

WYROK
z dnia 08 czerwiec 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **08 czerwiec 2017 r. w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **26 maja 2017 r.** przez wykonawcę **E. M. Spółka Jawna, ul. (...)** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę T., ul. (...)**

przy udziale wykonawcy **A. Sp. z o.o., ul. (...)** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **Oddala odwołanie;**

2. kosztami postępowania obciąża **E. M. Spółka Jawna, ul. (...)** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **E. M. Spółka Jawna, ul. (...)** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Tarnowie**.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn.: *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy T.*; IR.271.4.2017, zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem z 02.03.2017 r., przez Gminę T., ul. (...) zwaną dalej: „Zamawiającym”.

W dniu 17.05.2017 r. (za pomocą operatora pocztowego za zwrotnym odbioru co r.) Zamawiający potwierdzeniem nastąpiło 19.05.2017 poinformował o wykluczeniu E. M. Spółka Jawna, ul. (...)zwaną dalej: „E. M. Spółka Jawna” albo „Odwołującym” na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 22 grudnia 2015 r. poz. 2164 z późn. zm.) zwaną dalej: „Pzp” w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu zgodnie z art. 22 ust. 1 i ust. 1 b Pzp, dotyczące:

- 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów;
- 2) sytuacji-ekonomicznej lub finansowej;
- 3) zdolności technicznej i zawodowej.

W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej -

zamawiający wyraził jako minimalne poziomy:

1) posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2016 poz. 250 ze zm.) w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia, Pan J. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EKOM Sp. Jawna z siedziba w ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny, na podstawie wniosku z dnia 04.04.2017 r. (data wpływu do tut. Urzędu 19.04.2017 r.) został wpisany do Rejestru Działalności Regulowanej pod numerem IR.6235.1.2017, w dniu 19.04.2017 r prowadzonej przez Wójta Gminy T. W toku postępowania przetargowego pismem z dnia 26.04.2017 r, Wójt Gminy T. poinformował Wykonawcę, iż zamierza przeprowadzić kontrolę spełnienia przez przedsiębiorcę warunków wymaganych przepisami szczegółowymi tj. Rozporządzenia

3

Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r (Dz.U. z 2013 r poz. 122) w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz.U. z 2015 r nr 236, poz. 2008 ze zm), w celu zapewnienia prawidłowej realizacji usługi i zobowiązał Wykonawcę do wskazanie bazy magazynowo - transportowej na terenie gminy T. lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy gminy, w celu przeprowadzenia kontroli. Wykonawca pismem z 28.04.2017 r. (data wpływu do tut. urzędu 02.05.2017 r. wskazał bazę w miejscowości Ż., gmina P. W dniu 10.05.2017 r. upoważnieni przez Wójta Gminy T. pracownicy w ramach ustawowego nadzoru, dokonali kontroli w zakresie zgodności posiadania bazy magazynowo - transportowej z obowiązującymi przepisami. W ramach odbytej kontroli stwierdzono, iż w/w baza nie spełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Niezgodność ta dotyczy:

- 1/ odległości wskazanej bazy od granic gminy T.
- 2/ braku miejsc przeznaczonych do parkowania pojazdów zabezpieczonych przed emisją zanieczyszczeń do gruntu
- 3/ braku wyposażenia terenu w sprawne urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych
- 4/ braku wyposażenia bazy w samochodową wagę najazdową
- 5/ braku miejsc do magazynowania selektywnie zebranych odpadów
- 6/ braku należytych pomieszczeń socjalnych dla pracowników
- 7/ braku punktu bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów
- 8/ braku miejsc do mycia i dezynfekcji pojazdów

W dniu 12.05.2017 r Wójt Gminy T. wydał Decyzję znak: IR.6235.1.2017 z 12.05.2017 r orzekającą z urzędu o:

- 1/ Zakazie przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...), wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:..., prowadzenia działalności gospodarczej na podstawie wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem..., w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.
- 2/ Wykreśleniu przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul.(...) , wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:..., z rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.
- 3/ Zgodnie z art. 71 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, ze zm.), decyzja ta podlega natychmiastowemu wykonaniu.

4

W dniu 26.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) E. M. Spółka Jawna wniosło odwołanie na w/w czynność z 17.05.2017 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 25.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, a polegające na

dokonaniu kontroli w zakresie spełnienia ustawowych wymogów bazy magazynowo - transportowej jedynie w stosunku do odwołującego, nie konkretyzując jakichkolwiek wymagań w tym zakresie w SIWZ, i nie wykonując jednocześnie podobnych czynności kontrolnych w stosunku do pozostałych uczestników postępowania, co w sposób niewątpliwy potwierdza, że zamawiający dokonał naruszenia naczelnej zasady równego traktowania wykonawców oraz braku poszanowania zasady uczciwej konkurencji, tak naprawdę tę konkurencję bezpodstawnie ograniczając,

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, poprzez nadużywanie przez Gminę T. pozycji dominującej na lokalnym rynku organizowania świadczenia odbioru i transportu odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Tarnów, poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji na rynku świadczenia usług odbioru i transportu odpadów komunalnych w gminie T., bezpodstawnie wykluczając z postępowania odwołującego oraz uznając jego ofertę za odrzuconą, podczas gdy oferta ta jest ofertą najkorzystniejszą w odniesieniu do Części I (sektor nr I) i Części II (sektor nr II) zamówienia,

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp, poprzez dowolne uznanie, że odwołujący winien zostać wykreślony z rejestru działalności regulowanej z uwagi na brak odpowiednio do tego wymaganej bazy magazynowo - transportowej, nie wzywając wcześniej odwołującego do złożenia jakichkolwiek wyjaśnień w tym zakresie, co w konsekwencji doprowadziło do naruszenia:

- art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie i w efekcie wykreślenie z rejestru działalności regulowanej odwołującego przez Wójta Gminy T., co w konsekwencji doprowadziło do podjęcia decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania i uznaniu oferty za odrzuconą, podczas gdy decyzje te oparte o wyżej zaskarżone przepisy były co najmniej przedwczesne, nie pozwalające w sposób wnikliwy wyjaśnić sprawy, a co najważniejsze nie pozwolono odwołującemu odnieść się do tak stawianych zarzutów przez zamawiającego,

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a polegające na braku jednoczesnego powiadomienia wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z jednoczesnym powiadomieniem o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert, co

5

jednocześnie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji,

- art. 8 ust. 1 Pzp w zw. z art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp, poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sprawie, a polegające na wadliwym uzasadnieniu decyzji o wykluczeniu odwołującego oraz uznaniu jego oferty za odrzuconą, poprzez ograniczenie się w sposób zbyt ogólnikowy do podstaw faktycznych wykluczenia, lakonicznie wskazując jedynie na braki co do wymogów technicznych bazy (enumeratywnie wyliczając braki), bez powołania się w tym zakresie na jakiegokolwiek dowody, wadliwie podając źródła tak przyjętych ustaleń (protokół kontroli z 10 maja 2017 r.), a w konsekwencji naruszenie zasady jawności postępowania,
- art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp, poprzez wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia pomimo tego, że zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania następujących czynności:

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego i uznania oferty za odrzuconą,
2. ponowienie czynności oceny ofert oraz wyboru oferty w postępowaniu z uwzględnieniem oferty Odwołującego, a nadto o zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie. Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:
 1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ”) wraz z załącznikami oraz protokołu postępowania wraz z załącznikami,
 2. Ogłoszenia o zamówieniu,
 3. Oferty Odwołującego,
 4. Pisma Zamawiającego z 15.05.2017 r. znak: IR-271.4.2017 o poinformowaniu odwołującego o wykluczeniu z postępowania i uznaniu oferty za odrzuconą,
 5. Decyzji Wójta Gminy T.z 12.05.2017 r. znak: IR.6235.1,2017,

6. Odwołania do SKO w T. od w/w decyzji Wójta Gminy T. z 18.05.2017 r.,
7. Protokołu kontroli sporządzonego przez zamawiającego z 10.05.2017 r.,
8. Pisemnego oświadczenia Pani E. B. z 18.05.2017 r. wraz z potwierdzeniem nadania listem poleconym,
9. Dokumentacji fotograficznej bazy magazynowo - transportowej należącej do odwołującego wykonanej przez odwołującego,
10. wydruku mapy świadczącej o odległości nieprzekraczającej 60 km z terenu bazy do granicy z gm. Tarnów, na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

W odniesieniu do spełnienia wymagań bazy magazynowo - transportowej odwołujący podał, że zgodnie z treścią § 5 SIWZ Warunki udziału w postępowaniu zamawiający przewidział, że: „w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału

6

w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej - zamawiający wyraża jako minimalne poziomy” „posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2016 poz. 250ze zm.) w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Wskazał, że zgodnie z treścią art. 9b ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej” zaś zgodnie z treścią ust. 2 „rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej „rejestrem”, prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości”. Nadto wskazał, że zgodnie z art. 9d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w zw. z treścią § 2 Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, ustawodawca przewidział następujące wymagania w zakresie bazy magazynowo -transportowej:

1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną:
 - 1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;
 - 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.
2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby:
 - 1) teren bazy magazynowo - transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
 - 2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
 - 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,
 - 4) teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145. 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);
 - 5) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w:
 - a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,

7

-
- b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
 - c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
 - d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.
3. Na terenie bazy magazynowo - transportowej powinny znajdować się także:
- 1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,

2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów - o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej.
4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3.

Stwierdził, że z chwilą złożenia oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym posiadał ważny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Tarnów pod numerem ... – wpis został dokonany w dniu 19.04.2017 r. Oświadczył, że złożył ofertę na wszystkie trzy części zamówienia, tj. Część I (sektor nr 1), Część II (sektor nr II), Część III (sektor nr III) oraz, że w świetle przewidzianych kryteriów oceny ofert, oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w Części I (sektor I) - 93,27 pkt oraz w Części II (sektor 2) - 94,07 pkt. Odwołujący podał, że po otwarciu ofert zamawiający, pismem z 26.04.2017 r., poinformował go o zamiarze przeprowadzenia kontroli bazy magazynowo transportowej, zwracając się jednocześnie o podanie dokładnej lokalizacji tej bazy. Uzupełnił, że jako podstawę prawną kontroli zamawiający powołał się na ustawę o swobodzie działalności gospodarczej. Zauważył, że zgodnie z SIWZ posiadanie bazy magazynowo - transportowej nie stanowiło warunku udziału w niniejszym postępowaniu.

Oświadczył, że pismem z 28.04.2017 r. poinformował zamawiającego, że baza magazynowo- transportowa została zlokalizowana w miejscowości Ż., gmina P. Oświadczył, że następnie zamawiający, w ostatniej chwili telefonicznie, poinformował odwołującego, że zamierza przyjechać na kontrolę bazy. Podał, że kontrola miała miejsce 10 maja 2017 r. Podał następującą chronologię wydarzeń:

- 10 maja – przeprowadzenie kontroli bazy w Ż.,
- 12 maja – Wójt Gminy T. wydaje decyzję administracyjną o zakazie prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę E. w zakresie odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości położonych na terenie gminy Tarnów oraz o wykreśleniu spółki E. z rejestru działalności regulowanej znak: ... (data stempla pocztowego),
- 12 maja – przesłanie protokołu kontroli bazy w Żębocinie (data stempla pocztowego),
- 19 maja – odwołujący otrzymuje pismo zamawiającego z datą 15.05.2017 r. znak: IR-271.4.2017 z informacją o wykluczeniu z postępowania oraz uznaniu oferty za odrzuconą (data wysłania pisma 15.05.2017 r.). Stwierdził, że niespełna dzień po kontroli organ wydał

8

decyzję uniemożliwiającą dalszy udział spółki w postępowaniu przetargowym zorganizowanym przez gminę T., co – zdaniem odwołującego – jasno pokazuje, że organ, łamiąc zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wykluczył z udziału w postępowaniu spółkę E., która w tym właśnie przetargu złożyła najkorzystniejszą ofertę w Części I (sektor I) i Części II (sektor II). Stwierdził także, że kontrola Zamawiającego ograniczyła się jedynie do skontrolowania spółki E., co stanowi naruszenie podstawowej zasady równego traktowania wykonawców oraz zasady uczciwej konkurencji, a nadto, po przeprowadzeniu kontroli odwołujący nie miał możliwości w jakikolwiek sposób odniesienia się do wyników tej kontroli przed wydaniem decyzji administracyjnej o wykreśleniu z rejestru działalności regulowanej oraz decyzji o wykluczeniu z postępowania przetargowego, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 4 Pzp.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający obowiązany był wezwać go do złożenia wyjaśnień w tym zakresie, czego jednak nie uczynił, podejmując z góry decyzję o wykluczeniu z postępowania. Zdaniem Odwołującego przeprowadzona 10.05.2017 r. kontrola spółki E. w zakresie posiadanej bazy magazynowo - transportowej została przeprowadzona z rażącym naruszeniem prawa, z pogwałceniem podstawowych przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej oraz naczelnych zasad zawartych w ustawie kodeks postępowania administracyjnego, wobec czego spółka E. złożyła odwołanie do Samorządowego Kolegium Odwoławczego w T., wnosząc w pierwszej kolejności o stwierdzenie nieważności decyzji z uwagi na rażące naruszenie prawa w tym zakresie. Podał, że do najistotniejszych zarzutów w tym zakresie należy brak jakiegokolwiek powiadomienia spółki o kontroli organu 10.05.2017 r. Przyznał, że organ w ostatniej chwili powiadomił telefonicznie spółkę, że zamierza przyjechać na kontrolę bazy w Ż., ale z uwagi na absencję tego właśnie dnia właścicieli spółki oraz pracowników na co dzień uczestniczących w imieniu spółki w tego typu kontrolach, spółka, nie mając wyboru, wysłała upoważnioną do tego Panią E. B. – pracownika spółki E. Zwrócił uwagę, że nie miała ona dostatecznej wiedzy w zakresie kontroli bazy i nie miała możliwości, aby się do niej merytorycznie przygotować, a na dodatek nie została odpowiednio przez organ pouczona o

przysługujących jej prawach i obowiązkach. Oświadczył, że w tym celu złożyła pisemne oświadczenia z 18.05.2017 r. Oświadczył, co do bazy magazynowo - transportowej w Ż. gm. P., że jest oddalona od granicy gm. T. w odległości nie większej niż 60 km. Podniósł, że zamawiający podaje różne odległości, przy czym trudno stwierdzić w oparciu o jakie pomiary, tym bardziej, że różnią się one od tych, które wskazał w protokole kontroli, a następnie tych, które wskazał w zaskarżonej decyzji administracyjnej z 12.05.2017 r. – ustalenia zamawiającego wzajemnie się wykluczają. Podał, że zgodnie z interpretacją Ministerstwa Środowiska z 13 sierpnia 2013 r.: „*odległość 60 km od granic gminy powinna być mierzona zgodnie z odległością, jaką pokona pojazd po najkrótszych drogach publicznych pomiędzy*

9

bazą magazynowo - transportową a granicą gminy. W myśl przedmiotowej interpretacji za taką wykładnią § 2 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia przemawia cel, dla którego przepis ten został wprowadzony do porządku prawnego.” Dodał, że zgodnie z treścią protokołu kontroli z 10.05.2017 r. zamawiający badał odległość bazy od granicy z gm. T. przy pomocy licznika pojazdu, którym na kontrolę przyjechał, a osoba reprezentująca spółkę podczas tej kontroli nie brała udziału przy tych czynnościach. Podniósł, że producenci pojazdów często przewidują dopuszczalny margines błędu zamontowanych liczników. Nadto, w odniesieniu do bazy, podał, że:

- baza posiada specjalnie wydzieloną część do parkowania pojazdów zabezpieczoną przed emisją zanieczyszczeń do gruntu (wynika to wprost z protokołu kontroli, w którym kontrolujący wskazują, że baza jest częściowo utwardzona); wyjaśnił, że nie ma wymogu, aby baza była utwardzona w całości,
- baza jest wyposażona w urządzenia zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych – organ nie kwestionuje faktu istnienia takich urządzeń, jednak enigmatycznie stwierdza, że są niesprawne,
- brak wyposażenia w najazdową wagę samochodową wynika z tego, że nie zamierza magazynować odpadów na bazie; będą one bezpośrednio przekazywane instalacji po zebraniu u źródła,
- brak miejsc do magazynowania selektywnie zebranych odpadów wynika z tego, że nie zamierza magazynować odpadów na bazie; będą one bezpośrednio przekazywane instalacji po zebraniu u źródła,
- brak należytych pomieszczeń socjalnych dla pracowników – organ przyznał, że baza zapewnia pomieszczenia socjalne, jednak z protokołu kontroli nie wynika brak spełnienia warunku w tym zakresie
- brak punktu bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów – bieżąca konserwacja i naprawa pojazdów nie będzie odbywać się w bazie tylko zostanie zlecona podmiotom zewnętrznym w tym zakresie; brak jakichkolwiek wzmianek w protokole w tym zakresie,
- brak miejsc do mycia i dezynfekcji pojazdów – mycie i dezynfekcja pojazdów będzie odbywać się poza bazą przez zlecenie tych czynności podmiotom trzecim; brak jakichkolwiek wzmianek w protokole w tym zakresie.

Uznał, że treść protokołu z 10.05.2017 r. jedynie w sposób enigmatyczny i ogólnikowy wskazuje, że: „*baza nie spełnia wymagań Rozporządzenia... (...)*” (pkt. 5 protokołu). Dodał, że treść w/w protokołu nie została przekazana odwołującemu bezpośrednio po zakończeniu kontroli, ale dwa dni później, co stanowi wprost naruszenie art. 379 i 380 ustawy prawo ochrony środowiska. W ocenie odwołującego z dokumentacji fotograficznej załączonej do protokołu nie można wyciągnąć jakichkolwiek konstruktywnych wniosków charakteryzujących

10

te elementy infrastruktury bazy, które faktycznie zdaniem organu nie miałyby spełniać ustawowych wymogów technicznych. Uzupełnił, że zdjęcia nie są podpisane, zostały wykonane bez jakichkolwiek głębszych refleksji, niestarannie, przedstawiając ogólne tło bazy bez zwrócenia szczególnej uwagi na urządzenia, które faktycznie pozostawały w kręgu zainteresowania osób kontrolujących bazę. Stwierdził, że zamawiający w żadnym z pism nie poddał jakiegokolwiek ocenie wykonanej dokumentacji fotograficznej.

W odniesieniu do powiadomienia o wykluczeniu odwołującego z postępowania oraz uzasadnienia faktycznego oraz prawnego tej decyzji odwołujący podał, że pismem Zamawiającego z 15.05.2017 r. (Odwołujący otrzymał je 19.05.2017 r.) został

poinformowany, że na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp został wykluczony z prowadzonego postępowania i w związku z powyższym na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp złożona przez niego oferta została odrzucona. Stał na stanowisku, że zamawiający, wykluczając go z postępowania w sposób, w jaki to uczynił naruszył regulację zawartą w art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, zgodnie z którą, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia podając uzasadnienie faktyczne oraz prawne. Podał, że na dzień wykluczenia odwołującego, jak również na dzień złożenia odwołania, nie zostało jeszcze rozstrzygnięte przedmiotowe postępowanie. W ocenie Odwołującego, Zamawiający w piśmie z 15.05.2017 r. nie wskazał w sposób wymagany przez ustawę podstawy faktycznej oraz prawnej wykluczenia, jednak w sposób enigmatyczny i ogólnikowy wskazał powód wykluczenia z postępowania, przy czym w zakresie wskazanych braków technicznych bazy magazynowo - transportowej (wymienionych enumeratywnie w punktach od 1 do 8) powołał się jedynie na protokół z kontroli wykonanej 10.05.2017 r. Oceniał, że z przywołanego protokołu nie można wywnioskować zarzutów, które następnie zamawiający przedstawił w późniejszym piśmie o wykluczeniu z postępowania. Uznał, że taki stan doprowadza do sytuacji, w której odwołujący musi się niejako domyślać o co mogło chodzić zamawiającemu – przywołany przez zamawiającego protokół z kontroli jest w całości wadliwy zarówno w zakresie ustaleń faktycznych, jak również podstawy prawnej w oparciu o którą został sporządzony.

Podniósł, że Zamawiający w ogóle nie wyjaśnił, w jaki sposób doszedł do wniosku, że baza magazynowo transportowa w Ż. nie spełnia następujących wymagań:

1. brak miejsc przeznaczonych do parkowania pojazdów zabezpieczonych przed emisją zanieczyszczeń do gruntu – treść protokołu tego nie potwierdza,
2. brak wyposażenia terenu w sprawne urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych – protokół co prawda

11

wskazuje, że zbiornik i studzienki kanalizacyjne są niesprawne bliżej nie opisując na czym ta wada miałaby polegać i w jaki sposób to sprawdzono,

3. brak należytych pomieszczeń socjalnych dla pracowników – zamawiający nie wyjaśnia, co rozumie przez zwrot „należyty”, przy czym w protokole brak jakiegokolwiek informacji o tym świadczącej,
4. brak punktu bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów – brak jakiegokolwiek informacji w protokole, przy czym nie jest to wymóg obligatoryjny,
5. brak miejsc do mycia dezynfekcji pojazdów – brak jakiegokolwiek informacji w protokole, przy czym nie jest to wymóg obligatoryjny.

Na powyższej podstawie odwołujący stwierdził, że uzasadnienie Zamawiającego opiera się na ogólnych stwierdzeniach, dowolnych ustaleniach faktycznych nie popartych żadnymi dowodami, zaś tak przyjęte przez zamawiającego ustalenia nie mają najmniejszego odzwierciedlenia w treści przywołanego protokołu z kontroli. Przywołał wyrok KIO z 20.07.2015 r., sygn. akt: KIO 1429/15. Podsumował, że w efekcie w przedmiotowym postępowaniu doszło do braku należytego poinformowania wykonawcy przez zamawiającego o przyczynach faktycznych i prawnych wykluczenia, co stanowi naruszenie art. 92 ust. 1 pkt 1-3 Pzp. Zaznaczył, że obowiązek informacyjny określony w art. 92 ust. 1 Pzp stanowi przejaw realizacji wyrażonej w art. 8 ust. 1 Pzp zasady jawności postępowania o udzielenie zamówienia oraz sformułowanej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Zamawiający w dniu 26.05.2017 r. (faxem i e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29.05.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) A. Sp. z o.o., ul. (...) zwane dalej: „A. Sp. z o.o.” albo „Przystępującym” zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

W dniu 07.06.2017 r. (e-mailem) A. Sp. z o.o. złożyło pismo procesowe Przystępującego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. W pierwszej kolejności A. sp. z o.o. pragnie zauważyć, iż stosownie do postanowień art. 180 ust 1 Pzp KIO rozpatrując

wniesione odwołania czyni to „...wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy”. Tym samym nie dokonuje analizy stanu faktycznego i oceny Zamawiającego przez pryzmat innych regulacji z pzp nie powiązanych, co potwierdza orzecznictwo: „Izba nie jest uprawniona do podważania funkcjonowania w obrocie prawnym decyzji administracyjnej, co mogłoby by

12

mieć miejsce w toku postępowania administracyjnego, np. w przypadku wystąpienia przez stronę z wnioskiem o stwierdzenie nieważności decyzji administracyjnej” (wyrok KIO z 13.06.2013 r. sygn. akt KIO 1258/13), „Izba nie jest uprawniona, aby w postępowaniu odwoławczym dokonywać oceny spełniania przez instalację wymagań pozwalających na uznanie jej za regionalną instalację przetwarzania odpadów komunalnych, ani tym bardziej legalności wskazania tej instalacji w uchwale rady miasta lub uchwale sejmiku województwa. Kontrolę prawną w tym zakresie sprawuje właściwy wojewódzki sąd administracyjny” (wyrok KIO z 03.06.2013 r. sygn. akt KIO 1178/13), „Izba nie ma kompetencji do badania zgodności decyzji administracyjnych z prawem” (wyrok KIO z 23.01.2014 r. sygn. akt KIO 21/14). Okoliczność powyższa jest o tyle istotna dla sprawy zawisłej przed Izbą, iż Odwołujący się w dużej części swego odwołania z dnia 24 maja 2017 r. próbuje polemizować z decyzją Wójta Gminy T., opartą m.in. na treści art. 71 ust 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (dalej także jako „usdg”). Spółka wnosząca odwołanie podnosi więc kolejno: zarzut braku zasadności kontroli, błędny sposób jej przeprowadzenia, wadliwy sposób wykreślenia spółki z rejestru działalności regulowanej czy okoliczność, iż od przedmiotowej decyzji wniosła skargę do SKO w T.

Tymczasem w ocenie Przystępującego kluczową kwestią w zawisłej sprawie jest to czy Zamawiający, mógł w postępowaniu w którym - co należy podkreślić stosował procedurę przewidzianą art. 24 aa Pzp („odwróconą”) - wykluczyć Wykonawcę E. M. Spółka Jawna, ul. (...) w oparciu o treść art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, a następnie uznać jego ofertę jako odrzuconą w oparciu o treść art. 24 ust 4 Pzp w sytuacji, gdy dowiedział się, iż Wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania określonej działalności (art. 22 ust 1 b pkt 2 Pzp). Zagadnienie to w ocenie Przystępującego jest zasadniczym dla rozstrzygnięcia przedmiotowego odwołania - z zastrzeżeniem wszakże o czym będzie niżej - iż Odwołujący posiada przewidziany Pzp „interes” o którym mowa w art. 179 ust 1 Pzp oraz, co równie istotne czy czynności i ewentualne zaniechania - z wyłączeniem zakazu Zamawiającego prowadzenia działalności i wykreślenia z rejestru (które to czynności nie wynikają z Pzp) miały wpływ lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. I. Interes odwołującego się do wniesienia odwołania stosownie do treści art. 179 ust 1 Pzp. Oceniając Odwołanie spółki E. zauważył, iż „środki ochrony prawnej przysługują tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, że posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia” (zob. wyrok SO w P. T. z 17.02.2011 r., II Ca 9/11, „Zamówienia Publiczne w Orzecznictwie” 2013/14, s. 93-94). Dlatego więc jeżeli odwołujący nie mógłby uzyskać zamówienia nawet w sytuacji przywrócenia go do postępowania, to nie posiada legitymacji do wniesienia

13

odwołania (zob. wyrok KIO z 20.04.2015 r., KIO 694/15). W stanie faktycznym rozstrzyganym przed Izbą, Wykonawca E. złożył w zakresie Części I i II oferty, których cena przewyższała kwoty, które Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, a o których wspomina art. 86 ust 3 Pzp. Odpowiednio więc dla Części I zamówienia, Zamawiający przewidział 1.097.712,00 złotych brutto, podczas gdy oferta Wykonawcy E. wyniosła 1.315.000 złotych brutto. Na Część II natomiast, Gmina T. przeznaczyła 1.342.656,00 złotych brutto, podczas gdy oferta Odwołującego opiewała na kwotę 1.536.000,00 złotych brutto.

Chcąc ustalić o ile Zamawiający może zwiększyć kwoty podane podczas otwarcia ofert oraz czy w przypadku uwzględnienia odwołania przez Izbę nie zajdą okoliczności wskazane w art. 93 ust 1 pkt 4 Pzp, tj. unieważnienie postępowania, Przystępujący wystąpił do Gminy, pismem z 30.05.2017 r. z zapytaniem m.in. „o jaką kwotę (i czy w ogóle Gmina T.

przewiduje takie rozwiązanie) Gmina T. zamierza powiększyć kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia publicznego". W odpowiedzi z 31.05.2017 r. A. sp. z o.o, uzyskała informację, iż „w budżecie gminy będą zabezpieczone niezbędne środki na sfinansowanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów w okresie od 01.07.2017 r. do 30.06.2019 r. w wysokości wynikającej z ceny najkorzystniejszej oferty...”.

Z uwagi na fakt, iż stosownie do pkt 4 § 14 SIWZ w przedmiotowym postępowaniu najkorzystniejszą ofertą jest ta która „stanowi najkorzystniejszy bilans kryterium ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia” (częstotliwość odbioru i ilość punktów odbioru odpadów zielonych - przyp. Przystępujący), uznać należy, iż Zamawiający wskazując w swej odpowiedzi z 31.05.2017 r. na „najkorzystniejszą cenę oferty” wskazywał jedynie na „cenę” tj. parametr - zdefiniowany w Pzp w art. 2 pkt 1, Analizując „najkorzystniejsze ceny ofert” złożonych w postępowaniu organizowanym przez Gminę T. należy uznać, iż taką zawiera oferta A. sp. z o.o. dla części I i II i do takiej kwoty - zgodnie z odpowiedzią Zamawiającego - zostać może zwiększony jego budżet na sfinansowanie zamówienia. W innej sytuacji wskazałby on w swym piśmie do Przystępującego na „najkorzystniejszą ofertę” stanowiącą wspomniany bilans ceny i innych kryteriów.

Skoro więc jak stwierdził sam Zamawiający maksymalnie może zwiększyć finansowanie zamówienia do poziomu najkorzystniejszych cen tj. tych występujących w ofercie A. sp z o.o. nie jest i nie będzie możliwe zwiększenie kwot do wartości z oferty E. M. Spółka Jawna, ul.(...) , a co za tym idzie nawet uwzględnienie odwołania przez Izbę doprowadzi do unieważnienia postępowania. Konsekwencją tego jest „brak interesu” odwołującego do wniesienia środka odwoławczego, albowiem zamówienia finalnie spółka E. i tak nie otrzyma (podobnie Izba orzekła w wyroku z 20.04.2015 r. sygn. akt: KIO 694/15).

Brak „interesu” spółki E. M. Spółka Jawna, ul. (...) do wniesienia odwołania należy rozpatrzyć także na innej płaszczyźnie, a wynikającej wprost z decyzji Wójta Gminy T.

14

z 12.05.2017 r. o zakazie prowadzenia przez E. działalności gospodarczej na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej pod nr ..., w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wykreślającej jednocześnie spółkę ze wspomnianego rejestru,

Jak wynika bowiem z SIWZ - § 7 zatytułowanego „Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt 1 Zamawiający wskazał, że:

„1. Opis postępowania zamawiającego na etapie dokonywania oceny spełnienia warunków udziału i braku podstaw do wykluczenia w niniejszym postępowaniu:

1) Etap I - Zamawiający mając na względzie uprawnienie nadane treścią a/t. 24aa ust. 1 ustawy Pzp najpierw dokona oceny ofert pod kątem ich odrzucenia, a następnie zbada, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu.

2) Etap II - ostateczne potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostanie dokonane na podstawie dokumentów to potwierdzających. Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia”.

W tym samym rozdziale Zamawiający wskazał, że: „2. Dla udokumentowania spełnienia wymaganych warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę oraz brak podstaw wykluczenia, o których mowa w art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą aktualnych na dzień składania ofert: 1) jednolitego europejskiego dokupieniu zamówienia (dalej jednolity dokument), sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art 59 ust 2 dyrektywy 20.14/24/UE oraz art. 80 ust 3 dyrektywy 2014/25/UE - załącznik nr 2 do SIWZ - oryginał” oraz że „Informacje zawarte w jednolitym dokumencie stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu”.

Oczywistym jest również, iż Wykonawca E. nie został na chwilę obecną wezwany do przedłożenia dokumentów dla potwierdzenia spełnienia warunków w postępowaniu - o których mowa w art. 25 ust 1 Pzp - albowiem wcześniej został on z niego wykluczony, a jego oferta odrzucona, przez co jego oferta nie została „zakwalifikowana” do „Etapu II”

o którym wspomniano wcześniej,

Przechodząc więc do kwestii omawianego „interesu do wniesienia odwołania” oczywistym jest, iż nawet uwzględnienie odwołania nie zmieni sytuacji Odwołującego, albowiem nie będzie on w stanie przedłożyć wpisu do rejestru działalności regulowanej, a to

15

z tego powodu, iż Wójt Gminy T., dysponował będzie z urzędu wiedzą, iż podmiot ten z rejestru został wykreślony w dniu 12.05.2017 r. (przed wniesieniem odwołania) i ma zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców, Co więcej, z uwagi na brzmienie art. 26 ust 6 Pzp w ocenie Przystępującego Zamawiający nie musi o wpis do Wykonawcy w ogóle występować.

Wreszcie w kontekście „interesu” Odwołującego się, należy odnieść się do innych jeszcze dokumentów postępowania - a stanowiących integralną część Specyfikacji.

„Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”, stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ w pkt 15 stanowi, że „Odbiór odpadów komunalnych wykonawca będzie świadczył zgodnie z obowiązującymi przepisami, a w szczególności:

1) ustawą z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2016 r., poz. 672 - ze zmianami),

2) ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z2016, poz. 250.ze.zmianami).

3) ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2016 r. poz. 1987 - ze zmianami),

7) rozporządzeniem ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. z 2013 r poz. 122)“(dalej także jako „rozporządzenie”)

Powyższe oznacza, że brak wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców, a także dysponowanie bazą, która nie jest zgodna z postanowieniami rozporządzenia narusza m.in. postanowienia art 9d ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej także jako „ucipg”) i wspomnianego rozporządzenia, co skutkuje niemożnością realizowania przedmiotu zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem, zgodnie z postanowieniami „OPZ”.

Podobnie zapisy wzoru umowy załączonej do SIWZ nakładają w § 4 pkt 4 obowiązek by Wykonawca „realizował przedmiot umowy przy zachowaniu należytej staranności oraz zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa” w tym wskazanymi powyżej. Co równie istotne projekt umowy w § 10 pkt 3 przewiduje, że Zamawiający może odstąpić od umowy, jeżeli poweźmie wiadomość o tym, że „Wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania przedmiotu umowy wynikające z przepisów szczególnych”, W ocenie Przystępującego brak uprawnień do wykonywania działalności regulowanej - jak w przypadku EKOM - uniemożliwia w ogóle zawarcie takiej umowy, co stanowi kolejny z argumentów świadczących o braku „interesu” Odwołującego się do wniesienia odwołania.

II. Naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Pzp oraz art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 9 ust 1 i ust 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów (zarzut nr 1 i 2 odwołania). Przystępujący zauważył, iż kluczową kwestią, której w swym odwołaniu nie dostrzega wnoszący odwołanie jest fakt, iż organem kontrolującym jest nie Zamawiający odpowiedzialny za

16

przygotowanie postępowania - jak podnosi spółka E. – („...Zamawiający dokonał naruszenia naczelną zasady równego traktowania wykonawców oraz poszanowania zasady uczciwej konkurencji..”/str. 4 odwołania/), ale organ rejestr prowadzący, którym jest stosownie do treści art. 9b ust 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wójt, burmistrz i prezydent miasta („Rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwany dalej "rejestrem", prowadzi wójt, burmistrz lub prezydent miasta właściwy ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości”). Organy te stosownie do treści art. 78 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej „W razie powzięcia wiadomości o wykonywaniu działalności gospodarczej niezgodnie z przepisami ustawy, a także w razie stwierdzenia: zagrożenia życia lub zdrowia, niebezpieczeństwa szkód majątkowych powstania w znacznych rozmiarach lub naruszenia środowiska w wyniku wykonywania tej działalności, wójt, burmistrz lub prezydent miasta niezwłocznie zawiadamia właściwe organy administracji publicznej”. Oznacza to, iż w sytuacji powzięcia przez organ jakiegokolwiek

wiadomości we wskazanym w art. 78 ustawy osdg zakresie istnieje ustawowy obowiązek podjęcia czynności kontrolnych. Czynności te prowadzone są w trybie niezależnym od postępowania udzielenie zamówienia publicznego, wg innych oraz przepisów z możliwością skarżenia decyzji w nich zapadłych przed innymi organami.

Z taką sytuacją mieliśmy do czynienia w przedmiotowym stanie faktycznym, gdzie organ został powiadomiony pismem A. sp. z o.o. z 25.04.2017 r. w którym zwrócono uwagę by Wójt Gminy T. dokonał weryfikacji (kontroli) czy Wykonawca biorący udział w postępowaniu pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy T.” (znak ...), spełnia wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (dalej „rozporządzenie”), ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, aktów koniecznych dla otrzymania wpisu rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców, który to wpis stanowi z kolei warunek postępowania określony w SIWZ. Tym samym nie jest prawdą - jak podnosi Odwołujący - iż kontrola dotknęła tylko jego spółkę przez co naruszono wskazane powyżej przepisy Pzp, albowiem tylko spółka E. M. Spółka Jawna, ul. (...) zgodnie z przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i ustawy ucipg winna była podlegać kontroli, a to z uwagi na brzmienie przywoływanych przepisów - w szczególności tych - z ustawy ocipg, które mają charakter norm „imperatywnych”, nie pozostawiających „uznaniowości” organowi je stosującemu.

Kwestię wydania decyzji tego typu opisał w swym komentarzu do ustawy W. Radecki: „Mechanizm prawny stosowania art. 71 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej

17

polega na tym, że organ prowadzący rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czyli wójt, burmistrz lub prezydent miasta, w razie stwierdzenia zaistnienia którejs z trzech przyczyn wskazanych w art. 71 ust. 1 obligatoryjnie wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, Taka decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu fart, 71 ust, 2 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej), a więc mamy tu do czynienia z sytuacją określoną w art 130 § 3 pkt 2 k.p.a. - bez konieczności nadawania decyzji rygoru natychmiastowej wykonalności decyzja podlega natychmiastowemu wykonaniu. Od decyzji przysługuje wprawdzie odwołanie do samorządowego kolegium odwoławczego, a następnie skarga do sądu administracyjnego, ale wniesienie odwołania nie wstrzymuje wykonania decyzji, Wykreślenie wpisu z rejestru jest automatyczną konsekwencją wydania decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem. Wójt, burmistrz albo prezydent miasta jednocześnie z wydaniem decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem z urzędu wykreśla wpis” (W. Radecki - Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, wyd. V, Wolters Kluwer, Warszawa 2016). O tym, iż jest to normalna praktyka poświadczą również sam Przystępujący, który przynajmniej w dwóch przypadkach - podczas trwania postępowań pn. „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta N. S. oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych” (BPM.ZPP.271.500.2014) oraz „Świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Miasta T.” (...) - został poddany identycznej kontroli, zaś Wykonawcy konkurujący z A. sp z o.o. wnosili do Krajowej Izby Odwoławczej odwołania oparte m.in. o zarzuty nie spełniania warunku posiadania bazy -magazynowo transportowej zgodnej z przepisami rozporządzenia.

III. Naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust 4 Pzp (zarzut nr 3 odwołania). Na wstępie Przystępujący wskazał, iż art. 26 ust 4 Pzp stanowi, że „Zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1”. Sytuacja wzywania do złożenia wyjaśnień, znajduje zastosowanie - i co należy podkreślić - musi znaleźć zastosowanie, wówczas gdy ma przyczynić się do „rozwiązania wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów”, Tymczasem w omawianym stanie faktycznym Wójt Gminy T., będący dysponentem rejestru działalności regulowanej w zakresie podmiotów odbierających odpady komunalne, sygnujący także decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy T.” wątpliwości takowych nie mógł posiadać,

- 1) Pismem z 26.04.2017 r. poinformował E. M. Spółka Jawna, ul. (...) o zamiarze przeprowadzenia kontroli bazy magazynowo - transportowej,
- 2) Wiedział, iż 10.05.2017 r. przeprowadzono kontrolę bazy E. M. Spółka Jawna, ul. (...) i sporządzono stosowny protokół,
- 3) W dniu 12.05.2017 r. Wójt Gminy T. wydał decyzję o zakazie prowadzenia przez E. M. Spółka Jawna, ul. (...) działalności gospodarczej na podstawie wpisu do rejestru działalności regulowanej pod nr ... w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wykreślając spółkę E. M. Spółka Jawna, ul. (...) z tegoż rejestru,
- 4) 15.05.2017 r. poinformował Wykonawcę o jego wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty,

Skoro jak wskazuje dokumentacja postępowania kontrolnego nie było wątpliwości po stronie organu wydającego decyzję, podobnie jak sprzeczności w złożonych dokumentach i oświadczeniach, nie mógł znaleźć zastosowanie art. 26 ust 4 Pzp. Kwestię powyższą jak się wydaje w sposób szczególnie trafny ilustruje orzeczenie KIO z 18.03.2016 r. sygn. akt: KIO/KU 18/16 „*Wezwanie do złożenia wyjaśnień musi nawiązywać do podstaw wątpliwości, które zrodziły się po stronie zamawiającej, wskazywać źródło tych wątpliwości, aby dać wykonawcy szansę obronienia swojej oferty lub wniosku. Jeżeli jednak zamawiający nie ma wątpliwości co do złożonych dokumentów, ponieważ w praktycznie tożsamym czasie i w tożsamym zakresie przedmiotowym tę sytuację wyjaśniono w odniesieniu do zgromadzonych dokumentów, korzystanie z art. 26 ust. 4 p.z.p. prowadziłoby jedynie do nadmiernego formalizmu i przedłużania postępowania o udzielenie zamówienia*”. Kwestia wyjaśniania byłaby także zbędną z uwagi na fakt, iż wójt Gminy T. z urzędu dysponował wiedzą w oparciu o która wydał decyzje z 12.05.2017 r. Co równie istotne - nawet przy założeniu słuszności zarzutu Odwołującego się - wydaje się, iż niemożliwym byłoby wyjaśnienie kwestii o którą wnosi on sam, albowiem fakt, iż jego baza nie spełnia warunków określonych rozporządzeniem jest okolicznością bezsporną z punktu widzenia Wójta Gminy Tarnów, a okoliczność tę może jedynie zmienić swym orzeczeniem organ administracyjny. Co więcej z uwagi na charakter wydanej decyzji - która podlega natychmiastowemu wykonaniu i to w trybie poza Pzp - wyjaśnienia nie wpłynęłyby na los Wykonawcy.

IV. Naruszenie art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp w zw. z art 24 ust 4 Pzp (zarzut nr 4). Podstawową kwestią sprawy zawistej przed KIO jest zdaniem Przystępującego ustalenie czy Zamawiający zasadnie wykluczył Wykonawcę E. M. Spółka Jawna, ul. (...) w oparciu o treść art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, a następnie stosownie do art. 24 ust 4 Pzp uznał ofertę wykonawcy wykluczonego za odrzuconą. W pierwszej kolejności należy zauważyć, iż Zamawiający w § 5 pkt 1 SIWZ postępowania „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy T.” wskazał, że „*O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki*

udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu zgodnie z art. 22 ust. 1 i ust 1b ustawy Pzp, dotyczące: 1) kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów”, Do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców wymagany jest wpis do rejestru działalności regulowanej na co wskazuje m.in. art. 9b oraz 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach („*art. 9c ust 1 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*”). Brak takiego wpisu - co jest okolicznością bezsporną – uniemożliwia podejmowanie czynności w zakresie wskazanym powyżej. Ponieważ Wykonawca E. M. Spółka Jawna, ul. (...) decyzją Wójta Gminy T. otrzymał zakaz prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych oraz w dniu 12 maja 2017 r. z rejestru tego został wykreślony – co potwierdza wydruk ze strony internetowej Gminy T. - konsekwentnie nie może on realizować zadań objętych przedmiotem umowy. Pomocne w ocenie przedmiotowej sytuacji okazuje się orzecznictwo sądów administracyjnych. Wojewódzki SA w W. w wyroku z 25.02.2016 r. sygn. akt VI SA/Wa 2303/15 stwierdził, że „*W niniejszej sprawie istota sporu*

sprowadza się do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w przypadku, gdy podmiot ubiegający się o wpis do rejestru działalności regulowanej złoży oświadczenie, o którym mowa w art. 65 ust. 1 u.s.d.g., niezgodne ze stanem faktycznym w chwili składania oświadczenia, późniejsza zmiana okoliczności faktycznych może stanowić powyższe uchybienie polegające na złożeniu wadliwego oświadczenia, i czy w związku z taką zmianą okoliczności faktycznych dopuszczalne jest podjęcie decyzji zakazującej wykonywania działalności gospodarczej objętej wpisaniem do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z art 71 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g., organ prowadzący rejestr działalności regulowanej wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w art. 65, niezgodne ze stanem faktycznym. Jak podkreśla się w orzecznictwie złożenie przez przedsiębiorcę oświadczenia, które jest niezgodne ze stanem faktycznym ze względu na brak spełnienia przez przedsiębiorcę wszystkich warunków wykonywania działalności regulowanej oznacza, że od samego początku brak było materialnoprawnej podstawy wykonywania tej działalności (por.m.in. wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w W. z dnia 13 grudnia 2007 r., sygn. akt VI SA/Wa 1834/07, LEX nr 438609)". Dlatego też, ocena prawdziwości wspomnianego oświadczenia - o którym mowa w art. 9c ust 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - musi być dokonywana na chwilę jego składania (podobnie WSA w Warszawie z 13.12.2007 r., sygn. akt: VI SA/Wa 1834/07).

Skoro więc organ dokonujący kontroli bazy magazynowo - transportowej ustalił, iż ta nie spełnia warunków określonych rozporządzeniem i jak stwierdza się w decyzji

20

z 12.05.2017 r. „... oświadczenia E. M. Spółka Jawna, ul. (...), o spełnianiu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości załączone do wniosku o wpis do Rejestru Działalności Regulowanej, prowadzonej przez Wójta Gminy T. złożone zostało niezgodnie ze stanem faktycznym" (str. 31) to od samego początku brak było materialnoprawnej podstawy wykonywania tej działalności (w tym wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców, którego posiadanie było warunkiem postępowania w Gminie T.).

Kolejną istotną kwestię tj. konieczność respektowania wszelkich unormowań prawnych odnoszących się do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem o czym Izba wskazała w orzeczeniu o sygn. akt: KIO 1231/13 z 07.06.2013 r. Pomimo, iż rozstrzygnięcie zapadło na gruncie Pzp sprzed ostatniej nowelizacji wydaje się, że aktualnym pozostają pewne fragmenty jego uzasadnienia. I tak Izba stwierdziła: „W ocenie Izby art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest przepisem blankietowym, gdyż w swojej treści odsyła do przepisów prawa – a zatem podmiot zamawiający nie ma obowiązku precyzyjnego wskazywania jakie dokumenty winni przedstawić wykonawcy – może również obowiązek wykazania spełnienia tego warunku sprowadzić do oświadczenia własnego wykonawcy. Nie ulega zatem wątpliwości, iż w takim wypadku powyższe odesłanie jest wystarczające aby uznać, iż zarówno podmiot zamawiający, jak również wykonawca są zobligowani do respektowania wszelkich unormowań prawnych regulujących działalność odnoszącą się do przedmiotu zamówienia objętego postępowaniem. Wynika to chociażby z faktu zawodowego prowadzenia działalności przez Przystępującego, bowiem każdy z wykonawców, który prowadzi działalność gospodarczą musi mieć świadomość jakie przepisy regulują jej wykonywanie. Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 27 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1293/11) „Znajomość tych przepisów mieści się bowiem w zakresie pojęcia "należytej staranności", o której mowa w art. 355 § 2 k.c., w oparciu o którą to zasadę należy dokonywać oceny działań profesjonalnego podmiotu”.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający w postanowieniach ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ w sposób wyraźny wskazał, iż przedmiotem postępowania jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, co należy wprost odnieść do przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jednolity Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.). Zatem nie ulega żadnej wątpliwości, iż przedmiotem niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest działalność regulowana w rozumieniu przepisów ww. aktu prawnego. Niezależnie od powołania się przez Zamawiającego na powyższe regulacje, każdy z wykonawców, który prowadzi działalność gospodarczą w przedmiotowym zakresie, musi mieć świadomość w oparciu o jakie przepisy prawa świadczy swoje usługi.”. Także w stanie faktycznym

będącym przedmiotem odwołania Zamawiający nie wskazał, iż warunkiem (w ujęciu art. 22 ust 1 i 1b pzp) udziału w postępowaniu jest dysponowanie przez Wykonawcę bazą magazynowo - transportową. Niemniej jednak warunkiem określonym w SIWZ (1 pkt 2 ppkt 1) było „1) posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2016 poz. 250 ze zm.) w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia”, którego otrzymanie jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji spełnienia warunków określonych rozporządzeniem oraz ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Co więcej obowiązek wypełniania tych oraz innych przepisów nakładają na Wykonawcę regulacje wskazane w „opisie przedmiotu zamówienia” i „projekcie umowy” o których Przystępujący wspomina w innym miejscu niniejszego pisma procesowego, a które to dokumenty stanowią integralną część SIWZ. Podsumowując powyższe nie sposób uznać, że spółka E. spełniła warunek określony w SIWZ (1 pkt 2 ppkt 1). Nie można także - oceniając opisywany stan - abstrahować od cytowanego powyżej orzeczenia, stosownie do którego, nawet brak zakreślenia warunku dysponowania bazą magazynowo - transportową przez Wykonawcę w dokumencie SIWZ pozwala na jego wybór, w sytuacji gdy bazą takową Wykonawca nie dysponuje lub dysponuje bazą nie spełniającą warunków z rozporządzenia, gdy przepisy powszechnie obowiązującego prawa obowiązują taki statuują - właśnie w zakresie podmiotów odbierających odpady komunalne.

V. Naruszenie art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp, art. 8 ust 1 Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp oraz art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp (zarzuty nr 5,6,7). Odnosząc się do wskazanej grupy zarzutów podniesionej przez Wykonawcę E. M. Spółka Jawna, ul. (...) w pierwszej kolejności A. sp. z o.o. pragnie odnieść się do zarzutu naruszenia art. 7 ust 1 i 3 Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp poprzez „brak jednoczesnego powiadomienia wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z jednoczesnym powiadomieniem o wykluczeniu wykonawców i odrzuceniu ofert, co jednocześnie stanowi naruszenie zasady równego traktowania wykonawców”. Na wstępie zauważył - czego nie dostrzegł formułując niniejszy zarzut Odwołujący - iż Zamawiający nie dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu przez co trudno zgodzić się, iż naruszył on wskazane przepisy Pzp. Kontynuując, poza sporem pozostaje, iż pismem z 15.05.2017 r. wykluczył Wykonawcę E. z prowadzonego postępowania w oparciu o treść art. 24 ust 1 pkt 12 Pzp, zaś jego ofertę - z uwagi na wykluczenie - uznał za odrzuconą, opierając swą decyzję na normie art. 24 ust 4 Pzp. O czynności swej powiadomił niezwłocznie Odwołującego - co jest również okolicznością bezsporną (informację przekazano m.in. drogą pocztową doręczając Wykonawcy decyzję Zamawiającego w dniu 19.05.2017 r.). Fakt, iż na tym etapie informacja ta nie została przekazana innym Wykonawcom nie może być

22

potraktowana w kontekście stawianego zarzutu jako „naruszenie zasady równego traktowania wykonawców”, albowiem jedynymi uprawnionymi do takiego formułowania zarzutu byłiby inni Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu. Ponieważ jednak czynności tej nie kwestionowali, należy uznać, iż z uwagi na treść art. 192 ust 2 Pzp przedmiotowa okoliczność nie miała wpływu na wynik postępowania tym bardziej, iż Odwołując czynność tą skarżyć mógł i skwapliwie ze swej prerogatywy skorzystał. Ponadto, co znajdzie odzwierciedlenie w stanowisku Przystępującego do kolejnych zarzutów z omawianej grupy przepis art. 92 nakazuje niezwłocznie poinformować Wykonawców nie o „odrzuceniu oferty” konkretnego Wykonawcy, czy też jego „wykluczeniu”, ale „wykonawcach, którzy zostali wykluczeni”, „wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”. Jak się więc wydaje - powyższy przepis - nie stoi na przeszkodzie „wykluczenia wykonawcy”, „odrzucenia jego oferty” wcześniej, a następnie poinformowania o tym fakcie pozostałych uczestników postępowania w tzw. „informacji o wyborze oferty” z jednoczesnym wskazaniem wykonawców, którzy zostali wykluczeni”, „wykonawcach, których oferty zostały odrzucone”.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 8 ust 1 Pzp w zw. z art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp, a więc - rzekomo wadliwego uzasadnienia decyzji wykluczającej Odwołującego się i uznania jego oferty za odrzuconą należy stwierdzić, co następuje. Poza wszelką wątpliwością pozostaje, iż każda decyzja Zamawiającego winna być należycie uzasadniona

tak by m.in. Wykonawca mógł sformułować skutecznie zarzuty do KIO. W ocenie Przystępującego – A. sp. z o.o. - już sama analiza odwołania złożonego przez E. M.S. Jawna, ul.(...) , pozwala na stwierdzenie, iż uzasadnienie Zamawiającego było wystarczające i jasne dla adresata tj. spółki, która wniosła odwołanie. Uważna bowiem jego lektura, pozwala dostrzec, iż podjął on szczegółową polemikę z Zamawiającym, również w zakresie dotyczącym spełniania przez E. warunków postępowania, zgodności bazy magazynowo - transportowej z przepisami rozporządzenia czy niezasadnym - zdaniem Odwołującego się - zaniechaniem przez Zamawiającego procedury „wyjaśniającej” w trybie art. 26 ust 4 Pzp. Natomiast rzekomo „lakoniczne” i „ogólnikowe” wskazanie podstaw wykluczenia Wykonawcy i uznanie oferty za odrzuconą nie stanęło na przeszkodzie złożenia odwołania do KIO. W ocenie Przystępującego również sama decyzja Zamawiającego zawiera wszelkie niezbędne elementy - w szczególności uzasadnienie prawne ze wskazaniem przepisów prawa Pzp na których oparł swą decyzję - i uzasadnienie faktyczne szczegółowo opisujące przesłanki leżące u podstaw decyzji Zamawiającego. Fakt, iż zawiera ona dwie strony tekstu wskazuje, iż nie może być zbyt ogólna czy lakoniczna. Ostatni z formułowanych przez Odwołującego się zarzutów - naruszenie art. 92 ust 1 pkt 1, 2, 3 Pzp - związany jest z wykluczeniem spółki E. z postępowania pomimo, iż Zamawiający „nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty”. Jak już podkreślano wyżej konstrukcja art. 92 Pzp nie wskazuje w żadnym miejscu, iż wykluczenie Wykonawcy winno nastąpić - jak

23

chce Odwołujący się - w informacji, która zawiera „wybór najkorzystniejszej oferty”. Określenie, iż Zamawiający wskazuje w informacji „wykonawców, którzy zostali wykluczeni”, „wykonawców, których oferty zostały odrzucone” w sposób oczywisty odnosi się do czynności, które już nastąpiły, wydarzeń przeszłych, mając niejako charakter podsumowujący. Gdyby bowiem ustawodawca pragnął takiego rozumienia jak chce Odwołujący użyłby - jak w przypadku „wyboru najkorzystniejszej oferty” - określeń innych, Dodatkowo stanowisko Przystępującego potwierdza brzmienie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, stosownie do którego „Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”, a więc także przed wyborem najkorzystniejszej oferty jak w omawianym stanie faktycznym. Reasumując, stanowisko zaprezentowane przez A. sp. z o.o. znajduje odzwierciedlenie także w doktrynie wedle której „Zamawiający może wykluczyć wykonawcę na każdym etapie postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie z art 47 ust 5 dyrektywy 2014/24/UE instytucje zamawiające w dowolnym momencie w trakcie postępowania wykluczają wykonawcę, gdy okaże się, że - z racji czynów popełnionych lub czynności zaniechanych zarówno przed postępowaniem jak i jego trakcie - dany wykonawca znajduje się w jednej z sytuacji, o których mowa w ust 1 i 2 (art. 24 pzp - przyp. Przystępującego)” (Prawo zamówień publicznych. Komentarz - P. Granecki, C.H.Beck, W-wa 2016).

W dniu 06.06.2017 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedź na odwołanie, w której oddała w całości odwołanie. Kopia została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu. Odnosząc się do poszczególnych zarzutów Odwołującego, podniósł co następuje:

Ad 1 i 2. Zamawiający ogłosił przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy o wartości kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, (ogłoszenie opublikowane zostało w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej w dniu 02 marca 2017 r. - Nr ogłoszenia 79570-217-PL Dz.U./S S43), z podziałem na 3 części: część I obejmująca sektor północno-wschodni, część II - sektor południowo zachodni, część III - sektor zachodni. Odwołujący złożył ofertę na wszystkie 3 części zamówienia. Nadmienić należy że termin otwarcia ofert upływał 24.04.2017 r. , a Wykonawca złożył wniosek o wpis do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej Wójta Gminy Tarnów, w dniu 19.04.2017 r. i w tym samym dniu dokonano wpisu a Odwołujący otrzymał stosowne zaświadczenie. Zarzut nierównego traktowania wykonawcy, jak również naruszenia ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jest zatem w ocenie Zamawiającego bezpodstawny. Już po

24

złożeniu ofert, Zamawiający na pisemne powiadomienie przez innego uczestnika postępowania przetargowego, jak również korzystając z uprawnień w tym zakresie, dokonał kontroli wskazanej przez Odwołującego bazy magazynowo - transportowej w Ż. w dniu 10.05.2017 r. Przy czym odbyło się to nie w trybie przepisów ustawy, lecz w trybie przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, ze zm.) oraz ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1892, ze zm.). Podkreślił, że do wniosku o wpis do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej Wójta Gminy T., Odwołujący załączył oświadczenie o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o następującej treści:
"Oświadczam, że:

1) dane zawarte we wniosku o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości są kompletne i zgodne z prawdą;
2) znane mi są i spełniam 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 250).", złożone zgodnie z wymogami określonymi w art. 9c ust. 4 ustawy z dnia z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz.250, ze zm.). W tym zaś przypadku oznacza to spełnienie wymogów określonych w rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122).

Przepisy w/w rozporządzenia w zakresie określonym § 1-2, określają następujące wymogi: „§1. Rozporządzenie określa szczegółowe wymagania dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, w zakresie:

1) posiadania wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego;
2) utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwanych dalej "pojazdami", i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, zwanych dalej "urządzeniami";
3) spełnienia wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów;
4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo - transportowej.

§ 2. 1. Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo - transportową usytuowaną:

25

1) w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy;
2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny.
2. W zakresie wyposażenia bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby:
1) teren bazy magazynowo - transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
4) teren bazy magazynowo - transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. - Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145,951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);
5) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w:
a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,
b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
d) legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy

następuje magazynowanie odpadów.

3. Na terenie bazy magazynowo - transportowej powinny znajdować się także:

1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,

2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów - o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo -transportowej.

4. Część transportowa oraz część magazynowa bazy mogą znajdować się na oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnieniu warunków określonych w ust. 1-3."

Skoro zatem w ramach odbytej kontroli stwierdzono, iż w/w baza nie spełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, to oświadczenie Odwołującego, o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości załączone do wniosku o wpis do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonej przez Wójta Gminy T., złożone zostało niezgodnie ze stanem faktycznym. Wówczas zaś zgodnie z art. 71 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, ze zm.), organ prowadzący rejestr

26

działalności regulowanej wydaje decyzję o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, gdy przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w jej art. 65, niezgodne ze stanem faktycznym. Przepis ten stanowi:

„1. Organ prowadzący, na podstawie przepisów regulujących daną działalność gospodarczą, rejestr działalności regulowanej dokonuje wpisu na wniosek przedsiębiorcy, po złożeniu przez przedsiębiorcę oświadczenia o spełnieniu warunków wymaganych do wykonywania tej działalności.

2. Oświadczenie składa się do organu prowadzącego rejestr działalności regulowanej.

3. Przedsiębiorca podlegający wpisowi do ewidencji może złożyć wniosek wraz z oświadczeniem również w urzędzie gminy, wskazując organ prowadzący rejestr działalności regulowanej.

4. Treść oświadczenia, sposób prowadzenia rejestru oraz dane podlegające wpisowi do rejestru określają przepisy ustaw regulujących daną działalność.

5. Organ prowadzący rejestr działalności regulowanej wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru."

Złożenie zatem oświadczenia o spełnieniu warunków 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 (Dz. U. z 2016 r. poz. 250) - w tym określonych przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122), było warunkiem koniecznym do uzyskania wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T. Skoro zaś zostało złożone niezgodnie ze stanem faktycznym, co w sposób nie budzący wątpliwości stwierdzono podczas kontroli w dniu 10.05.2017 r., a której ustalenia zaakceptował obecny w jej trakcie przedstawiciel przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna z siedzibą ul. (...) spełniona została przesłanka do wydania zakazu, o jakim mowa w art. 71 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, ze zm.). To jest wydaniu decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, gdyż przedsiębiorca złożył oświadczenie, o którym mowa w jej art. 65, niezgodne ze stanem faktycznym. Nadto zgodnie z art. 71 ust. 3 w/w ustawy, w przypadku wydania decyzji, o której mowa w ust. 1, tj. decyzji o zakazie wykonywania przez przedsiębiorcę działalności objętej wpisem, organ z urzędu wykreśla wpis przedsiębiorcy w rejestrze działalności regulowanej. Wobec czego na podstawie art. 9j ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016r., poz.250, ze zm.) w zw. z art. 71 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016r., poz. 1829, ze zm.), należało dodatkowo dokonać wykreślenia przedsiębiorcy E.M. Spółka Jawna

27

z siedzibą ul.(...) , rejestru Rejestr Działalności Regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy T. pod numerem, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości. Zgodnie z art. 71 ust. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 roku o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1829, ze zm.), decyzja ta podlega natychmiastowemu wykonaniu. Podkreślił, że wskazana baza znajduje się na terenie nieczynnego składowiska odpadów, tytuł prawny - Umowa Nr 70/60/11/23/09 z dnia 04.12.2009 r., na dzierżawę i eksploatację składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Ż., zawarta z Burmistrzem Gminy i Miasta P., z terminem ważności do 31.12.2017 r. Odległość wskazanej bazy od najbliższej granicy Gminy T. (w miejscowości B.) ustalonej na podstawie pomiaru odległości samochodem służbowym do bramy wjazdowej bazy wynosi 63 km, natomiast pozostałe miejscowości w tym w sektorze nr I i Nr II, dla których po wstępnej ocenie, Wykonawca złożył najkorzystniejszą ofertę, znajdują się w odległościach odpowiednio 75,7 km oraz 76,1 km, natomiast miejscowość Biała położona jest w sektorze Nr I - część I, dla której najkorzystniejszą ofertę złożył Wykonawca R. Sp. z o.o. Pozostali uczestnicy postępowania przetargowego posiadają wpisy do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej Wójta Gminy T. (A. 15.04.2015 r., R. (wcześniej V. G.) 27.12.2012 r., T.-F. 14.08.2012 r.), tak więc organ posiada wiedzę dotyczącą posiadanych przez nich baz magazynowo -transportowych. Ustalenia z tejże kontroli stały się podstawą dla Wójta Gminy Tarnów do wydania decyzji z dnia 12.05.2017 r., znak: IR.6235.1.2017, którą:

- 1) Zakazano przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...), tj. Odwołującemu, wpisanemu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:..., prowadzenia działalności gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem ..., w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- 2) Wykreślono przedsiębiorcę E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...), tj. Odwołującego wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:..., z rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem ..., w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, nadając tej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Ad 3. Zamawiający nie wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 4 Pzp do złożenia wyjaśnień z uwagi na fakt, że posiadał z urzędu wiedzę na temat posiadania przez Odwołującego aktualnego wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, ze zm.), w zakresie odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, który był warunkiem udziału w postępowaniu dotyczącym kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej - jako

28

minimalny jego poziom, tj. posiadanie aktualnego wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, ze zm.). Znany też Zamawiającemu był stan bazy magazynowo -transportowej w Ż., która nie spełnia wymogów Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r, co zostało potwierdzone w protokole z kontroli bazy w Ż w dniu 10.08.2017 r., w obecności przedstawiciela firmy E. spółka Jawna w osobie Pani E. B. - Kierownika oddziału w S. B., która podpisała protokół i nie wnosząc do niego żadnych uwag i zastrzeżeń.

Ad 4. Skoro decyzją Wójta Gminy T. do wydania decyzji z 12.05.2017 r., znak: IR.6235.1.2017, którą:

- 1) Zakazano przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...) tj. Odwołującemu, wpisanemu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:..., prowadzenia działalności gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem, w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,
- 2) Wykreślono przedsiębiorcę E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...), tj. Odwołującego wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu:, z rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T...., pod numerem w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, nadając tej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności, stwierdzić należy, że Odwołujący przestał spełniać warunki do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „*Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy T.*”, o jakich mowa w § 5 SIWZ.

W SIWZ, wskazano bowiem, że, co odpowiada treści przepisów 22 ust. 1 i ust. 1 b Pzp, że udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu oraz spełniają warunki udziału w postępowaniu określone w ogłoszeniu, dotyczące:

- 1) Kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,
- 2) Sytuacji ekonomicznej lub finansowej,
- 3) Zdolności technicznej i zawodowej.

W tym paragrafie SIWZ (1.2.1) wskazano, że w celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących kompetencji lub uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej - zamawiający wyraża jako minimalne poziomy, m.in. posiadanie aktualnego wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, ze zm.),

29

w zakresie odbierania odpadów objętych przedmiotem zamówienia, tj. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Uwzględniając powyższe, Zamawiający na podstawie art. 24 ust.1 pkt. 12 Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania przetargowego, a na podstawie art. 24 ust 4 oferta ta została uznana za odrzuconą.

Podkreślił, co podnosi w swoim wyroku z dnia 13 grudnia 2017 r., Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie, do sygn. akt: VI SA/Wa 1834/07 (w: LEX nr 438609), iż: „złożenie przez przedsiębiorcę oświadczenia, którego niezgodność ze stanem faktycznym polega na braku spełnienia przez przedsiębiorcę wszystkich warunków wykonywania działalności regulowanej oznacza, że od samego początku brak było materialnoprawnej podstawy wykonywania tej działalności.”. Co zaś oznacza, że również w dniu złożenia ofert Odwołujący, pomimo posiadania wówczas wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy Tarnów, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2016 r., poz. 250, ze zm.), nie miał materialnoprawnej podstawy wykonywania tej działalności objętej tym wpisem, zatem nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Jak bowiem podnosi w swoim wyroku z dnia 4 lutego 2014 r., do sygn. akt: II GSK 1968/12 Naczelny Sąd Administracyjny: „Przedsiębiorca musi spełniać ustawowe wymogi prowadzenia określonej działalności nie tylko w momencie ubiegania się o zezwolenie, lecz także przez cały okres prowadzenia działalności regulowanej.”.

Ad.5 W ocenie Zamawiającego art. 92 ust.1 Pzp nie ma zastosowania w sposób wskazywany przez Odwołującego, ponieważ Zamawiający nie dokonał jeszcze wyboru najkorzystniejszej oferty, lecz na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp wykluczył Wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Wskazując jako przyczynę tego uwagi fakt, iż wykonawca, tj. Odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający prowadzi zatem dalej postępowanie przetargowe, z uwzględnieniem art. 24aa Pzp, którego stosowanie w postępowaniu przetargowym zastrzeżono w § 7 SIWZ, określając procedurę wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ad 6 i 7. W toku badania ofert, wobec faktu wykreślenia Odwołującego z rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, Zamawiający na podstawie art. 24 ust. 1 pkt. 12 Pzp wykluczył Odwołującego z postępowania przetargowego, a na podstawie art. 24 ust 4 Pzp oferta ta została uznana za odrzuconą. Przy czym przyczyną tego była, okoliczność, że Odwołujący przestał spełniać warunki do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów”, o jakich mowa w paragrafie 5 SIWZ.

Odrębną kwestią jest natomiast kwestia bazy magazynowo - transportowej i ocena czy spełnia ona czy też nie spełnia obowiązujące w tym zakresie wymogi, zarówno co do jej odległości od miejsca wykonywania usługi, jak również jej stanu zagospodarowania, który

30

gwarantuje lub nie gwarantuje należytego wykonania usługi. Kwestie te były bowiem przedmiotem rozstrzygnięcia zawartego w decyzji Wójta Gminy T. z dnia 12.05.2017 r., znak:

....

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp. Izba uznała w zakresie przedmiotowego odwołania, że Wykonawca wnoszący odwołanie, czyli Odwołujący musi wykazać, że ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia, czemu nie sprostął. W konsekwencji skład orzekający Izby rozpoznał złożone odwołanie, uznając iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie ze względu na brak interesu w uzyskaniu zamówienia. Zgodnie z treścią art. 179 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej przysługują Wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów Pzp. Środki ochrony prawnej przysługują więc tylko takiemu wykonawcy, uczestnikowi konkursu a także innemu podmiotowi: *"który wykaze interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia"* (wyrok SO w P. T. z 17.02.2011 r., sygn. akt: II Ca 9/11). Jest to niewątpliwie materialno-prawna przesłanka do wniesienia odwołania, polegająca badaniu na rozprawie. Jej spełnienie stanowi podstawę do dalszej, merytorycznej oceny zarzutów. Ewentualne zaprzeczenie naruszenia interesu Wykonawcy może prowadzić do oddalenia odwołania, a nie jego odrzucenia bez merytorycznego rozpoznania zarzutów. Odwołujący musi wykazać, iż miał lub ma interes w uzyskaniu tego konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy poniósł lub mógł ponieść szkodę. Chodzi zatem o zaistnienie chociażby potencjalnej możliwości uzyskania przez Odwołującego tego konkretnego zamówienia. Drugą przesłanką legitymacji czynnej, której spełnienie musi nastąpić kumulatywnie wraz z przesłanką interesu w uzyskaniu danego zamówienia jest wykazanie przez Odwołującego, że poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. Szkoda - w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp - musi być

31

wynikiem naruszenia przepisów Pzp przez Zamawiającego, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom Pzp.

W przedmiotowym stanie faktycznym o braku interesu świadczy:

Po pierwsze, niemożność przedłożenia aktualnego rejestru działalności regulowanej potwierdzającego spełnienia warunku z pkt I. 2. 1 SIWZ zgodnie z wymogiem z § 7 ust. 1 pkt 2 i ust. 3 pkt 1 SIWZ, po drugie - wykreślenie z rejestru przed złożeniem odwołania i zakaz prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców mocą decyzji administracyjnej z 12.05.2017 r., znak: IR.6235.1.2017, po trzecie - niemożność wykonywania przedmiotowego zamówienia zgodnie z pkt 15 załącznika nr 11 do SIWZ, po czwarte - wymogi wynikające z § 4 i 10 wzoru umowy (załącznika nr 12 do SIWZ). Brak stosownych uprawnień uniemożliwi w ogóle zawarcie ewentualnej umowy z Odwołującym.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w sprawie, jak i załączników: tak do odwołania, tak do odpowiedzi na odwołanie oraz do pisma procesowego Przystępującego. Izba zaliczyła także formalnie dowody złożone przez Odwołującego, jak i Przystępującego na rozprawie.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, przystąpienie, odpowiedź na odwołanie, jak i pismo procesowe Przystępującego, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na

uwzględnienie z uwagi na brak interesu w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego, co Izba w sposób szeroki uzasadniła powyżej – na wstępie.

Należy podkreślić, że wobec braku interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, powyższe skutkuje już samo w sobie oddaleniem odwołania. W takiej sytuacji zgodnie z utrwalonym stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa sądowego - Izba może, ale nie musi odnosić się do sformułowanych przez Odwołującego zarzutów (wyrok SO w L. z dnia 05.05.2008 r., sygn. akt: IX Ga 44/08).

W przedmiotowym stanie faktycznym Izba uznała, że nie ma takiej konieczności, jedynie hasłowo stwierdzając, że dwa pierwsze zarzuty zawarte w petitum odwołania, w ocenie Izby z uwagi na art. 180 ust. 1 Pzp wykraczają poza kognicji Izby, gdyż de facto

32

zmierzają do podważenia wydanej przez Wójta Gminy Tarnów decyzji administracyjnej z 12.05.2017 r., znak: ..., którą:

1) Zakazano przedsiębiorcy E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...) tj. Odwołującemu, wpisanemu do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu: ..., prowadzenia działalności gospodarczą na podstawie wpisu do rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T., pod numerem ..., w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

2) Wykreślono przedsiębiorcę E. M. Spółka Jawna, z siedzibą ul. (...) tj. Odwołującego wpisanego do rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego nr wpisu: ... z rejestru Rejestr Działalności Regulowanej, prowadzonego przez Wójta Gminy T. pod numerem (...), w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, nadając tej decyzji rygor natychmiastowej wykonalności.

Izba stoi na stanowisku, że nie jest uprawniona do podważania funkcjonowania w obrocie prawnym decyzji administracyjnej, co może mieć miejsce w toku postępowania administracyjnego. Z informacji i załączonego odpisu odwołania do Samorządowego Kolegium Odwoławczego w T. wynika, że Odwołujący wszczął stosowną procedurę odwoławczą o charakterze administracyjnym w tym zakresie. W konsekwencji dodatkowo z tego tytułu odwołanie nie podlega rozpoznaniu merytorycznemu w tym zakresie.

Odnosnie dwóch kolejnych zarzutów, to w ocenie Izby, podlegają one oddaleniu, gdyż wobec tego, że warunkiem udziału w postępowaniu (I pkt 2 ppkt 1 SIWZ) było „1) posiadanie aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy T., o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2016 poz. 250 ze zm.) w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia”, którego otrzymanie jest możliwe tylko i wyłącznie w sytuacji spełnienia warunków określonych rozporządzeniem oraz ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach na co obszernie wskazywał w piśmie procesowym Przystępujący oraz Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie. Wobec braku takiego wpisu, co było okolicznością bezsporną, co nadto wykazał Przystępujący stosownym aktualnym wypisem z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych uwzględniającym wykreślenie Odwołującego na dzień 12.05.2017 r. (załącznik do pisma procesowego Przystępującego). Zamawiającemu nie pozostało nic innego jak wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust.1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 Pzp. Jakkolwiek wyjaśnienia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp było zbędne. Tym bardziej, że jak wskazywał Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie za wyrokiem z 13.12.2007 r., Wojewódzki Sąd Administracyjny w W., sygn. akt: VI SA/Wa 1834/07 (w: LEX nr 438609): „złożenie przez przedsiębiorcę oświadczenia, którego niezgodność ze stanem faktycznym

33

polega na braku spełnienia przez przedsiębiorcę wszystkich warunków wykonywania działalności regulowanej oznacza, że od samego początku brak było materialnoprawnej podstawy wykonywania tej działalności.”.

Odnosnie, zaś trzech kolejnych zarzutów, Izba nie uznaje przedstawionego w piśmie z 17.05.2017 r. przez Zamawiającego uzasadnienia faktycznego i prawnego za lakoniczne i ogólnikowe, gdyż czynność Zamawiającego stawiała konsekwencje określonej sekwencji zdarzeń, o czym Odwołujący doskonale wiedział, gdyż baza będąca przedmiotem kontroli

została wyraźnie przez niego wskazana na wniosek Zamawiającego. Nadto, Izba nie podziela stanowiska Odwołującego o konieczności jednoczesnego zawiadomienia o wykluczeniu pozostałych uczestników postępowania przetargowego dokonany

Odwołującego z udziału w postępowaniu. Z dotychczasowego przepisu art. 92 ust. 1 Pzp wynikało, że Zamawiający miał jednocześnie informować o wyborze oferty najkorzystniejszej, oraz o ofertach odrzuconych i wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania.

Przepis ten brzmiał: „Art. 92. 1. *Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:*

1) *wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę (firmę) albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres wykonawcy, którego ofertę wybrano, uzasadnienie jej wyboru oraz nazwy (firmy) albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację;*

2) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;*

3) *wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę;*

4) *terminie, określonym zgodnie z art. 94 ust. 1 lub 2, po którego upływie umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta.”*

Obecnie przepis art. 92 ust. 1 Pzp brzmi: „Zamawiający informuje niezwłocznie wszystkich wykonawców o:

1) *wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania i adres, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania i adresy, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert łączną punktację,*

2) *wykonawcach, którzy zostali wykluczeni,*

34

3) *wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, powodach odrzucenia oferty, a w przypadkach, o których mowa w art. 89 ust. 4 i 5, braku równoważności lub braku spełniania wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności,*

4) *wykonawcach, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu, ale nie zostali zaproszeni do kolejnego etapu negocjacji albo dialogu,*

5) *dopuszczeniu do dynamicznego systemu zakupów,*

6) *nieustanowieniu dynamicznego systemu zakupów,*

7) *unieważnieniu postępowania*

– *podając uzasadnienie faktyczne i prawne.”*

Jak wynika z powyższego, ustawodawca odrębnie wypowiada się o wyborze oferty najkorzystniejszej (pkt 1), wykluczeniach (pkt 2), odrzuceniach (pkt 3), zaś w świetle nowelizacji Zamawiający nie ma już obowiązku jednoczesnego informowania o tych czynnościach. Zatem znacznie częściej Zamawiający będzie odrzucał oferty czy wykluczał wykonawców zanim wybierze ofertę najkorzystniejszą. Analizując zmianę powyższego przepisu, zwrócić należy uwagę na usunięcie w art. 92 ust. 1 Pzp słowa „jednocześnie”. Przepis ten w dotychczasowym brzmieniu stanowił implementację tzw. dyrektywy odwoławczej i zawierał w sobie skumulowany obowiązek informacyjny mający zapewnić efektywność środków ochrony prawnej (możliwość zaskarżenia wszystkich czynności związanych z badaniem, oceną i wyborem oferty na skutek ujętego tam skumulowanego obowiązku informacyjnego).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania

wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 oraz Dz. U. z 2017 r., poz. 47).

Przewodniczący:

.....

35

36