

WYROK
z dnia 4 stycznia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 4 stycznia 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 grudnia 2020 r. przez odwołującego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Sławnie** (ul. Polanowska 43, 76-100 Sławno) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Malechowo** (Malechowo 22 A, 76-142 Malechowo), przy udziale wykonawcy: **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszalinie** (ul. Komunalna 5, 75-724 Koszalin) - zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie;
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego: **Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Sławnie** (ul. Polanowska 43, 76-100 Sławno) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych, zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.
Stosownie do art. 198a ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Koszalinie.

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione przez wykonawcę: Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. z siedzibą w Sławnie (Odwołujący) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), [ustawa Pzp lub Pzp lub Ustawa PZP] przez Zamawiającego: Gminę Malechowo w przedmiocie zamówienia publicznego na: „Wykonanie usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na terenie Gminy Malechowo od 01.01.2021 r. do 31.12.2021 r. oraz wyposażenie, odbiór i zagospodarowanie odpadów pochodzących z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów (PSZOK)”. Numer referencyjny: RIGP.271.9.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w BZP Nr 611537-N-2020 w dniu 17.11.2020 r. Odwołujący wobec wykluczenia wykonawcy z postępowania zarzucił Zamawiającemu naruszenie w Postępowaniu przepisów:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w wyniku wykluczenia Odwołującego z postępowania w wyniku uznania, że nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w związku z tym, że nie posiadał w chwili złożenia oferty wpisu do rejestru działalności regulowanej na terenie gminy Malechowo w zakresie będącym przedmiotem zamówienia tj. odpadów 20 01 10 i 20 01 11; 17 02 01; 20 01 21. Kwalifikacja przez Zamawiającego „wpisu do rejestru działalności regulowanej” jako posiadania uprawnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp jest nieuprawniona.
- 2) art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w wyniku uznania oferty Odwołującego za odrzuconą z uwagi na wykluczenie go z postępowania,
- 3) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp w wyniku zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu,
- 4) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 22 ust. 1a ustawy Pzp poprzez niezachowanie przez Zamawiającego zasady równej konkurencji, transparentności i proporcjonalności.
- 5) art. 25 a ust. 1 i 2 Pzp, art. 26 ust. 1, 2 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp albowiem, wymóg legitymowania się przez Odwołującego zaświadczeniem o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego na terenie gminy Malechowo - na etapie składania ofert (wniosków) jest niedopuszczalny i jako taki stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania. Posiadanie w/w wpisu nie jest niezbędnym warunkiem do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i nie może stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wstrzymania się od podpisania umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania,
- 2) uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującego z postępowania, a w konsekwencji:
- 3) unieważnienia uznania oferty Odwołującego za odrzuconą,
- 4) ponownego badania i oceny ofert, a w jego efekcie dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania w tym kosztów zastępstwa prawnego i opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Odwołujący stwierdził, że na skutek wykluczenia wykonawcy z postępowania a w konsekwencji odrzucenia jego oferty interes prawny odwołującego został naruszony albowiem oferta Odwołującego była najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów podnoszonych w odwołaniu wskazał, że w jego ocenie nie zachodziły żadne przesłanki do wykluczenia Odwołującego a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty. Odwołujący złożył obligatoryjne oświadczenia własne w zakresie nie podlegania wykluczeniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią art. 22 ust 1 Pzp oraz Rozdziałem I pkt 5.1 (str. 7 SIWZ) w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia określonym w Rozdziale 1 pkt 3 - 3.3 (str. 5-6 SIWZ) - „odbiór i transport odpadów komunalnych”. Następnie Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłożenia dowodu, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego na terenie gminy Malechowo w zakresie będącym przedmiotem zamówienia tj. odpadów 20 01 10 i 20 01 11; 17 02 01; 20 01 21 na dzień złożenia oferty tj. 27.11.2020 r. W piśmie wyjaśniającym Odwołujący wskazał, iż złożył w tym zakresie stosowne świadczanie, oświadczył ponownie, że spełnia warunki do wzięcia udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu oraz wyjaśnił, iż wpis do rejestru działalności regulowanej nie stanowi warunku udziału w

postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych („PZP”) a zamawiający nie może żądać od wykonawcy (na potwierdzenie spełnienia takiego warunku) przedstawienia zaświadczenia o wpisie do RDR na terenie danej gminy aktualnego na dzień składania ofert. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że w dniu 04.12. 2020 r. wystąpił o taki wpis wskazując, iż ma on charakter czysto formalny i nie jest niezbędny na tym etapie postępowania. W konsekwencji powyższego, w dniu 08.12.2020 r. Zamawiający poinformował Odwołującego drogą elektroniczną o jego wykluczeniu i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, art. 24 ust. 4 Pzp w zw. z art. 9b ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. W treści pisma Zamawiający wskazał na treść art. 25a ust. 1 Pzp, art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp. Drogą pocztową doręczono pismo 09.12.2020 r. Z w/w czynnościami nie zgadza się Odwołujący. Wraz z ofertą Odwołujący złożył obowiązkowe oświadczenia własne w zakresie nie podlegania wykluczeniu oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu w celu wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zgodnie z treścią art. 22 ust 1 Pzp oraz Rozdziałem I pkt 5.1 (str. 7 SIWZ) w zakresie kompetencji i uprawnień do prowadzenia działalności w zakresie objętym przedmiotem zamówienia określonym w Rozdziale I pkt 3 - 3.3 (str. 5 i 6 SIWZ). Przedmiot zamówienia opisany w Rozdziale 1 pkt 3 - 3.3 SIWZ nie wskazywał na konkretne kody odpadów a jedynie wskazywał ogólnie na „rodzaje odpadów komunalnych”. Wymóg legitymowania się przez Odwołującego zaświadczeniem o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego na terenie gminy Malechowo w zakresie konkretnych kodów odpadów - na etapie składania ofert (wniosków) jest niedopuszczalny i jako taki stanowi naruszenie zasad prowadzenia postępowania. Domaganie się przez Zamawiającego od Wykonawcy wykazania, że jest wpisany do rejestru działalności regulowanej na terenie gminy Malechowo nie stanowiło niezbędnego warunku do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia i nie mogło stanowić podstawy wykluczenia Wykonawcy na tym etapie postępowania. Zgodnie z treścią art. 25 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Przepis ten ma charakter obligatoryjny, co oznacza, że każdy wykonawca składający ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu jest zobowiązany załączyć do nich stosowne oświadczenia i zezwolenia potwierdzające kompetencje do prowadzenia działalności opisanej w przedmiocie zamówienia. Katalog dokumentów, o których mowa powyżej określony został w Rozporządzeniu 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), zwanym dalej „rozporządzeniem o dokumentach”, wydanym na podstawie delegacji z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią § 2. 1. w/w rozporządzenia: „W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie takich kompetencji lub uprawnień, o ile obowiązek ich posiadania wynika z odrębnych przepisów, w szczególności: 1) koncesji, zezwolenia, licencji lub dokumentu potwierdzającego, że wykonawca jest wpisany do jednego z rejestrów zawodowych lub handlowych, prowadzonych w państwie członkowskim Unii Europejskiej, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;...” Z kolei art. 25a ust. 1 i 2 ustawy Pzp (dotyczący obowiązku składania oświadczeń wstępnych) nie upoważnia zamawiającego do żądania przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertą (lub wnioskiem) oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia na podobnej zasadzie jak miało to miejsce przed wejściem w życie ustawy nowelizacyjnej. Zamawiający nie jest uprawniony na gruncie przepisów ustawy Pzp do wymagania, aby wykonawca legitymował się wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie konkretnych kodów odpadów na terenie danej gminy na etapie składania oferty. W ocenie Odwołującego, wpis do rejestru działalności regulowanej nie stanowi warunku udziału w postępowaniu, ani nie jest to przesłanka do wykluczenia wykonawcy a zamawiający nie może żądać od wykonawcy (na potwierdzenie spełnienia takiego warunku) przedstawienia zaświadczenia o wpisie do RDR na terenie danej gminy aktualnego na dzień składania ofert. Takiego warunku nie można również umieszczać w SIWZ albowiem jest on sprzeczny z obowiązującymi przepisami prawa wskazanymi przez Odwołującego w zarzutach. Zgodnie z art. 9c ust.1 UCPG 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. Warunek ten zatem powinien spełniać na dzień podpisania umowy jako chwili zadeklarowania realnego rozpoczęcia wykonywania działalności gospodarczej na terenie gminy Malechowo objętej obowiązkiem uzyskania wpisu. Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Wpis do rejestru działalności regulowanej następuje na wniosek przedsiębiorcy automatycznie na podstawie oświadczenia, iż spełnia on warunki wykonywania działalności wskazane w art. 9d UCPG. Organ prowadzący rejestr nie dokonuje na potrzeby wpisu weryfikacji prawdziwości danych, w szczególności nie sprawdza, czy przedsiębiorca rzeczywiście warunki wykonywania działalności spełnia. Co więcej wpis przedsiębiorcy do rejestru działalności regulowanej jest czynnością materialno-techniczną i nie ma charakteru decyzji administracyjnej. Możliwość podjęcia działalności regulowanej nie zależy więc od wydania przez właściwy organ indywidualnego pozwolenia na wykonywanie określonej działalności. Wpis nie ma zatem charakteru nadawania uprawnienia do wykonywania działalności jak ma to miejsce w przypadku innych form reglamentacji działalności takich jak licencja, koncesja czy zezwolenie. Co więcej, dysponowanie wpisem do RDR nie gwarantuje, wobec braku kontroli na etapie podejmowania działalności, że podmiot wpisany do rejestru warunki prowadzenia działalności spełnia. W świetle powyższego, wpis do w/w rejestru nie mieści się w pojęciu uprawnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP. Pojęcie to należy interpretować mając na uwadze konstytucyjną zasadę wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz § 2 cyt. wyżej rozporządzenia o dokumentach. W tym kontekście, przez „uprawnienia” należy rozumieć koncesję na prowadzenie danej działalności, jak też zezwolenia i licencje. Należy zdecydowanie odróżnić konieczność posiadania uprawnienia do odbierania odpadów komunalnych na etapie składania ofert oraz na etapie rzeczywistego wykonywania działalności gospodarczej objętej obowiązkiem uzyskania wpisu. Zatem, kwalifikacja wpisu do rejestru działalności regulowanej jako posiadania uprawnienia, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 PZP, jest zbyt daleko idąca. Nie ulega wątpliwości, iż podmiot, który odbiera odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, tj. który zawarł umowę na odbieranie odpadów, powinien spełniać warunki wykonywania działalności. Natomiast żądanie ich spełnienia oraz posiadania wpisu do RDR już na etapie składania ofert jest nieuprawnione. Takie działanie oznaczałoby nieuzasadnione ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz prowadziłoby do naruszenia wolnej konkurencji wśród wykonawców. Należy podkreślić specyfikę wpisu do RDR przedsiębiorców odbierających odpady komunalne. RDR prowadzony jest w każdej gminie, a nie, jak większość tego typu rejestrów, na poziomie województwa czy całego kraju. Dopuszczenie możliwości żądania przez zamawiającego wpisu do rejestru na etapie składania ofert oznaczałoby, że każdy przedsiębiorca zainteresowany uzyskaniem zamówienia powinien w momencie składania ofert spełniać wszystkie

warunki wykonywania działalności gospodarczej określone w art. 9d UCPG w każdej gminie. Dodatkowo, dysponowanie wpisem, ze względu na jego charakter, w żaden sposób nie daje jeszcze rękami prawidłowego wykonania umowy. W tym zakresie zamawiający powinien przecież odwoływać się przede wszystkim do doświadczenia i referencji wykonawców oraz ich potencjału technicznego/personelu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 31.12.20 r.) wniósł o jego oddalenie, a także o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego. W szczególności wskazał na następujące okoliczności:

Powodem wykluczenia wnoszącego odwołanie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i konsekwencji, na podstawie art. 24 ust. 4, odrzucenia jego oferty był brak wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca nie posiadał wpisu, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (tj. odpadów 20 01 10 i 20 01 11 odpady z odzieży i tekstyliów; 17 02 01 drewno; 20 01 21* lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyjaśnień Wykonawca potwierdził brak spełnienia tego warunku. Poinformował, że złożył w dniu 04.12.2020 r. wniosek o wpis do rejestru w zakresie uzupełnienia tych kodów odpadów. Wykonawca składając ofertę w dniu 27.11.2020 r. oświadczył, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Nie ulega więc wątpliwości, i jest to stan niesporny, że Odwołujący nie posiadał przedmiotowego wpisu aktualnego na dzień składania ofert. Dokonana w tym zakresie w odwołaniu wykładnia gramatyczna art. 9c ust. 1 UCPG jest całkowicie nieprzekonująca. W żaden sposób nie da się wyinterpretować z tego przepisu, że warunek wymieniony w przepisie musi być spełniony dopiero na dzień podpisania umowy przez wykonawcę. Jeśli już stosować wykładni gramatyczną, to w oczywisty sposób przepis wyraźnie wskazuje, że wpis musi być uzyskany w gminie, na terenie której przedsiębiorca dopiero zamierza odpierać odpady. Przyjęcie, że przedsiębiorca winien spełniać wymieniony warunek dopiero na dzień podpisania umowy, jak twierdzi odwołujący jest nie do pogodzenia zarówno z wykładnią racjonalną i funkcjonalną przepisu jak i z praktyką stosowania samej ustawy Pzp. Otóż zamawiający dopiero po zakończeniu postępowania miałby mieć pewność, że wybrany kontrahent jest uprawniony do realizacji zamówienia. Takie stanowisko Odwołującego jest sprzeczne z orzecznictwem KIO, które jest tu zgodne poglądami Zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Koszaliniewnosząc także o oddaleniu odwołania. M.in. powołał następujące okoliczności:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia -w pkt 5.1 (str. 7) wskazał, że w postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej. Zamawiający doprecyzował, że uzna, iż Wykonawca spełnia w/w warunek, jeżeli wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Dalej w rozdziale II SIWZ, w pkt I i II (str. 20 - 26) Zamawiający szczegółowo wskazał zakres przedmiotu zamówienia obejmujący m.in. w pkt 1.2.h odpady tekstyliów i odzieży i w pkt 1.2.e. lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć. Tym samym Zamawiający w sposób jednoznaczny określił wymagania, aby Wykonawca przystępując do przetargu złożył oświadczenie o posiadaniu uprawnień w momencie składania oferty do wykonywania pełnego zakresu zamówienia. Przepisy art. 25 a ust. 1 Pzp nakładają na wykonawcę obowiązek złożenia oświadczenia własnego, które powinno być składane w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji. Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60 d ust. 3 Pzp. Wstępny charakter tych oświadczeń nie oznacza jednak, że nie ma z nich wynikać potwierdzenie spełnienia określonych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu i braku wykluczenia. W postępowaniu Zamawiający, w sposób nie budzący wątpliwości określił zakres, w jakim Wykonawca winien złożyć oświadczenie. Oświadczenie to powinno być obejmować według Zamawiającego zapewnienie o posiadaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia więc i w zakresie uprawnień do odbioru odpadów z odzieży i tekstyliów, drewna i lamp fluorescencyjnych i innych odpadów zawierających rtęć. W sposób nie budzący wątpliwości Odwołującego zapisy SIWZ określiły zakres treści oświadczenia i wymagania Zamawiającego, co do koniecznych uprawnień Wykonawcy w momencie składania oferty. Fakt ten pomija w swoim odwołaniu Odwołujący Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Sp. z o.o. w Sławnie. Odwołujący odnosi się jedynie do pierwszej części pkt 5.1 dla uzasadnienia jego podstawy pomijając pełne jego brzmienie. Powyższe oznacza, że w okolicznościach niniejszej sprawy zachodzą przesłanki uzasadniające oddalenie odwołania albowiem zarzuty podniesione w tym odwołaniu oraz żądania Odwołującego są nieuzasadnione i jako takie nie zasługują na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu.

Zamawiający prawidłowo – zgodnie ze stanem faktycznym – ustalił, że wnoszący odwołanie wykonawca na dzień składania ofert 27 listopada 2020 r. – jak podał w piśmie z dnia 8 grudnia 2020 r. - nie posiada, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (tj. odpadów 20 01 10 i 20 01 11 odpady z odzieży i tekstyliów; 17 02 01 drewno; 20 01 21* lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ. Powyższe potwierdził sam wykonawca w odpowiedzi (pismo z dnia 7.12.2020 r.) na wezwanie Zamawiającego z dnia 3 grudnia 2020 r. do złożenia wyjaśnień. W tym piśmie poinformował, że złożył w dniu 04.12.2020 wniosek o wpis do rejestru w zakresie uzupełnienia tych kodów odpadów.

Zatem wnoszący odwołanie wykonawca składając ofertę w dniu 27.11.2020 r. nie mógł w związku z warunkiem z punktu 5.1. SIWZ oświadczyć, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie objętym przedmiotem zamówienia.

W myśl wskazanego punktu 5.1. SIWZ: *W postępowaniu mogą wziąć udział wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów*. Dalej w tym postanowieniu (w ramach tego punktu) wskazano, że Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia w/w warunek, „1) Jeżeli wykaże, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia”.

Potwierdzenie tego wymagania miało wynikać z oświadczenia składanego według wzoru na Formularzu oświadczenia stanowiącego załącznik nr 2 do SIWZ. Wykonawca – zgodnie ze wzorem – zapewniał: „Oświadczam, że spełniam warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia pkt. 5. a w szczególności.

Posiadam wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;”

Zamawiający jednoznacznie określił sposób potwierdzania spornego wymagania, z którego bezspornie wynika, że złożenie oświadczenia, co do posiadania uprawnienia było możliwe tylko wówczas, gdy wykonawca posiadał stosowny wpis do rejestru działalności regulowanej do wykonywania pełnego zakresu zamówienia w momencie składania oferty. Taki zakres zamówienia został z kolei wskazany w punkcie 3 SIWZ, a następnie w jej punkcie 5.1., anastępnie uszczegółowiony w rozdziale II SIWZ -w pkt I i II. Także w Formularzu oferty (załącznik nr 1 do SIWZ) wskazano na rodzaje odpadów, których dotyczy przedmiot zamówienia. Zamawiający zatem w dokumentacji szczegółowo wskazał zakres przedmiotu zamówienia obejmujący także sporne rodzaje odpadów (w pkt 1.2.h odpady tekstyliów i odzieży i w pkt 1.2.e. lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć). Izba zwraca uwagę, że wpis do rejestru w punkcie 4 także szczegółowo specyfikuje rodzaje odpadów do których odbioru jest uprawniony wykonawca, którego dotyczy wpis.

W konkluzji Izba stwierdza, że Odwołujący nie posiadał w zakresie wymaganym przedmiotowego wpisu do rejestru na dzień składania ofert – 27 listopada 2020 r. O taki wpis ubiegał się od 4 grudnia 2020 r. składając wniosek do gminy. Przedstawiona w odwołaniu wykładnia art. 9c ust. 1 UCPG nie jest zgodna z postanowieniami punktu 5.1. SIWZ. Ponadto ani ze wskazanego przepisu ani z postanowień SIWZ, w tym jej punktu 5.1. nie można wywieść, że warunek ma być spełniony dopiero na dzień podpisania umowy przez wykonawcę. Przede wszystkim zgodnie z ustawą Pzp ocena spełnienia przez wykonawcę wymaganych warunków poprzedza wybór najkorzystniejszej oferty. Zatem przyjęcie, że przedsiębiorca mógłby spełniać sporny warunek dopiero na dzień podpisania umowy, w stanie faktycznym, nie byłby zgodny z pełnym brzmieniem tego wymagania (jego gramatyczną wykładnią), co stara się pomijać Odwołujący. Na marginesie Izba zauważa, że kwestionowanie postanowień SIWZ po upływie terminów określonych w ustawie Pzp, co po części może dotyczyć wskazywanego w odwołaniu naruszenia art. 25a ust. 1 i 2 Pzp oraz art. 25 tej ustawy - jest nieskuteczne.

Wobec powyższych ustaleń nie zasługują na uwzględnienie podnoszone w odwołaniu zarzuty naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 22 ust. 1a ustawy Pzp w zw. z art. 9b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a także zarzuty naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 22 ust. 1a Pzp. Także nie podlega uwzględnieniu zarzut naruszenia art. 25a ust. 1 i 2 Pzp, art. 26 ust. 1, 2 Pzp oraz art. 25 ust. 1 Pzp

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do wyniku sprawy uwzględniając także przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r, poz. 972).

.....