Sygn. akt: KIO 1559/20

WYROK

z dnia 14 sierpnia 2020 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Irmina Pawlik

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 lipca 2020 r. przez wykonawcę PreZero Service Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Grabów

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbiu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w punkcie 1 lit. b odwołania i nakazuje zamawiającemu Gminie Grabów unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbiu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1 tiret drugie SIWZ, dotyczącego posiadania wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;

2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;

3. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Grabów i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Grabów na rzecz odwołującego PreZero Service Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postepowania odwoławczego poniesione przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i wynagrodzenia 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 Łodzi.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 1559/20

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Grabów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Grabów". Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 30 kwietnia 2020 r. pod numerem 2020/S 085-201952. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm., dalej „ustawa Pzp"). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 9 lipca 2020 r. wykonawca PreZero Service Centrum Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kutnie (dalej jako „Odwołujący") wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności wyboru w ww. postępowaniu oferty spółki Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbiu (dalej jako „PGKiM") jako najkorzystniejszej. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust.1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechania wykluczenia z postępowania Wykonawcy PGKiM podczas gdy:

   a. nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. w sytuacji gdy podmiot ten nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów i zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego przez właściwy organ, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 poz. 701), w tym w szczególności art. 232 i nie posiada umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie w zakresie wszystkich rodzajów odpadów, jakie będą odbierane w ramach przedmiotowego zamówienia, a tym samym naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców poprzez wybór oferty PGKiM jako najkorzystniejszej w postępowaniu;

   b. nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. posiadania wpisu do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701), w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;

   c. nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów.

Ewentualnie (z ostrożności):

2. art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy PGKiM do:

   a. uzupełnienia dokumentów wymaganych do wykazania spełnienia warunków udziału

   w postępowaniu dotyczących sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca PGKiM jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego, pomimo że złożony na wezwanie dokument nie potwierdza spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;

   b. uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. posiadania wpisu do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701), w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;

c. uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty Wykonawcy PGKiM jako najkorzystniejszej

w postępowaniu,

2. wykluczenia Wykonawcy PGKiM z Postępowania,

3. względnie wezwania Wykonawcy PGKiM do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp potwierdzających spełnianie warunków udziału w Postępowaniu dotyczących:

1) sytuacji ekonomicznej lub finansowej tj. do uzupełnienia dokumentu

potwierdzającego, że Wykonawca PGKiM jest ubezpieczony od odpowiedzialności

cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego,

2) potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej tj. posiadania wpisu do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701), w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego,

3) potwierdzających spełnianie warunku udziału w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów,

4. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu.

Uzasadniając pierwszy z podniesionych zarzutów Odwołujący powołał się na warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V punkcie 3.1 tiret 3, podnosząc, że składając dokumenty w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca PGKiM nie wykazał spełnienia ww. warunku. Odwołujący zauważył, że złożona umowa z dnia 28 czerwca 2018 r. wraz z aneksem nr 1 nie obejmuje wszystkich rodzajów odpadów będących przedmiotem zamówienia, które należy zagospodarować (wskazał na § 2 ust. 2 tej umowy). W ocenie Odwołującego umowa z instalacją komunalną nie obejmuje następujących odpadów:

- 200203 - inne odpady nie ulegające biodegradacji;
- 150106 - zmieszane odpady opakowaniowe;
- 1501007 - opakowania ze szkła;
- 200132 - leki inne niż wymienione w 20 02 31;
- 160103 - zużyte opony;
- 200136 - zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne;
- 160605 - inne baterie i akumulatory;
- 160604 - baterie alkaiczne.

Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego wykonawca PGKiM powinien podlegać wykluczeniu z postępowania wobec nie spełnienia ww. warunku udziału w postępowaniu.

W zakresie drugiego zarzutu Odwołujący wskazał na warunek udziału w postepowaniu z Rozdziału V pkt 3.2 SIWZ odnoszący się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej oraz

dokumenty, jakie miały zostać złożone w celu potwierdzenia jego spełnienia wskazane w Rozdziale VI pkt 2.5. SIWZ. Odwołujący podniósł, że wykonawca PGKiM przedstawił polisę

OC, która nie jest w jakikolwiek związana z przedmiotem zamówienia. W szczególności powołał się na katalog przedstawiony w kolumnie nr 5 na str. 1 polisy, w którym brak jest odniesienia do działalności dotyczącej odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Ubezpieczona działalność dotyczy robót budowlanych i prac z nimi związanych, zdaniem Odwołującego nie można zatem uznać, iż tak ubezpieczony przedmiot zamówienia jest w jakikolwiek sposób związany z przedmiotem zamówienia. Odwołujący wskazał, że zakres przedmiotowy polisy OC nie musi być identyczny z przedmiotem zamówienia, niemniej polisa powinna być z nim związana, co wynika nie tylko z treści ww. warunku udziału, ale także treści § 2 pkt 4 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Polisa powinna być chociaż w minimalnym zakresie zgodna z przedmiotem zamówienia, na potwierdzenie wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 grudnia 2017 r. o sygn. KIO 2444/17. Odwołujący wskazał także, że ww. rozbieżność zauważył sam Zamawiający, który wezwał wykonawcę PGKiM do złożenia wyjaśnień. Odwołujący nie zgodził się z wyjaśnieniami złożonymi przez PGKiM, gdyż w treści przedmiotowej polisy OC na próżno poszukiwać stwierdzenia, że „Ubezpieczona jest cała działalność Wykonawcy". W polisie wprost jest napisane jaką działalność ze wskazaniem kodów PKD obejmuje przedmiotowe ubezpieczenie, w którym to katalogu nie ma działalności związanej z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów komunalnych ani nawet podobnego przedmiotu. Odwołujący podniósł także, iż ww. informacje są konieczne do oceny ryzyka ubezpieczeniowego, co potwierdza także kolumna nr 4, oświadczenia do polisy ubezpieczenia PZU Doradca nr 1005799103 (strona 3 pliku „polisa") „Informacje do oceny ryzyka". Wskazane kody PKD wykonywanej działalności mają zatem istotne znaczenie pod kątem wysokości składki ubezpieczeniowej, która to wysokość jest bezpośrednio związana z oceną ryzyka.

Odwołujący wskazał także, że złożona polisa OC nie spełnienia wymogu dotyczącego wymaganej sumy gwarancyjnej na kwotę 100 000 zł. Zauważył, że w polisie OC zawarto zastrzeżenie, iż suma gwarancyjna na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia wynosi 100 tys. zł, natomiast suma gwarancyjna na jeden wypadek w okresie ubezpieczenia wynosi tylko 50 tvs. Zł, co nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący podniósł, iż według tak skonstruowanej polisy, w przypadku wystąpienia zdarzenia powodującego wystąpienie szkody i konieczności wypłaty z polisy, Ubezpieczyciel będzie zobligowany do zapłaty sumy do maksymalnej kwoty tylko 50 tys. zł. W przypadku natomiast gdy ew. szkoda przekroczy tę kwotę, to Ubezpieczyciel w świetle takiego skonstruowania warunków ubezpieczenia, nie będzie zobowiązany do wypłaty odszkodowania przewyższającego tę wartość. Kwestia ta ma istotne znaczenie z punktu widzenia wysokości składki ubezpieczeniowej i zdolności do posiadania określonego ubezpieczenia na określoną sumę gwarancyjną. Gdyby bowiem ubezpieczenie obejmowało sumę gwarancyjną na jeden wypadek w wysokości 100 tys. zł, niewątpliwie składka ubezpieczenia byłaby większa (Odwołujący powołał się art. 824 § 3 k.c.). W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać wykonawcę PGKiM do uzupełnienia polisy OC na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czego nie uczynił.

Dalej Odwołujący wskazał na warunek udziału w postępowaniu określony w Rozdziale V punkt 3.1. tiret 2 SIWZ dotyczący posiadania wpisu do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Zauważył, że wykonawca PGKiM był wzywany przez Zamawiającego do wyjaśnień w zakresie tego czy złożony wpis uwzględnia zezwolenie na zbieranie zużytego sprzętu elektronicznego i elektrycznego. Odwołujący nie zgodził się z wyjaśnieniami złożonymi przez wykonawcę PGKiM, wskazując, że z wpisu do rejestru BDO wynika, iż nie uwzględnia on zezwolenia na zbieranie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Odwołujący wskazał, że w szczególności wpisując ww. numer do elektronicznego rejestru BDO, w zakładce „Tabele", w Dziale IV dotyczącym działalności w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektronicznego, nie widnieje żaden wpis. Wyjaśnił, że ta informacja powinna znajdować się w Dziale IV ww. rejestru BDO zatytułowanym „Działalność wynikająca z ustawy z dnia 11 września 2015 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym", w Tabeli nr 2 pn. „Zbierający zużyty sprzęt", która jest jednak pusta. We wpisie brak jest jakichkolwiek informacji, że „tabela zawiera dane", tak jak to wynika np. z Działu VIII BDO dla ww. podmiotu w zakresie transportu odpadów. W świetle powyższego, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę z przedmiotowego postępowania, względnie zastosować art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i wezwać wykonawcę do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego wpis do rejestru w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Odwołujący wskazał także na warunek udziału w postępowaniu z rozdziału V punkt 3.1 tiret 1 SIWZ posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach,

prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów. Podniósł, że złożone przez wykonawcę PGKiM zaświadczenie o zmianie wpisu zostało wydane dnia 4 czerwca 2020 r., tj. 2 dni po terminie składania ofert, wobec czego Zamawiający był zobligowany do wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego ww. warunek udziału w postępowaniu w dacie składania ofert. W ocenie Odwołującego na podstawie złożonego dokumentu nie wiadomo, czy w dniu składania ofert ww. podmiot spełniał przedmiotowy warunek i czy posiadał uprawnienia do wykonywania określonej działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów. Względnie w przypadku, gdy Zamawiający posiadał wiedzę (na podstawie posiadanych prze niego dokumentów), iż na

dzień składania ofert wykonawca PGKiM nie spełnia ww. warunku udziału w postępowaniu,

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 oraz art. 7 ust.1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie jego zastosowania i zaniechania wykluczenia z postępowania wykonawcy PGKiM podczas gdy ww. wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie kompetencji i uprawnień do wykonywania określonej działalności zawodowej.

W dniu 13 lipca 2020 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbiu w piśmie zawierającym zgłoszenie przystąpienia wskazał na niezasadność zarzutów odwołania.

W zakresie pierwszego zarzutu wskazał, że postanowienia SIWZ nie uprawniają Zamawiającego do żądania od wykonawcy przedstawienia umowy z podmiotem, któremu zostaną przekazane odpady, a jedynie wskazuje na obowiązek posiadania stosownej umowy od dnia rozpoczęcia wykonywania zamówienia. Podkreślił, że forma przetwarzania lub zagospodarowania odpadów (we własnym zakresie czy też poprzez przekazanie innemu podmiotowi) może ulegać zmianie w czasie wykonywania zamówienia. Istotą obowiązku wykonawcy w tym zakresie jest prawidłowe zagospodarowanie odpadów, zgodne z przepisami prawa. W przypadku zatem, w którym wykonawca nie będzie przekazywał odpadów o określonych kodach do podmiotu zewnętrznego, zobowiązany jest zgodnie z prawem zagospodarować je we własnym zakresie i odwrotnie. Wykonawca wskazał, że odpowiedzialność w tym zakresie spoczywa na wykonawcy zamówienia i nie ma wpływu na postępowanie przetargowe. Dodał, że zobowiązany jest posiadać wpis we właściwych rejestrach w czasie realizacji zamówienia.

W zakresie zarzutu dotyczącego polisy OC wykonawca PGKiM podniósł, iż ubezpieczenie obejmuje całokształt jego działalności, co wynika ze zwrotu „Ubezpieczona działalność wraz z PKD" a wskazane PKD ma jedynie charakter przykładowy i precyzujący. Zdaniem PGKiM gdyby intencją stron było ograniczenie zakresu ubezpieczenia, to stosowny zwrot brzmiałby „Ubezpieczona działalność w zakresie PKD" lub Ubezpieczona działalność obejmująca PKD". Wykonawca wskazał także, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ wymagania, aby suma gwarancyjna za jedno zdarzenie wynosiła 100 000 zł. Zauważył ponadto, że kwestia wysokości składki jest sprawą wewnętrzną pomiędzy nim a zakładem ubezpieczeń.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego wpisu do BDO, wykonawca PGKiM powołał się na art. 236b ust. 3 ustawy o odpadach, podnosząc, że w chwili obecnej do wykonywania zadania polegającego na zbieraniu zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego nie ma obowiązku uzyskania wpisu do rejestru, a jedynie złożenia wniosku o taki wpis, co wykonawca

PGKiM uczynił.

W zakresie zarzutu dotyczącego wpisu w rejestrze działalności regulowanej, wykonawca PGKiM wskazał, że Zamawiający posiada z urzędu wiedzę w zakresie wpisu w rejestrze, prowadzonym przez Zamawiającego. Podniósł, iż stosowny wpis posiada, a Odwołujący tego nie kwestionuje. Wyjaśnił, iż dokonał wpisu w dniu 20 kwietnia 2020 r., natomiast w terminie późniejszym złożył wniosek o zmianę wpisu, a w dniu 4 czerwca 2020 r. zostało wydane zaświadczenie o zmianie wpisu. Była to zmiana wpisu dokonanego 20 kwietnia 2020 r., a nie dokonanie nowego wpisu. Wykonawca wskazał, iż zgodnie z art. 9c ust. 6 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach wpis jest dokonany z chwila zamieszczenia danych w rejestrze, co miało miejsce 20 kwietnia 2020 r.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego i Uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk Odwołującego i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Dąbiu (dalej jako „Przystępujący") i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu w charakterze Uczestnika.

Izba uznała, iż Odwołujący, którego oferta znajdowała się na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert i który domagał się wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, w szczególności specyfikacji istotnych warunków zamówienia, informacji z otwarcia ofert, oferty Przystępującego, oświadczeń i dokumentów złożonych przez Przystępującego na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp, wezwań kierowanych do Przystępującego w toku postępowania na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp oraz złożonych w odpowiedzi na nie oświadczeń i dokumentów, zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej. Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Odwołującego i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone w pismach procesowych (odwołaniu, zgłoszeniu przystąpienia) oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 sierpnia 2020 roku.

Izba ustaliła, co następuje:

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, z mobilnej zbiórki i PSZOK z terenu Gminy Grabów. Zgodnie z OPZ stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ zamówieniem objęte były następujące rodzaje odpadów: 200301 Nie segregowane (zmieszane) odpady komunalne, 200203 Inne odpady nie ulegające biodegradacji, 150106 Zmieszane odpady opakowaniowe, 150107 Opakowania ze szkła, 200132 Leki inne niż wymienione w 20 02 31, 170107 Zmieszane odpady z betonu, gruzu , odpady ceramiczne, 160103 Zużyte opony, 200136 Zużyte urządzeni elektryczne i elektroniczne, 200136 Odpady wielkogabarytowe, 160605 Inne baterie i akumulatory, 160604 Baterie alkaiczne.

W Rozdziale V pkt 3 SIWZ Zamawiający opisał warunki udziału w postępowaniu. W punkcie 3.1. określono warunki w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, wskazując, iż wykonawca zobowiązany jest:

- posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów;

- posiadać wpis do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701), w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego oraz w zakresie transportu odpadów;

- posiadać zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanego przez właściwy organ, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 poz. 701), w tym w szczególności art. 232 - w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zbierać odpady komunalne, prowadzić odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych we własnym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazać odpady innemu podmiotowi, w celu ich odzysku lub unieszkodliwienia, powinien zawrzeć na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazać odpady innemu podmiotowi, prowadzącemu odzysk lub unieszkodliwienie poza granicami RP, powinien zawrzeć umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie, wynikające z obowiązujących przepisów prawa.

W Rozdziale V pkt 3.2 SIWZ określono warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do sytuacji ekonomicznej lub finansowej, w ramach którego wykonawca zobowiązany jest do posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 100 000 zł.

W Rozdziale VI SIWZ Zamawiający przedstawił wykaz oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu. Zgodnie z pkt 2 Zamawiający wymagał złożenia na wezwanie m.in. następujących dokumentów:

- wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010), prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów (pkt. 2.1);

- wpis do rejestru, prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1, w związku z art. 50 ust. 1 pkt 3 lit. b) i pkt 5 lit. b) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701), w zakresie transportu odpadów (pkt. 2.2);

- zezwolenie na zbieranie odpadów i zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydanego przez właściwy organ, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 poz. 701), w tym w szczególności art. 232 - w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zbierać odpady komunalne, prowadzić odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych we własnym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazać odpady innemu podmiotowi, w celu ich odzysku lub unieszkodliwienia, powinien zawrzeć na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazać odpady innemu podmiotowi, prowadzącemu odzysk lub unieszkodliwienie poza granicami RP, powinien zawrzeć umowę na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie, wynikające z obowiązujących przepisów prawa (pkt 2.3);

- dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego;

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty, w tym Przystępującego, która uzyskała najwięcej punktów w kryteriach oceny ofert oraz Odwołującego, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu oceny ofert. Przystępujący w formularzu ofertowym (pkt III.1) wskazał jako instalację do przetwarzania odpadów Miejski Zakład Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie w zakresie wszystkich rodzajów odpadów wyszczególnionych w ww. punkcie (segregowanych i niesegregowanych odpadów komunalnych). Ponadto Przystępujący w JEDZ wskazał, że spełnia wszystkie kryteria kwalifikacji.

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 2 czerwca 2020 r. do złożenia dokumentów i oświadczeń wymienionych w Rozdziale VI pkt 2 i 3 SIWZ, Przystępujący złożył m.in.:

- decyzję Starosty Kolskiego z dnia 14 czerwca 2017 r. o zezwoleniu na zbieranie odpadów przez Przystępującego;

- decyzję Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 kwietnia 2018 r. o nadaniu Przystępującego numeru rejestrowego 000011843 w Bazie danych o produktach i opakowaniach oraz gospodarce odpadami;

- zaświadczenie z dnia 4 czerwca 2020 r. o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów. W zaświadczeniu wskazano, że w rejestrze pod numerem 8 dokonano zmiany wpisu i przedstawiono jego aktualną treść, określającą dane identyfikacyjne Przystępującego oraz rodzaj odbieranych odpadów komunalnych;

- polisę ubezpieczenia PZU Doradca nr 1005799103, w treści której w polu „Ubezpieczenie odpowiedzialności cywilnej" wskazano: „Odpowiedzialność cywilna w związku z posiadanym mieniem lub prowadzoną działalnością. W polisie wskazano: „Ubezpieczona działalność wraz z PKD: Wykonywanie pozostałych robót budowlanych wykończeniowych (43.39.Z), Wykonywanie konstrukcji i pokryć dachowych (43.91 .Z), Posadzkarstwo; tapetowanie i oblicowywanie ścian (43,33.Z), Malowanie i szklenie (43.34.Z), Tynkowanie (43.31.Z), Zakładanie stolarki budowlanej (43.32.Z), Przygotowanie terenu pod budowę (43.12.Z), Wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, cieplnych, gazowych i klimatyzacyjnych (43.22.Z), Realizacja projektów budowlanych związanych ze wznoszeniem budynków (41.10.Z) Roboty związane z budową pozostałych obiektów inżynierii lądowej i wodnej, gdzie indziej niesklasyfikowane (42.99.Z), Pobór, uzdatnianie

i dostarczanie wody (36.00.Z), Odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (37.00.2), Zarządzanie nieruchomościami wykonywane na zlecenie (68.32.Z), Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej niesklasyfikowane (43.99.Z), Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi (68.20.Z).” W treści polisy wskazano także sumę gwarancyjną na wszystkie wypadki w okresie ubezpieczenia - 100 000 zł oraz sumę gwarancyjną na jeden wypadek w okresie ubezpieczenia - 50 000 zł.

Zamawiający w dniu 17 czerwca 2020 r., w odniesieniu do dokumentu Marszałka Województwa Wielkopolskiego z dnia 18 kwietnia 2018 r. o nadaniu Przystępującego numeru rejestrowego BDO, wezwał Przystępującego do wyjaśnienia czy wpis do rejestru uwzględnia zezwolenia na zbieranie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, czego Zamawiający wymagał zgodnie z pkt V.3.1. tiret 2 SIWZ. W odpowiedzi na powyższe Przystępujący wyjaśnił, iż „wpis do rejestru prowadzonego przez Marszałka Województwa Wielkopolskiego uwzględnia zezwolenia na zbieranie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.”

Pismem z dnia 24 czerwca 2020 r. Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie polisy ubezpieczeniowej. Zamawiający wskazał, iż Przystępujący złożył polisę OC w zakresie prowadzonej działalności, w której wymieniono ubezpieczoną działalność wraz z PKD, brak jest wykazania ubezpieczenia w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia zgodnie z wymogami pkt V.3.2 SIWZ - Zamawiający poprosił o wyjaśnienia w tym zakresie. W tym samym piśmie Zamawiający wezwał Przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia dokumentu, z którego będzie wynikało, że Przystępujący posiada zgodnie z wymogami pkt V.3.1 tiret 3 SIWZ zezwolenie na przetwarzanie odpadów wydane przez właściwy organ w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 poz. 701), w tym w szczególności art. 232 - w przypadku, gdy Wykonawca zamierza zbierać odpady komunalne, prowadzić odzysk lub unieszkodliwianie odpadów komunalnych we własnym zakresie. W przypadku, gdy Wykonawca zamierza przekazać odpady innemu podmiotowi (w ofercie wykonawca wskazał, że będzie przekazywał wszystkie odpady komunalne do Miejskiego Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w Koninie), to zobowiązany jest udokumentować Zamawiającemu, że z tym podmiotem posiadającym zezwolenie w wymaganym zakresie ma zawarte porozumienie lub umowę lub inny dokument na przetwarzanie przekazanych z gminy Grabów odpadów komunalnych, tj. ich odzysku i unieszkodliwienia.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie Przystępujący w piśmie z 25 czerwca 2020 r. wyjaśnił, iż „załączona do oferty polisa ubezpieczeniowa Wykonawcy obejmuje swoim zakresem całą działalność Wykonawcy, co zostało wskazane w przedmiotowej polisie OC. Uprzejmie zwracam uwagę, iż działalność Wykonawcy obejmuje również przedmiot zamówienia”. Przystępujący wskazał także, iż składa Umowę nr 51/2018/DŚ/O z dnia 28.06.2018 r. zawartą pomiędzy Wykonawcą a Miejskim Zakładem Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. w zakresie zagospodarowania odpadów. Ponadto, wskazał, iż w cz. VI pkt 2.3 SIWZ nie wskazano, iż Wykonawca jest zobowiązany do przedłożenia przedmiotowej umowy, a jedynie, iż Wykonawca „powinien zawrzeć na wskazany zakres z podmiotem posiadającym zezwolenie w tym zakresie” umowę. Przystępujący dodał, że zgodnie z art. 9 e ust. 1 pkt. 2 ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach - w chwili obecnej podmiot odbierający odpady komunalne przekazuje je do instalacji komunalnej wedle swego wyboru, natomiast MZGOK Sp. z o.o. ma prawo przyjąć odpady komunalne również wedle swego wyboru, nie tylko z terenu gmin należących do regionu VIII, co zostało zmienione na mocy nowelizacji ww. ustawy obowiązującej od dnia 6 września 2019 r., tj. już po zawarciu ww. umowy. Pismem z dnia 26 czerwca 2020 r. Przystępujący wyjaśnił ponadto, że gruz budowlany (kod 170101, 170102, 170103, 170107) przetwarza na podbudowy we własnym zakresie, natomiast tekstylia i odzież (kod 200111) Wykonawca przekazuje do MZGOK Sp. z o.o. w Koninie.

Przedmiotem załączonej do wyjaśnień umowy nr 51/2018/DŚ/O z dnia 28 czerwca 2018 r. zawartej między MZGOK Sp. z o.o. a Przystępującym jest zagospodarowanie przez RIPKO odpadów pochodzących z terenu gmin należących do regionu VIII (...), zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych, odpadów zielonych, odpadów selektywnie zbieranych takich jak papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło oraz bio oraz odpadów z innych grup określonych w katalogu odpadów. Zgodnie z § 2 ust. 2 umowy Dostawca (Przystępujący) zadeklarował dostarczanie we wskazanych ilościach odpadów: 20 03 01 - niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne; 20 01 01 - Papier i tektura; 20 01 02-Szkło; 20 01 39 - Tworzywa sztuczne; 20 03 07 - odpady wielkogabarytowe; 16 01 03 -

Zużyte opony; 20 03 99 - Odpady komunalne nie wymienione w innych podgrupach - popioły. Do powyższych rodzajów odpadów odnosi się także § 5 umowy, w którym ustalono wysokość opłat. Zgodnie z aneksem nr 1 z dnia 24 października 2019 r. zmianie uległ § 2 ust. 2, w którego treści dodano także odpady o kodzie 20 01 35 - zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23, zawierające niebezpieczne składniki. Zmieniono odpowiednio także § 5 umowy.

Zamawiający w dniu 29 czerwca 2020 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za która uznał ofertę Przystępującego.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na częściowe uwzględnienie.

Za zasadny Izba uznała zarzut wskazany w punkcie 1 lit. b odwołania, dotyczący niespełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1 tiret drugie SIWZ.

Przedmiotowy warunek udziału w postępowaniu dotyczył posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach (dalej jako „ BDO"), w zakresie transportu odpadów oraz w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Treść ww. warunku była precyzyjna i jednoznaczna, nie budziła wątpliwości, nie była także przedmiotem pytań wykonawców ani nie była kwestionowana w drodze środków ochrony prawnej. Jako, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert, to już w tym momencie Przystępujący musiał posiadać wymagane przez Zamawiającego uprawnienia, tj. posiadać wpis do BDO w zakresie transportu odpadów i w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Tymczasem - jak wykazało postępowanie odwoławcze - Przystępujący takiego wpisu nie posiadał ani w dacie składania oferty, ani nie posiada go obecnie. Odwołujący złożył na rozprawie wydruk informacji z rejestru BDO datowany na dzień rozprawy, potwierdzający zarzucany w odwołaniu brak posiadania przez Przystępującego wpisu do BDO w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Przystępujący nie kwestionował ww. okoliczności ani nie podnosił, że stosowny wpis posiadał składając ofertę, wręcz przeciwnie, Przystępujący wskazał jedynie na rozprawie, że nie wie czemu takiego wpisu w BDO nie zawarto, ale złożył w tym zakresie wniosek. Tym samym Przystępujący przyznał, że wymaganego wpisu nie posiadał i nie posiada. W konsekwencji okoliczność, iż w dacie składania ofert (ani po tym terminie) Przystępujący nie posiadał wpisu do BDO w wymaganym przez Zamawiającego zakresie była de facto bezsporna i nie budziła wątpliwości. Skoro zaś posiadanie stosownego wpis do BDO stanowiło warunek udziału w postępowaniu, to Przystępujący tego warunku w ocenie Izby nie spełniał.

Na powyższą ocenę nie ma wpływu podnoszona przez Przystępującego okoliczność, iż przed upływem terminu składania ofert doszło do czasowego wyłączenia stosowania przepisów, które warunkowały prowadzenie działalności od posiadania wpisu do rejestru. Fakt, że na mocy art. 236b ust. 3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 797 ze zm.), obowiązującego od 16 maja 2020 r., określonym podmiotom w terminie do 31 grudnia 2020 r. umożliwiono rozpoczęcie prowadzenia działalności w zakresie m.in. zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego przed uzyskaniem wpisu do rejestru, po złożeniu stosownego wniosku, nie oznacza, że zmianie uległa treść warunku udziału w postepowaniu. Zamawiający nie dokonał modyfikacji treści warunku określonego w Rozdziale V pkt 3.1 tiret drugie SIWZ, a jego brzmienie nie było sprzeczne z obowiązującymi przepisami prawa, Zamawiający był bowiem co do zasady uprawniony wymagać, aby wykonawca realizujący usługę posiadał wpis do BDO w dacie składania ofert. Żaden z wykonawców, w tym Przystępujący, nie sygnalizował potrzeby wprowadzenia modyfikacji SIWZ w związku z dodaniem art. 236b w ustawie o odpadach, podczas gdy obiektywnie istniała taka możliwość (termin składania ofert ustalono na 2 czerwca 2020 r.).

Uzupełniająco Izba wskazuje, że Przystępujący powołując się na wyżej omówioną zmianę przepisów oraz fakt złożenia wniosku o wpis do BDO w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, w ogóle nie wykazał ani faktu złożenia takiego wniosku, ani tego, że jego złożenie miało miejsce przed upływem terminu składania ofert. Nie stanowi wiarygodnego dowodu na tę okoliczność przedłożone na rozprawie urzędowe

poświadczenie odbioru, na podstawie którego nie da się ustalić, że wniosek aktualizacyjny, którego przesłanie potwierdzać ma UPO, dotyczył aktualizacji danych w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Z UPO nie wynika także data złożenia dokumentu. Kopii samego wniosku aktualizacyjnego Przystępujący również nie przedstawił. W tym stanie rzeczy trudno uznać stanowisko Przystępującego za uprawdopodobnione, nie mówiąc o jego udowodnieniu.

Podobnie nie znajdują żadnego uzasadnienia twierdzenia Przystępującego, że wystarczające i kluczowe jest to, że posiada zezwolenie na zbieranie tego rodzaju sprzętu, a nie wpis do rejestru BDO, który jest nową instytucją. Okoliczność, że być może w świetle zmiany przepisów Przystępujący przez pewien okres mógłby realizować zamówienie bez posiadania wpisu do BDO, nie zmienia faktu, że nie spełnia ustalonego warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący w swojej argumentacji nie rozróżnia etapu ubiegania się o udzielenie zamówienia od etapu realizacji tego zamówienia. Warunki udziału w postępowaniu zostały ustalone przez Zamawiającego w sposób jednoznaczny. Jeżeli Przystępujący uważał je za nieadekwatne czy nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia był uprawniony do wniesienia odwołania wobec treści SIWZ, czego nie uczynił. Był również uprawniony do sygnalizowania Zamawiającemu zmian w obowiązujących przepisach, jeśli w świetle tych zmian dostrzegł potrzebę modyfikacji postanowień SIWZ. Tak ustalone warunki udziału w postępowaniu stały się wiążące, a brak ich respektowania obecnie przez Zamawiającego prowadziłby do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Podkreślenia wymaga, że SIWZ, od momentu jej udostępnienia, jest wiążąca nie tylko dla wykonawców, ale także dla zamawiającego. Zamawiającemu na etapie oceny ofert nie wolno swobodnie interpretować jej zapisów i odstępować od ustanowionych wymogów, prowadziłoby to bowiem do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców. Na etapie oceny ofert niedopuszczalne jest dokonywanie przez zamawiającego jakichkolwiek zmian w zakresie interpretacji wymogów SIWZ oraz dokonywanie badania i oceny ofert z pominięciem wymagań narzuconych treścią SIWZ (por. m.in. uchwała KIO z dnia 18 marca 2019 r., sygn. akt KIO/KD 17/19).

W ocenie Izby postępowanie odwoławcze w sposób jednoznaczny i nie budzący wątpliwości wykazało, że Przystępujący nie posiada i nie posiadał w dacie składania ofert wpisu do rejestru BDO w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Okoliczność ta, jak wskazano powyżej, nie była nawet sporna pomiędzy stronami, ani w złożonym piśmie, ani na rozprawie Przystępujący nie twierdził, aby wymagany wpis posiadał. Tym samym nie może być mowy o tym, aby Przystępujący spełnił warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1 tiret drugie SIWZ. Co istotne, brak posiadania wymaganych uprawnień w dacie składania oferty (wpisu do rejestru BDO w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego) w omawianym przypadku ma charakter nieusuwalny - skoro bowiem wykazane zostało, że Przystępujący na moment upływu terminu składania ofert w ogóle nie posiadał wymaganego wpisu do rejestru (a nie jedynie nie wykazał posiadania takiego wpisu za pomocą stosownych oświadczeń lub dokumentów), to nie jest już możliwe konwalidowanie tego braku i potwierdzenie spełnienia tego wymogu w dacie składania ofert za pomocą jakichkolwiek oświadczeń lub dokumentów (nie ma możliwości dokonania wpisu do rejestru z datą wsteczną). W zakresie wymaganych kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności Przystępujący nie może także korzystać z potencjału podmiotu trzeciego, co wynika z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp a contrario. Złożone przez Przystępującego oświadczenie o spełnieniu przedmiotowego warunku udziału w postepowaniu zostało skutecznie zakwestionowane. Nawet zaś przyjmując interpretację postanowień SIWZ umożliwiającą Przystępującemu uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postepowaniu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp (których Zamawiający w treści SIWZ w odniesieniu do kwestii posiadania wpisu do BDO w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego wprost nie żądał), to w przedmiotowym przypadku wszczęcie takiej procedury naprawczej na podstawie ww. przepisu, byłoby niecelowe. Izba zwraca uwagę na stanowisko zaprezentowane przez Sąd Najwyższy - Izbę Cywilną w postanowieniu z dnia 1 marca 2018 r., sygn. akt I CSK 657/17 (wydanym co prawda w odniesieniu do kwestii zatrzymania wadium, niemniej adekwatnym również na gruncie rozpoznawanej sprawy), iż ocena czy istnieją podstawy do uruchomienia procedury naprawczej, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zawsze zależy od oceny konkretnych okoliczności danej sprawy. Jak wskazał SN, jeżeli dokumentacja złożona przez wykonawcę wskazuje, że nie spełnia on warunków ustalonych przez zamawiającego w sposób nieusuwalny, to wówczas nie ma podstaw do wszczęcia procedury naprawczej na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, a wykonawca powinien zostać wykluczony od udziału w przetargu bez podejmowania próby usunięcia braków oferty (por. także wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 14 marca 2013 r., sygn. akt I CSK 444/12, wyrok Sądu Najwyższego - Izba Cywilna z dnia 10 maja 2013 r., sygn. akt I CSK 422/12).

Mając na uwadze powyższe, Izba nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1 tiret drugie SIWZ, dotyczącego posiadania wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego

marszałka województwa, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy o odpadach, w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Za zasadny w części Izba uznała również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, w zakresie odnoszącym się do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadanie przez

Przystępującego wymaganego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (zarzut oznaczony nr 2 lit. a odwołania).

Podkreślić należy, że zgodnie z postanowieniami Rozdziału V pkt 3.2. SIWZ Zamawiający wymagał posiadania ubezpieczenia OC w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 100.000,00 zł. Jakkolwiek powyższe nie oznacza, że zakres ubezpieczenia OC powinien być zbieżny, tożsamy z przedmiotem zamówienia (co wynika z faktu, iż polisa OC składana przez wykonawcę w postępowaniu służy wykazaniu warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej wykonawcy i nie powinna być utożsamiana z ubezpieczeniem kontraktu), to niewątpliwie zakres ten powinien być z przedmiotem zamówienia związany. Tymczasem, jak słusznie zauważył Odwołujący, zakres polisy OC złożonej przez Przystępującego w postępowaniu w żaden sposób nie referuje chociażby w minimalnym zakresie do przedmiotu zamówienia, który obejmuje usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Wbrew stanowisku Przystępującego, z treści polisy nie sposób wyprowadzić wniosku, że zakres ubezpieczenia obejmuje całą faktyczną działalność Przystępującego. W szczególności takiego wniosku nie sposób wywieść ze sformułowania „ubezpieczona działalność wraz z PKD." Izba nie podziela stanowiska Przystępującego, iż wyszczególnienie w treści polisy konkretnych rodzajów działalności ma charakter przykładowy i porządkujący. Wręcz przeciwnie - katalog wskazany w treści polisy zdaje się mieć charakter enumeratywny. Po wskazaniu „ubezpieczona działalność wraz z PKD" dano dwukropek i wymieniono konkretne rodzaje działalności wraz z podaniem ich numeru PKD, nie zawarto sformułowań typu „w szczególności" czy „w tym", po których można byłoby wnioskować, że zawarty w treści polisy katalog ma charakter otwarty, a polisa obejmuje całą faktyczną działalność Przystępującego. Ponadto wskazany w treści polisy zakres działalności jest zbieżny także z zakresem działalności wskazanym w załączonym do polisy oświadczeniu w punkcie 4 „Informacje do oceny ryzyka" ppkt 1) „Działalność prowadzona w lokalizacji wraz z PKD". Z powyższego oświadczenia również nie wynika, aby wymieniona tam działalność miała charakter jedynie przykładowy. Złożone dokumenty w żadnym miejscu nie wskazują, aby zakresem polisy objęto także działalność związaną z usługami odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Żaden z wyszczególnionych w treści polisy zakresów działalności nie jest nawet zbliżony do przedmiotu zamówienia.

Dla uznania prawidłowości złożonej polisy zdecydowanie nie jest wystarczające lakoniczne wyjaśnienie złożone przez Przystępującego w toku postepowania o udzielenie zamówienia, oparte na stwierdzeniu, jakoby w polisie OC wskazano, iż obejmuje ona swoim zakresem całą działalność wykonawcy. Powyższe nie znajduje odzwierciedlenia w treści złożonego dokumentu ubezpieczenia. Z kolei konsekwencje podnoszonej przez Przystępującego na rozprawie okoliczności, że przez nieuwagę PKD nie zostały zaktualizowane w treści polisy, obciążają wyłącznie Przystępującego, który jako profesjonalista powinien zadbać o to, aby składany dokument potwierdzał wymogi wynikające z treści warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Izba wskazuje, iż załączone przez Przystępującego do pisma procesowego oświadczenie ubezpieczyciela nie może mieć wpływu na rozstrzygnięcie. Izba nie może uprzedzać działań Zamawiającego i zastępować go w jego ustawowych obowiązkach - weryfikacja spełnienia warunku udziału w postępowaniu w oparciu o inne dokumenty niż pierwotnie złożone powinna nastąpić w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Złożenie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postepowaniu oraz ich weryfikacja powinna mieć miejsce w toku postępowania o udzielenie zamówienia, a nie na rozprawie przed Izbą.

W tym stanie rzeczy, w ocenie Izby Zamawiający powinien był wezwać Przystępującego do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.2. SIWZ. Niemniej wobec faktu, iż Izba uwzględniła zarzut dalej idący i nakazała Zamawiającemu wykluczenie Przystępującego z postepowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, wszczęcie procedury z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp byłoby w obecnej sytuacji bezprzedmiotowe. W konsekwencji, pomimo zasadności przedmiotowego zarzutu, pozostaje on bez wpływu na wynik postępowania.

Pozostając w temacie wymaganego ubezpieczenia OC, Izba za bezzasadną uznała argumentację Odwołującego odnoszącą się do niespełnienia przedmiotowego warunku

udziału w postępowaniu w zakresie wymaganej sumy gwarancyjnej. Izba miała na względzie, że Zamawiający nie doprecyzował treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.2. SIWZ, poprzez wskazanie, że suma gwarancyjna ma odnosić się do jednego i wszystkich zdarzeń. Zgodnie z art. 824 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1145 ze zm.) jeżeli nie umówiono się inaczej, suma ubezpieczenia ustalona w umowie stanowi górną granicę odpowiedzialności ubezpieczyciela. Ponieważ Zamawiający nie sprecyzował do czego referuje ustalona wysokość sumy gwarancyjnej, to pojęcie „suma gwarancyjna" użyte w treści warunku udziału w postępowaniu, rozumieć należy tak, jak wskazują na to powszechnie obowiązujące przepisy - a zatem jako maksymalny limit odpowiedzialności ubezpieczyciela, górną granicę tej odpowiedzialności. Nie ma przy tym znaczenia czy takie rozumienie tego pojęcia będzie bardziej czy mniej korzystne dla Zamawiającego. Podkreślić należy, że przedstawiany celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postepowaniu dokument ubezpieczenia nie służy zabezpieczeniu realizacji zamówienia, lecz potwierdzeniu, że wykonawca posiada ubezpieczenie OC w wysokości określonej przez Zamawiającego, a przez to znajduje się w sytuacji ekonomicznej i finansowej dającej rękojmię należytego wykonania zamówienia. Powyższe powoduje także, że Zamawiający badając składane przez wykonawców polisy nie jest co do zasady uprawniony do oceniania stosowanych przez ubezpieczycieli klauzul dotyczących wariantów ubezpieczenia czy sublimitów, chyba że poczynił stosowne zastrzeżenia w treści warunku udziału w postępowaniu (por. m.in. wyrok z dnia 24 czerwca 2014 r., sygn. akt KIO 1147/14). Skoro Zamawiający nie wskazał wyraźnie w SIWZ, że górna granica odpowiedzialności ma dotyczyć każdego i wszystkich zdarzeń, to nie sposób uznać, aby przedstawiona przez Przystępującego polisa OC nie odpowiadała postawionemu warunkowi w zakresie wysokości sumy gwarancyjnej.

Za niezasadny Izba uznała zarzut dotyczący niewykazania przez Przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów i zezwolenia na przetwarzanie odpadów, który Odwołujący wiązał z nieposiadaniem przez Przystępującego umowy z podmiotem posiadającym zezwolenie w zakresie wszystkich rodzajów odpadów, jakie będą odbierane w ramach przedmiotowego zamówienia (zarzut oznaczony nr 1 lit. a w petitum odwołania).

Dla oceny dokonanej przez Izbę zasadnicze znaczenie miał sposób ukształtowania postanowień SIWZ przez Zamawiającego. Zauważyć należy, że Zamawiający wymagał posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz zezwolenia na przetwarzanie odpadów wydanych przez właściwy organ w rozumieniu ustawy o odpadach. Zamawiający nie wskazał, iż w celu spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaga posiadania stosownego zezwolenia w odniesieniu do wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający w treści warunku nie sprecyzował zakresu zezwolenia, które winien posiadać wykonawca w momencie upływu terminu składania ofert. Rozróżnienia zaś wymaga weryfikacja podmiotowa wykonawcy dokonywana w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach której zamawiający bada spełnianie przez wykonawcę minimalnych poziomów zdolności, od etapu realizacji zamówienia, kiedy to wymaga się od wykonawcy dysponowania pełnym zakresem uprawnień (por. m.in. wyrok z dnia 3 czerwca 2020 r., sygn. akt KIO 401/20, KIO 403/20). Okoliczność, że wykonawca, który uzyska zamówienie, zobligowany będzie posiadać stosowne decyzje zezwalające na zbieranie wszystkich odpadów objętych zamówieniem (lub stosowne umowy zawarte z podmiotem, który takie decyzje posiada), aby nie narazić się na ewentualne sankcje w postaci kar pieniężnych nakładanych w trybie administracyjnym, nie oznacza automatycznie, że każdorazowo już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawca musi posiadać decyzje zezwalające na zbieranie i przetwarzanie wszystkich rodzajów odpadów objętych zamówieniem. Wymóg taki zależny będzie decyzji zamawiającego, który kształtując treść warunków udziału w postępowaniu dokonuje oceny, jakich minimalnych zdolności wymagać będzie od wykonawcy, aby dawał on rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Z literalnej treści warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1 tiret trzecie SIWZ, nie wynika żadne odesłanie, które wskazywałoby, że wymagane zezwolenia powinny obejmować swoim zakresem odpady objęte przedmiotem zamówienia. Zamawiający ograniczył się do wskazania, iż wykonawca ma legitymować się aktualnym zezwoleniem na zbieranie odpadów oraz na przetwarzanie odpadów, nie odsyłał do opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie sprecyzował zatem zakresu zezwolenia, które winien posiadać wykonawca na moment składania oferty i nie wymagał, aby zezwolenia obejmowały wszystkie rodzaje odpadów wymienione w OPZ, które przywołano w treści odwołania (podobnie wypowiedziała się Izba m.in. w wyroku z dnia 3 marca 2020 r., sygn. akt KIO 326/20). W konsekwencji okoliczność, iż umowa zawarta przez Przystępującego z podmiotem posiadającym zezwolenie na przetwarzanie odpadów nie obejmuje wszystkich rodzajów odpadów objętych zakresem zamówienia, nie świadczy o niespełnieniu przez Przystępującego omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Izba nie uwzględniła również zarzutu odnoszącego się do kwestii posiadania przez Przystępującego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, o którym mowa w art. 9b i 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów (zarzut oznaczony nr 1 lit. c oraz nr 2 lit. c w petitum odwołania).

Odnosząc się do przedmiotowego zarzutu w pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 25a ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp do oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawca dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie w zakresie wskazanym przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Informacje zawarte w oświadczeniu (składanym w niniejszym postępowaniu na formularzu JEDZ) stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Z powyższego przepisu wynika wprost, że wykonawca wraz z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które ma być aktualne na dzień składania ofert, a zatem warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień składania ofert. Nowelizacja ustawy Pzp z dnia 22 czerwca 2016 r. nie zmieniła powyższej zasady. Zmianie uległ jedynie moment składania przez wykonawców oświadczeń lub dokumentów (środków dowodowych) mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu, które w poprzednim stanie prawnym składane były wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu (tj. w dacie składania oferty), zaś obecnie składane są dopiero na dalszym etapie postępowania, na wezwanie Zamawiającego wystosowane na podstawie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp i jedynie przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona (por. wyrok KIO z dnia 19 października 2017 r., sygn. akt KIO 2056/17).

Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione już w dacie składania ofert - już w tym momencie wykonawca musi posiadać potencjał niezbędny do realizacji zamówienia (ekonomiczny, finansowy, techniczny, zawodowy, kompetencje czy też uprawnienia wymagane przez Zamawiającego i wskazane w SIWZ). Natomiast oświadczenia lub dokumenty, które mają potwierdzić spełnienie warunków udziału w postępowaniu, składane na wezwanie z art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp powinny być aktualne na dzień ich złożenia, a więc co do zasady mogą być datowane na dzień późniejszy niż data złożenia oferty. Istotne jest, aby treść oświadczeń lub dokumentów składanych na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie podważała prawdziwości złożonego w tym zakresie oświadczenia wstępnego. Wystarczające jest zatem obecnie przedstawienie aktualnego na dzień złożenia dokumentu z datą po dniu składania ofert, z poświadczeniem stanu faktycznego na dzień wystawienia dokumentu, o ile zachowuje on swą aktualność na dzień składania ofert rozumianą jako brak sprzeczności treściowej z oświadczeniem wstępnym.

Stawiając zarzut zaniechania wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale V pkt 3.1. tiret pierwsze SIWZ, Odwołujący zobowiązany był - zgodnie ze spoczywającym na nim ciężarem dowodu - do wykazania, że stan wynikający z dokumentu złożonego na wezwanie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp przez Przystępującego (posiadanie wpisu do wymaganego rejestru działalności regulowanej) nie istniał w dacie składania ofert. Zadaniem Odwołującego było podważenie domniemania prawdziwości złożonego uprzednio oświadczenia wstępnego, czego w ocenie Izby Odwołujący nie uczynił. Okoliczność, że zaświadczenie o zmianie wpisu zostało wydane kilka dni po upływie terminu składania ofert, nie podważa sama w sobie złożonego przez Przystępującego w JEDZ oświadczenia, że posiadał on wymagany wpis do rejestru działalności regulowanej, wszak zaświadczenie to dotyczy zmiany już istniejącego wpisu, a nie dokonania nowego wpisu. Odwołujący sam przyznał na rozprawie, że najprawdopodobniej Przystępujący wymagany wpis posiadał, a jedynie w dokumentacji postępowania nie ma dowodu na tę okoliczność. Powyższe w ocenie Izby nie jest wystarczające do uznania, że Przystępujący na podstawie złożonych oświadczeń i dokumentów nie wykazał spełnienia przedmiotowego warunku. Zauważyć należy, że inicjatywa dowodowa w tym zakresie nie była istotnie utrudniona, zgodnie bowiem z art. 43 ust. 4 ustawy z dnia 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1292 ze zm.) rejestry działalności regulowanej są jawne. Dane z rejestrów dotyczące firmy przedsiębiorcy oraz jego numeru identyfikacji podatkowej (NIP) są udostępniane w sieci teleinformatycznej. Organ może udostępnić w sieci teleinformatycznej także inne dane, z uwzględnieniem przepisów o ochronie danych osobowych. Odwołujący podważając fakt posiadania przez Przystępującego wymaganego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Grabów, prowadzonego przez Wójta Gminy Grabów co do zasady mógł to dość łatwo zweryfikować na stronie internetowej Zamawiającego. W konsekwencji przedmiotowy zarzut Izba uznała za niewykazany.

W tym stanie rzeczy Izba uznała, że odwołanie podlega częściowemu uwzględnieniu i na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 4 w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 1 i 2 lit. b) 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), zaliczając w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600 zł stanowiącą poniesione przez Odwołującego koszty postępowania odwoławczego z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

W kontekście kosztów postępowania wyjaśnienia wymaga, iż Izba co do zasady podziela pogląd ugruntowany w orzecznictwie sądów powszechnych, jak i w orzecznictwie Izby, iż w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek.
W przedmiotowej sprawie Izba orzekając w przedmiocie kosztów postępowania wzięła jednak pod uwagę okoliczność, iż pomimo wykluczenie Przystępującego z postępowania. Powyższe spowodowało, że rozstrzygnięcie Izby czyniło w pełni zadość głównemu żądaniu odwołania, które zmierzało do wyeliminowania oferty Przystępującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp - skutek ten został osiągnięty. W konsekwencji, w świetle wagi zarzutów uwzględnionych i skutku takiego rozstrzygnięcia dla wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, Izba uznała za zasadne obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego w całości.

Przewodniczący: .....