiający, Odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 22 ust. 1a PZP w zw. z art. 7 PZP oraz art. 22b ust. 1 PZP poprzez określenie warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do obowiązku dysponowania odpowiednimi kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia, co jednocześnie prowadzi do wyeliminowania z postępowania wykonawców zdolnych do należytego wykonania zamówienia i w konsekwencji prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców poprzez preferowanie określonych wykonawców,
2. art. 7 ust. 1 w związku z art. 29 ust. 1 i 2 ustawy PZP przez dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób naruszający zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji,
3. art. 7, art. 14, art. 29 oraz art. 139 ust. 1 ustawy PZP w zw. z art. 353¹ k.c. poprzez sporządzenie wzoru umowy, w sposób naruszający zasady współżycia społecznego i niegwarantujący równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tj. m.in. poprzez wprowadzenie po stronie wykonawcy obowiązku, zgodnie, z którym będzie on obowiązany w dniu podpisania umowy, wykazać się gotowością funkcjonowania PSZOK (§ 4 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy), co oznacza faktyczny obowiązek utworzenia takiego punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) oraz przygotowania do jego prowadzenia przed zawarciem umowy na realizację zamówienia publicznego,
4. art. 10a ust. 1 i 5 PZP w zw. z § 3 ust. 1 oraz § 5 ust. 1 i 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1320 ze zm., dalej jako: „Rozporządzenie ws. komunikacji elektronicznej”) poprzez ukształtowanie treści dokumentacji postępowania w sposób budzący wątpliwości, czy wykonawcy uprawnieni są do użycia w postępowaniu środków komunikacji elektronicznej oraz opatrywania dokumentacji kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi, ponieważ w ramach:
 - 1) Załącznika nr 1 SIWZ (Formularz oferty) Zamawiający wymaga umieszczenia pieczęci i podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
 - 2) Załącznika nr 3 SIWZ (Zobowiązanie podmiotu/ów oddających do dyspozycji wykonawcy niezbędne zasoby) Zamawiający wymaga umieszczenia podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
 - 3) Załącznika nr 4 SIWZ (Oświadczenie o przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej) Zamawiający wymaga umieszczenia pieczęci i podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
 - 4) Załącznika nr 5 SIWZ (Wykaz usług) Zamawiający wymaga umieszczenia podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
 - 5) Załącznika nr 6 SIWZ (Wykaz urządzeń technicznych) Zamawiający wymaga umieszczenia pieczęci i podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
 - 6) Załącznika nr 7 SIWZ (Oświadczenia wykonawcy) Zamawiający wymaga umieszczenia pieczęci i podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,
5. art. 22 ust. 1 pkt 2) ust. 1a i 1b pkt 1) w zw. z § 2 ust. 1 Rozporządzenia Ministra

Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126 ze zm., dalej jako „Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów”) poprzez nałożenie na wykonawcę (celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej) obowiązku złożenia oświadczenia o spełnianiu wymagań wynikających z określonego rozporządzenia, podczas gdy Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów nie przewiduje możliwości żądania od wykonawców tego rodzaju oświadczeń,

6. art. 22 ust. 1 pkt 2) ust. 1a i 1b pkt 3) w zw. Z § 2 ust. 4 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów poprzez nałożenie na wykonawcę (celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej) obowiązku przedłożenia wskazanych dokumentów/ oświadczeń, podczas gdy Rozporządzenie ws. rodzajów dokumentów nie przewiduje możliwości żądania od wykonawców tego rodzaju oświadczeń,

7. art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 1) PZP poprzez wprowadzenie obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o podstawę prawną, która nie jest przewidywana przepisami PZP,

8. art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 23) PZP oraz § 5 pkt 10) Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów poprzez odniesienie obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o podstawę prawną, która nie jest przewidywana przepisami PZP oraz nieuprawnione żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia odnoszącego się do rzeczowej błędnej podstawy prawnej,

9. art. 22 ust. 1 pkt 1) w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 8) PZP oraz § 5 ust. 9) Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów poprzez odniesienie obowiązku wykluczenia z postępowania wykonawcy w oparciu o podstawę prawną, która nie jest przewidywana przepisami PZP oraz nieuprawnione żądanie przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia odnoszącego się do rzeczowej błędnej podstawy prawnej.

Odwolujący wnosił o:

1. uwzględnienie odwołania w całości,

2. nakazanie Zamawiającemu dokonania odpowiednich zmian, tj.:

1) modyfikacji treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ poprzez wykreślenie obowiązku posiadania przez wykonawcę umowy z Regionalną Instalacją Przetwarzania Odpadów Komunalnych prowadzoną przez przedsiębiorstwo Eko-Dolina Sp. z o.o. z siedzibą w Łęczycach, na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości mieszanych (niesegregowanych) odpadów komunalnych, odpadów ulegających biodegradacji (odpady zielone i bioodpady tzw. bio kuchenne) oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych,

2) wykreślenia z projektu umowy postanowień obligujących wykonawcę do wykazania się gotowością funkcjonowania PSZOK w dniu podpisania umowy lub modyfikację wzoru umowy poprzez wskazanie, iż utworzenie PSZOK nastąpi w ciągu 3 miesięcy do zawarcia umowy,

3) wykreślenia z Załącznika nr 1 SIWZ oraz Załączników nr 3-7 SIWZ odpowiednio obowiązku umieszczenia pieczęci lub podpisu podmiotu składającego dokument we wskazanym przez Zamawiającego miejscu w dokumencie,

4) wykreślenia z Rozdziału V (myślnik numer pięć) SIWZ wymogu przedłożenia oświadczenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu wymagań wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. nr 122) wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania,

5) wykreślenia pkt 3)-7) z Rozdziału VIII. ust. 1 SIWZ., ewentualnie z doprecyzowaniem SIWZ (w zakresie odpowiadającym aktualnemu brzmieniu pkt 3), 4), 6), 7) Rozdziału VIII ust. 1 SIWZ), że przedmiotowe dokumenty/ oświadczenia powinny zostać przedłożone przez wykonawców celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania,

6) modyfikację w Rozdziale VI pkt 1) SIWZ podstawy prawnej poprzez wskazanie, iż jest to odpowiednio ustawa z dnia 15 maja 2015 r. - Prawo restrukturyzacyjne (Dz. U. z 2017 r. poz. 1508 oraz z 2018 r. poz. 149, 398, 1544 i 1629) oraz ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. - Prawo

upadłościowe (Dz. U. z 2017 r. poz. 2344 i 2491 oraz z 2018 r. poz. 398, 685, 1544 i 1629) wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania,

7) modyfikację w Rozdziale VII SIWZ oraz Załączniku nr 4 SIWZ podstawy prawnej poprzez wskazanie, iż jest to ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz. U. z 2018 r. poz. 798, 650, 1637 i 1669) wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania,

8) modyfikację w Rozdziale VIII ust. 2 pkt 7) SIWZ oraz punkcie 3) Załącznika nr 7 SIWZ podstawy prawnej poprzez wskazanie, iż jest to ustawa z dnia 12 stycznia 1991 r. o podatkach i opłatach lokalnych (Dz. U. z 2016 r. poz. 716) wraz z ewentualnym dostosowaniem pozostałych treści dokumentacji postępowania.

Odwolujący zaznaczył, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż prowadzi działalność gospodarczą m. in. w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów (w tym komunalnych) w szczególności na terenie Gminy Miejskiej Rumia. Odwołujący zainteresowany jest złożeniem oferty, a w konsekwencji uzyskaniem zamówienia. Jego realizacja skutkowałaby zapewnieniem Odwołującemu przychodów z prowadzonej działalności. Ponadto Zamawiający naruszając zasady uczciwej konkurencji utrudnia Odwołującemu złożenie oferty prawidłowej i zgodnej z warunkami określonymi przez Zamawiającego. Okoliczności te bezpośrednio prowadzą do faktycznego braku możliwości udziału Odwołującego w postępowaniu, pozyskania zamówienia publicznego oraz realizacji jego przedmiotu. Konsekwencją jest powstanie u Odwołującego szkody w szczególności w postaci utraconego zysku.

Zarzuty nr 1 i 2 oraz wniosek 2.1

Warunek, aby wykonawca na dzień składania ofert posiadał umowę z konkretnym podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych już na etapie składania ofert jest warunkiem nadmiernie rygorystycznym i w nieuzasadniony sposób ogranicza konkurencję, jak również nie jest związany z jakimkolwiek wymogiem prawnym z innych ustaw. W tym zakresie w dniu 6 września 2019 roku - ustawą z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw - nastąpiła zmiana przepisów prawa w zakresie regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych. W szczególności ustawodawca zdecydował się na wykreślenie regulacji art. 91 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, tj. regulacji zgodnie, z którą prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych („RIPOK”), w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.

Brak jest zatem uzasadnienia prawnego do wprowadzenia przez Zamawiającego takiego warunku (rozdział V SIWZ).

Dodatkowo Odwołujący zauważył, iż nałożenie na wykonawców obowiązku zawarcia umowy z konkretnie wskazanym podmiotem, podczas gdy w żaden przepis prawny nie uzasadnia takiego działania - wykonawcy bowiem powinni mieć możliwość swobodnej decyzji w zakresie doboru instalacji komunalnej, w ramach, której nastąpi zagospodarowanie odpadów - świadczy o celowym ograniczeniu przez Zamawiającego konkurencji oraz celowym i zamierzonym ograniczeniu dostępu do zamówienia tym podmiotom, które nie mają zawartych umów z konkretną i wskazaną przez Zamawiającego instalacją do przetwarzania odpadów komunalnych.

Nawet w poprzednim stanie prawnym, tj. przed dniem 6 września 2019 r. - obowiązek wykazania się przez wykonawców w ramach prowadzonego postępowania zawartą umową z konkretnym RIPOK był kwestionowany. Wypracowane w tym zakresie orzecznictwo KIO pozostaje aktualne. Przykładowo w wyroku z dnia 8 maja 2013 r. o sygn. akt: KIO 952/13, KIO wskazało, iż „w ocenie Izby, warunek udziału w postępowaniu, w zakresie posiadania (...) umowy z podmiotem zajmującym się zagospodarowaniem odpadów komunalnych segregowanych lub niesegregowanych jest nadmierny i ogranicza uczciwą konkurencję. (...) W dalszej kolejności należy zauważyć, iż podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do: 1) przekazywania odbieranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 7 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach; 2) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 9e ucp).

Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych jest zobowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów zielonych lub pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi (art. 91 ustawy o odpadach). Jednocześnie wójt burmistrz lub prezydent miasta zwraca się do przedsiębiorcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, wybranym w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1, umowę na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 6f ucp). Powołane przepisy ustanawiają dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości na terenie danej gminy obowiązek przekazywania odebranych odpadów do określonych instalacji. Jednakże obowiązek przekazania rzeczonych odpadów, a co za tym idzie obowiązek zawarcia umowy przez podmiot prowadzący odpowiednią instalację aktualizuje się dopiero w sytuacji, w której wykonawca uzyskuje status podmiotu odbierającego odpady komunalne, a więc podmiotu, który uzyskał zamówienie w tym przedmiocie. (...) Wykonawca, który ubiega się o zamówienie nie jest zobowiązany do posiadania przedmiotowych zezwoleń, również podmiot prowadzący instalację nie ma obowiązku zawrzeć umowy z takim podmiotem na zagospodarowanie odpadów. Brak również jakichkolwiek możliwości, biorąc pod uwagę obowiązujące przepisy prawa i swobodę kontraktowania, zawarcia, jak wskazuje Zamawiający, umowy przedwstępnej czy też pod warunkiem rozwiązującym. Powyższe zaś prowadzi do stworzenia uprzywilejowanej sytuacji dla podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tym przedmiocie na danym terenie."

Powyższe zdaniem Odwołującego uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 3 oraz wniosek 2.2)

Zgodnie z art. 139 ust. 1 ustawy PZP do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy Kodeksu cywilnego („k.c.”), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej.

Postanowienia przyszłej umowy o zamówienie publiczne należy zatem rozpatrywać, o ile ustawa PZP nie stanowi inaczej, w świetle art. 353¹ k.c., zgodnie, z którym strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego, czyli m.in. nie może być sprzeczny z dyspozycją art. 5 k.c.

Określenie w sposób sztywny momentu utworzenia przez wykonawcę PSZOK jest nieuzasadnione, gdyż nie sposób przewidzieć, kiedy zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, a zatem to dopiero od tego momentu powinien być liczony czas do utworzenia PSZOK - stanowi on bowiem jedno z zadań, którymi jest objęte zamówienie.

Wymaganie od wykonawcy, aby na dzień zawarcia umowy PSZOK był już utworzony i przygotowany do funkcjonowania jest wymaganie nieproporcjonalnym oraz nadmiernym w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu - bowiem preferuje tych wykonawców, którzy już w chwili ogłoszenia zamówienia i/lub składania ofert dysponują nieruchomością, która jest zorganizowana w sposób umożliwiający prowadzenie PSZOK. Jednocześnie faktycznie uniemożliwia się złożenie oferty tym wykonawcom, którzy będą zobowiązani do organizacji PSZOK w niezwykle krótkim czasie, tj. od momentu wyboru wykonawcy do dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Czas pomiędzy wyborem wykonawcy a datą zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego może się okazać okresem obiektywnie zbyt krótkim na uruchomienie punktu spełniającego wymogi określone przez Zamawiającego w SIWZ (pkt V.7. Wymagania dotyczące realizacji zadania SOPZ, Załącznik A SIWZ), a tym samym może uczynić je zobowiązaniem niemożliwym. Zaś utworzenie i uruchomienie punktu selektywnej zbiórki odpadów przed uzyskaniem zamówienia jest nieuzasadnione gospodarczo i niesie za sobą znaczne ryzyko ekonomiczne dla wykonawców. Zamawiający bowiem nie może już na etapie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wymagać od wykonawców zrealizowania części zamówienia - organizacji PSZOK. Tym bardziej, iż utworzenie i uruchomienie stacjonarnego punktu selektywnej zbiórki odpadów (PSZOK) wymaga podjęcia szeregu czasochłonnych czynności, oraz uwzględnienia następujących czynników, m.in. uzyskanie tytułu prawnego do nieruchomości, jak również przystosowanie jej do wymagań stawianych przez Zamawiającego - szczegółowo opisanych w pkt V.7. Wymagania dotyczące realizacji zadania SOPZ, Załącznik A SIWZ. Dodatkowo teren nieruchomości, na której będzie zlokalizowany PSZOK musi być odpowiednio zabezpieczony (zarówno przed dostępem osób trzecich, jak i przed ewentualnym oddziaływaniem składowanych odpadów na środowisko), co może wiązać się z koniecznością instalacji określonych urządzeń, czy wykonania prac takich jak budowa ogrodzenia, oświetlenia utwardzenie terenu. Ponadto - zgodnie z wymogami Zamawiającego - PSZOK musi być wyposażony w kontenery lub

pojemniki oraz odpowiednio wydzielone segmenty do oddzielnego gromadzenia wyselekcjonowanych frakcji odpadów oraz wagę towarową z ważnym świadectwem zgodności Głównego Urzędu Miar. Powyższe działania wymagają faktycznego nakładu czasu, celem odpowiedniego dostosowania i organizacji terenu do wymagań PSZOK, a okres wskazany przez Zamawiającego, tj. od dnia zawarcia umowy, może w tym zakresie być niewystarczający i w sposób faktyczny uniemożliwiać wykonawcom realizację takiego obowiązku.

Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 4 oraz wniosek 2.3)

Zamawiający wymaga od wykonawców umieszczania na składanych w ramach postępowania dokumentach we wskazanym miejscu pieczęci lub podpisu. Takie ukształtowanie treści dokumentów budzi wątpliwości dotyczące tego, czy Zamawiający dopuszcza użycie w postępowaniu środków komunikacji elektronicznej oraz opatrywanie dokumentacji kwalifikowanymi podpisami elektronicznymi. W tym zakresie należy zwrócić uwagę, że opatrzenie określonych dokumentów kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie oznacza jego umieszczenia w konkretnym miejscu w treści. Co więcej, złożenie kwalifikowanego podpisu elektronicznego jest wystarczające dla możliwości identyfikacji osoby, która opatrzyła nim określony dokument. Brak jest więc również zasadności żądania opatrywania dokumentu pieczęcią - która nie została przewidziana w ramach dokonanej elektronicznej zamówień publicznych. Kształt omawianych postanowień treści dokumentacji sugeruje, że zamawiający wymaga, by dokumenty te (oświadczenia) zostały złożone w postaci papierowej, tj. co do zasady obowiązującej w czasie przed wdrażanej elektronicznej zamówień publicznych. Podstawowe ryzyko związane z zaistniałymi wątpliwościami dotyczy tego, że zgodnie z art. 10a ust. 5 PZP m. in. oferta, która nie została sporządzona w postaci elektronicznej i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, jest nieważna. W rezultacie, Zamawiający ukształtował treść wskazanych dokumentów (oświadczeń) w sposób budzący wątpliwości i niezgodny z prawem. Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr5 oraz wniosek 2.4)

Zamawiający w Rozdziale V (myślnik numer pięć) wymaga przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia o spełnianiu wymagań wynikających z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. nr 122) - celem potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dot. kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej.

§ 2 ust. 1 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów nie przewiduje możliwości żądania tego rodzaju oświadczenia przez zamawiającego. W rezultacie, Zamawiający nie jest uprawniony do żądania jego złożenia przez wykonawcę. Ewentualne wyciąganie przez Zamawiającego negatywnych skutków prawnych wobec wykonawcy (ze względu na niezłożenie takiego oświadczenia) powinno być zatem kwalifikowane jako niezgodne z prawem.

Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 6 oraz wniosek 2.5)

Zamawiający w Rozdziale VIII ust. 1 pkt 3)-7) SIWZ wymaga przedłożenia przez

wykonawcę określonych oświadczeń/ dokumentów celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu dot. zdolności technicznej lub zawodowej.

§ 2 ust. 4 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów nie przewiduje możliwości żądania tego rodzaju oświadczeń/ dokumentów przez zamawiającego. Co do zasady, do ewentualnego rozważenia pozostaje, czy tego rodzaju oświadczenia/ dokumenty hipotetycznie nie odnoszą się do zagadnienia kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej (§ 2 ust. 1 Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów). W rezultacie, Zamawiający nie jest uprawniony do żądania złożenia przez wykonawcę omawianych oświadczeń/ dokumentów. Ewentualne wyciąganie przez Zamawiającego negatywnych skutków prawnych wobec wykonawcy (ze względu na niezłożenie dokumentów) powinno być zatem kwalifikowane jako niezgodne z prawem. Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 7 oraz wniosek 2.6)

Zamawiający przewiduje podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania dot. likwidacji/ upadłości (Rozdział VI pkt 1) SIWZ), która nie wynika z przepisów ustawy Pzp. W rezultacie, Zamawiający nie jest uprawniony do takiego ukształtowania wskazanych treści dokumentacji postępowania. Co więcej, ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie prawnej, która nie jest przewidywana przez przepisy powszechnie obowiązujące, również musiałoby zostać uznane jako niedopuszczalne. Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 8 oraz wniosek 2.7)

Zamawiający żąda przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia ws. przynależności lub braku przynależności do tej samej grupy kapitałowej na podstawie prawnej innej, niż wynikająca z bezpośredniego brzmienia PZP (Rozdział VII SIWZ). W rezultacie, Zamawiający nie jest uprawniony do takiego ukształtowania wskazanych treści dokumentacji postępowania. Co więcej, ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie prawnej, która nie jest przewidywana przez przepisy powszechnie obowiązujące, również musiałoby zostać uznane jako niedopuszczalne. Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Zarzut nr 9 oraz wniosek 2.8)

Zamawiający żąda przedłożenia przez wykonawcę oświadczenia ws. niezalegania z opłacaniem podatków i opłat lokalnych na podstawie prawnej innej, niż wynikająca z bezpośredniego brzmienia PZP oraz Rozporządzenia ws. rodzajów dokumentów [Rozdział VIII ust. 2 pkt 7) SIWZ oraz punkt 3) Załącznika nr 7 SIWZ]. W rezultacie, Zamawiający nie jest uprawniony do takiego ukształtowania wskazanych treści dokumentacji postępowania. Co więcej, ewentualne wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie prawnej, która nie jest przewidywana przez przepisy powszechnie obowiązujące, również musiałoby zostać uznane jako niedopuszczalne. Powyższe uzasadnia dokonanie modyfikacji treści dokumentacji postępowania zgodnie z wnioskiem.

Odwołujący zastrzegł możliwość przedłożenia dodatkowej argumentacji w sprawie na dalszym etapie postępowania odwoławczego. Mając na uwadze przedstawioną argumentację, wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w SIWZ, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia pismach procesowych wraz z załącznikami, włączonych w poczet materiału dowodowego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy bowiem wskazać, że środki ochrony prawnej określone w ustawie Pzp przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Na etapie postępowania o udzielenie zamówienia przed otwarciem ofert, np. w przypadku odwołań czy skarg dotyczących postanowień ogłoszenia i SIWZ przyjąć należy, iż każdy wykonawca deklarujący zainteresowanie uzyskaniem danego zamówienia posiada jednocześnie interes w jego uzyskaniu, a szkodą jest niemożliwość złożenia oferty i podpisania ważnej umowy (za wyrokiem KIO z dnia 04.10.2010 r., sygn. akt KIO 2036/10). Wykonawca. Sposób ukształtowania zapisów SIWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia i ustalenie warunków przyszłej umowy przekłada się na sytuację Wykonawcy w postępowaniu i możliwość złożenia konkurencyjnej oferty.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w którym wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W ocenie składu orzekającego Izby odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

Z uwag natury ogólnej dostrzeżenia wymaga w ślad za orzecznictwem, że:

"(...) zasada wyrażona w przepisie art. 7 Pzp nie może być interpretowana w taki sposób, że wymaga dopuszczenia wszystkich zainteresowanych zamówieniem a wybór produktu, który należy zaoferować w ramach danego zamówienia, pozostawiony jest wykonawcom" (tak wyrok KIO z 22.03.2012 r., sygn. akt: KIO 471/12). Zaś: "Obowiązek przestrzegania reguł określonych w art. 29 ust. 1 i 2 Pzp nie oznacza, że zamawiający nie ma prawa określić przedmiotu zamówienia w sposób uwzględniający jego potrzeby i aby uzyskać oczekiwany efekt, nawet jeśli wyklucza to możliwość dopuszczenia do realizacji zamówienia wszystkich wykonawców działających na rynku. Prawem zamawiającego jest takie opisanie przedmiotu zamówienia, którego realizacja zaspokoi w najszerszym kontekście określone potrzeby społeczne" (tak wyrok KIO z 28.03.2014 r., sygn. akt: KIO 486/14). Niewątpliwie granicę dozwolonych działań Zamawiającego w zakresie opisu przedmiotu zamówienia oraz przyszłych postanowień kontraktowych stanowią wspomniane wyżej zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców jako nadrzędne zasady wyznaczone Prawem zamówień publicznych.

Zasada równego traktowania sprowadza się do konieczności identycznego traktowania takich wykonawców, których sytuacja jest taka sama lub bardzo podobna, nie oznacza to natomiast konieczności identycznego traktowania wszystkich wykonawców znajdujących się na rynku lub aspirujących do wejścia na rynek. Opis przedmiotu zamówienia nie może preferować jedynie niektórych podmiotów. Wszyscy wykonawcy powinni mieć zapewniony równy dostęp do istotnych dla postępowania informacji w jednakowym czasie, dokonywanie oceny warunków oraz ofert powinno następować wedle wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom kryteriów, na podstawie przedłożonych dokumentów, a nie wiedzy zamawiającego. W ocenie Izby nie oznacza to jednak, że zamawiający tylko wówczas działa w granicach uczciwej konkurencji oraz z zachowaniem wymogu proporcjonalności przy opisie przedmiotu zamówienia, czy ustalaniu warunków udziału w postępowaniu i określaniu reguł umowy, gdy jego działania pozwalają na uczestnictwo w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszystkim podmiotom występującym na rynku. Jeżeli zatem zamawiający, określając warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki kontraktowe, nie czyni tego w sposób, który wskazuje na konkretny produkt lub wykonawcę, nie można uznać, iż narusza zasady uczciwej konkurencji poprzez odniesienie się do przedmiotu zamówienia. Nie jest obowiązkiem Zamawiającego uwzględnianie doświadczenia zawodowego i polityki prowadzenia działalności komercyjnej wszystkich podmiotów działających na rynku ale uwzględnienie wymagań gwarantującej sprawne wykonanie danego zamówienia, na miarę potrzeb i możliwości Zamawiającego.

Nie można również zapominać, że obowiązkiem Zamawiającego jest uwzględnienie jego potrzeb związanych z należytą realizacją zamówienia, które w obiektywny sposób doprowadzą do wyboru wykonawcy gwarantującego należyte wykonanie zamówienia.

Przechodząc do omówienia zasady proporcjonalności, dostrzeżenia wymaga, iż w wyroku z dnia 6 grudnia 2016 r. (sygn. akt KIO 2180/16) Izba odwołała się do orzecznictwa TSUE wskazując, że proporcjonalność polega na określeniu przez zamawiającego wyłączenie takich wymagań, które są konieczne do osiągnięcia zakładanego celu. Wyrażono również pogląd w zakresie rozkładu ciężaru dowodu przy tak rozumianej zasadzie proporcjonalności. Izba uznała, że to od odwołującego się wykonawcy należy oczekiwać argumentacji wskazującej, że postawione przez zamawiającego wymagania są oderwane od zasadniczego celu prowadzenia postępowania i w konsekwencji realizacji zamierzenia inwestycyjnego, stanowiącego jego przedmiot, jak również że nie są one konieczne do osiągnięcia zakładanych celów lub pozostają z nimi w wyraźnej dysproporcji.

Zarzut nr 1 i 2

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający zaznaczył, że Wykonawca w żaden sposób nie wykazał, iż Zamawiający w sposób nieproporcjonalny do przedmiotu zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do obowiązku dysponowania odpowiednimi kompetencjami lub uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności zawodowej, a tym

bardziej że Zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Warunki określone w opisie przedmiotu zamówienia dotyczą wszystkich potencjalnych wykonawców, zatem wszystkim podmiotom działającym na rynku postawiono takie same warunki początkowe.

Faktycznie w dniu 19 lipca 2019 roku uchwalono ustawę o zmianie ustawy

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie z dniem 6 września 2019 roku. Jednakże w myśl art. 12 tej ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych (a więc przypadku rozpoznawanego odwołania) wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Zdaniem

Zamawiającego skutkuje to bezpodstawnym powoływaniem się Odwołującego na ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w brzmieniu po nowelizacji.

Nadto, Zamawiający określając warunki udziału w postępowaniu kieruje się także art. 20 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 701 ze zm.). W myśl tego przepisu stosując hierarchię postępowania z odpadami należy przekazać te odpady do instalacji przetwarzania położenia najbliższej miejsca wytworzenia odpadów.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Ustawą z dnia 19 lipca 2019 roku uchwalono ustawę o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2019 r., poz. 1579), w której uchylony został przepis art. 9l stanowiący, iż:

„ [Obowiązki prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych]

1. Prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, w granicach posiadanych mocy przerobowych, jest obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy wykonują swoją działalność w ramach regionu gospodarki odpadami komunalnymi lub z gminą organizującą odbieranie odpadów komunalnych, wchodzącą w skład regionu gospodarki odpadami komunalnymi.

2. W przypadku wystąpienia awarii regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych lub w innych przypadkach, o których mowa w art. 38 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, uniemożliwiających przyjmowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych od podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości odpady te przekazuje się do instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

3. Prowadzący instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, która została wskazana jako instalacja przewidziana do zastępczej obsługi tego regionu, jest obowiązany przyjąć przekazywane do tej instalacji odpady. Przepis ust. 1 stosuje się.

4. Przepisy ust. 1-3 stosuje się do odpadów zielonych zebranych przez prowadzącego punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych”.

Ustawa zmieniająca ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw weszła w życie 6 września 2019 roku. Tymczasem przedmiotowe postępowanie ogłoszono w dniu 30 sierpnia 2019 roku. Co więcej, ustawa zmieniająca ustawę o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zawiera przepisy intemporalne odnoszące się, w ocenie Izby, do wszystkich regulacji prawnych zmienianych niniejszym aktem. Mianowicie art. 12 ustawy zmieniającej stanowi, że do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe. Niniejsze postępowanie zostało wszczęte przed dniem wejścia w życie ustawy zmieniającej i nie zostało przed dniem 6 września 2019 roku zakończone. Zdaniem Izby nie ma żadnych wątpliwości interpretacyjnych, czy też natury prawnej, że przepisów ustawy zmieniającej i likwidującej możliwość wskazania konkretnej instalacji nie stosuje się w przedmiotowym postępowaniu. Takich argumentów nie umiał na rozprawie przed Izbą podać również Odwołujący, ograniczając się do pustych twierdzeń, że „kompleksowa analiza tych przepisów wyklucza zastosowanie regulacji do obowiązku podpisania umowy z RIPOK”.

Jeżeli więc nie wykazano, że taki opis przedmiotu zamówienia oraz określenie warunków udziału dyskryminują jednych wykonawców a faworyzują innych, to uznać należy, że Zamawiający w ramach swoich potrzeb miał możliwość wskazania instalacji właściwej do odbioru odpadów. Elementów dyskryminujących niektórych wykonawców z postępowania nie umiał i nie wskazał, ani w odwołaniu, ani na rozprawie Odwołujący. Nie wykazał, że podana instalacja nie ma mocy przerobowych, że odmawia przyjęcia odpadów od określonych podmiotów, że choćby stosuje różne stawki wobec różnych podmiotów, że odpowiedziała

negatywnie na propozycję zawarcia umowy z Odwołującym.

Reasumując, jeżeli przepisy prawa obowiązujące w momencie ogłoszenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pozwalały Zamawiającemu wskazać określoną instalację, do której należy przekazać odbierane odpady, Izba nie znalazła podstaw, by nakazywać lub dokonywać zmiany zapisów SIWZ, ogłoszenia o zamówieniu lub warunków wzoru umowy. Natomiast sama z podmiotem prowadzącym instalację w ocenie Izby na etapie oceny ofert nie musi mieć charakteru ostatecznego, może być to warunkowa umowa przedwstępna, umowa przyrzeczenia.

Zarzut nr 3

W odwołaniu podniesiono, że wymaganie od wykonawcy, aby na dzień zawarcia umowy PSZOK był już utworzony i przygotowany do funkcjonowania jest wymaganiem nieproporcjonalnym oraz nadmiernym w stosunku do przedmiotu zamówienia, co jednocześnie prowadzi do naruszenia zasady równego i uczciwego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że w dniu podpisania umowy wymaga wykazaniem się gotowości funkcjonowania PSZOK. Jednocześnie zauważono, że Odwołującemu umyka, iż zgodnie z § 2 ust 1 wzoru umowy przedmiot zamówienia ma być realizowany od dnia 1 stycznia 2020 roku do dnia 31 grudnia 2021 roku. Oznacza to, iż Zamawiający nie wymaga funkcjonowania (utworzenia) PSZOK w dniu zawarcia umowy. Wykazanie gotowości funkcjonowania PSZOK oznacza np. okazanie umowy przedwstępnej do dysponowania terenem pod PSZOK lub podjęcia innych czynności faktycznych

(np. przystosowania terenu), które skutkować będą faktyczną możliwością działalności PSZOK od dnia realizowania przedmiotu umowy, tj. od dnia 1 stycznia 2020 roku. Logicznym jest dla Zamawiającego, iż Wykonawca wiedząc, że wygrał postępowanie powinien podjąć działania przygotowawcze do uruchomienia PSZOK-u w terminach umownych. Potwierdza to orzecznictwo KIO, tak wyrok KIO 1542/17, gdzie stwierdzono, że: „Wykonawcy mogą jeszcze na etapie przygotowania do opracowania i złożenia ofert dokonać rozeznania warunków lokalnych, a nawet pozawierać umowy przedwstępne. To od indywidualnej inicjatywy wykonawców będzie zależało złożenie konkretnej oferty.”

W ocenie Izby zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

W punkcie 18 pkt 12 opisu przedmiotu zamówienia (Wymagania pozostałe) Wykonawca zobligowany został w terminie 45 dni od podpisania umowy do wykazania gotowości funkcjonowania PSZOK. Natomiast w § 4 ust. 1 pkt 11 wzoru umowy wskazano, że do obowiązków wykonawcy należy w dniu podpisania umowy wykazanie gotowości funkcjonowania PSZOK.

W ocenie Izby opis przedmiotu zamówienia jednoznacznie określa, że od momentu podpisania umowy wybrany wykonawca będzie miał 45 dni na wykazanie gotowości funkcjonowania PSZOK. Jest to podejście racjonalne. Umożliwia się wykonawcy, który uzyskał zamówienie podjęcie niezbędnych czynności celem uruchomienia punktu selektywnej zbiórki odpadów, to jest znalezienie terenu, wyposażenie punktu, jego zabezpieczenie i podjęcie innych niezbędnych czynności organizacyjnych. Jeżeli zapisy wzoru umowy stanowią o wykazaniu gotowości w dniu podpisania umowy, to należy dokonać ich interpretacji w sposób korzystny dla wykonawcy. Manowicie należy ten zapis traktować jako porządkowy, określający główne obowiązki wykonawcy wynikające z umowy, gdzie jednym z nich będzie prowadzenie PSZOK. W ocenie Izby za wykazanie gotowości w dniu podpisania umowy wystarczające będzie oznaczenie jakie czynności organizacyjne podjął dany wykonawcy, aby taki punkt zbiórki uruchomić. Przy czym za takie czynności można uznać choćby dokonanie rozeznania celem pozyskania terenu pod PSZOK. Zapis wzoru umowy w ocenie składu orzekającego Izby nie oznacza i nie może oznaczać, że w dniu podpisania umowy wykonawca ma być gotowy do uruchomienia punktu. Konieczne jest jedynie wykazanie gotowości takiego uruchomienia, a na samo uruchomienie Zamawiający wyznaczył 45 dni od podpisania umowy.

Nie są uprawnione tezy Odwołującego przedstawione na rozprawie, że możliwość prowadzenia punktu odbioru odpadów, w przypadku posiadania przez Zamawiającego własnej spółki, nie musi być sprzężona z przetargiem na odbiór i zagospodarowanie odpadów. W tej materii dostrzeżenia wymaga, że przypadku tworzenia punktów selektywnej zbiórki przez gminę, może ona powiązać selektywne zbieranie odpadów w takich punktach z odbieraniem odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w ramach jednego przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych, o których mowa

w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku. Wówczas wymagania w tym zakresie są elementem SIWZ i umowy zawieranej z wykonawcą (interpretacja dostępna na stronie Ministerstwa Środowiska,).

Zarzut nr 4

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wskazał, że w sposób wyczerpujący opisał sposób składania oferty w postępowaniu i opatrzenia jej kwalifikowanym podpisem w Rozdziale XII SIWZ. Poza tym dodał, że w świetle ostatniej interpretacji UZP, podpisana przez wykonawcę oferta, która została następnie zeskanowana i opatrzona podpisem kwalifikowanym jest ofertą prawidłowo złożoną w świetle obowiązujących przepisów.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zamawiający w odpowiedzi przywołał zapisy rozdziału XII SIWZ. Z rozdziału tego wynika po pierwsze, że ofertę składa się w formie elektronicznej, na platformie zakupowej wskazanej przez Zamawiającego. Następnie Zamawiający szczegółowo opisał jakie oświadczenia i dokumenty należy do oferty dołączyć oraz wyraźnie wskazał, że mają być one podpisane kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Następnie krok po kroku opisano sam proces złożenia oferty oraz wymagane narzędzia i oprogramowanie niezbędne do złożenia oferty. Napisano również, że ofertę należy złożyć według wzoru o treści odpowiadającej załącznikowi nr 1 do SIWZ. Dodatkowo należy zaznaczyć, iż w rozdziale XI Zamawiający opisał

W ocenie Izby wszelkie dywagacje zamieszczone w odwołaniu, a także przedstawione na rozprawie nie mają w przedmiotowym postępowaniu racji bytu. Co więcej, twierdzenia Odwołującego, że możliwe jest złożenie oferty w wersji papierowej i jej przyjęcie do oceny przez Zamawiającego, uznać należy za irracjonalne. Odwołujący zdaje się całkowicie ignorować zapisy SIWZ wprost odnoszące się do obowiązku złożenia oferty w wersji elektronicznej, a naruszenia przepisów ustawy Pzp upatrywać w treści WZORÓW formularzy. Zamieszczenie w takim wzorze informacji o konieczności podpisania dokumentu jest zwróceniem uwagi Wykonawcy, że dokument należy złożyć podpisany, ale podpisany za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, co jasno wynika z SIWZ. Zamawiający załączył WZÓR dokumentu o określonej treści, z podkreśleniem istotnych elementów dla oświadczenia jak choćby podpis, aby każdy z wykonawców składając elektroniczny dokument wiedział, na co zwrócić uwagę przy przesyłaniu oferty na platformę. Oczwistym jest, że dokument elektroniczny opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym identyfikuje osobę, która podpisała wytworzony dokument, a same dane podpisu znajdują się w odrębnym pliku, a nie ma dokumencie, w określonym miejscu.

Na marginesie sporu jedynie Izba pragnie podkreślić, że nie ma również racji Odwołujący podnosząc, że nie jest możliwe opatrzenie dokumentu elektronicznego pieczęcią. Jak najbardziej taka możliwość istnieje. Przewiduje ją bowiem Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE (tzw. Rozporządzenie eIDAS), gdzie podano, że:

(58) Gdy transakcja wymaga od osoby prawnej użycia kwalifikowanej pieczęci elektronicznej, akceptowalny powinien być również kwalifikowany podpis elektroniczny upoważnionego przedstawiciela osoby prawnej.

(59) Pieczęcie elektroniczne powinny służyć jako dowód wydania danego dokumentu elektronicznego przez daną osobę prawną, dając pewność co do pochodzenia i integralności dokumentu.

(60) Dostawcy usług zaufania wydający kwalifikowane certyfikaty pieczęci elektronicznych powinni wdrożyć niezbędne środki, aby móc ustalić tożsamość osoby fizycznej reprezentującej osobę prawną, której świadczony jest kwalifikowany certyfikat pieczęci elektronicznej, gdy taka identyfikacja jest niezbędna na szczeblu krajowym w kontekście postępowań sądowych lub administracyjnych.

Oznacza to, że w odniesieniu do osób prawnych (np. spółek), rozporządzenie eIDAS wprowadza kwalifikowaną pieczęć elektroniczną, definiowaną jako „zaawansowaną pieczęć elektroniczną, która została złożona za pomocą kwalifikowanego urządzenia do składania pieczęci elektronicznej i która opiera się na kwalifikowanym certyfikacie pieczęci elektronicznej”. Zarówno kwalifikowany podpis elektroniczny jak i kwalifikowana pieczęć

elektroniczna, należą do kategorii tzw. kwalifikowanych usług zaufania. Pieczęć elektroniczna służyć może do uwierzytelnienia dokumentów osoby prawnej a także jej zasobów cyfrowych, nie jest jednak odpowiednikiem podpisania dokumentu przez osobę prawną.

Izba uważa, że poza przedmiotem sporu pozostają odniesienia, tak Odwołującego, jak Zamawiającego, czy „zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu)”. Kwestionowano bowiem w odwołaniu samą możliwość złożenia oferty w postaci elektronicznej, nie zaś w jaki sposób należy złożyć ofertę. Obowiązek złożenia oferty zgodnie z założeniami art. 10a ustawy Pzp w ocenie Izby wynika niezbieżnie z zapisów SIWZ

Zarzuty 5 i 6

W rozdziale V SIWZ dotyczącym potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej

Zamawiający żądał od wykonawcy złożenia między innymi oświadczenia, że będzie on spełniał wymagania wynikające z rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zamawiający powtórzył te zapisy również w rozdziale VIII ust. 1 pkt 3)-7) SIWZ.

W odpowiedzi na odwołanie zaznaczono, że Zamawiający prowadzi postępowanie w procedurze odrwróconej zgodnie z art. 24aa ustawy Pzp, a to oznacza, że dopiero po ocenie ofert zbada czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. W § 2 ust. 1 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów wymieniony jest przykładowy katalog dokumentów, jakich Zamawiający może żądać w celu potwierdzenia kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności. Świadczy, o tym użycie sformułowania „w szczególności”. Oznacza to, iż Zamawiający ma prawo żądać innych dokumentów niż wymienione w tym przepisie. Zamawiający skorzystał z powyższego uprawnienia. W Rozdziale VIII SIWZ Zamawiający wymienił oświadczenia i dokumenty składane na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia i dotyczą one najkorzystniejszej oferty. Oświadczenia i dokumenty dotyczą potwierdzenia kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonego rodzaju działalności. Oznacza to, iż Zamawiający ma prawa żądać wskazanych dokumentów i oświadczeń. Odwołujący błędnie utożsamia wymagane dokumenty i oświadczenia z potwierdzeniem zdolności technicznej lub zawodowej.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzuty nie zasługiwały na uwzględnienie.

Zgodnie z treścią art. 25 i następne ustawy Pzp Zamawiający może żądać od

wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty mają potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteria selekcji oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez Zamawiającego. Wymogi co do oświadczeń lub dokumentów Zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert. Ustawa Pzp zawiera także upoważnienie dla właściwego ministra do wydania aktu w postaci rozporządzenia określającego rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców, okresu ich ważności oraz formy, w jakich mają być składane.

Przed wszystkim zauważyć więc należy, iż to sama ustawa Pzp uprawnia Zamawiającego do wymagania od wykonawcy złożenia oświadczeń w ramach wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, nie ma potrzeby już na tym etapie sięgania do aktów niższej rangi niż ustawa. Przy czym podkreślenia wymaga, iż Odwołujący w odwołaniu nie kwestionował istoty i zakresu wyznaczonych warunków udziału w postępowaniu, akurat w odniesieniu do kompetencji i uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Odwołujący skupił się na formie/ sposobie potwierdzenia określonych

wymogów, podnosząc iż to potwierdzenie spełniania warunku nie może przyjąć postaci oświadczenia. Jest to zarzut niezasadny, z punktu uregulowań wynikających z samej ustawy Pzp. Ale nawet gdyby przyjąć, że posiłkować należy się rozporządzeniem w sprawie rodzajów dokumentów, to nie polegają na prawdzie twierdzenia Odwołującego, że wydany akt o charakterze wykonawczym określający rodzaje dokumentów nie zezwala na składanie oświadczeń oraz że przewidziany w regulacji został obowiązek złożenia tylko dokumentów. Otóż przywołane rozporządzenie wielokrotnie posługuje się pojęciem „oświadczenia”, np. § 2 ust. 2 pkt 2; § 2 ust. 4 pkt 2; § 2 ust. 4 pkt 9; § 3 ust. 1 pkt 2. Poza sporem, w ocenie Izby, pozostaje także fakt, na który trafnie powoływał się Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, że katalog dokumentów ujęty w rozporządzeniu ma charakter otwarty, co oznacza, że Zamawiający może żądać także innych dokumentów lub oświadczeń potwierdzających spełnianie wyznaczonych warunków.

Odwołujący ponad wszelką wątpliwość nie wykazał jednak w jakikolwiek sposób nadmierności wymagań ustalonych przez Zamawiającego, czy że te wymogi naruszają zasadę równego traktowania wykonawców.

Przyznać rację Odwołującemu należy jedynie w zakresie postanowień rozdziału VIII SIWZ. Wydaje się, że dokumenty i oświadczenia wymagane w punktach 3 do 7 tego rozdziału odnoszą się do potwierdzenia warunku udziału posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności, nie zaś jak wskazał Zamawiający do potwierdzenia zdolności technicznej lub zawodowej. Jednakże powyższe nie oznaczało konieczności uwzględnienia odwołania. Warunki udziału zostały określone w sposób prawidłowy, w ramach warunku kompetencji w rozdziale V SIWZ Zamawiający określił jakie zezwolenia i wpisy winien posiadać wykonawca ubiegający się o zamówienie. Kwestionowane w odwołaniu zapisy odnoszą się do momentu składania dokumentów, przypisania danych dokumentów do wyznaczonych warunków. Izba uważa, że błędnie Zamawiający zatytułował rozdział VIII SIWZ, natomiast jest to błąd o charakterze czysto formalnym, nie wpływającym na ważność przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zarzuty 7-9

Zdaniem Odwołującego w zakresie podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania winny być wskazane publikatory ustaw wymienione w treści Pzp.

W odpowiedzi na odwołanie Zamawiający podał, że zaskarżone regulacje są zgodne z przepisami PZP i są zapisami standardowo stosowanymi przez Zamawiającego w ramach prowadzonych przez niego postępowań. Podstawa wykluczenia wynika z przepisów ustawy Pzp. Zamawiający, wskazał dokładną podstawę prawną, z podaniem konkretnych przepisów prawnych oraz tytułów i dat danych ustaw. Zamawiający wskazał aktualne publikatory danych ustaw.

Zarzut nie zasługiwał na uwzględnienie.

Zamawiający w SIWZ wskazał dokładne przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zapisy te są powieleniem zapisów ustawy Pzp, różnica polega na wpisaniu w SIWZ aktualnie obowiązujących publikatorów ustaw.

W ocenie Izby Odwołujący błędnie utożsamia identyfikację podstaw do wykluczenia wykonawcy z postępowania z aktualnością publikatora dla danej regulacji prawnej. Ustawa Pzp precyzyjnie określa w jakich sytuacjach wykonawca podlega wykluczeniu w przypadku prowadzenia postępowania likwidacyjnego, zalegania z podatkami, opłatami lub składkami na ubezpieczenie oraz przynależności do tej samej grupy kapitałowej. Wskazanie w ustawie Pzp przy opisanych stanach prawnych, w których zachodzi obowiązek wykluczenia wykonawcy, publikatorów dla ustaw szczególnych, według których dokonuje się identyfikacji czynów skutkujących wykluczeniem, ma jedynie charakter porządkowy. Oczywistym dla Izby jest, że jeżeli po wydaniu tekstu jednolitego ustawy Pzp, nastąpiło lub nastąpi wydanie tekstu jednolitego dla ustaw szczególnych, możliwym jest wskazanie w SIWZ dziennika urzędowego zawierającego taki tekst jednolity dla aktu prawnego. Oczywistym jest również, że Zamawiający dokonuje wykluczenia wykonawcy w oparciu o stany prawne opisane i podane w określonych przepisach ustawy szczególnej, nie w oparciu o aktualność publikatora danego aktu.

Zgodnie natomiast z art. 16 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz.U.2019.0.1461 t.j.) Marszałek Sejmu ogłasza tekst jednolity ustawy nie rzadziej niż raz na 12 miesięcy, jeżeli była ona

nowelizowana. Ustawa może określić termin ogłoszenia tekstu jednolitego. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że obwieszczenie w sprawie ogłoszenia tekstu jednolitego nie jest, jednak jeżeli ogłoszono tekst jednolity aktu normatywnego, przy powoływaniu się na niego należy podać adres publikacyjny tego tekstu jednolitego. Jeżeli ogłoszono więcej niż jeden tekst jednolity, należy podać adres publikacyjny ostatnio ogłoszonego.

Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający w jakikolwiek sposób narusza przepisy ustawy Pzp, czy też innych ustaw, próbuje przy przesłankach wykluczenia z postępowania zastosować przepisy ustaw szczególnych, czy to nieobowiązujące, czy zmienione w istotny sposób, niemożliwe do zastosowania w przedmiotowym postępowaniu. Z ogłoszonego tekstu jednolitego ustawy Pzp w 2018 roku wynika, że przepisy ustaw Prawo restrukturyzacyjne, Prawo upadłościowe, Prawo o ochronie konkurencji i konsumentów nie miały ogłoszonego tekstu jednolitego w 2018 roku. Jeżeli taki tekst jednolity pojawił się później, a w ustawach tych co do ich zastosowania w odniesieniu do ustawy Pzp nie odnotowano żadnych zmian, w ocenie Izby uprawnionym było powołanie się Zamawiającego z ogłoszony tekst jednolity tych aktów prawa.

Reasumując Izba uznała za niezasadne zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wymienionych w petitum odwołania. Odwołujący w żaden sposób nie wykazał, że Zamawiający naruszył wskazywane przepisy ustawy Pzp, a jego działania miały charakter świadomy i celowy.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień 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 (tekst jednolity Dz. U. z 2018 r. poz. 2972) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: