

Sygn. akt: KIO 3054/20

WYROK
z dnia 3 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 grudnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 listopada 2020 r. przez wykonawcę: **ALBAR – Wywóz Nieczystości W. L., ul. Podmiejska 20, 66-400 Gorzów Wielkopolski**,

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Górzycę, ul. 1 Maja 1, 69-113 Górzycę**,
orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego **ALBAR – Wywóz Nieczystości W. L., ul. Podmiejska 20, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego **ALBAR – Wywóz Nieczystości W. L., ul. Podmiejska 20, 66-400 Gorzów Wielkopolski**, 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 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 Gorzowie Wielkopolskim.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3054/20

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Górzycę, ul. 1 Maja 1, 69-113 Górzycę, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Górzycę”, nr referencyjny: ZP-271.2-19. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.10.2020 r., nr 602245-N-2020. Pismem z dnia 16.11.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu wykonawcy ALBAR – Wywóz Nieczystości W. L., ul. Podmiejska 20, 66-400 Gorzów Wielkopolski (dalej: „odwołujący”) z postępowania.

W dniu 21.11.2020 r. odwołujący wniósł odwołanie, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą Pzp”, poprzez odmowę jego subsumpcji i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień we wskazanym terminie w zakresie braku przedłożenia przez wykonawcę dokumentu zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycę, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy oraz odrzuceniem złożonej przez niego oferty, podczas gdy ewentualną decyzję w przedmiocie wykluczenia wykonawcy z postępowania o zamówienie publiczne wobec zaistnienia rzeczonego braku formalnego zamawiający uprawniony jest podjąć po stosownym wezwaniu wykonawcy,
 2. art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez odmowę jego subsumpcji i zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia, uzupełnienia, poprawienia lub do udzielania wyjaśnień we wskazanym terminie w zakresie braku przedłożenia przez wykonawcę dokumentu zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycę, co skutkowało wykluczeniem wykonawcy oraz odrzuceniem złożonej przez niego oferty, podczas gdy z treści siwz opublikowanego przez zamawiającego Dział VI ust. 4 wynika, że wobec uchybienia zamawiający w oparciu o treść norm art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wezwie wykonawcę,
 3. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i błędne uznanie jakoby warunkiem udziału w postępowaniu obejmującym zamówienie publiczne był wymóg przedłożenia zaświadczenia o wpisie wykonawcy do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Górzycę, podczas gdy dokonania rzeczonego wpisu przez zamawiającego nie należy kwalifikować jako rękojmnię, wobec braku kontrolnego charakteru postępowania obejmującego dokonanie wpisu do rejestru działalności regulowanej na etapie podejmowania działalności, prawidłowego wykonywania działalności przez wykonawcę,
 4. art. 22 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i „odmowna uznanie” jakoby wymóg przedłożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Górzycę stanowiący warunek udziału w postępowaniu obejmującym zamówienie publiczne powinien być kwalifikowany jako nieuzasadnione ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz naruszenie uczciwej (wolnej) konkurencji wśród wykonawców,
 5. art. 22 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędną jego wykładnię i błędne uznanie jakoby warunkiem udziału w postępowaniu obejmującym zamówienie publiczne mógł być wymóg przedłożenia zaświadczenia o wpisie wykonawcy do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Górzycę jako rękojmnia prawidłowego wykonania umowy, podczas gdy dyspozycja normy art. 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazuje na pozostałe wymagania, które musi spełnić wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a wymogi te winien spełnić dopiero w chwili rozpoczęcia realizacji umowy, nie zaś w chwili wykazania podmiotowego warunku uczestnictwa w ramach postępowania o zamówienie publiczne,
 6. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 26 ust. 3 i art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp poprzez jego błędną subsumpcję i wykluczenie odwołującego, podczas gdy zamawiający nie wezwał wykonawcy do uzupełnienia braków formalnych stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
 7. art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego błędną subsumpcję i odrzucenie oferty odwołującego, podczas gdy zamawiający w sposób błędny dokonał wykluczenia wykonawcy nie wezwawszy go uprzednio do uzupełnienia braków formalnych stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp,
 8. dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, co w kontekście stawianych zarzutów, w tym charakteru wpisu do rejestru działalności gospodarczej prowadzonej przez Wójta Gminy Górzycę oraz zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia braków formalnych stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jawi się jako przedwczesne.
- W szczególności odwołujący wskazał, co następuje. „Faktem jest, że w oparciu o pismo z dnia 16 listopada 2020r. przesłane odwołującemu w formie elektronicznej, a nadto tego samego dnia opublikowane przez zamawiającego na

stronie BIP, odwołujący powziął wiedzę o wykluczeniu jego osoby z postępowania oraz o odrzuceniu złożonej przez niego, jak się okazało najkorzystniejszej, oferty.

U podstaw takiego rozstrzygnięcia zamawiającego leżał fakt braku przedłożenia przez odwołującego zaświadczenia potwierdzającego wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy, a zatem zamawiającego.

Mimo dostrzeżenia takiego uchybienia, zamawiający nie wystąpił do odwołującego z żądaniem złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień we wskazanym terminie w zakresie braku przedłożenia przez wykonawcę - dokumentu zaświadczenia o wpisie do Rejestru Działalności Regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy. Co istotne, podkreślenia wymaga, że zamawiający w dziale VI ust. 4 SIWZ wskazał na procedurę, którą zobowiązany będzie wdrożyć w sytuacji braków formalnych wniosku któregośkolwiek z oferentów. Stosownie do powyższego, zamawiający zobowiązany był do działania w oparciu o treść art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Nie ulega wątpliwości, że zamawiający przed podjęciem decyzji w przedmiocie wyłączenia odwołującego z postępowania winien w trybie art. 26 ust. 3 Prawo zamówień publicznych wezwać wykonawcę do uzupełnienia w tym zakresie oferty i to niezależnie od tego, czy sam miał dostęp do informacji we własnym zakresie (vide: Uchwała KIO z dnia 16.06.2020r. KIO/KD 25/20). (...)

Niezależnie od powyższego, wskazać należy na zarzuty dotyczące norm art. 22 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. W ocenie odwołującego, błędnym jest wprowadzanie jako warunku udziału w postępowaniu obejmującego zamówienie publiczne wymogu przedłożenia zaświadczenia o wpisie wykonawcy do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Górzycy. Rzeczony wpis ma charakter wyłącznie materialno - techniczny i nie ma charakteru decyzji administracyjnej. W żadnym razie nie potwierdza uznania przez podmiot dokonujący wpisu uprawnienia wykonawcy do wykonywania działalności ani tym bardziej rękojmi prawidłowego świadczenia usług przez wykonawcę czy też dysponowania przez niego kwalifikacjami.

Wobec braku kontroli na etapie dokonywania wpisu trudno uznać aby czynność taka miała potwierdzać jakoby to wykonawca spełniał wszelkie warunki prowadzenia działalności. Tym samym wymóg uczestniczenia w ramach postępowania uzależniony od przedstawienia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej jawi się jako co najmniej przedwczesny. W ocenie odwołującego, zamawiający uprawniony jest do żądania przedłożenia takiego dokumentu, ale dopiero na etapie bezpośrednio poprzedzającym zawarcie umowy. Stawianie wymogu przedstawienia zaświadczenia o wpisie do RDR nie skutkuje jakimkolwiek wymiernym materiałem dowodowym służącym ocenie kwalifikacji potencjalnego wykonawcy.

Nadto wymóg wpisu do RDR winien być kwalifikowany jako nieuzasadnione ograniczenie wolności prowadzenia działalności gospodarczej oraz prowadzi do naruszenia uczciwej (wolnej) konkurencji wśród wykonawców. (...)

Co specyficzne, w miejscu tym podkreślenia wymaga, że celem wypełnienia warunków podmiotowych i przedmiotowych uczestnictwa w ramach postępowania o zamówienie publiczne, odwołujący zmuszony został do wystąpienia do zamawiającego celem wpisania go do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy. Tak wniosek odwołujący złożył w dniu 05.11.2020r., a zatem jeszcze przed upływem terminu do złożenia oferty w ramach trwającego postępowania. Jakkolwiek w terminie przewidzianym w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to po dniu wyznaczonym jako końcowy dzień składania ofert, tenże sam podmiot, który jest zamawiającym dokonał wpisu odwołującego do rejestru działalności regulowanej.

Tożsamość podmiotu dokonującego wpisu do rejestru działalności regulowanej będącego jednocześnie zamawiającym, oraz fakt przedłużenia terminu dokonania wpisu odwołującego do tegoż rejestru (jakkolwiek bez żadnych uzasadnionych wątpliwości w tym przedmiocie tego wniosku) do czasu 7 dni budzić musi również wątpliwości co do prawidłowości prowadzonego postępowania. W efekcie opieszałego działania zamawiającego, pozbawił się on możliwości wyboru najkorzystniejszej oferty odwołującego, co może być kwalifikowane jako naruszenie art. 44 ust. 3 pkt 1 lit. a ustawy o finansach publicznych."

W związku z tym odwołujący wniósł „o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenie postępowania lub unieważnienie postępowania wskazanego w treści osnowy niniejszego środka zaskarżenia, w tym unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty”.

Pismem z dnia 26.11.2020 r. wykonawca Miejskie Zakłady Komunalne Sp. z o.o., ul. Kopernika 4a, 66-470 Kostrzyn nad Odrą, zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Termin zgłoszenia przystąpienia upływał w dniu 26.11.2020 r., jednakże wykonawca nadał ww. pismo na pocztę w dniu 27.11.2020 r. i wpłynęło ono do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.11.2020 r. Wykonawca dołączył do ww. pisma wydruki komunikatów z platformy ePUAP, z których wynika, że z powodu błędu wewnętrznego nie było możliwe przesłanie przystąpienia za pośrednictwem platformy w dniach 25 i 26.11.2020 r. Izba stwierdziła, że nawet przyjmując argumentację ww. wykonawcy o nieprawidłowym działaniu platformy ePUAP, należy zwrócić uwagę, że pismo zostało nadane na pocztę dopiero w dniu 27.11.2020 r., tj. po upływie terminu na zgłoszenie przystąpienia. Dlatego też Izba uznała, że przystąpienie nie zostało dokonane zgodnie z art. 185 ust. 2 ustawy Pzp, a zatem nie zostało dokonane skutecznie.

W dniu 24.11.2020 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia są usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Górzycy.

W rozdziale VI siwz pn. Opis warunków udziału w postępowaniu oraz sposobu dokonywania oceny spełniania warunków, w pkt 1 zamawiający wskazał, że w zakresie posiadania uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, wykonawca ma:

- posiadać wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów objętych zamówieniem oraz zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, o którym mowa w ustawie o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (po zmianie),
- posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy.

Ocena spełnienia warunku miała nastąpić na podstawie złożonego przez wykonawcę zezwolenia na transport odpadów oraz zaświadczenia o dokonany wpisie do rejestru działalności regulowanej.

W rozdziale VII.3. siwz pn. Wykaz oświadczeń lub dokumentów składanych przez wykonawcę w postępowaniu na wezwanie zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w pkt 7.3.1., zamawiający wskazał m.in.: zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej.

Wymóg w zakresie m.in. wpisu do rejestru działalności regulowanej był też wskazany w ogłoszeniu o zamówieniu, które zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 27.10.2020 r.

Otwarcie ofert nastąpiło w dniu 10.11.2020 r., złożono 3 oferty. W dokumentacji postępowania znajduje się notatka z tego samego dnia, w której w stosunku do każdego wykonawcy, który złożył ofertę, wskazano, czy jest wpisany do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy (zamawiającego). W stosunku do odwołującego wskazano, że nie posiada wpisu.

Pismem z dnia 16.11.2020 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz o wykluczeniu odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, z uwagi na fakt, że na dzień złożenia oferty odwołujący nie posiadał wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowane zaniechanie zamawiającego.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia.

Zgodnie z art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający może wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 5 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1.

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielenia wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Zgodnie z art. 26 ust. 6 ustawy Pzp, wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2019 r. poz. 700, 730, 848 i 1590).

W pierwszej kolejności odnosząc się do zarzutu odwołującego dotyczącego tego, że zamawiający przedwcześnie żądał posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy, należy zauważyć, że zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i siwz, zawierające ww. warunek, zostały opublikowane przez zamawiającego w dniu 27.10.2020 r. Tym samym, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 185 ust. 8 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania wobec treści ogłoszenia o zamówieniu i siwz, upływał w dniu 02.11.2020 r. Odwołujący nie zakwestionował w drodze odwołania treści warunku posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, co oznacza, że postanowienie to stało się wiążące zarówno dla zamawiającego, jak i dla wykonawców. Podnoszenie zarzutu niezasadności zawarcia takiego warunku, jest więc działaniem spóźnionym (art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pp) i nie może zostać rozpoznane przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego wykluczenia odwołującego z postępowania i zaniechania wezwania go do złożenia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione w dniu składania ofert. Warunkiem udziału w niniejszym postępowaniu było posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej, a dokumentem mającym potwierdzać spełnienie tego warunku miało być zaświadczenie o dokonanych wpisach. Odwołujący w dniu składania ofert, tj. w dniu 10.11.2020 r. nie był wpisany do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy, zatem nie spełnił ww. warunku.

W tym miejscu należy zauważyć, że zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp ma na celu danie wykonawcy szansy na wykazanie spełnienia m.in. warunku udziału w postępowaniu, jeżeli nie wykazał go w odpowiedzi na wezwanie w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. Tymczasem w niniejszej sprawie, wezwanie odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia zaświadczenia o dokonanych wpisach, w żaden sposób nie pozwoli mu wykazać spełnienia warunku, gdyż nie ma możliwości, aby zaświadczenie to potwierdziło, że wpis był dokonany na dzień 10.11.2020 r. Sam odwołujący nie neguje przecież faktu, że został wpisany do rejestru dopiero w dniu 12.11.2020 r., zatem w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp nie będzie w stanie potwierdzić innej daty dokonania wpisu. Tym samym, niemożliwe jest wykazanie spełnienia ww. warunku w procedurze uzupełnienia dokumentu, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo należy zauważyć, że w świetle art. 26 ust. 6 ustawy Pzp zamawiający w ogóle nie powinien wzywać wykonawców do składania dokumentów, których jest w posiadaniu, w tym m.in. za pomocą ogólnodostępnych baz danych. Rejestr działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Górzycy jest prowadzony przez zamawiającego (Wójta Gminy Górzycy), zatem zamawiający niewątpliwie miał dostęp do tego rejestru i był w stanie sprawdzić samodzielnie, czy wykonawca spełnia ww. warunek, czyli czy jest wpisany do rejestru w dniu składania ofert. Zamawiający ustalił, że w dniu 10.11.2020 r. odwołujący nie był wpisany do rejestru i że tym samym nie spełnił warunku.

Izba nie podzieliła także argumentacji odwołującego dotyczącej terminu dokonania przez niego wpisu. Odwołujący złożył wniosek o wpis w dniu 05.11.2020 r. i w dniu 12.11.2020 r. (tj. w terminie zgodnym z art. 9ca ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.) został wpisany do rejestru. Zamawiający nie miał obowiązku uwzględniać terminu składania ofert w przedmiotowym postępowaniu i specjalnie przyspieszać dokonanie wpisu, żeby odwołujący mógł zdążyć z wykazaniem spełnienia warunku, zwłaszcza że pracownicy w praktyce zajmujący się wpisywaniem określonych podmiotów do rejestru mogą nawet nie wiedzieć o toczącym się postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia oraz o obowiązujących w nim wymogach i terminach. Ponadto należy zauważyć, że ogłoszenie o zamówieniu i siwz, w których zawarty był warunek wpisu do rejestru działalności regulowanej, zostały opublikowane w dniu 27.10.2020 r., zatem odwołujący miał wystarczająco dużo czasu na złożenie wniosku o dokonanie wpisu w takim terminie, żeby uzyskać wpis przed datą składania ofert. To wykonawca powinien bowiem zadbać o ochronę swoich

interesów, w tym podjęcie działań koniecznych do wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że zamawiający zasadnie wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z powodu braku w dniu składania ofert wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Górzycy.

Odnosząc się natomiast do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp należy zauważyć, że przepis ten ma zastosowanie do sytuacji, jakie mogą mieć miejsce w postępowaniach kilkietapowych, np. w przetargu ograniczonym. Chodzi o takie sytuacje, gdy zamawiający nie zaprasza wykonawcy do składania ofert z powodu wcześniejszego wykluczenia (art. 24 ust. 1 i 5 ustawy Pzp) lub niespełnienia kryteriów selekcji (art. 51 ust. 2 ustawy Pzp w przypadku przetargu ograniczonego), a mimo to wykonawca składa ofertę. Niniejsze postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego (tj. w trybie jednoetapowym), zatem ww. przepis nie ma w nim zastosowania. Powyższe nie wpływa na zasadność wykluczenia odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, a co za tym idzie – na faktyczną sytuację odwołującego w postępowaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że nie potwierdziły się zarzuty dotyczące wykluczenia odwołującego z postępowania i zaniechania zastosowania wobec niego art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust. 7, art. 191 ust. 2 i art. 192 ust. 2 ustawy Pzp. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o § 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 2018r. poz. 972).

Przewodniczący