Sygn. akt: KIO 294/20

WYROK

z dnia 25 lutego 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 lutego 2020 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Produkcja Usługi Administracja

PUA Sp. z o.o. - ZPChr, Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o. o., ul.

Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Miasto i Gmina Łasin, ul. Radzyńska 2, 86-320 Łasin,

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i

oceny ofert,

2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Miasto i Gmina Łasin, ul. Radzyńska 2, 86-320 Łasin, i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr

(słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie - Konsorcjum: Produkcja Usługi Administracja PUA Sp. z o.o. - ZPChr, Przedsiębiorstwo Usług Miejskich

PUM Sp. z o. o. w Grudziądzu, ul. Cegielniana 4, 86-300 Grudziądz tytułem wpisu od odwołania,

2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od zamawiającego: Miasto i Gmina Łasin, ul. Radzyńska 2, 86-320 Łasin na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie -

Konsorcjum: Produkcja Usługi Administracja PUA Sp. z o.o. - ZPChr, Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o. o., ul. Cegielniana 4, 86-300

Grudziądz stanowiącą koszty poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do

Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 294/20

Uzasadnienie

Zamawiający: Miasto i Gmina Łasin prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „utrzymanie czystości i porządku w Mieście i Gminie Łasin w okresie od 01.01.2020 do 31.12.2023 r." Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2019/S 209 510815 w dniu 29 października 2019 r.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie - Konsorcjum w składzie: Produkcja Usługi Administracja PUA Sp. z o.o. - ZPChr oraz Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Sp. z o.o. z siedzibą lidera w Grudziądzu, wnieśli odwołanie od czynności

wyboru w dniu 6 lutego 2020 r. jako oferty najkorzystniejszej - oferty złożonej przez Zakład

Gospodarki Komunalnej w Łasinie. Odwołujący zarzucił rażące naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843):

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, poprzez brak wnikliwej analizy przedstawionej i następnie uzupełnionej oferty (już po raz drugi w tym samym temacie), zaniechanie wykluczenia wybranego oferenta ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, w szczególności poprzez:

a) brak uprawnień do wykonywania działalności regulowanej (RDR) na dzień składania ofert - wobec brak wpisu w tym Rejestrze kodów odpadów: 15 0104 - opakowania z metali; kodu 20 01 23 - urządzenia zawierające freony (z PSZOK) oraz 20 01 35 zużyte urządzenia

elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 0121, 20 0123 i 20 01 35, których

wymagał Zamawiający, a które są przewidziane do odbioru w ramach realizacji zadania;

b) brak obligatoryjnego wpisania - na dzień składania ofert - w Bazie Danych o Odpadach (BDO) większości kodów odpadów przewidzianych do odbioru i transportu, m.in. o kodzie 17 09 04 (zmieszane odpady budowlane), 20 01 08 (odpady kuchenne ulegające

biodegradacji) w ilości 80 Mg; 20 0110 (odzież z PSZOK), 20 01 32 (leki inne niż wymienione w 20 01 31) w ilości 0,24 Mg, 20 01 10 (odzież) w ilości 8 Mg, 16 01 03 (zużyte opony) w Ilości 160 Mg, 15 01 07 odpady ze szkła (w ilości 18 Mg), 15 01 02 (odpady z tworzyw sztucznych) w ilości 60 Mg, 15 01 01 (odpady z papieru i tektury) w ilości 232 Mg czy

wreszcie 15 01 02 (odpady z tworzyw sztucznych) w ilości 660 Mg; a przez to brak uprawnień do transportu odpadów, polegających na braku obligatoryjnej rejestracji w BDO w dziale VII (transportujący odpady) większości kodów zw. z realizacją przedmiotu zamówienia, mających znaczenie dla wykazania spełniania warunki opisanego w punkcie 5.2.1 SIWZ (aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów);

2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treść SIWZ, w szczególności poprzez brak na moment składania ofert stosownych zezwoleń i uprawnień (w zakresie odbioru i transportu odpadów), na co wskazano wyżej.

3. art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp, poprzez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty po terminie związania ofertą, który upłynął w dniu 27 stycznia 2020 r., a zarówno sami wykonawcy ani też na wniosek zamawiającego nie przedłużono okresu związania ofertą wraz z wniesionym wadium.

Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, jako spóźnionej, stwierdzenie, że procedura przetargowa zakończyła się wobec wyczerpania się terminu związania ofertą oraz obciążenie Zamawiającego kosztami wpisu od odwołania oraz zastępstwa procesowego. Jednocześnie Odwołujący wskazał, że wobec bezprawnego faktycznego udzielenia zamówienia od dnia 1.01.2020 r. przez Zamawiającego własnej jednostce organizacyjnej, tj. ZGK Sp. z o. o. w Łasinie z rażącym naruszeniem przepisów Pzp, w szczególności wyczerpania znamion opisanych w art. 200 ust. 1 pkt 1 lit.a Pzp oraz art. 200 ust. 2 pkt 7 Pzp, co miało wpływ na wynik postępowania - Odwołujący zapowiedział wdrożenie postępowania przed Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych celem nałożenia

kary pieniężnej.

Odwołujący wyjaśnił, że w przedmiotowym postępowaniu oferty złożył Odwołujący oraz Zakład Gospodarki komunalnej Sp. z o.o. w Łasinie.

Do istotnych postanowień SIWZ należał okres realizacji zadania - 48 m-cy; termin

składania ofert - 29.11.2019 r., a także wymagania w zakresie sprzętu i środków technicznych oraz posiadanych zezwoleń i decyzji. Zgodnie z warunkami udziału w postępowaniu (punkt XIV 5.2.1.1 i 2 SIWZ), Zamawiający postanowił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności. Ocena spełniania warunku udziału w postępowaniu miała być dokonana na zasadzie spełnia/nie spełnia. Wg Zamawiającego, wykonawcą zdolnym do należytego wykonania udzielonego zamówienia jest ten, który posiada wpis do rejestru działalności regulowanej MiG Łasin oraz posiada aktualne zezwolenie na transport odpadów. W istocie Zamawiający nie miał innych szczególnych oczekiwań od wykonawców. Tak więc poza formularzem ofertowym wykonawcy dodatkowo oświadczali o spełnianiu warunków w części IV JEDZ-a. W ogłoszeniu o zamówieniu Zamawiający przewidział ilości odpadów dla poszczególnych kodów.

Odwołujący, po zapoznaniu się z konkurencyjną ofertą stwierdził, że decyzja o wyborze oferty ZGK w Łasinie jest co najmniej przedwczesna, gdyż Zamawiający winien był odrzucić tę ofertę z uwagi na niespełnianie warunków udziału w postępowaniu. Stało się to podstawą odwołania w sprawie KIO 2610/19. Wyrokiem z dnia 10 stycznia 2020 r. KIO uwzględniła odwołanie (Odwołującego) i nakazała unieważnienie wyboru najkorzystniejszej ofert i wezwanie ZGK do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten posiada wpis do rejestru działalności regulowanej zgodnie z wymaganiami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenie na transport odpadów zgodnie z obowiązującą ustawą o odpadach.

Odwołujący podniósł bezczynność Zamawiającego od dnia 10 stycznia 2020 r. - brak podjęcia czynności związanych z prowadzonym postępowaniem do upływu w dniu 27.01.2020 r. terminu związania ofertą, a własna jednostka organizacyjna, tj. ZGK, realizowała usługę objętą przedmiotowym postępowaniem bez rozstrzygnięcia przetargowego ani jakiejkolwiek innej podstawy prawnej wskazanej w BIP.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający wymagał spełnienia na dzień składania ofert wpisu do rejestru działalności regulowanej. We wpisie ZGK stwierdzono brak uprawnień do wykonywania działalności regulowanej (RDR) ze względu na brak wpisu w zaświadczeniu o wykonywaniu działalności regulowanej następujących kodów odpadów: 15 01 04 opakowania z metali; kodu 20 01 23 urządzenia zawierające freony {z PSZOK) oraz 20 01 35 zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 0123 i 20 0135, których wymagał Zamawiający, a które są przewidziane do odbioru w ramach realizacji zadania.

Od momentu uruchomienia rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami, tj. od 24 stycznia 2018 r. podmioty zajmujące się transportem odpadów miały 6 miesięcy na złożenie wniosku o wpis do bazy danych o Odpadach Uzyskanie wpisu w zakresie transportu odpadów (dział VII -transportujący odpady), co jest bardzo istotne, ponieważ zezwolenia na transport wydane na podstawie „starej" ustawy o odpadach z 27 kwietnia 2001 r., zachowywały ważność na czas na jaki zostały wydane, nie dłużej jednak niż do czasu upływu terminu złożenia wniosku o wpis do BDO, tj. do 24 lipca 2018 r. lub do dnia uzyskania wpisu do rejestru, jeśli wpis nastąpił przed upływem ww. terminu. Po uzyskaniu wpisu do rejestru BDO podmiot może transportować wyłącznie odpady wskazane w dziale VII wpisu. Pozostaje to w związku z art. 50 ustawy o odpadach, który wymienia transportujących odpady jako tych przedsiębiorców, którzy muszą złożyć wniosek o wpis do rejestru. W przypadku otrzymania numeru rejestrowego BDO nie ma już konieczności uzyskiwania zezwoleń na transport odpadów.

Wybrany wykonawca nie posiada większości wpisanych do wymaganego działu kodów odpadów, które będzie transportował na terenie Miasta i Gminy Łasin, a których wykaz podał Zamawiający. Tylko wytwórcy odpadów transportujący własne odpady, a w skarżonym przypadku tak nie jest, są zwolnieni z uzyskania wpisu do rejestru BDO w zakresie działu VII.

Zmiana rodzajów i kodów transportowanych odpadów po uzyskaniu numeru rejestrowego BDO możliwa jest wyłącznie na podstawie złożenia formularza aktualizacyjnego do BDO.

Wybrany wykonawca wprawdzie - na żądanie Zamawiającego - przedstawił wpis do BDO, nie mniej jednak nie zawarł on w dziale VII kodów odpadów, które transportuje. Jest on

podmiotem profesjonalnie wykonującym usługi i obowiązki prawne, które wymagane są od ponad roku nie są przez niego w żaden sposób wypełnione. Zamawiający natomiast - jak się zdaje - nie zauważył tych braków, mimo że żądał spełnienia warunku posiadania decyzji na transport odpadów. I tak w BDO brakuje m.in. następujących kodów odpadów: 15 01 01 opakowania z papieru i tektury, których wg prognozy Zamawiającego wykonawca ma przetransportować 232 Mg; 15 01 02 opakowania z tworzyw sztucznych, których ma przewieść 660 Mg; 16 0103 zużyte opony, do przewiezienia - wg założeń zamawiającego - 160 Mg oraz wiele innych kodów odpadów.

Wybrany wykonawca uzupełnił brakujące wpisy dopiero w styczniu 2020 r., co potwierdza zaświadczenie Marszałka woj. Kujawsko-Pomorskiego z 30.01.2020 r., zaświadczenie Urzędu MiG Łasin z 03.01.2020 r. Oznacza to, że wybrany wykonawca nie posiadał ich na dzień składania ofert, a nawet na przewidziany w SIWZ dzień rozpoczęcia świadczenia usługi. Działalność podmiotu gospodarczego w zakresie odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych jest ściśle reglamentowana i regulowana, zatem nie jest możliwe, aby usługami tymi zajmowały się zupełnie przypadkowe i nieprofesjonalne podmioty, które mimo przychylności Zamawiającego - bez wątpienia tych usług nie powinny świadczyć.

Maksymalny termin związania ofertą został określony przez ustawodawcę w art. 85 ust. 1 Pzp, zgodnie z którym wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż:

1) 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług -10 000 000 euro;

3) 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2.

Termin związania ofertą może ulec przedłużeniu. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni.

Odwołujący podniósł, że termin związania ofertą ma istotne znaczenie w całej procedurze udzielenia zamówienia. Zgodnie z poglądami doktryny oraz orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający może dokonać tylko spośród ofert, których termin związania ofertą pozostaje aktualny na dzień dokonywania wyboru. Również na etapie zawierania umowy należy mieć na uwadze termin związania ofertą. Co prawda zamawiający może zawrzeć umowę o zamówienie publiczne z wykonawcą, który nie jest już związany swoją ofertą, w przypadku w którym wykonawca wyrazi na to zgodę. Jednakże w takiej sytuacji, jeżeli wykonawca odmówiłby zawarcia umowy, wówczas zamawiający nie może skorzystać z instytucji zatrzymania wadium (o ile oferta była zabezpieczona wadium), a tym samym traci istotny argument mobilizujący wykonawcę do zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

W niniejszym postępowaniu termin 60 dni związania ofertą upłynął w dniu 27 stycznia 2020 r. i jest on liczony od 28.11.2019 r. tj. od dnia składania ofert.

Odwołujący przytoczył stanowisko UZP, stwierdzające, że „związanie wykonawcy złożoną przez niego ofertą jest niezbędne dla jej istnienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i oznacza dla wykonawcy pewnego rodzaju stan gotowości do wyboru oferty najkorzystniejszej, a następnie zawarcia umowy" oraz „Wybór oferty najkorzystniejszej nastąpić musi w dacie związania z ofertą. Upływ terminu związania ofertą powoduje jej wygaśnięcie, wobec czego nie sposób w takiej sytuacji mówić w ogóle o ofercie, jako wiążącym oferenta oświadczeniu woli o gotowości do zawarcia umowy na określonych w ofercie warunkach" (por. KIO z 27.07.2015 r sygn. KIO 1470/15).

Pismem z dnia 18 lutego 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z wyrokiem z dnia 10 stycznia 2020 r. Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2610/19) wezwał Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin w zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie kodów odpadów, które będą podlegały odbiorowi i transportowi. Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. przedstawił w wyznaczonym terminie dokumenty aktualne na dzień ich złożenia. Wypełniony zatem został

obowiązek wynikający z wyroku KIO.

Zamawiający nadmienił, iż zawarty w SIWZ warunek (5.2.1) „wpis do rejestru

działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin w zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września

1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach" oraz „zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia

2012r. o odpadach" nie musiało obejmować wszystkich kodów odpadów wymienionych w

opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał, że ww. wpis do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin ma być „zgodny z wymogami ustawy o utrzymaniu

czystości i porządku w gminach", a zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów ma być „zgodne z wymogami ustawy o odpadach".

Zgodnie z art. 59 ust. 1 ustawy o odpadach, podmiot wpisany do rejestru jest zobowiązany do złożenia Marszałkowi Województwa wniosku o zmianę wpisu w rejestrze przy użyciu aktualizacyjnego formularza elektronicznego za pośrednictwem indywidualnego konta w bazie danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, w przypadku zmiany: 1. informacji zawartych w rejestrze, 2. zakresu prowadzonej działalności, wymagającej wpisu do rejestru - w terminie 30 dni od dnia, w którym nastąpiła zmiana.

Na podstawie art. 9ba ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w przypadku zmiany danych wpisanych do rejestru przedsiębiorca jest obowiązany złożyć wniosek o zmianę wpisu w rejestrze w terminie 14 dni od dnia, w którym nastąpiła zmiana tych danych.

W związku z powyższym Zamawiający uznał warunki udziału za spełnione.

Zamawiający wskazał, że nie miał podstaw do odrzucenia oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 85 ust.1 pkt 3 Pzp, Zamawiający wyjaśnił, że termin związania ofertą upływał 14 lutego 2020 r. i uwzględniał okres zawieszenia biegu ww. terminu o 18 dni, tj. od dnia złożenia odwołania do KIO w dniu 23 grudnia 2019 r. do 10 stycznia 2020 r., kiedy nastąpiło ogłoszenie orzeczenia przez KIO. Zatem pierwotny termin związania ofertą, który zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu i SIWZ upływał 27 stycznia 2020 r. z mocy art. 182 ust. 6 Pzp wydłużył się do dnia 14 lutego 2020 r. Wyboru wykonawcy dokonano w dniu 6 lutego 2020r., a więc w terminie związania ofertą. Ponadto, w dniu 13 lutego 2020 r. wniesiono przedmiotowe odwołanie, które ponownie zawiesza bieg terminu związania ofertą. W dniu 14 lutego 2020 r. Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. złożył pismo przedłużające termin związania ofertą i ważność wadium o kolejne 60 dni.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty

zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do art. 179 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2610/19 Izba uwzględniła odwołanie i nakazała Zamawiającemu: „Miastu i Gminie Łasin

unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i wezwanie wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łasinie, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca ten posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie kodów odpadów, które będą podlegały odbiorowi oraz transportowi". W sprawie KIO 2610/19 KIO ustaliła m.in., że w trakcie postępowania Zamawiający wezwał Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. do przedstawienia dwóch ww. dokumentów, a wykonawca ten takie dokumenty złożył, jednak zakres wpisu nie zawierał wszystkich kodów odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia. Nie było sporne, że wybrany wykonawca nie posiada pełnego zakresu wpisu w stosunku do kodów odpadów przewidzianych do odbioru i transportu w ramach przedmiotowego zamówienia. Izba wskazała w uzasadnieniu ww. wyroku, że „aktualność powyższych dokumentów

powinna odpowiadać wskazaniu art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. na dzień ich złożenia".

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że kwestia zasadności posiadania przez wykonawcę i przedstawienia Zamawiającemu na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu wymaganych dokumentów, tj. wpisu do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach - w zakresie kodów odpadów, które będą podlegały odbiorowi oraz transportowi w ramach przedmiotu zamówienia była już przedmiotem rozstrzygnięcia przez Izbę w postępowaniu odwoławczym pod sygnaturą KIO 2610/19, czego jednoznacznym wyrazem jest zobowiązanie Zamawiającego wyrokiem KIO o sygn. akt KIO 2610/19 z dnia 10 stycznia 2020 r. do wezwania wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. z siedzibą w Łasinie do uzupełnienia ww. dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Wskazana powyżej kwestia nie podlegała zatem ponownie rozpoznaniu w niniejszym postępowaniu odwoławczym. Z tego też względu za spóźnioną należało uznać argumentację przedstawioną przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie odnośnie interpretacji warunku określonego w pkt 5.2.1 SIWZ wskazującą, że wpis do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin miał być jedynie „zgodny z wymogami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach", a zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów ma być „zgodne z wymogami ustawy o odpadach" i mogły być zmienione odpowiednio w oparciu o przepis art. 59 ust. 1 ustawy o odpadach - w terminie 30 dni od dnia, w którym nastąpiła zmiana oraz na podstawie art. 9ba ust. 2 ustawy o

utrzymaniu czystości i porządku w gminach - w terminie 14 dni od dnia, w którym nastąpiła

zmiana tych danych.

Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 10 stycznia 2020 r. (sygn. akt KIO 2610/19),

Zamawiający wezwał Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w Mieście i Gminie Łasin w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów, zgodnie z wymogami ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach w zakresie kodów odpadów, które będą podlegały odbiorowi i transportowi.

Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. przedstawił w wyznaczonym terminie dokumenty: Zaświadczenie o zmianie danych w rejestrze działalności

regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Urzędu Miasta i Gminy Łasin z dnia 03.01.2020 r. (nr IBG.6233.1.2.2020) oraz Zawiadomienie Marszałka Województwa Kujawsko-Pomorskiego z dnia 30.01.2020 r. o dokonanej aktualizacji w dniu 13 stycznia 2020 r. dla numeru rejestrowego BDO 000047002.

Zamawiający uznał powyższe dokumenty za aktualne na dzień ich złożenia, co zdaniem Zamawiającego wypełnia obowiązek wynikający z wyroku KIO.

Izba nie podzieliła powyższego stanowiska Zamawiającego. Izba zważyła, że zgodnie z treścią art. 25a ust. 1 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 stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca:

1) nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu;

2) spełnia kryteria selekcji, o których mowa w art. 51 ust. 2, art. 57 ust. 3 i art. 60d ust. 3.

Wskazany wyżej przepis reguluje kwestię tzw. wstępnego potwierdzania spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania kryteriów selekcji przez wykonawców, które następuje w oparciu o złożone przez wykonawcę oświadczenie własne.

Jeżeli wartość zamówienia przekracza równowartość kwot, określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp, to wstępne oświadczenie wykonawcy jest składane w dokumencie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia.

Skoro przepis art. 25a ust. 1 Pzp stanowi, że oświadczenia dołączane do oferty lub do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu winny być „aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu" to nie ulega wątpliwości, że wstępne potwierdzanie zdolności wykonawcy, w tym warunków udziału w postępowaniu, musi zachowywać aktualność przez cały okres trwania postępowania. Jak wynika z opinii Prezesa UZP zamieszczonej na stronie internetowej ww. Urzędu „Aktualność oświadczeń własnych" winna być zatem rozumiana nie tyle jako aktualność w konkretnym punkcie na osi czasu (np. dzień składania ofert), ale jako trwający przez całe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stan ciągły, którego punktem początkowym może być, np. termin składania ofert"

Przepisy art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp stanowią, że oświadczenia lub dokumenty, których katalog został określony w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r., poz. 1126), winny być aktualne na dzień ich złożenia i mają potwierdzać okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Zatem oświadczenia lub dokumenty przekazywane przez wykonawcę na podstawie wezwania zamawiającego w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 Pzp mają stanowić potwierdzenie wstępnego domniemania o spełnieniu przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia. W konsekwencji uznać należy, że warunki udziału w postępowaniu i okoliczność niepodlegania wykluczeniu z postępowania winny być spełnione przez wykonawcę przez cały okres trwania postępowania o zamówienie publiczne, a nie tylko w konkretnym dniu (dniu składania ofert lub wniosków, dniu złożenia konkretnego oświadczenia lub dokumentu etc.).

Biorąc pod uwagę powyższe należy uznać, że oświadczenia lub dokumenty „aktualne" to takie, które w momencie ich złożenia potwierdzają okoliczność, co do której wykonawca wcześniej złożył w ofercie wstępne oświadczenie, i która obecnie (aktualnie) także występuje.

Złożenie przez wykonawcę zamawiającemu takiego oświadczenia lub dokumentu wskazuje, że stan, o którym ono zaświadcza nie uległ zmianie od dnia składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, tj. od momentu złożenia wstępnego oświadczenia w JEDZ o spełnianiu warunków udziału lub braku podstaw do wykluczenia. Konsekwentnie należy uznać, że także na gruncie art. 26 ust. 3 Pzp, za prawidłowe należy uznać uzupełnienie oświadczeń lub dokumentów wystawionych zgodnie z terminami wynikającymi z ww. rozporządzenia liczonymi wstecz od daty składania ofert (wniosków), o ile dokumenty te są aktualne, tj. stan potwierdzony tymi oświadczeniami lub dokumentami nie uległ zmianie w stosunku do okoliczności wyrażonych w oświadczeniu wstępnym. Dokumenty przedłożone w odpowiedzi na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp muszą potwierdzać prawdziwość złożonego uprzednio przez wykonawcę oświadczenia wstępnego w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia kryteriów selekcji oraz domniemania niezmienności tych okoliczności pomiędzy datą składania ofert a datą złożenia tych dokumentów na wezwanie z art. 26 ust. 3 Pzp. Zgodnie z jednoznaczną opinią Prezesa UZP, „Oświadczenia własne składane na podstawie art. 25a ustawy Pzp oraz ich uzupełnienia z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp muszą być aktualne w momencie ich złożenia. Za aktualny na gruncie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp należy uznać taki dokument, który potwierdzać będzie spełnienie warunków udziału w postępowaniu czy brak podstaw do wykluczenia w chwili jego złożenia

ale także, że ten stan trwa nieprzerwanie przez cały okres postępowania od upływu terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu."

Powyższa interpretacja jest zgodna z regulacjami dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zwanej dalej „dyrektywą klasyczną" (patrz: motyw 84 dyrektywy klasycznej).

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp stanowi, że z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Złożenie przez wybranego wykonawcę dokumentów potwierdzających posiadanie wymaganych uprawnień do wykonywania działalności regulowanej oraz zaświadczenia o wpisie w Bazie Danych o Odpadach (BDO) - w zakresie kodów odpadów objętym przedmiotem zamówienia - na dzień 3 stycznia 2020 r. oraz na dzień 30 stycznia 2020 r. jest sprzeczne z treścią oświadczenia złożonego przez ww. wykonawcę w JEDZ o tym, że spełnia on ww. warunek udziału w postępowaniu. Z treści złożonych przez wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o.

oświadczeń i dokumentów w postępowaniu wynika, że w momencie złożenia oświadczenia wstępnego w JEDZ o posiadaniu wymaganych uprawnień wykonawca nie był wpisany w rejestrze działalności regulowanej i w Bazie Danych o Odpadach - w zakresie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, które, zgodnie z wyrokiem KIO 2610/20 z dnia 10 stycznia 2020 r., były konieczne do wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, opisanego w punkcie 5.2.1 SIWZ. Zakres uprawnień został zmieniony (uzupełniony) w toku prowadzonego postępowania. Należy zatem uznać, że wykonawca nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W ustalonym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. Podkreślić należy, że brak posiadania przez wykonawcę zezwoleń i uprawnień w zakresie odbioru i transportu odpadów wymaganych w ramach warunków podmiotowych dotyczących wykonawcy (warunków udziału w postępowaniu) na gruncie regulacji zawartych w ustawie Pzp należy oceniać w kategoriach podstaw do wykluczenia wykonawcy, a nie w zakresie niezgodności treści oferty z treścią SIWZ w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W danym stanie faktycznym Izba nie stwierdziła również naruszenia przepisu art. 85 ust. 1 pkt 3 Pzp, przez dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Zakład Gospodarki komunalnej w Łasinie Sp. z o.o. po terminie związania ofertą.

Zgodnie z art. 85 ust. 1 Pzp, wykonawca jest związany ofertą do upływu terminu określonego w SIWZ, jednak nie dłużej niż 30 dni - jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, 90 dni - jeżeli wartość zamówienia dla robót budowlanych jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 000 euro, a dla dostaw lub usług -10 000 000 euro, 60 dni - jeżeli wartość zamówienia jest inna niż określona w pkt 1 i 2. Zgodnie z art. 85 ust. 2 Pzp, wykonawca samodzielnie lub na wniosek Zamawiającego może przedłużyć termin związania ofertą, z tym że zamawiający może tylko raz, co najmniej na 3 dni przed upływem terminu związania ofertą, zwrócić się do wykonawców o wyrażenie zgody na przedłużenie tego terminu o oznaczony okres, nie dłuższy jednak niż 60 dni. Podkreślić należy, że wykonawcy ubiegający się o zamówienie publiczne są traktowani jako profesjonaliści nie tylko w zakresie rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej, ale także w zakresie znajomości reguł i procedur obowiązujących na rynku zamówień publicznych.

Określony przez Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu 60- dniowy termin związania ofertą, liczony od terminu składania ofert (29 listopada 2019 r.) pierwotnie upływał w dniu 27 stycznia 2020 r. Termin ten uległ jednak zawieszeniu w momencie wniesienia odwołania w sprawie o sygn. akt KIO 2610/19, tj. w dniu 23 grudnia 2019 r. do dnia 10 stycznia 2020 r., w którym nastąpiło ogłoszenie orzeczenia KIO, tj. o 18 dni. W tych

okolicznościach termin związania ofertą z mocy art. 182 ust. 6 Pzp wydłużył się do dnia 14 lutego 2020 r. Wyboru wykonawcy dokonano w dniu 6 lutego 2020 r., a więc w terminie związania ofertą.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak

w sentencji, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 oraz ust. 3 pkt 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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).

Przewodniczący: .....