

WYROK

z dnia 23 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie **21 stycznia 2020 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **2 stycznia 2020 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie, Usługi Transportowe R. L., Starzyno, Przedsiębiorstwo Komunalne AGORA sp. z o.o. z siedzibą w Kapinie**

w postępowaniu pn. *Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Krokowa* (nr postępowania IGK.271.20.2019)

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Krokowa**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazać Zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty, a także wykluczenie z postępowania Krokowskiego Przedsiębiorstwa Komunalnego sp. z o.o. z siedzibą w Krokowie z uwagi na niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu co do posiadania uprawnień w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej – braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Krokowa w zakresie niektórych rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

2. Oddać odwołanie w pozostałym zakresie.

3. Kosztami postępowania obciążyć po połowie Zamawiającego i Odwołującego i:

- 1) **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania
- 2) **zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) odpowiadającą połowie kwoty wpisu uiszczanego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) 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:.....
Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Krokowa prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) {dalej również: „ustawa pzp”, „pzp” lub „p.z.p.”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi pn. *Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie gminy Krokowa* (nr postępowania IGK.271.20.2019)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 8 listopada 2019 r. zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2019/S 216 pod poz. 530221.

Wartość tego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

23 grudnia 2019 r. Zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Krokowskie Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. z siedzibą w Krokowie {dalej również: „KPK”}.

2 stycznia 2020 r. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe AGORA sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie, Usługi Transportowe R. L., Starzyno, Przedsiębiorstwo Komunalne AGORA sp. z o.o. z siedzibą w Kapinie wspólnie ubiegających się o udzielenie tego zamówienia {dalej: „Konsorcjum” lub „Odwołujący”} wnieśli w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności, a także od zaniechania wykluczenia KPK i zaniechanie odrzucenia złożone przez niego oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. Stwierdzenie naruszenia przez Zamawiającego przepisów pzp.
2. Nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
3. Nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania KPK z uwagi na niespełnienie warunku udziału wobec nieposiadania wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodów dotyczących odpadów: biodegradowalnych, leków, odzieży i tekstyliów, środków ochrony roślin, baterii i akumulatorów i odrzucenia jego oferty, względnie odrzucenia oferty KPK z uwagi na brak posiadania pojazdów niezbędnych do odbioru i wywozu odpadów stałych.
4. Nakazanie Zamawiającemu powtórzenia wyboru oferty najkorzystniejszej

Ponadto w uzasadnieniu odwołania podniesiono następujące okoliczności.

Po analizie treści oferty złożonej przez KPK, 13.12.2019 r. Konsorcjum złożyło Zamawiającemu pisma wskazujące, że z treści złożonej oferty wynika brak posiadania przez KPK, po pierwsze – jakichkolwiek pojazdów niezbędnych dla odbioru i wywozu odpadów stałych, po drugie – bazy transportowej oraz, po trzecie – wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodów dotyczących odpadów: biodegradowalnych, leków, odzieży i tekstyliów, środków ochrony roślin, baterii i akumulatorów, w których zakresie wpis jest niezbędny do wykonania zamówienia zgodnie z pkt 1 ust. 5, 10-13 specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej w uzasadnieniu: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}. Konsorcjum wskazało również na szereg błędów natury formalnej w treści tej oferty, wnosząc o zażądanie pilnych wyjaśnień. Zamawiający tego nie uczynił.

KPK złożyło ofertę samodzielnie, co wynika wprost z JEDZ, a jednocześnie w pkt 5 formularza oferty wskazało na podmiot odrębny (ZUK sp. z o.o. w Wejherowie), zaniechało jednak wskazania zgodnie z treścią formularza, jaką część

zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy. I to w sytuacji, gdy powszechnie wiadomym jest, że ten podwykonawca (komunalna spółka zajmująca się odbiorem odpadów w Wejherowie) wykonuje własne zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych i zupełnie nieprawdopodobnym wydaje się, aby posiadał wolne pojazdy w ilości niezbędnej dla realizacji przedmiotowego zamówienia.

Według Konsorcjum oferta KPK nie spełnia również wymogów zawartych w pkt 6 ust. 3 SIWZ, gdyż nie przedstawiono zobowiązania podwykonawcy zgodnie z art. 22a ust. 2 pzp.

Konsorcjum zwróciło również uwagę na treść § 7 wzoru umowy w sprawie zamówienia publicznego w którym wykonawca oświadcza, że dysponuje wymaganą ilością oraz rodzajem środków transportu wraz z wymaganym wyposażeniem. Jednocześnie wedle najlepszej wiedzy Konsorcjum KP nie posiada jakichkolwiek pojazdów niezbędnych do odbioru i wywozu odpadów oraz nie posiada bazy transportowej, a na pewno przyjąć należy, iż nie wykazało tych okoliczności treścią złożonej oferty w postępowaniu.

W ocenie Konsorcjum z powyższych powodów oferta złożona przez KPK winna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp.

Zdaniem Konsorcjum KPK podlega ponadto wykluczeniu z postępowania, gdyż nie posiada wpisu do działalności regulowanej w zakresie kodów dotyczących odpadów: biodegradowalnych, leków, odzieży i tekstyliów, środków ochrony roślin, baterii i akumulatorów, co jest niezbędne do wykonania zamówienia zgodnie z pkt 1 ust. 5, 10-13 SIWZ. Tym samym wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, winien zostać wykluczony, a jego oferta winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 pzp.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13 stycznia 2020 r. wniósł o jego oddalenie, następująco uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zrelacjonował, że warunki udziału w postępowaniu zostały określone odpowiednio w sekcji III ogłoszenia o zamówieniu oraz w pkt 6.1.2) specyfikacji i dotyczyły:

a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, w brzmieniu: *Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Krokowa; posiada aktualne zezwolenie na transport odpadów.*

b) zdolności technicznej lub zawodowej, w brzmieniu: *Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, należycie wykonał usługi polegające na odbieraniu odpadów komunalnych z nieruchomości o łącznej masie odebranych odpadów komunalnych w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy co najmniej 2000 Mg.*

Każdy wykonawca zobowiązany był spełniać tak określone (w takim zakresie) warunki udziału w postępowaniu, na potwierdzenie czego Zamawiający zażądał ściśle określonych dokumentów, tj.:

- zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Krokowa;

- aktualne zezwolenie na transport odpadów;

- wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Wzór wykazu stanowi załącznik nr 3 do SIWZ;

Zamawiający zaznaczył, że wobec takiego określenia warunków udziału w postępowaniu nie wniesiono żadnego środka ochrony prawnej i stały się one obowiązujące dla stron postępowania.

Zdaniem Zamawiającego każdy mógł złożyć ofertę odpowiednio konfigurując udział w postępowaniu: samodzielnie, w ramach konsorcjum, czy też posilkując się potencjałem podmiotów trzecich, tak aby spełnić postawione przez niego warunki udziału w postępowaniu.

Zamawiający stwierdził, że KPK złożyło na jego wezwanie wymagane dokumenty i po udzieleniu wyjaśnień w sprawie ich treści wykazało w pełnym zakresie spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Według Zamawiającego Odwołujący w treści odwołania nie odniósł się do powyżej przywołanych warunków udziału, lecz domaga się ich rozszerzenia w sposób nieznajdujący oparcia w dokumentacji postępowania, co jest niedopuszczalne. W szczególności Zamawiający nie wymagał wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych o konkretnych kodach. Zamawiający określił minimalne wymagania, które jego zdaniem powinny gwarantować właściwą realizację zamówienia, a jednocześnie zapewnić jak największą konkurencję ze strony wykonawców.

Zamawiający wskazał również, że w dokumentacji nie ograniczał udziału podwykonawców w realizacji zamówienia ani nie wskazywał konieczności wykonania kluczowych części zamówienia przez wykonawcę.

Zdaniem Zamawiającego umowa (w szczególności § 2 i 7), gwarantuje mu realizację zamówienia w sposób zgodny z obowiązującymi przepisami, przy zapewnieniu właściwych sił i środków dla osiągnięcia tego celu, z jednoczesnym umożliwieniem współpracy z innymi podmiotami. I tak np. zgłoszony przez KPK podwykonawca posiada uprawnienia do odbioru wszystkich odpadów objętych zamówieniem i może je odbierać w ramach udostępnionego potencjału lub KPK może powierzyć realizację danych części zamówienia innym podwykonawcom, których nie miał obowiązku zgłaszania w ofercie lub też realizować te części zamówienia po uzyskaniu właściwego wpisu do rejestru działalności regulowanej.

Zamawiający poinformował, że taki wpis KPK do rejestru działalności regulowanej został dokonany 30 grudnia 2019 r., stąd wykonawca ten może odbierać odpady w pełnym zakresie przedmiotu zamówienia (informacja o wpisie jest udostępniona na stronie biuletynu informacji publicznej bip.krokowa.pl).

Odnosząc się do braku spełnienia przez KPK wymogów zawartych w pkt 6 ust. 3 SIWZ, co miałyby polegać na nieprzedstawieniu zobowiązania podwykonawcy zgodnie z art. 22a ust. 2 pzp, Zamawiający zauważył, że zarzut ten nie został w żaden sposób uzasadniony. Zamawiający ponadto wyjaśnił, że zobowiązanie podmiotu trzeciego (ZUK sp. z o.o.) zostało złożone celem potwierdzenia spełniania warunku wymaganego doświadczenia wykonawcy i jest prawidłowe, co znajduje odzwierciedlenie w dokumentacji postępowania.

Odnosnie zarzutu braku posiadania przez KPK pojazdów niezbędnych dla odbioru i wywozu odpadów stałych oraz bazy transportowej, Zamawiający wyjaśnił że nie było potrzeby stawiania takiego warunku, gdyż uzyskanie wpisu do rejestru działalności regulowanej uwarunkowane jest posiadaniem wymaganej liczby pojazdów oraz bazy transportowej. KPK taki wpis przedstawiło w ramach procedury udzielania zamówienia i Zamawiający nie ma podstaw do jego podważania, tym bardziej, że wpis jest prowadzony przez organ Zamawiającego (Wójta), a Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów ani wyjaśnień uwiarygadniających stawiane zarzuty.

Z kolei art. 89 ust. 1 pkt 2 stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.

Zamawiający zajął stanowisko, że biorąc pod uwagę treść art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, na odniesienie się zasługuje jedynie zarzut dotyczący braku wskazania w pkt 5 formularza oferty KPK części zamówienia, które zamierza powierzyć podwykonawcy (ZUK sp. z o.o. w Wejherowie). Pomimo tego braku z treści wszystkich dokumentów złożonych wraz z ofertą, tj. przede wszystkim zobowiązania podmiotu trzeciego oraz pomocniczo dokumentów JEDZ, jednoznacznie wynika, że podmiot trzeci będzie podwykonawcą w zakresie udzielonego wykonawcy potencjału – odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości o łącznej masie co najmniej 2000 Mg (co stanowi ok. 50% szacowanego zakresu zamówienia). Powyższe należy uznać za wystarczające i bardzo precyzyjne określenie części zamówienia, jaka zostanie powierzona podwykonawcy. Samo określenie tego elementu oferty w innych dokumentach składanych wraz z ofertą, a nie w przygotowanym przez Zamawiającego formularzu oferty, w żaden sposób nie może świadczyć o niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Dlatego również Zamawiający nie korzystał z możliwości poprawy oferty na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

W ocenie Zamawiającego pozostałe argumenty zgłoszone przez Odwołującego nie zasługują na uznanie, gdyż stanowią próbę przerzucenia dodatkowych warunków udziału w postępowaniu na poczet podstaw odrzucenia oferty, co jest całkowicie niezrozumiałe i niedopuszczalne.

Pismem z 10 stycznia 2020 r. Zamawiający poinformował Izbę, że kopię odwołania przekazał pozostałym wykonawcom drogą elektroniczną 2 stycznia 2020 r.

Izba ustaliła, że do Prezesa Izby nie wpłynęło żadne zgłoszenie przystąpienia w tej sprawie.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, Izba skierowała sprawę do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko, a w imieniu Zamawiającego nikt nie stawiał się.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę, ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia. Jednocześnie jako wykonawca kwestionujący zaniechanie odrzucenia oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą wykazał, że może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne dla sprawy:

W zakresie wymogu posiadania przewidzianych przepisami prawa uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej w postaci wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Krokowa nie ma żadnych istotnych różnic pomiędzy sformułowaniem warunku udziału w postępowaniu w pkt 6 ust. lit. a s.i.w.z. a postanowieniem § 2 ust. 2 pkt 2 wzoru umowy. Nie ma zatem podstaw faktycznych, aby takie samo wymaganie odmienne interpretować na etapie badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i na etapie realizacji umowy. Wskazuje również na to okoliczność, że w ramach formalności do dopełnienia przed zawarciem umowy, które zostały uregulowane w pkt 18 s.i.w.z. nie przewidziano obowiązku przedstawienia dodatkowego dokumentu potwierdzającego uprawnienia do prowadzenia działalności w zakresie przedmiotu zamówienia w stosunku do złożonego przez wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona.

Od strony prawnej należy wziąć pod uwagę przepisy Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 2010) zawarte w rozdziale 4a „Warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych”.

Zgodnie z art. 9b tej ustawy działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2019 r. poz. 1292 i 1495) {ust. 1}. Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej „rejestrem”, prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości {ust. 2}. W rejestrze zamieszcza się: 1) firmę, oznaczenie siedziby i adres albo imię, nazwisko i adres przedsiębiorcy; 2) numer identyfikacji podatkowej (NIP); 3) (uchylony) 4) określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych; 5) numer rejestrowy {ust. 4}. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru {ust. 5}.

Zgodnie natomiast z art. 9c tej ustawy przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości {ust. 1}.

Wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy {ust. 2}. Wniosek o wpis do rejestru powinien zawierać: 1) firmę, oznaczenie siedziby i adres albo imię, nazwisko i adres przedsiębiorcy; 2) numer identyfikacji podatkowej (NIP); 3) (uchylony) 4) określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych {ust. 3}. Do wniosku o wpis do rejestru dołącza się dowód uiszczenia opłaty skarbowej oraz oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości o następującej treści: *Oświadczam, że: 1) dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości są kompletne i zgodne z prawdą; 2) znam i są i spełniam warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2019 r. poz. 2010)*

oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy {ust. 4}. Oświadczenie, o którym mowa w ust. 4, powinno zawierać także: 1) firmę, oznaczenie siedziby i adres albo imię, nazwisko i adres przedsiębiorcy; 2) oznaczenie miejsca i datę złożenia oświadczenia; 3) podpis przedsiębiorcy lub osoby uprawnionej do reprezentowania przedsiębiorcy ze wskazaniem imienia i nazwiska oraz pełnionej funkcji {ust. 5}. Wpis jest dokonany z chwilą zamieszczenia danych w rejestrze {ust. 6}.

Art. 9d ust. 1 tej ustawy reguluje następująco wymagania dotyczące odbierania odpadów komunalnych. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do spełnienia następujących wymagań: 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego; 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Szczegółowe wymagania w powyższym zakresie uregulowane są w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji zawartej w art. 9d ust. 2.

Reasumując, z przywołanych powyżej przepisów wynika jednoznacznie, że jednym z elementów konstytutywnych wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest określenie rodzajów odpadów. Innymi słowy obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa nie przewidują możliwości uzyskania takiego wpisu bez określenia rodzaju odpadów.

Ponieważ w przedmiotowym postępowaniu, zarówno w ramach określenia przedmiotu zamówienia w pkt 1 s.i.w.z., jak i w § 1 ust. 3 wzoru umowy, wskazano takie samo wyliczenie rodzajów odpadów objętych tym zamówieniem, biorąc pod uwagę przywołane powyżej przepisy, należy uznać, że wymagane było, aby już na etapie ubiegania się o udzielenie tego zamówienia wykonawca dysponował wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Krokowa w zakresie wszystkich rodzajów odpadów, które mają być odbierane.

Co więcej, zawarta w s.i.w.z. regulacja dotycząca polegania na zdolnościach lub zasobach innego podmiotu sprowadza się do powtórzenia treści art. 22a ust. 1-6 pzp oraz § 9 ust. 1 i 2 wydanego na mocy delegacji zawartej w art. 25 ust. 2 pzp 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. poz. 1126 ze zm.), a zatem nie przewiduje możliwości polegania przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie tego zamówienia na uprawnieniach do prowadzenia działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów innego podmiotu.

Tymczasem wbrew warunkowi udziału w postępowaniu określonego w s.i.w.z., którego rozumienie nie powinno budzić żadnych wątpliwości u wykonawcy, który prowadzi lub chce prowadzić działalność regulowaną w zakresie odbierania odpadów, KPK złożyło na potwierdzenie spełnienia jego spełniania zaświadczenie o wpisie do rejestru tej działalności na terenie Gminy Krokowa, które nie obejmuje niektórych objętych tym zamówieniem rodzajów odpadów: biodegradowalnych, leków, odzieży i tekstyliów, środków ochrony roślin, baterii i akumulatorów.

Jednocześnie Zamawiającemu znana jest z urzędu okoliczność, że KPK stosowny wpis w zakresie wszystkich rodzajów odpadów, które są objęte przedmiotem zamówienia, uzyskało dopiero 30 grudnia 2019 r., a zatem już po upływie terminu składania ofert wyznaczonego na 10 grudnia 2019 r.

W zakresie pozostałych zarzutów dokumentacja postępowania potwierdza okoliczności przedstawione w odpowiedzi na odwołanie, a które zostały pominięte w odwołaniu.

Po pierwsze – z wskazania w formularzu oferty ZUK sp. z o.o. z siedzibą w Wejherowie {dalej: „ZUK”} jako podwykonawcy i podania przez ZUK w złożonym wraz z ofertą „Zobowiązaniu do udostępnienia zasobów”, że zrealizuje usługę w zakresie zdolności technicznych udostępnionych na potrzeby spełniania warunku udziału w postępowaniu przez kolejne 12 miesięcy od podpisania umowy, wynika wprost, że będzie odbierał odpady komunalne z nieruchomości o łącznej masie w ciągu następujących po sobie 12 miesięcy co najmniej 2000 Mg, czyli zrealizuje połowę przewidywanego zakresu ilościowego tego zamówienia.

Po drugie – Zamawiający nie zdecydował się na wprowadzenie odrębnego warunku udziału w postępowaniu dotyczącego dysponowania pojazdami niezbędnymi do odbioru i wywozu odpadów czy dysponowania bazą transportową, a jednocześnie nie wymagał sprecyzowania treści oferty w tym zakresie. Oznacza to, że faktycznie obowiązek dysponowania takim potencjałem został przesunięty na etap realizacji zamówienia, zgodnie z przywoływanym w odwołaniu § 7 wzoru umowy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, choć to na nim z mocy art. 190 ust. 1 pzp spoczywał ciężar dowodowy, nie przedstawił żadnych dowodów na potwierdzenie stawianych zarzutów odnośnie niezgodności treści oferty KPK z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W tych okolicznościach Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu niewykazania spełniania warunku udziału dotyczącego uprawnień wymaganych do realizacji przedmiotowego zamówienia.

Z art. 24 ust. 2 pkt 12 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Z kolei art. 24 ust. 4 pzp stanowi, że ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Według art. 25a ust. 1 pkt 1 w zw. z ust. 2 pzp do oferty dołącza się aktualne na dzień składania ofert oświadczenie – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 pzp, w formie jednolitego dokumentu – w zakresie wskazanym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, które stanowi wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zgodnie z art. 26. ust. 1 pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pzp (czyli m.in. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp).

Aktualność oświadczeń składanych wraz z ofertą należy badać w kontekście treści przepisu, z którego wynika obowiązek żądania takich oświadczeń oraz z punktu widzenia celu, jakemu służy złożenie takiego oświadczenia. Skoro według art. 25a ust. 1 pzp oświadczenia składane wraz z ofertą winny być aktualne na dzień składania ofert, wstępne oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu i stwierdzające brak podstaw do wykluczenia winny potwierdzać te okoliczności na moment złożenia oferty. Ponieważ oświadczenia i dokumenty muszą potwierdzać zdolność wykonawcy do realizacji zamówienia, niewystarczające jest zatem wykazanie jej tylko na konkretny dzień

w postępowaniu. Stąd aktualność oświadczeń składanych wraz z ofertą nie tyle odnosi się do konkretnego punktu na osi czasu, ale do trwającego przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanu ciągłego, którego punktem początkowym jest w tym przypadku, termin składania ofert. Innymi słowy spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia musi trwać przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż wykonawca ma być cały czas zdolny do realizacji zamówienia. A potem tę ciągłość wykonawcy potwierdza dzięki dokumentom składanym na wezwanie z art. 26 ust. 1 pzp. Zatem w aktualnym stanie prawnym wykonawca ma się wykazać spełnianiem warunków udziału w postępowaniu nie tylko na moment składania oferty (jak to było poprzednio), ale utrzymywać ten stan przez cały czas i być w stanie potwierdzić te okoliczności na wezwanie zamawiającego. Zdolność ta ma być ciągła i tym samym przesłanki te muszą być spełnione w sposób ciągły – i na dzień składania oferty, i na dzień wezwania z art. 26 ust. 1 pzp oraz na dzień wyboru oferty czy nawet zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Z kolei zamawiającemu przysługuje prawo do wykluczenia wykonawcy na każdym etapie postępowania, czyli np. w chwili, w której stwierdzi, że oświadczenie wstępne o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu nie mogło potwierdzać w świetle złożonych następnie w trybie art. 26 ust. 1 pzp ich spełnianie od upływu terminu składania ofert. Taka sytuacja wystąpiła w tej sprawie, stąd Zamawiający winien wykluczyć KPK z postępowania, gdyż od upływu terminu składania ofert aż do 30 grudnia 2019 r. wykonawca ten nie spełniał określonego w s.i.w.z. warunku dotyczącego uprawnień wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia. Jednocześnie skoro wiadomym jest, że uprawnienia te uzyskał dopiero w tej dacie, nie ma podstaw do wzywania w trybie art. 26 ust. 3 pzp do zastąpienia złożonego w odpowiedni na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 pzp zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej, gdyż obiektywnie rzecz biorąc nie ma możliwości, aby KPK mogło wykazać ciągłe spełnianie tego warunku począwszy od upływu terminu składania ofert.

Na marginesie Izba zauważa, że nie odpowiada wzorcowi prowadzenia postępowania zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności oraz przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 pzp, sytuacja, w której jeden wykonawca, powiązany z zamawiającym, stara się uzupełnić brak podniesiony uprzednio w piśmie do zamawiającego przez innego wykonawcę.

Natomiast, jak już powyżej ustalono, na podstawie samej treści oferty KPK nie sposób stwierdzić, że jest ona niezgodna z treścią s.i.w.z. odnośnie wymogów dysponowania na etapie realizacji zamówienia stosownymi pojazdami i bazą transportową, stąd zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp należy uznać za bezzasadne.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. i 2. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 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) – obciążając po równo Odwołującego i Zamawiającego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony wpis, po połowie. Skoro spośród zarzutów zawartych w odwołaniu potwierdził się zarzut dotyczący zaniechania wykluczenia z postępowania, a nie potwierdził się zarzut dotyczący niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji, można przyjąć, że każda strona wygrała i przegrała spór w połowie.