

WYROK

z dnia 7 października 2020 r. w składzie:

Przewodniczący:

Protokolant:

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 października 2020 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 sierpnia 2020 r. przez wykonawcę Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Zębowice przy udziale wykonawcy S. i Synowie Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Częstochowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od wykonawcy Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu na rzecz zamawiającego Gminy Zębowice kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów strony poniesionych w związku z wynagrodzeniem pełnomocnika.

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 Opolu.

**Przewodniczący:
Uzasadnienie**

Gmina Zębowice, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Zębowice oraz opróżnianie koszy ulicznych i pojemników z odpadami z czyszczenia ulic i placów, ich transport i zagospodarowanie. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), dalej „ustawa Pzp” lub „PZP”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 5 czerwca 2020 r. pod numerem 3 547780-N-2020.

W dniu 26 sierpnia 2020 r. wykonawca Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Opolu, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 24 ust. 4 PZP w zw. z art. 9d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z § 2 ust. 1 i ust. 2 pkt 1-5 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w zw. z art. 9j ust. 2 pkt 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z art. 43 ust. 1 ustawy Prawo przedsiębiorców, poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia wykonawcy S. i Synowie Sp. z o.o. z siedzibą w

Częstochowie, dalej „S. i Synowie”, z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo iż nie wykazał, iż spełnia na dzień składania ofert warunki udziału w postępowaniu, albowiem zaświadczenie o wpisie do działalności regulowanej nie potwierdza uprawnienia do prowadzenia na terenie Gminy Zębówice działalności w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, z powodu niespełnienia warunków prowadzenia działalności regulowanej przez S. i Synowie.

2.art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 4 PZP, poprzez bezzasadne zaniechanie wykluczenia S. i Synowie z postępowania i w konsekwencji odrzucenia oferty S. i Synowie, pomimo iż wykonawca rażąco naruszył swoje obowiązki zawodowe w zakresie gospodarki odpadami.

3.art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 PZP, w wyniku bezzasadnego zaniechania wykluczenia S. i Synowie z postępowania i odrzucenia oferty wykonawcy wobec zawinionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa)

wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a nadto iż nie naruszył w sposób rażąco obowiązków zawodowych.

4.art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 w zw. z art 7 ust. 1 PZP, poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez S. i Synowie, podczas gdy winna ona podlegać odrzuceniu z uwagi na wyżej wskazane przesłanki wykluczenia wykonawcy z postępowania, a tym samym poprzez niezapewnienie zachowania zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy wybranemu niezgodnie z przepisami ustawy, a tym samym dokonanie oceny ofert w sposób oczywiście wadliwy z naruszeniem zasady równego traktowania i uczciwej konkurencji (w związku z naruszeniem wyżej wymienionych przepisów ustawy).

5.art. 91 ust. 1 i art. 92 ust. 1 PZP, w wyniku zaniechania dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

6.art. 7 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 i 22 ust. 1 pkt 2 oraz art. 22 ust. 1a PZP, poprzez niezachowanie przez Zamawiającego zasady równej konkurencji, transparentności i proporcjonalności.

7.art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 7 ust. 1 i 3 PZP w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty S. i Synowie jako najkorzystniejszej, dokonania powtórnej czynności oceny i badania ofert, dokonania wykluczenia S. i Synowie z postępowania i odrzucenia jego oferty, dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazywał, że Przystępujący nie posiada pozwolenia wodnoprawnego dla bazy magazynowo-transportowej. Przedmiotem takiego pozwolenia, winno być zezwolenie na odprowadzanie ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów, które to pozwolenie jest konieczne zarówno w przypadku wprowadzania ścieków przemysłowych bezpośrednio do kanalizacji należącej do innego podmiotu, jak również za pośrednictwem wozów asenizacyjnych do stacji zlewnych lub bezpośrednio do oczyszczalni ścieków. Aby pozwolenie wodnoprawne było konieczne do uzyskania w przypadku wprowadzania ścieków przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych innych podmiotów, wystarczające jest wystąpienie (w jakiegokolwiek ilości) substancji, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie substancji szczególnie szkodliwych dla środowiska wodnego, których wprowadzanie w ściekach przemysłowych do urządzeń kanalizacyjnych wymaga uzyskania pozwolenia wodnoprawnego.

Niezależnie od powyższego, właściwy organ gminy jest uprawniony do przeprowadzenia kontroli bazy zgłoszonej dla potrzeb prowadzonego przez ten organ rejestru działalności regulowanej przedsiębiorców odbierających odpady w zakresie spełniania przez tę bazę wymogów rozporządzenia. W przypadku niespełnienia tych wymogów przedsiębiorca wpisany do rejestru działalności regulowanej, podlega wykreśleniu, a nadto orzeka się wobec niego zakaz prowadzenia działalności objętej wpisem do rejestru. Wydanie decyzji o wykreśleniu podmiotu z rejestru działalności regulowanej wobec pozyskania wiedzy przez organ w tym zakresie ma charakter związany, a nie swobodny i nie pozostawia organowi możliwości wydania orzeczenia o innej treści niż wskazana w dyspozycji.

Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy Prawo przedsiębiorców. Co za tym idzie, figurowanie wskazanego wykonawcy w RDR dla Zębówic, od samego początku jest sprzeczne z treścią ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wobec faktu, że S. i Synowie złożył wniosek o wpis do RDR niezgodnie ze stanem faktycznym, skutek czego występuje

obligatoryjna przesłanka wydania decyzji o zakazie wykonywania działalności objętej wpisem przez ten podmiot.

Co więcej, nie jest jasne, czy złożony został wniosek o zmianę posiadanego przez wykonawcę pozwolenia na zbieranie odpadów, który to obowiązek wprost wynika z art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o odpadach oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2018 r. poz. 1592). Ewentualne niewywiązanie się z tego obowiązku przez wyłonionego wykonawcę oznacza, że stosownie do treści art. 14 ust. 4 nowelizacji z 2018 r., jeżeli posiadacz odpadów niełoży wniosku spełniającego wymagania, o których mowa w art. 14 ust. 1 i 2 nowelizacji z 2018 r., w określonym terminie, pozwolenie na zbieranie odpadów wygasło. Ponadto, warto zweryfikować, czy wyłoniony wykonawca spełnił inne wymagania nałożone przez nowelizację z 2018 r., tj. w zakresie: obowiązku wprowadzenia monitoringu miejsc zbierania, magazynowania i składowania odpadów; obowiązku ustanowienia zabezpieczeń finansowych na rzecz organu udzielającego zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów; obowiązku uzyskania pozytywnej opinii Komendanta Powiatowego Państwowej Straży Pożarnej w odniesieniu do miejsc magazynowania lub przetwarzania odpadów;

Dodatkowo, skoro wyżej wskazany podmiot nie spełnia warunków do wykonywania działalności regulowanej, to nie może skutecznie składać ofert w postępowaniach przetargowych. Powyższe wyklucza także możliwość zawarcia umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia publicznego. Zawarcie ww. umowy, pomimo pełnej świadomości po stronie zamawiającego, że wykonawca nie spełnia wymogów ustawowych stanowił będzie o zgodzie podmiotu dysponującego i dystrybuującego środki publiczne na ich wydatkowanie niezgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Jednocześnie Przystępujący dzieli swoją bazę magazynowo-transportową z innym przedsiębiorcą, to jest Wywóz Nieczystości i Przewóz Ładunków W. S. (z uwagi na powiązania osobowe). Jest to o tyle istotne, że w niedawno prowadzonym postępowaniu o analogicznym przedmiocie przez Gminę Lasowice Wielkie, zwrócenie uwagi na nieprawidłowości w odniesieniu do przedmiotowej bazy magazynowo-transportowej, spowodowało jej kontrolę i unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. W świetle powyższego stanu dotyczącego braku pozwolenia wodnoprawnego, organ prowadzący rejestr działalności regulowanej powinien z urzędu wykreślić S. i Synowie, z rejestru oraz wykluczyć S. i Synowie z postępowania.

Odwołujący podnosił, że wpis do rejestru działalności regulowanej następuje tylko i wyłącznie na podstawie oświadczenia złożonego przez wnioskodawcę, bez konieczności wykazywania okoliczności wskazujących na spełnienie warunków prowadzenia działalności regulowanej. Nie zwalnia to jednak z obowiązku spełniania tych warunków, a podmiot który nie ich nie spełnia, podlega wykreśleniu z rejestru. W tym przypadku zachodzą takie przesłanki, aby S. i Synowie został wykreślony z rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Zębolic. Ponieważ wpis do rejestru ma charakter wyłącznie deklaratoryjny, a nie konstytutywny, to może on zostać obalony poprzez przeprowadzenie stosownych dowodów, a których w sposób rzetelny do dnia dzisiejszego nie przeprowadził Zamawiający. W tym przypadku przede wszystkim brak posiadania zgody wodnoprawnej przez okres szeregu lat, dla bazy w Dylakach, świadczy o rażącym naruszeniu przepisów z zakresu gospodarki odpadami i prawa ochrony środowiska, a tym samym także obowiązków zawodowych.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 4 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia S. i Synowie z postępowania, a w konsekwencji odrzucenia złożonej przez niego oferty w związku z tym, iż S. i Synowie w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe w ciągu ostatnich trzech lat, co podważa jego uczciwość. Jak wynika z dokumentacji Wójta Gminy Lasowice Wielkie, S. i Synowie wielokrotnie w sposób rażący naruszał przepisy wyżej wymienionych ustaw, co spowodowało wykreśleniem z rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Lasowice Wielkie, w tym pozostałe załączone dokumenty.

Odwołujący wskazywał, że kolejnym naruszeniem, którego dopuścił się Zamawiający, to naruszenie art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 i art. 24 ust. 4 PZP, a to w wyniku zaniechania wykluczenia S. i Synowie z postępowania i odrzucenia jego oferty wobec zawinionego (ewentualnie w wyniku rażącego niedbalstwa) wprowadzenia Zamawiającego w błąd przy przedstawianiu informacji, że nie podlega wykluczeniu i że spełnia warunki udziału w postępowaniu, co miało znaczący wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Konsekwencją wyżej opisanych naruszeń przepisów PZP przez Zamawiającego, jest również naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2 i 5 PZP w wyniku zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez S. i Synowie. Jednocześnie skutkiem

powyższych naruszeń jest także naruszenie art. 7 ust. 1 PZP, który zobowiązuje Zamawiającego do prowadzenia postępowania w sposób zapewniający poszanowanie zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz bezstronności i obiektywizmu.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie przystąpił wykonawca S. i Synowie Sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, dalej „Przystępujący”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na oddalenie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oferty złożonej przez Przystępującego, oświadczeń i dokumentów składanych przez Przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 i 3 ustawy Pzp, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, piśmie procesowym Odwołującego oraz Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 października 2020 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiot zamówienia stanowi odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Zębówice oraz opróżnianie koszy ulicznych i pojemników z odpadami z czyszczenia ulic i placów, ich transport i zagospodarowanie.

Zgodnie z Rozdziałem VI pkt II.1.1 lit. c) oraz II.1.2 lit. b) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dalej „SIWZ”, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Zębówice w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy zgodnie z kodami odpadów oraz dysponują bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie Gminy Zębówice lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy, do której wykonawca posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych Wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wyposażoną w wizyjny system monitoringu miejsc magazynowania odpadów.

Wstępne spełnianie warunku zostanie ocenione na podstawie złożonego oświadczenia wg załącznika nr 2, na zasadzie spełnia/nie spełnia. Spełnianie warunku zostanie ocenione na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunku, na zasadzie spełnia/nie spełnia.

Na potwierdzenie powyższego Zamawiający żądał przedłożenia odpowiedniego wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2019 poz. 2010 z późn. zm.), w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Zębówice i w zakresie odpowiadającym w SIWZ oraz wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami

Do upływu terminu składania ofert oferty złożyli Odwołujący oraz Przystępujący, który do oferty załączył m.in. oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, gdzie wskazał, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Zębówice w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy - zgodnie z kodami odpadów oraz oświadczył, że do wykonania zamówienia dysponuje bazą magazynowo-transportową oraz odpowiednim wyposażeniem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia.

Na dowód powyższego przedstawił w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 19 czerwca 2020 r.) zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Zębówice (zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru RDR z dnia 9 marca 2012 r., zaświadczenie o dokonaniu zmian wpisu do rejestru RDR z dnia 21 grudnia 2012 r., zaświadczenie o dokonaniu zmian wpisu w rejestrze RDR z dnia 17 czerwca 2020 r.)

Następnie, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, z dnia 25 czerwca 2020 r., do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, Przystępujący przedłożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami, gdzie w pkt 9 wskazał bazę magazynowo-transportową zlokalizowaną w Kędzierzynie Koźlu oraz w Dylakach.

W dniu 21 sierpnia 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Izba zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba uznała, że odwołanie zasługuje na oddalenie.

Odwołujący podnosił, że przedstawione przez Przystępującego zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej, nie potwierdza posiadania przez ten podmiot uprawnienia do świadczenia usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Zębówice, albowiem podmiot ten nie spełnia wymogów stawianych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w związku z §2 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, z uwagi na fakt, że Przystępujący nie dysponuje odpowiednim zezwoleniem wodnoprawnym, o którym mowa w §2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia, zatem Zamawiający był zobowiązany wykluczyć Przystępującego z postępowania.

Izba stwierdziła, że tak sformułowany zarzut należy uznać za chybiony. Zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp zamawiający jest uprawniony do sformułowania warunków udziału w postępowaniu, które mogą dotyczyć w szczególności kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, stosownie do art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp. Równocześnie zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu, SIWZ lub zaproszeniu do składania ofert wskazuje oświadczenia lub dokumenty, które stanowią potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, o ile zostały one określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania (art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Natomiast z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp). Oznacza to, iż jedynie w przypadku sformułowania warunku udziału w postępowaniu możliwa jest ocena jego spełniania, a w konsekwencji stwierdzenie, że wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania z powodu jego niespełnienia.

Odnosząc powyższe do niniejszego stanu faktycznego należy wskazać, że Zamawiający formułując w rozdziale VI SIWZ warunki udziału w postępowaniu określił w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej - obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Zębówice w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy zgodnie z kodami odpadów. Konsekwentnie, wskazał wśród dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu, które wiązałyby się z uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności, aby wykonawcy przedłożyli wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2019 poz. 2010 z późn. zm.), w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Zębówice i w zakresie odpowiadającym w SIWZ. Równocześnie Zamawiający żądał, aby wykonawcy dysponowali bazą magazynowo - transportową usytuowaną

na terenie Gminy Zębowice lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy, do której wykonawca posiada tytuł prawny, spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wyposażoną w wizyjny system monitoringu miejsc magazynowania odpadów. Na potwierdzenie czego wykonawca winien przedłożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia.

Zamawiający w żadnym miejscu dokumentacji przetargowej nie wymienił pozwolenia wodnoprawnego jako dokumentu obligatoryjnego na potwierdzenie spełnienia jakiegokolwiek warunku udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący nie ma możliwości domagania się oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez Przystępującego w zakresie pozwoleń wodnoprawnych, skoro Zamawiający w tym zakresie nie sformułował żadnych wymogów. Zarówno ogłoszenie o zamówieniu, jak i SIWZ w przedmiotowym zakresie są wiążące i z tych przyczyn ocena wykonawcy może następować wyłącznie w oparciu o okoliczności tam wskazane. Zamawiający nie może oceniać ofert w oparciu o dokumenty, których nie podał w ogłoszeniu o zamówieniu, czy też SIWZ.

Izba zwraca także uwagę, że dopuszczenie do oceny wykonawcy przez pryzmat posiadanego zezwolenia prawnowodnego, czego domaga się Odwołujący, oznaczałoby konieczność konkretyzacji warunków udziału w postępowaniu w oparciu o powszechnie obowiązujące przepisy prawa na etapie postępowania odwoławczego, co stoi w sprzeczności nie tylko z uprawnieniem Zamawiającego do formułowania warunków udziału w postępowaniu, lecz również z obowiązkiem doprecyzowania warunków w treści ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Nie jest bowiem możliwe, aby to inny wykonawca na etapie postępowania odwoławczego formułował katalog dokumentów w oparciu, o który należy przeprowadzić ocenę innego wykonawcy.

Jedynie na marginesie Izba podnosi, że, wbrew stanowisku Odwołującego, wskazującemu na obowiązek posiadania pozwolenia wodnoprawnego, który to obowiązek Odwołujący wywodził z § 2 ust. 2 pkt 4 ww. rozporządzenia, wskazany przepis nie kreuje obowiązku prawnego, dotyczącego uregulowania w taki lub inny sposób stanu gospodarki wodnej. Zgodnie z § 2 ust. 2 ww. rozporządzenia w zakresie wyposażenia bazy magazynowo-transportowej należy zapewnić, aby: 1) teren bazy magazynowo-transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym; 2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu; 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; 4) teren bazy magazynowo-transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz.U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21).

Powyższe odnosi się do określonego wyposażenia, a nie uregulowania stanu formalnego dotyczącego obiektu: zawiera wymagania związane z wyposażeniem obiektu mającego pełnić rolę bazy magazynowo-transportowej w określone elementy infrastruktury i funkcjonalności związane z takim właśnie przeznaczeniem obiektu (vide: wyrok KIO z dnia 26 października 2015 r., sygn. akt KIO 2209/15). W związku z powyższym fakt, że Przystępujący nie dysponuje pozwoleniem wodnoprawnym odnoszącym się do nieruchomości nie ma znaczenia z punktu widzenia postawionego przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie bowiem z treścią warunku wystarczające było dysponowanie określoną bazą spełniającą wymogi rozporządzenia, a te jak wynikało z treści powołanego § 2 ust. 2 pkt 4 odnosiły się wyłącznie do aspektu przedmiotowego wyposażenia bazy, a Odwołujący nie udowodnił, aby baza Przystępującego nie spełniała wymogów rozporządzenia. Próbę wykazywania powyższego dopiero na etapie pisma procesowego Odwołującego złożonego w trakcie postępowania odwoławczego Izba uznała za spóźnioną.

Odwołujący podnosił również w odwołaniu, że Przystępujący dzieli swoją bazę z innym przedsiębiorcą oraz że należałoby zweryfikować czy wykonawca spełnia wymagania w zakresie: obowiązku wprowadzenia monitoringu miejsc zbierania, magazynowania i składowania odpadów; obowiązku ustanowienia zabezpieczeń finansowych na rzecz organu udzielającego zezwolenia na zbieranie lub przetwarzanie odpadów; obowiązku uzyskania pozytywnej opinii Komendanta Powiatowego Państwowej Straży Pożarnej w odniesieniu do miejsc magazynowania lub przetwarzania odpadów w kontekście ewentualnego spełnienia przesłanek do wygaśnięcia pozwolenia na zbieranie odpadów. Niemniej, co istotne,

Izba zwraca uwagę, iż nie jest organem uprawnionym do prowadzenia działalności regulowanej i nie posiada w związku z tym żadnych kompetencji do orzekania czy przykładowo wykreślić określony podmiot z rejestru czy też nie.

W konsekwencji Izba uznała, że Zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp. Przystępujący potwierdził spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie ma znaczenia w niniejszym stanie faktycznym, czy posiada pozwolenia wodnoprawne, skoro takiego wymogu dokumentacja przetargowa nie przewidywała.

Izba nie znalazła również podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: - wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16); - wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia (pkt 17). W ocenie Izby nie może być mowy o przedstawieniu informacji wprowadzających w błąd w sytuacji, gdy wykonawca prawidłowo wykazuje spełnienie warunku udziału w postępowaniu i nie przedkłada dokumentów niewymaganych przez Zamawiającego.

Izba za nieuzasadniony uznała również zarzut naruszenia art. 22 ust. 1 w zw. z art. 24 ust. 5 pkt 2 i art. 24 ust. 4 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący wskazał jedynie lakonicznie, że jak wynika z dokumentacji Wójta Gminy Lasowice Wielkie, Przystępujący wielokrotnie w sposób rażący naruszał przepisy, co spowodowało wykreśleniem z rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Lasowice Wielkie, na dowód czego przedłożył notatkę służbową z wizji lokalnej z dnia 29 maja 2020 r. z bazy w Dylakach, opinię Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Opolu w odniesieniu do bazy zlokalizowanej w Dylakach oraz decyzję Wójta Gminy Lasowice Wielkie z dnia 9 czerwca 2020 r.

Mając na uwadze zatem treść uzasadnienia faktycznego odwołania Izba wskazuje, iż Odwołujący nie odniósł się w zasadzie do żadnej z okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp, których dopiero łączne spełnienie i szczegółowa analiza pozwalają na wyeliminowanie wykonawcy z postępowania. Odwołujący nie podał na czym polegało w jego ocenie naruszenie obowiązków zawodowych przez wykonawcę, czy miało ono charakter poważny, dlaczego podważa ono uczciwość wykonawcy, jak również jakie okoliczności wskazywały na winę wykonawcy oraz jaki był jej stopień.

Odwołujący założył z góry, iż skoro Przystępujący został wykreślony z rejestru działalności regulowanej prowadzonego dla Gminy Lasowice Wielkie, to naruszył obowiązki zawodowe. Izba nie podziela powyższego poglądu, jakoby wykreślenie podmiotu z rejestru miało być kwalifikowane automatycznie jako działanie zawinione, podważające uczciwość wykonawcy, w przypadku gdy, zgodnie z przedłożoną przez Przystępującego decyzją Samorządowego Kolegium Odwoławczego z dnia 11 września 2020 r. uchylono decyzję Wójta Gminy Lasowice Wielkie z dnia 9 czerwca 2020 r.

Odnosząc się do zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Izba wskazuje na zupełnie blankietowy charakter powyższych zarzutów. W zakresie zarzutu z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, Izba wskazuje, że przedmiotem zarzutu dotyczącego niezgodności oferty z treścią SIWZ, może być określona treść oferty, rozumiana jako oświadczenie woli wykonawcy co do zakresu rzeczowego i sposobu wykonania przedmiotu zamówienia. Tymczasem wyżej opisane okoliczności, podniesione przez Odwołującego w ramach zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, dotyczą oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu (brak uprawnień), nie zaś merytorycznej treści oferty. W związku z powyższym Izba uznała powyższy zarzut jako bezzasadny, w ogóle nie objęty subsumpcją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Nie można też przypisać Zamawiającemu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, bowiem przepis ten nie ma zastosowania w przetargu nieograniczonym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odrzuceniu podlega oferta złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Zastosowanie tej przesłanki ma związek z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Jednak te dwie regulacje należy odnieść do dwóch różnych sytuacji. Art. 24 ust. 4 ustawy Pzp dotyczy co do zasady postępowań jednoetapowych, gdzie wykonawcy, składając ofertę, nie wiedzą, że zostaną wykluczeni z postępowania. Art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp odnosi się do szerszego kręgu wykonawców, tj. także do tych, którzy składają oferty pomimo tego, że zostali już poinformowani o wykluczeniu z postępowania. Ponadto odrzuceniu podlegają oferty złożone przez każdego wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Taka sytuacja będzie miała miejsce tylko w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział etap poprzedzający zaproszenie do złożenia ofert, np. składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. W takiej sytuacji oferta złożona przez wykonawcę niezaproszonego podlega odrzuceniu.

W zakresie naruszenia przez Zamawiającego zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z art. 7 ust. 3, należy wskazać, że jest to zarzut niezasadny już przez sam fakt, że przywołany przepis można naruszyć poprzez udzielenie zamówienia (zawarcie umowy), co w rozpatrywanej sprawie na dzień orzekania nie miało miejsca.

Reasumując, Izba stwierdziła, że Zamawiający prawidłowo ocenił i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę złożoną przez Przystępującego i nie dopuścił się naruszeń ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie wskazanym w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 3 i § 5 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 (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: