Sygn. akt: KIO 2602/21

WYROK

z dnia 21 września 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska
Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 17 września 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 września 2021 r. przez

wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Brzeg Dolny z siedzibą w Brzegu Dolnym

przy udziale wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, unieważnienie czynności odrzucenia oferty wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Brzeg Dolny z siedzibą w Brzegu Dolnym i

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Brzeg Dolny z siedzibą w Brzegu Dolnym na rzecz wykonawcy Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Brzeg Dolny z siedzibą w Brzegu Dolnym - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2021 r., poz. 1129 z późn. zm. - dalej „ustawa pzp"), pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Brzeg Dolny" (znak sprawy: ZP.271.2.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 16 czerwca 2021 r., za numerem 2021/S 115-302430.

W dniu 2 września 2021 r. odwołanie wniósł wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu - dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz wyboru oferty wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich - dalej Przystępujący, jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp w zw. z art. 16 ustawy pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z uwagi na okoliczność, że oferta złożona została przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy Odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu odnoszące się do posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego,

2. art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich jako oferty najkorzystniejszej w sytuacji, gdy za najkorzystniejszą winna być uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;

3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Ponadto Odwołujący wniósł o obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego, w tym o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów zastępstwa procesowego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że w postępowaniu zostały złożone 3 oferty, spośród których oferta Odwołującego opiewająca na kwotę 14.617.405,80 zł brutto, zgodnie z informacją z dnia 19 lipca 2021 r., zawierała najniższą cenę. Pismem z dnia 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu: o punktacji przyznanej ofertom złożonym przez FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich oraz Konsorcjum Wykonawców: Chemeko-System sp. z o.o. Zakład Zagospodarowania Odpadów z siedzibą we Wrocławiu (Lider Konsorcjum) i Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Wołowie (Uczestnik Konsorcjum), o wyborze oferty złożonej przez FBSerwis Wrocław sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej, o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 2 ppkt 2 lit a SWZ, tj. posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, Zamawiający wskazał, że: „Prowadzenie działalności zawodowej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy precyzują przepisy prawa, w szczególności Ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z przepisów prawa wynika jednoznacznie, że jednym z elementów konstytutywnych wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów

komunalnych jest określenie rodzajów odpadów. Obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa nie przewidują możliwości uzyskania takiego wpisu bez określenia rodzaju odpadów. Specyfika wykonywania działalności regulowanej, polega na tym, że to treść wpisu do rejestru (enumeratywnie wskazane kody odpadów) przesądza o faktycznym zakresie działalności, do wykonywania której uprawniony jest dany przedsiębiorca. Zamawiający nie może interpretować treści wpisu w żaden inny sposób niż literalny. Rejestr działalności regulowanej prowadzony jest przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Zamawiającemu znana jest więc z urzędu okoliczność, że na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 19.07.2021 r., Wykonawca WPO Alba S.A. posiadał uprawnienia do odbioru odpadów wyłącznie o kodach z grupy „20" - nie był zatem zdolny do kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia, tj.

odpadów, których odbiór Zamawiający przewidział w opisie przedmiotu zamówienia rozdziale 2 ust. 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do SWZ, dalej „OPZ") W dokumentacji postępowania, zarówno w ramach określenia przedmiotu zamówienia (rozdział 2 ust. 7 OPZ) jak i § 1 ust. 2 wzoru umowy (poprzez wprowadzenie SWZ jako załącznika do umowy) wskazano wyliczenie rodzajów odpadów objętych tym zamówieniem. Biorąc pod uwagę przepisy prawa, wymagane było, aby już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, Wykonawca dysponował wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Brzegu Dolnego w zakresie kodów odpadów wskazanych w dokumentach zamówienia. Powyższe potwierdzają także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (w szczególności: KIO 3/20)."

Odnosząc się do decyzji o odrzuceniu oferty Odwołujący wskazał na brzmienie zapisu rozdziału 4 pkt 2 ppkt 2 lit a SWZ, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów - posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Identyczne brzmienie ma wymóg określony w ogłoszeniu o zamówieniu - sekcji III (pkt III.1.1) zgodnie z którym: O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: a) posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego.

Wbrew twierdzeniom Zamawiającego nie można powyższych zapisów specyfikacji warunków zamówienia oraz ogłoszenia o zamówieniu interpretować w ten sposób, że wymagane było, aby już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia wykonawca dysponował wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Brzegu Dolnego w zakresie wszystkich kodów odpadów wskazanych w dokumentach zamówienia. Postanowienia specyfikacji warunków zamówienia nie precyzują, że wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego, wymagany na potwierdzenie warunków udziału w postępowaniu ma obejmować określone kody odpadów czy też wszystkie kody odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Tym samym nie można warunku udziału w postępowaniu określonego w 4 pkt 2 ppkt 2 lit. a SWZ interpretować w ten sposób, że wykonawca spełnia go wyłącznie wówczas, gdy posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia, jak czyni to Zamawiający. Jeżeli Zamawiający zastrzeże wyłącznie, że wykonawca ma posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez określony organ, to poza zakresem weryfikacji pozostaje zakres tego wpisu co do określonych kodów odpadów.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej postanowienia SWZ powinny być tłumaczone zgodnie z ich literalnym brzmieniem. Muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawców. Obowiązek takiego sformułowania i tłumaczenia postanowień SWZ ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji oraz zasady równego traktowania wykonawców (zob. wyrok KIO z 13 kwietnia 2018 r. sygn. akt: KIO 579/18, wyrok KIO z 3 marca 2020 r., sygn. akt: KIO 326/20). Oznacza to, że warunki udziału w postępowaniu nie mogą być interpretowane w sposób rozszerzający. Zamawiający nie zawarł w dokumentach postępowania wymogu, by wpis do rejestru działalności regulowanej obejmował swoim zakresem odpady objęte przedmiotem zamówienia. Skoro Zamawiający nie dookreślił wymagań w zakresie posiadania wpisu co do konkretnych kodów odpadów, to uznać należy, że wymagał od wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jedynie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej co do zasady. Nieprecyzyjne opisanie warunków udziału w postępowaniu obliguje Zamawiającego, by zastosować taki sposób interpretacji warunku, który jest korzystniejszy dla wykonawcy. Wszelkie niejasności i wątpliwości specyfikacji warunków zamówienia winny być interpretowane na korzyść wykonawcy, a zatem bez przypisywania mu negatywnych konsekwencji w postępowaniu. Jak wskazał Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 4 lipca 2019 r.,

sygn. akt: IV CSK 363/18: „to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 p.z.p. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji."

W wyroku TSUE z dnia 2 czerwca 2016 r., sygn. akt: C-27/15, wskazano, że „zasada równego traktowania wymaga, by wszyscy oferenci mieli takie same szanse przy formułowaniu swych ofert, z czego wynika zatem wymóg, by oferty wszystkich oferentów poddane były tym samym warunkom. Po drugie, obowiązek przejrzystości, który z niej wprost wypływa, ma na celu zagwarantowanie braku ryzyka faworyzowania i arbitralnego traktowania ze strony instytucji zamawiającej. Obowiązek ten obejmuje wymóg, by wszystkie warunki i zasady postępowania w sprawie udzielenia zamówienia były określone w sposób jasny, precyzyjny i jednoznaczny w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia, tak by, po pierwsze, umożliwić wszystkim rozsądnie poinformowanym i wykazującym zwykłą staranność oferentom zrozumienie ich dokładnego zakresu i dokonanie ich wykładni w taki sam sposób, a po drugie, by umożliwić instytucji zamawiającej rzeczywistą weryfikację, czy oferty złożone przez oferentów odpowiadają kryteriom wyznaczonym dla danego zamówienia" (zob. podobnie wyrok z dnia 6 listopada 2014 r., Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, pkt 44 i przytoczone tam orzecznictwo).

Potwierdza to także orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku KIO z dnia 23 stycznia 2019 r., sygn. akt: KIO 42/19, Izba przyjęła, że w sytuacji gdy Zamawiający wymaga od wykonawcy posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich odpadów wymienionych w opisie przedmiotu zamówienia, to powinien w specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokładnie opisać swój wymóg, czyli w tym wypadku zawrzeć sformułowanie typu „w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia", „w zakresie odpadów wymienionych w punkcie 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia", gdyż to zamawiający muszą sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać. Odwołujący powołał się także na wyrok KIO z dnia 22 lutego 2021 r., sygn. akt: KIO 312/21.

Działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunków udziału w postępowaniu można by uznać za prawidłowe wyłącznie wówczas, gdyby specyfikacja warunków zamówienia zawierała zapis przewidujący, że warunek udziału w postępowaniu będzie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca posiada wpis do rejestru działalności regulowanej co do wszystkich rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Potwierdzają to następujące orzeczenia: wyrok KIO z dnia 30 marca 2021 r., sygn. akt: KIO 707/21, wyrok KIO z dnia 4 stycznia 2021 r., sygn. akt: KIO 3283/20, wyrok KIO z dnia 25 lutego 2020 r., sygn. akt: KIO 294/20, wyrok KIO z dnia 14 czerwca 2016 r., sygn. akt: KKIO 940/16, wyrok KIO z dnia 2 lipca 2013 r., sygn. akt: KIO 1484/13.

Jedynie przywołany przez Zamawiającego w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. wyrok KIO z dnia 23 stycznia 2020 r., sygn. akt: KIO 3/20 ustanawia wyłom w jednolitym orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej. W wyroku tym Izba uznała, że Zamawiający winien wykluczyć wykonawcę z postępowania, gdyż od upływu terminu składania ofert aż do 30 grudnia 2019 r. wykonawca ten nie spełniał określonego w s.i.w.z. warunku dotyczącego uprawnień wymaganych do realizacji przedmiotu zamówienia co do posiadania uprawnień

w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej - braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Krokowa w zakresie niektórych rodzajów odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W tym przypadku warunek udziału w postępowaniu określony w pkt. 6.1.2.a. SIWZ brzmiał: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy 2) spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące: a) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: Warunek zostanie spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że: - jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Krokowa; - posiada aktualne zezwolenie na transport odpadów; a więc nie zawierał doprecyzowania, by wykonawca posiadał wpis do rdr w zakresie wszystkich rodzajów odpadów objętych postępowaniem). Odwołujący podniósł, że nie można pominąć istotnej okoliczności, że Zamawiający nie bronił swych racji na rozprawie przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz, że orzeczenie to nie zawiera pogłębionego uzasadnienia prawnego ani faktycznego co do

uwzględnionego zarzutu.

Odwołujący wskazał dalej, że dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu istotne znaczenie ma sposób sformułowania warunku udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia i w ogłoszeniu o zamówieniu. Wskazać należy, że Zamawiający wymagał wyłącznie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. WPO ALBA S.A. została wpisana do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego w dniu 12 marca 2012 r. pod numerem rejestrowym GK.RDR.02.2012. Wpis do rejestru stanowi konieczny formalnoprawny element warunkujący rozpoczęcie działalności na terenie objętym właściwością miejscową organu prowadzącego rejestr. Do dnia dzisiejszego organ, tj. Burmistrz Brzegu Dolnego, nie podjął decyzji o wykreśleniu WPO ALBA S.A. z wykazu podmiotów wpisanych do rejestru. Tym samym wpis pozostaje aktualny do dnia dzisiejszego, a zatem taki status miał też w dniu składania ofert, tj. w dniu 19 lipca 2021 r.

Zgodnie z rozdziałem 4 ust. 3 SWZ, wykonawca potwierdza spełnienie warunku wskazanego w rozdziale 4 ust. 2 pkt 2 SWZ [a) wpis do rdr, b) wpis do BDO] poprzez

złożenie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy. W tym zakresie

Zamawiający bazował na oświadczeniu wykonawcy. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku Zamawiający nie żądał żadnych dodatkowych środków podmiotowych. Wpis, jaki posiada Odwołujący do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego, wobec braku jednoznacznych wymagań co do jego treści i zakresu, spełnia warunek udziału w postępowaniu. Odwołujący zauważył, że w rozdziale 2 ust. 7 Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 1 do SWZ) wskazano nie kody odpadów objęte przedmiotem zamówienia, a historyczne ilości odpadów komunalnych odebranych z terenów zamieszkałych oraz terenów niezamieszkałych w poszczególnych latach, tj. w roku 2018, 2019 i 2020. Z kolei w § 1 ust. 2 wzoru umowy zawarto jedynie odesłanie, iż szczegółowy zakres i sposób realizacji przedmiotu umowy zawiera Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"), której kopia stanowi integralną część umowy jako jej załącznik nr 1. Zamawiający nie sprecyzował w dokumentach zamówienia, że oczekuje, by wykonawca realizujący przedmiot zamówienia odbierał odpady pod tymi kodami. Podkreślić należy, że w rozdziale 3 OPZ określającym sposób gromadzenia i częstotliwość odbioru odpadów Zamawiający nie posługuje się kodami odpadów, lecz ich opisowymi nazwami. To wykonawca jest podmiotem uprawnionym do klasyfikacji odbieranych przez siebie odpadów, a nie Gmina. Objęte wpisem do rejestru działalności regulowanej kody odpadów obejmują wszystkie odpady komunalne, które zgodnie z katalogiem stanowią grupę „20". Wskazać należy, że niektóre frakcje odpadów klasyfikować można pod różnymi kodami, np. szkło można klasyfikować nie tylko pod kodem 15 01 07, ale również pod kodem 20 01 02, tworzywa sztuczne można klasyfikować zarówno pod kodem 15 01 02, jak i pod kodem np. 20 01 39, zaś papier zarówno pod kodem 15 01 01, jak i pod kodem 20 01 01. Odwołujący podniósł, że czym innym jest określenie warunków udziału w postępowaniu, a czym innym opis przedmiotu zamówienia, do którego wykonania zobowiązuje się wykonawca składając ofertę. Nie można także utożsamiać warunków udziału w postępowaniu z posiadaniem uprawnień do świadczenia usługi zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa. Ustawodawca nie nałożył na zamawiających obowiązku formułowania warunków udziału w postępowaniu w taki sposób, który w pełni odzwierciedlałby przedmiot zamówienia, lecz pozostawił zamawiającym swobodę w tym zakresie. W świetle art. 112 ust. 1 ustawy pzp zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności. Nie istnieje żadne ryzyko, że na dzień rozpoczęcia realizacji usługi stanowiącej przedmiot zamówienia, tj. 1 października 2021 r., w przypadku wyboru oferty WPO ALBA S.A. jako oferty najkorzystniejszej, WPO ALBA S.A. nie będzie dysponować wpisem do rejestru działalności regulowanej wobec odpadów o kodach 15 01 02, 15 01 07, 15 01 01, 17 01 01, 17 01 07, gdyż w dniu 17 sierpnia 2021 r. wykonawca ten złożył wniosek do Burmistrza Brzegu Dolnego o zmianę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Brzegu Dolnego w odniesieniu do w/w kodów odpadów. Rozszerzenie wpisu do rejestru o dodatkowe rodzaje odpadów odbywa się na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu właściwego oświadczenia oraz po uiszczeniu opłaty skarbowej w kwocie 25 zł. W dniu 19 sierpnia 2021 r. WPO ALBA S.A. otrzymała zaświadczenie o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący wskazał, że analizując przedmiotowe zagadnienie, należy mieć na uwadze charakter samego wpisu do rejestru działalności regulowanej oraz zmiany wpisu do

rejestru działalności regulowanej. Wpis do rejestru ma na celu zapewnienie, by działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych na terenie danej gminy prowadził podmiot, który spełnia warunki wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, określone w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz w przepisach wydanych na podstawie art. 9d ust. 2 tej ustawy, tj. w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości co do: 1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego; 2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości; 4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo-transportowej. Zgodnie z art. 9c ust. 2 u.c.p.g. wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy. W świetle zaś art. 9ca ust. 1 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami, o których mowa w art. 9c ust. 4. Jeżeli wójt, burmistrz lub prezydent miasta nie dokona wpisu w terminie, o którym mowa w ust. 1, a od dnia wpływu wniosku upłynęło 14 dni, przedsiębiorca może rozpocząć działalność. Nie dotyczy to przypadku, gdy organ wezwał przedsiębiorcę do uzupełnienia wniosku o wpis nie później niż przed upływem 7 dni od dnia jego otrzymania. W takiej sytuacji termin, o którym mowa w zdaniu pierwszym, biegnie odpowiednio od dnia wpływu uzupełnienia wniosku o wpis. W świetle powyższych regulacji dokonanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów jest formalnością. Do rozpoczęcia działalności polegającej na odbiorze odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wystarczy bowiem sama deklaracja o spełnieniu warunków do prowadzenia działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych złożona przez przedsiębiorcę. W tym zakresie organ dokonujący wpisu do rejestru nie przeprowadza żadnych czynności weryfikacyjnych. Jeżeli natomiast chodzi o zmianę wpisu do rejestru, wskazać należy na brzmienie art. 9ba ust. 2 u.c.p.g., zgodnie z którym 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 okolicznościach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia działanie Zamawiającego polegające na zastosowaniu art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp i odrzuceniu oferty złożonej przez WPO ALBA S.A. z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w rozdziale 4 pkt 2 ppkt 2 lit a SWZ, tj. posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego stanowi naruszenie przepisów ustawy i skutkuje dokonaniem wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty, która w istocie nie może zostać uznana za najkorzystniejszą, gdyż nie przedstawia najkorzystniejszego stosunku jakości do ceny. W zakresie pozacenowych kryteriów oceny ofert, tj. kryterium nr 2 - sposób zorganizowania Punktu Obsługi Klienta, kryterium nr 3 - dodatkowe odbiory frakcji tworzywa sztuczne i papier, kryterium nr 4 - wykorzystanie pojazdu spełniającego normę emisji spalin EURO 5 lub wyższą - wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty w przedmiotowym postępowaniu uzyskali maksymalną do zdobycia liczbę punktów. Maksymalną liczbę punktów w ramach tych kryteriów oceny ofert powinna także uzyskać oferta Odwołującego.

W dniu 16 września 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów

ustawy pzp.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Zamawiającego zgłosił skuteczne przystąpienie wykonawca FBSerwis Wrocław sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz zgłoszenie przystąpienia wraz z załącznikami.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z Rozdziałem 4 pkt 2 2) oraz 3 lit. a SWZ: Warunki udziału w postępowaniu: „2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: (...) 2) uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów: a) posiadają wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. (.) 3. Wykonawca potwierdza spełnianie warunku wskazanego w ust. 2 pkt 2 poprzez złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy."

W opisie przedmiotu zamówienia w Rozdziale 2 pkt 7 Zamawiający podał: „Ilość odpadów komunalnych odebranych z terenów zamieszkałych oraz terenów niezamieszkałych, o których mowa w załączniku nr 8 do SWZ" wskazując na lata 2018-2020 i wymieniając kody odpadów z grup 15, 17 oraz 20.

W Rozdziale 3 OPZ: „Sposób gromadzenia i częstotliwość odbioru odpadów" Zamawiający w sposób opisowy podaje nazwy odpadów, których odbiór obejmuje przedmiot zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Zgodnie z par. 1 ust. 2 wzoru umowy: „2. Szczegółowy zakres i sposób realizacji przedmiotu umowy zawiera Specyfikacja Warunków Zamówienia (dalej „SWZ"), której kopia stanowi integralną część umowy jako jej załącznik nr 1."

W części IV a złożonego przez Odwołującego dokumentu JEDZ Odwołujący oświadczył, że spełnia wszystkie kryteria kwalifikacji.

W dniu 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty Odwołującego wskazując: „Zgodnie z art. 253 ust. 1 pkt 2 pzp, Zamawiający informuje, że w przedmiotowym postępowaniu odrzucono ofertę Wykonawcy: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą przy ul. Szczecińskiej 5, 54-517 Wrocław. Podstawa prawna: art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b pzp. Uzasadnienie faktyczne: W Rozdziale 4 ust. 2 pkt 2 lit a Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") Zamawiający postawił warunek udziału w postepowaniu, w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, o treści: „posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego". Wykonawcy potwierdzali spełnienie ww. warunku poprzez złożenie, wraz z ofertą, wstępnej deklaracji w postaci Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej „JEDZ"). Prowadzenie działalności zawodowej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu danej gminy precyzują przepisy prawa, w szczególności Ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Z przepisów prawa wynika jednoznacznie, że jednym z elementów konstytutywnych wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych jest określenie rodzajów odpadów. Obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa nie przewidują możliwości uzyskania takiego wpisu bez określenia rodzaju odpadów. Specyfika wykonywania działalności regulowanej, polega na tym, że to treść wpisu do rejestru (enumeratywnie

wskazane kody odpadów) przesądza o faktycznym zakresie działalności, do wykonywania której uprawniony jest dany przedsiębiorca. Zamawiający nie może interpretować treści wpisu w żaden inny sposób niż literalny. Rejestr działalności regulowanej prowadzony jest przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Zamawiającemu znana jest więc z urzędu okoliczność, że na dzień upływu terminu składania ofert, tj. 19.07.2021 r., Wykonawca WPO Alba S.A. posiadał uprawnienia do odbioru odpadów wyłącznie o kodach z grupy „20" - nie był zatem zdolny do kompleksowej realizacji przedmiotu zamówienia, tj. odpadów, których odbiór Zamawiający przewidział w opisie przedmiotu zamówienia rozdziale 2 ust. 7 szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznika nr 1 do SWZ, dalej „OPZ") W dokumentacji postępowania, zarówno w ramach określenia przedmiotu zamówienia (rozdział 2 ust. 7 OPZ) jak i § 1 ust. 2 wzoru umowy (poprzez wprowadzenie SWZ jako załącznika do umowy) wskazano wyliczenie rodzajów odpadów objętych tym zamówieniem. Biorąc pod uwagę przepisy prawa, wymagane było, aby już na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia, Wykonawca dysponował wpisem do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Burmistrza Brzegu Dolnego w zakresie kodów odpadów wskazanych w dokumentach zamówienia. Powyższe potwierdzają także wyroki Krajowej Izby Odwoławczej (w szczególności: KIO 3/20). Spełnianie warunków udziału oraz brak podstaw do wykluczenia musi trwać przez cały czas trwania postępowania o udzielenie zamówienia, gdyż Wykonawca ma być cały czas zdolny do realizacji zamówienia. Wykonawca ma się zatem wykazać spełnianiem warunków udziału w postępowaniu nie tylko na moment składania oferty, ale utrzymywać ten stan przez cały czas. Zdolność ta ma być ciągła i tym samym przesłanki te muszą być spełnione w sposób ciągły - i na dzień składania oferty, i na dzień wyboru oferty czy nawet zawarcia umowy o zamówienie publiczne. Tymczasem wykonawca, w dniu 17.08.2021 r., bez uprzedniego wezwania Zamawiającego, wystąpił z wnioskiem o zmianę wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie rozszerzenia m. in. o kody: 15 01 02, 15 01 07, 15 01 01, 17 01 01, 17 01 07. Art. 128 pzp w ust. 1 stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie (...) Ponieważ jakiekolwiek uzupełnienie czy rozszerzenie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wymaganych rodzajów i kodów, czy to w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego czy też z inicjatywy samego wykonawcy, nastąpiłoby i nastąpiło w dacie przyszłej, a zatem już po upływie terminu składania ofert wyznaczonego na 19 lipca 2021 r., nie ma możliwości, aby

Wykonawca mógł wykazać ciągłe spełnianie tego warunku począwszy od upływu tego terminu. W zaistniałej sytuacji Zamawiający odstąpił od wzywania wykonawcy do poprawienia lub uzupełnienia dokumentów."

Dowody Odwołujący:

1. zaświadczenie z dnia 27 marca 2012 r. o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w którym stwierdzono: „Stosownie do art. 65 ust. 5 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity: Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), w związku z art. 9b, 9c ust. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r., Nr 236 poz. 2008 z późn. zm.), zaświadcza się, że rejestr działalności regulowanej w zakresie usług odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców nieruchomości prowadzony przez Burmistrza Brzegu Dolnego zawiera pod numerem GK.RDR.02.2012, następujący wpis: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław

2. wykaz podmiotów wpisanych i wykreślonych z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Brzeg Dolny - stan na dzień 8 lipca 2021 r., w którym w pkt 2 w odniesieniu do Odwołującego wskazano następujące rodzaje odbieranych odpadów: „20 01 01,20 01 02,20

01 08, 20 01 10,20 01 11,20 01 13*,20 01 14*,20 01 15*,20 01 17*,20 01 19*,20 01 21*,20 01 23*,20 01 25,20 01 26*,20 01 27*,20 01 28,20 01 29*,20 01 30,20 01 31*,20 01 32,20 01 33*,20 01 34, 20 01 35*,20 01 36,20 01 37*,20 01 38,20 01 39,20 01 40,20 01 41,20 01 80,20 01 99,20 02 01,20 02 02,20 02 03,20 03 01,20 03 02,20 03 03,20 03 04,20 03 06,20 03 07,20 03 99."

3. zaświadczenie z dnia 19 sierpnia 2021 r. o zmianie wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w którym stwierdzono: „Stosownie do art. 9c ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 202 lr. poz. 888, z późn. zm.) zaświadcza się, że na podstawie wniosku z dnia 17.08.2021r., w rejestrze działalności

regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonym przez Burmistrza Brzegu Dolnego, dokonuje się zmiany wpisu nr GK.RDR.02.2012 w ten sposób, że otrzymuje on następującą treść: 1) Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., 2) ul. Szczecińska 5, 54-517 Wrocław, (.) 6) Określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Klimatu z dnia 2 stycznia 2020 r. (Dz. U. z 2020r. poz. 10 z późn. zm.) w sprawie katalogu odpadów: (.) Zaświadczenie wydano w związku z rozszerzeniem zaświadczenia z dnia 27.03.2012r. znak: GK.6235.03.2012.MG-B poprzez dodaniem do listy odbieranych odpadów komunalnych, odpadów wymienionych powyżej."

Wpis rozszerzono o odpady z grup 13, 15, 16 oraz 17.

4. opinia prawna z dnia 30 sierpnia 2021 r. sporządzona przez K. R. z Dr K. Z. & Partners Kancelaria Prawna spółka komandytowa z siedzibą w Poznaniu na zlecenie Odwołującego w pkt 7 Podsumowanie stwierdzono: „Uwzględniając rozważania prawne, poczynione w pkt 1 - 6 Opinii, Opiniujący uznaje, że stanowisko Zamawiającego wyrażone w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty ALBA S.A. sformułowane w piśmie z dnia 24 sierpnia 2021 r. należy uznać za bezpodstawne (niezakotwiczone w treści SWZ i ogłoszenia o zamówieniu). W tym stanie rzeczy, mając na względzie, iż podstawą odrzucenia oferty ALBA S.A. było niespełnienie warunku w zakresie posiadania wpisu do RDR, czynność odrzucenia oferty ALBA S.A., należy uznać za sprzeczną z przepisami P.z.p. (art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z ust. 2 pkt 2 Rozdziału 4 SWZ oraz pkt III.1.1. - sekcja III - ogłoszenia o zamówieniu)." Izba potraktowała ww. opinię prywatną jak stanowisko procesowe Odwołującego.

Artykuł 16 pkt 1 - 3 ustawy pzp stanowi: „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców; 2) przejrzysty; 3) proporcjonalny."

Zgodnie z art. 112 ust. 1 ustawy pzp: „Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności."

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: b) niespełniającego warunków udziału w postępowaniu."

W myśl art. 239 ust. 1 i 2 ustawy pzp: „Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia. 2. Najkorzystniejsza oferta to oferta przedstawiająca najkorzystniejszy stosunek jakości do ceny lub kosztu lub oferta z najniższą ceną lub kosztem."

Przedmiotem sporu w niniejszej sprawie była ocena prawidłowości odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niespełnienie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Analiza dokumentacji postępowania oraz przedłożonych dowodów doprowadziła

Izbę do przekonania, że czynność Zamawiającego odrzucenia oferty Odwołującego była niezasadna z kliku powodów.

Na wstępie wskazania wymaga, że bezsporne pomiędzy Stronami było, iż Odwołujący na dzień składania ofert posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego. Zamawiający na potwierdzenie spełnienia postawionego warunku z Rozdziału 4 pkt 2 2) lit. a SWZ żądał wyłącznie oświadczenia wykonawcy. Zamawiający samodzielnie dokonał weryfikacji czy dany wykonawca rzeczywiście wymagany wpis posiadał. Rozstrzygnięcie sporu w niniejszej sprawie sprowadzało się do odpowiedzi na pytanie czy wymóg posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Burmistrza Brzegu Dolnego należy wykładać w ten sposób, że wpis powinien obejmować kody odpadów odpowiadające odpadom opisanym w opisie przedmiotu zamówienia, których odbiór będzie następował w trakcie realizacji umowy. W ocenie Izby taka interpretacja warunku udziału w postępowaniu jest niewłaściwa, gdyż doprowadziłaby

do jego nieuprawnionego rozszerzenia na etapie po terminie składania ofert.

Zaznaczenia wymaga, że to na zamawiającym jako gospodarzu postępowania ciąży obowiązek takiego ukształtowania warunków udziału w postępowaniu, który doprowadzi do wyboru wykonawcy gwarantującego należytą realizację zamówienia. Jak wynika z art. 112 ustawy pzp zamawiający formułuje warunki udziału w postępowaniu określając je jako minimalne poziomy zdolności. Tym samym, warunki udziału w postępowaniu nie odzwierciedlają w pełni wszystkich wymogów opisu przedmiotu zamówienia, a wyłącznie zakres pozwalający na wybór wykonawcy, który obiektywnie jest zdolny do należytego wykonania zamówienia, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego. Niewątpliwie Zamawiający w niniejszym postępowaniu postawił wymóg posiadania wpisu do działalności regulowanej. Zauważyć należy, że Zamawiający sformułował warunek w sposób ogólny bez odniesienia do rodzajów czy kodów odpadów, które ma obejmować wpis. W ocenie Izby takie ukształtowanie warunku nie uprawniało Zamawiającego do następczej weryfikacji czy posiadany przez Odwołującego wpis odpowiada rodzajom odpadów wymaganych do odbioru w trakcie realizacji zamówienia. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wykonawcy powinni samodzielnie zweryfikować opis przedmiotu zamówienia, domyślić się jakie kody odpadów powinien obejmować wpis, tak aby na dzień składania ofert móc wykazać się posiadaniem wpisu w zakresie odpowiadającym opisowi przedmiotu zamówienia. Jeśli Zamawiający oczekiwał posiadania na dzień składania ofert wpisu o określonej treści to powinna ona wynikać wprost z postawionego warunku. Izba podziela w tym zakresie stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o sygn. akt: KIO 42/19: „Oczywiste jest bowiem, że to zamawiający muszą

sformułować swoje wymagania, a nie wykonawcy się ich domyślać, a reguła ta wpisuje się w całą wieloletnią praktykę zamówień publicznych i bogate orzecznictwo i jest wyrazem realizacji zasad przejrzystości postępowania oraz równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji. Wymogi muszą być bowiem znane od początku postępowania i konsekwentnie realizowane do jego końca.” Okoliczność podnoszona przez Zamawiającego i Przystępującego, iż Odwołujący po terminie składania ofert złożył wniosek i uzyskał wpis rozszerzony o kody odpadów objęte przedmiotem zamówienia pozostaje irrelewantna dla oceny spełnienia przez Odwołującego warunku udziału w postępowaniu, a oznacza wyłącznie iż Wykonawca poczynił przygotowania do należytego wykonania przyszłej umowy, zgodnego z opisem przedmiotu zamówienia. Słusznie Przystępujący zauważył, że Zamawiający różnie formułują warunki udziału w postępowaniu podając jako przykład, że czasem wymagają posiadania bazy magazynowo - transportowej a czasem nie. Potwierdza to tezę, że pomimo iż na etapie realizacji zamówienia konieczne jest posiadanie jakichś uprawnień to nie zawsze taki wymóg znajdzie odzwierciedlenie w warunkach udziału w postępowaniu. Bez znaczenia jest również okoliczność przywołana przez Przystępującego na rozprawie, iż Odwołujący realizuje podobne zamówienia w sąsiednich gminach więc nie mógł mieć wątpliwości, że musi posiadać wpis do działalności regulowanej obejmujący określone grupy odpadów. Jak już zostało wspomniane, świadomość Odwołującego co do zakresu wpisu do działalności regulowanej koniecznego dla prawidłowej realizacji umowy pozostaje w oderwaniu od postawionego warunku udziału w postępowaniu. Niewątpliwie treść warunku i treść zaświadczenia o wpisie, jaki posiadał Odwołujący na dzień składania ofert są identyczne: wpis w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Izba nie zgadza się z twierdzeniem, że wymaganie w warunku wpisu obejmującego rodzaje odpadów opisanych w dokumentach zamówienia wynika z przepisów prawa. Artykuł 9c ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach stanowi wyłącznie, że: „Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.” Natomiast art. 9c ust. 3 pkt 4 ww. Ustawy reguluje, iż wniosek o wpis do rejestru powinien zawierać m.in. określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych. Nie sposób z powyższego wyprowadzić wniosku, iż warunek udziału w postępowaniu dotyczył wpisu obejmującego określone opisem przedmiotu zamówienia rodzaje odpadów. Z zaświadczenia posiadanego przez Odwołującego na dzień składania ofert wynikało, iż jest on uprawniony do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Brzeg Dolny, co odpowiadało treści postawionego warunku udziału w postępowaniu.

Mając na względzie powyższe, Izba uwzględniła odwołanie stwierdzając naruszenie przywołanych w odwołaniu przepisów ustawy pzp i orzekając jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15 000,00 zł i wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Odwołującego na rozprawie.

Izba nie zasądziła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w wysokości 828,00 zł z uwagi na treść § 5 pkt 2 lit. b ww. Rozporządzenia, zgodnie z którym do kosztów postępowania odwoławczego zalicza się wynagrodzenie i wydatki jednego pełnomocnika, jednak nieprzekraczające łącznie kwoty 3600 złotych.

Przewodniczący:.....