

Sygn. akt: KIO 1909/21

KIO 2071/21

WYROK

z dnia 10 sierpnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 sierpnia 2021 r., w Warszawie, odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

A. 28 czerwca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą**

w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt KIO 1909/21)

B. 12 lipca 2021 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie** (sygn. akt KIO 2071/21)

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Kampinos**

przy udziale wykonawcy **Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego w sprawie o sygn. akt KIO 1909/21 oraz KIO 2071/21

orzeka:

1. **Oddała odwołanie o sygn. akt KIO 1909/21.**
2. **Odrzuca odwołanie o sygn. akt KIO 2071/21.**
3. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1909/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania,
4. Kosztami postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 2071/21 obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

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

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Kampinos, dalej „Zamawiający”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie poprzez odzysk lub unieszkodliwienie odpadów komunalnych zmieszanych oraz odpadów segregowanych z nieruchomości położonych na terenie Gminy Kampinos*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129), dalej „ustawa Pzp” . Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 kwietnia 2021 r. pod numerem 2021/S 084-216314.

W dniu 28 czerwca 2021 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 114 ustawy Pzp w zw. z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez dokonanie wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy ww. podmiot nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, o której mowa w Części III ust. 1 lit. B pkt 1 lit. a) Specyfikacji Warunków Zamówienia, dalej „SWZ”, tj. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Kampinos w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, co winno skutkować odrzuceniem oferty Remondis Sp. z o.o.,
2. względnie, z ostrożności naruszenie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania przez Zamawiającego wykonawcy Remondis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, o której mowa w Części III ust. 1 lit. B pkt 1 lit. a) SWZ, tj. aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej prowadzonej przez Wójta Gminy Kampinos w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia,
3. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta złożona przez ww. podmiot zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu polegające na:

- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 120 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 240 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w pojemnik SM 1100 w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w zestawy recyklingowe o pojemności do 1100 l, za jeden zestaw recyklingowy używany, za jeden miesiąc,

co winno skutkować odrzuceniem oferty Remondis Sp. z o.o.,

4. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Remondis Sp. z o.o. winna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Remondis Sp. z o.o. z przyczyn opisanych powyżej, ewentualnie nakazanie Zamawiającemu wezwania Remondis Sp. z o.o. do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, o której mowa w Części III ust. 1 lit. B pkt 1 lit. a) SWZ, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

W dniu 12 lipca 2021 r. ponownie wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Partner D. A. z siedzibą w Warszawie, dalej „Odwołujący”, wnieśli odwołanie (KIO 2071/21), zaskarżając czynność polegającą na dokonaniu wyboru oferty złożonej Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, przy jednoczesnym zaniechaniu jej odrzucenia. Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta złożona przez ww. podmiot zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu polegające na:

- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 120 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 240 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w pojemnik SM 1100 w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- niewskazaniu w formularzu cenowym wartości jednostkowej dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w zestawy recyklingowe o pojemności do 1100 l, za jeden zestaw recyklingowy używany, za jeden miesiąc,

co winno skutkować odrzuceniem oferty Remondis Sp. z o.o.,

2. art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez samodzielne uzupełnienie przez Zamawiającego formularza cenowego Remondis Sp. z o.o., tj.:

- wpisanie w formularzu cenowym wartości 1, 00 zł dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 120 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- wpisanie w formularzu cenowym wartości 2, 00 zł dotyczącej kosztów udostępnienia używanego pojemnika 240 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- wpisanie w formularzu cenowym wartości 3, 00 zł dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w pojemnik SM 1100 w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc,
- wpisanie w formularzu cenowym wartości 10, 00 zł dotyczącej kosztów wyposażenia nieruchomości w zestawy recyklingowe o pojemności do 1100 l, za jeden zestaw recyklingowy używany, za jeden miesiąc,

podczas gdy istniejące w formularzu cenowym Remondis Sp. z o.o. braki nie stanowiły oczywistych omyłek, podlegających poprawieniu, lecz błędy w obliczeniu ceny lub kosztu,

3. art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Remondis Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta Remondis Sp. z o.o. winna zostać odrzucona, a w jej miejsce za najkorzystniejszą winna zostać uznana oferta Odwołującego.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenia oferty Remondis Sp. z

o.o. z przyczyn opisanych powyżej, dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 1909/21 oraz KIO 2071/21 po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, dalej „Przystępujący” lub „Remondis”.

Pismami z dnia 9 lipca 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedzi na odwołania, wnosząc o oddalenie odwołania KIO 1909/21 oraz odrzucenie, względnie oddalenie, odwołania KIO 2071/21. Pisma procesowe złożył również Przystępujący.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestników postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie o sygn. akt KIO 1909/21 podlega oddaleniu, natomiast odwołanie o sygn. akt KIO 2071/21 podlega odrzuceniu.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności: z postanowień specyfikacji warunków zamówienia, ofert złożonych przez wykonawców, informacji Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniach, odpowiedzi na odwołania, pismach procesowych Przystępującego, a także oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestników postępowania odwoławczego wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 5 sierpnia 2021 r.

Uwzględniając powyższe, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania w sprawie KIO 1909/21.

Izba uwzględniła wniosek Przystępującego oraz Zamawiającego o odrzucenie odwołania o sygn. akt KIO 2071/21 jako złożonego po terminie. Izba uznała, że odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie.

Izba ustaliła, że 18 czerwca 2021 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący 28 czerwca 2021 r. wniósł odwołanie (KIO 1909/21), w którym zaskarżył czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechanie jej odrzucenia, w tym na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, podnosząc, że zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na braku podania cen jednostkowych w odniesieniu do

czterech pozycji formularza cenowego. Dalej, 12 lipca 2021 r. Odwołujący złożyło kolejne odwołanie, w którym ponownie zakwestionował wybór z 18 czerwca 2021 r. oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej oraz wskazał na zaniechanie jej odrzucenia oferty, mimo iż zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na braku podania cen jednostkowych w odniesieniu do czterech pozycji formularza cenowego (tych samych, co w przypadku odwołania z 28 czerwca 2021 r.) oraz dodatkowo Odwołujący zarzucił naruszenie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez samodzielne uzupełnienie przez Zamawiającego formularza cenowego Remondis. Odwołujący ponownie zarzucił, że Zamawiający naruszył art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp przez dokonanie wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wskazywał (str. 6 odwołania), że Zamawiający 30 czerwca 2021 r. poinformował Odwołującego, że dokonał poprawienia omyłki w formularzu cenowym Remondis (Izba ustaliła, że zawiadomienie o poprawieniu omyłki datowane jest na 9 czerwca 2021 r.) i Odwołujący liczy termin na wniesienie odwołania od 30 czerwca 2021 r.

Jak słusznie zauważył Przystępujący, odwołanie z 12 lipca 2021 r. jest kolejnym odwołaniem, które dotyczy wyboru oferty najkorzystniejszej. Uzyskanie informacji o poprawieniu omyłki w ofercie Przystępującego nie jest w niniejszym stanie faktycznym czynnością stanowiącą podstawę do wniesienia odwołania. Gdyby tak było, to każde udostępnienie po wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. zgodnie z art. 74 ust. 2 ustawy Pzp, informacji o dokonywanych czynnościach podczas badania i oceny ofert skutkowałoby tym, że termin na wniesienie odwołania liczony by był od udostępnienia tych informacji, a nie od wyboru. Czynnością Zamawiającego, która jest kwestionowana w odwołaniu z 12 lipca 2021 r. jest wybór oferty Remondis jako najkorzystniejszej, który miał miejsce 18 czerwca 2021 r. Zresztą sam Odwołujący wskazuje wprost w pkt I *petitum* odwołania, że zaskarża czynność polegającą na dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zgodnie z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp odwołanie wnosi się w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne, w terminie 10 dni od dnia przekazania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia, jeżeli informacja została przekazana przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Skoro wybór oferty najkorzystniejszej miał miejsce 18 czerwca 2021 r., to termin na wniesienie odwołania wobec wyboru oferty najkorzystniejszej upływał 28 czerwca 2021 r.

Powzięcie przez Odwołującego informacji o poprawieniu omyłki w terminie późniejszym, tj. 30 czerwca 2021 r. nie stanowi podstawy do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. Należy zwrócić uwagę, że w odwołaniu z 12 lipca 2021 r. Odwołujący nie kwestionuje zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego odpowiednich dokumentów w terminie umożliwiającym sformułowanie zarzutów w terminie 10 dni od dnia

wyboru oferty najkorzystniejszej. Nie sposób również w tym przypadku twierdzić, że odwołanie zostało wniesione zgodnie z art. 515 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym odwołanie od czynności innych niż określone w ust. 1 i 2 wnosi się w terminie 10 dni od dnia, w którym powzięto lub przy zachowaniu należytej staranności można było powziąć wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, w przypadku zamówień, których wartość jest równa albo przekracza progi unijne. Przepis ten dotyczy czynności innych niż określone w art. 515 ust. 1 i 2 ustawy Pzp natomiast przedmiotem odwołania jest *de facto* czynność wyboru oferty Remondis.

Okoliczność uzyskania przez Odwołującego dostępu do informacji o poprawieniu przez Zamawiającego omyłki nie może stanowić przesłanki do przywrócenia terminu na wniesienie odwołania. W interesie Odwołującego było dążenie do zapoznania się z pełną treścią dokumentacji postępowania tak, aby mógł on w pełnym zakresie kwestionować czynności lub zaniechania Zamawiającego. Pominięcie jakiegokolwiek zarzutu przez wykonawcę, a następnie próba wniesienia odwołania w terminie późniejszym, aniżeli określony przepisami art. 515, uznać należy za spóźnione. Sam fakt przekazania Odwołującemu w terminie późniejszym informacji dotyczącej poprawienia omyłki w ofercie Przystępującego nie może, w ocenie Izby, wpływać na przywrócenie terminu na wniesienie odwołania. W przeciwieństwie do art. 515 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, termin na wniesienie odwołania na zasadach określonych w art. 515 ust. 3 ustawy Pzp liczy się od daty, od której obiektywnie - przy zachowaniu należytej staranności - było możliwe powzięcie informacji o okolicznościach stanowiących podstawę jego wniesienia, a nie tylko od daty jej podjęcia przez wykonawcę, po dacie wyboru najkorzystniejszej oferty. Skoro Odwołujący już w dacie złożenia pierwszego odwołania wiedział, że formularz ofertowy Przystępującego w odniesieniu do kilku pozycji został niewypełniony mógł podnieść argumentację dotyczącą braku możliwości jego poprawienia czy też uzupełnienia. Ponadto, jak już zostało wskazane, Odwołujący nie podniósł zarzutu zaniechania udostępnienia przez Zamawiającego odpowiednich dokumentów w terminie umożliwiającym sformułowanie zarzutów w terminie 10 dni od dnia wyboru oferty najkorzystniejszej.

Terminy wyznaczone ustawą Pzp na wnoszenie środków ochrony prawnej wobec czynności lub zaniechań zamawiającego mają charakter prekluzyjny i nie podlegają przywróceniu w żadnym przypadku. Upływ terminu skutkuje utratą prawa do podnoszenia zarzutów. Biorąc powyższe pod uwagę, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania o sygn. akt KIO 2071/21 na podstawie art. 528 pkt 3 ustawy Pzp.

Ponadto, Izba stwierdziła, że Odwołującemu w sprawie KIO 1909/21 przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną

przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności.

Sygn. akt KIO 1909/21

Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 114 ustawy Pzp w zw. z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach przez dokonanie wyboru oferty Remondis jako najkorzystniejszej, podczas gdy ww. wykonawca nie posiada uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej, nie potwierdził się.

Stosownie do art. 114 ustawy Pzp w odniesieniu do uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej zamawiający może w postępowaniu o udzielenie zamówienia wymagać udowodnienia posiadania: 1) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej lub 2) odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub 3) statusu członka danej organizacji, jeżeli członkostwo w tej organizacji jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zgodnie z Częścią III ust. 1 lit. B pkt 1 lit. a) specyfikacji warunków zamówienia, dalej „SWZ”, o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, tj. posiadają aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzony przez Wójta Gminy Kampinos, o którym mowa w art. 9b ust 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2019, poz. 2010) w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Odpady, będące przedmiotem zamówienia zostały szczegółowo wskazane w opisie przedmiotu zamówienia, który w pkt III ppkt 1 lit. d wymieniał m.in. odpady o kodzie 17 08 02 oraz w formularzu cenowym, gdzie Zamawiający wskazał, że *obowiązkiem wykonawcy jest sporządzenie oferty odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Kampinos, która w swojej kalkulacji powinna obejmować pełny zakres usługi opisany w OPZ, w tym odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i powinna być przeliczona na koszt wykonania*

usługi wg tabeli. W jednym z wierszy tabeli wskazano: odbiór i zagospodarowanie odpadów 17 09 04, 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 05 08, 17 06 04, 17 08 02, ex 20 03 99 - odpady budowlane i rozbiórkowe stanowiące odpady komunalne. Przystępujący podał 479, 32 zł jako wartość jednostkową za 1 Mg brutto odebranych odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz wartość całkowitą — 43.138, 80 zł.

Równocześnie zgodnie z §3 ust. 3 wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) *podstawą ustalenia miesięcznego wynagrodzenia Wykonawcy oraz wystawienia faktury przez Wykonawcę będzie zatwierdzone przez Zamawiającego miesięczne sprawozdanie Wykonawcy z wykonania usługi sporządzone według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do niniejszej umowy, o którym mowa w OPZ. Do miesięcznego sprawozdania Wykonawca zobowiązany jest dołączyć kopie kart przekazania odpadów (KPO) wydrukowanych z systemu BDO.* Załącznik nr 1 do wzoru umowy *Sprawozdanie miesięczne* wskazuje, że wykonawca miałby określać masy odebranych odpadów w każdym miesiącu wykonywania zamówienia, z określeniem kodów odebranych odpadów. Tu również (w pkt 14 tabeli) wymienione zostały odpady o kodzie 17 08 02. Podobnie z załącznika nr 2 do wzoru umowy wynika, że podstawą do obliczenia wynagrodzenia należnego wykonawcy za realizację działań będących przedmiotem postępowania miałyby być określenie ilości odebranych odpadów o skonkretyzowanych kodach — w tym o kodzie 17 08 02.

Izba ustaliła, że Przystępujący przedłożył Zamawiającemu zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 30 października 2012 r., wydane przez Wójta Gminy Kampinos. Bezsporne jest w sprawie, że ww. zaświadczenie nie zawiera wpisu w zakresie odpadów o kodzie 17 08 02.

Odwołujący podnosił, że Remondis z uwagi na brak posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów o kodzie 17 08 02 nie jest w stanie wykonać w pełni przedmiotu zamówienia i nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, a tym samym jego oferta winna zostać odrzucona.

W ocenie składu orzekającego rację należy przyznać Zamawiającemu oraz Przystępującemu, że Remondis posiada i posiadał na dzień składania ofert uprawnienia do prowadzenia działalności gospodarczej zgodnie z postawionym w dokumentacji postępowania warunkiem, tj. posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich kodów objętych przedmiotem zamówienia, w tym również kodu odpadu 17 08 02.

Zgodnie z art. 552 ust. 1 ustawy Pzp wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego. Izba ustaliła, że Przystępujący złożył wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Kampinos 29 października 2012 r. 30 października 2012 r. Wójt Gminy Kampinos wydał zaświadczenie o wpisie zgodnie z wnioskiem złożonym przez przedsiębiorcę nadając numer wpisu ŚG/ 2012/9.

19 kwietnia 2013 r. Remondis złożył wniosek o dokonanie zmiany wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Kampinos (data wpływu do Urzędu Gminy 23 kwietnia 2013 r.), wnosząc o uzupełnienie wpisu ŚG/2012/9 o konkretne kody odpadów, w tym o kod 17 08 02 Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01, poz. 36 złożonego wniosku. 24 kwietnia 2013 r. Wójt Gminy Kampinos wydał zaświadczenie o zmianie wpisu do rejestru działalności regulowanej. W przedmiotowym zaświadczeniu nie został wskazany kod odpadu z poz. 36 ww. wniosku, tj. 17 08 02 - Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01.

Wójt Gminy Kampinos 29 czerwca 2021 r. dokonał sprostowania wpisu do rejestru działalności regulowanej nr ŚG/ 2012/9 w trybie art. 9ba ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, dalej „ustawa ucpg”, oraz wydał zaświadczenie uwzględniające dokonane sprostowanie. Z dokonanego sprostowania wynika, że wpis do rejestru działalności regulowanej nr ŚG/ 2012/9 obejmuje wszystkie rodzaje odpadów, które zostały zgłoszone do rejestru z uwzględnieniem wniosku o zmianę wpisu z dnia 19 kwietnia 2021 r., w tym w zakresie kodu odpadu 17 08 02.

Zgodnie z art. 9b ucpg: 1. Działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 6 marca 2018 r. - Prawo przedsiębiorców (Dz.U. z 2021 r. poz. 162). 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. 3. Rejestr prowadzi się w postaci bazy danych zapisanej na informatycznych nośnikach danych w rozumieniu art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2021 r. poz. 670), która może stanowić część innych baz danych z zakresu ochrony środowiska, w tym gospodarki odpadami. 4. W rejestrze zamieszcza się: 1) firmę, oznaczenie siedziby i adres albo imię, nazwisko i adres przedsiębiorcy; 2) numer identyfikacji podatkowej (NIP); 3)(uchylony) 4) określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych; 5) numer rejestrowy. 5. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta wydaje z urzędu zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru. Zgodnie z art. 9c ust. 1 ucpg 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.

Biorąc pod uwagę powyższe, w szczególności okoliczność, że Przystępujący złożył 23 kwietnia 2013 r. wniosek o uzupełnienie wpisu ŚG/2012/9 o konkretne kody odpadów, w tym o kod 17 08 02 Materiały konstrukcyjne zawierające gips inne niż wymienione w 17 08 01, poz. 36 złożonego wniosku oraz fakt, że Zamawiający przyznał, że doszło do omyłki organu, który wydając zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej przeoczył jeden z kodów odpadów, Izba doszła do przekonania, że zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Przystępujący zgodnie z art. 9c ust. 2 ucpg (wpisu do rejestru oraz zmiany wpisu w rejestrze dokonuje się na pisemny wniosek przedsiębiorcy) złożył stosowny wniosek o dokonanie zmiany wpisu. Wójt Gminy Kampinos nie odmówił przedsiębiorcy wpisu, ale dokonał wpisu i wydał stosowne zaświadczenie, co oznacza, że Przystępujący od tego momentu mógł prowadzić działalność w zakresie złożonego wniosku (odmowa dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej następuje zawsze w drodze decyzji, co wynika z art. 43 ust. 3 ustawy Prawo przedsiębiorców).

Ponadto, zgodnie z poglądami prezentowanymi w doktrynie *sam wpis ma charakter deklaratoryjny, ponieważ nie on kreuje uprawnienia przedsiębiorcy do podjęcia i wykonywania działalności regulowanej, gdyż powstaje ono z chwilą spełnienia przez przedsiębiorcę warunków określonych w odrębnych przepisach* (tak M. Szydło, Reglamentacja, s. 10; M.A. Waligórski, Regulowana działalność, s. 631). *Sam wpis jest jedynie czynnością materialno-techniczną, a w formie decyzji organ odmawia wpisu* (M. Zdyb, G. Lubeńczuk, A. Wołoszyn-Cichocka, Prawo przedsiębiorców. Komentarz, Warszawa 2019). Zgodnie z wyrokiem NSA z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. akt II OSK 1279/15 dla podjęcia działalności regulowanej wymagane jest jedynie spełnienie przesłanek materialnych skutkujących nabyciem przez przedsiębiorcę uprawnienia do jej wykonywania *ex lege*. Z kolei wypełnienie przez przedsiębiorcę przesłanek formalnych rodzi po stronie organu rejestrowego obowiązek dokonania wpisu. Wpis ma bowiem charakter deklaratoryjny i stanowi obowiązek organu polegający na wykonaniu czynności materialno-technicznej, który powstaje z chwilą wpływu wniosku.

Omyłka popełniona we wpisie nr ŚG/ 2012/9 została sprostowana 29 czerwca 2021 r. na podstawie art. 9ba ust. 1 ucpg, zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta prostuje z urzędu wpis do rejestru zawierający oczywiste błędy lub niezgodności ze stanem faktycznym. Sprostowanie wpisu na podstawie art. 9ba ust. 1 ucpg nie oznacza, że do chwili jego dokonania Przystępujący nie posiadał uprawnień do prowadzenia działalności regulowanej w zakresie kodu odpadu 17 08 02. Sprostowanie potwierdza, że od daty pierwotnego wpisu potwierdzonego zaświadczeniem z 24 kwietnia 2013 r. Przystępujący mógł prowadzić działalność regulowaną w zakresie kodu odpadu 17 08 02. Skoro wpis ma

charakter deklaratoryjny, to również jego sprostowanie nie kreuje uprawnień, tylko potwierdza, jaka jest prawidłowa treść wpisu od momentu jego dokonania.

Ponadto na uwagę zasługuje treść art. 9ca ucpg, gdzie wskazano, że: 1. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany dokonać wpisu przedsiębiorcy do rejestru w terminie 7 dni od dnia wpływu wniosku o wpis wraz z dokumentami, o których mowa w art. 9c ust. 4. 2. Jeżeli wójt, burmistrz lub prezydent miasta nie dokona wpisu w terminie, o którym mowa w ust. 1, a od dnia wpływu wniosku upłynęło 14 dni, przedsiębiorca może rozpocząć działalność. Nie dotyczy to przypadku, gdy organ wezwał przedsiębiorcę do uzupełnienia wniosku o wpis nie później niż przed upływem 7 dni od dnia jego otrzymania. W takiej sytuacji termin, o którym mowa w zdaniu pierwszym, biegnie odpowiednio od dnia wpływu uzupełnienia wniosku o wpis. Zatem, nawet gdyby uznać, że w niniejszej sprawie nie dokonano wpisu w zakresie przedmiotowego kodu, to zgodnie z art. 9ca ust. 2 ucpg Przystępujący po upływie 14 dni od wpływu wniosku o dokonanie zmiany był uprawniony do podjęcia działalności w zakresie kodu 17 08 02.

Nieuprawnione są także twierdzenia Odwołującego, że zgodnie z przepisami wprowadzającymi ustawę – Prawo przedsiębiorców oraz inne ustawy dotyczące działalności gospodarczej z dnia 6 marca 2018 r. (Dz.U. z 2018 r. poz. 650) Zamawiający nie może swobodnie stosować przepisów nowej ustawy ucpg, w szczególności art. 9ba ust. 1, do postępowań zakończonych w 2013 r., skoro zgodnie z art. 198 ust. 6 ww. ustawy z 6 marca 2018 r. do postępowań w sprawach dotyczących wpisów z rejestru działalności regulowanej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, o której mowa w art. 1 ust. 1, stosuje się przepisy dotychczasowe.

Uszło bowiem uwadze Odwołującego, że postępowanie z wniosku Przystępującego z 19 kwietnia 2013 r. zostało zakończone dokonaniem wpisu w dniu 23 kwietnia 2013 r. Ponadto, również zgodnie z art. 66 ust. 4 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej z dnia 2 lipca 2004 r., obowiązującej do 29 kwietnia 2018 r. organ prowadzący rejestr prostuje z urzędu wpis do rejestru zawierający oczywiste błędy lub niezgodności ze stanem faktycznym.

Reasumując, Przystępujący na dzień składania ofert posiadał uprawnienia do wykonywania działalności regulowanej w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Nie sposób więc uznać, że jego oferta winna zostać odrzucona w związku z brakiem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do wykonywania działalności regulowanej.

Nie potwierdził się również zarzut ewentualny, dotyczący zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Złożone w toku

postępowania zaświadczenia o wpisie, jak również dodatkowe dowody przedłożone w postępowaniu odwoławczym (w tym wniosek o dokonanie zmiany wpisu z dnia 19 kwietnia 2013 r., Sprostowanie wpisu do rejestru działalności regulowanej z dnia 29 czerwca 2021 r. oraz zaświadczenie z dnia 29 czerwca 2021 r. o wpisie uwzględniające ww. sprostowanie) potwierdzają, że Przystępujący spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dotyczącym uprawnień do wykonywania działalności regulowanej.

Izba uznała również za bezzasadny zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu. Odwołujący podnosił, że zaniechanie uzupełnienia przez Przystępującego w formularzu cenowym cen jednostkowych dotyczących czterech pozycji stanowi podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy.

Izba ustaliła, że zgodnie z formularzem cenowym, stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ, należało wycenić m.in. koszt udostępnienia używanego pojemnika 120 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc, koszt udostępnienia używanego pojemnika 240 l w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc, koszt wyposażenia nieruchomości w pojemnik SM 1100 w okresie obowiązywania umowy, za jeden pojemnik używany, za jeden miesiąc oraz koszt wyposażenia nieruchomości w zestawy recyklingowe o pojemności do 1100 l, za jeden zestaw recyklingowy używany, za jeden miesiąc, podając w odniesieniu do każdej pozycji wartość jednostkową za 1 szt. brutto. Należało podać także wartość całkowitą brutto, obliczoną na podstawie iloczynu wartości jednostkowej za 1 szt. brutto oraz przewidywanej liczby worków/pojemników w okresie trwania umowy w szt.

Przystępujący uzupełniając pozycje formularza cenowego dotyczące kosztu udostępnienia używanego pojemnika 120 l, 240 l, kosztu wyposażenia nieruchomości w pojemnik SM 1100 oraz w zestawy recyklingowe o pojemności do 1100 l podał ogólną wartość każdej z tych usług, nie wpisał natomiast cen jednostkowych.

9 czerwca 2021 r. Zamawiający zawiadomił Przystępującego o poprawieniu omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (zawiadomienie nosi tytuł „Zawiadomienie o poprawieniu oczywistej omyłki rachunkowej”), wskazując, że poprawienie omyłki było możliwe, gdyż *Wykonawca wycenił w formularzu ofertowym wartość brutto poszczególnych usług, pominął jednak uzupełnienie wartości jednostkowych za 1 szt. brutto wyszczególnionych powyżej pozycji. Zamawiający zobowiązany jest poprawić omyłkę w szczególności wtedy, gdy sposób w jaki ma być dokonana poprawa wynika z innych*

elementów składających się na ofertę. Zamawiający ma wystarczające przesłanki do tej czynności w oparciu o informacje zawarte w ofercie.

Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że kolumna 3 formularza cenowego odnosiła się do przewidywanej liczby worków/pojemników w okresie trwania umowy, którą należało uwzględnić na potrzeby obliczenia cen i porównania ofert w postępowaniu. Była od początku wskazana przez Zamawiającego i była taka sama dla każdego wykonawcy. Proste działanie polegające na podzieleniu wartości całkowitej podanej przez Przystępującego w kolumnie 4 przez ilości wskazane przez Zamawiającego z kolumny 3 prowadziło do wyliczenia ceny jednostkowej. Zatem, nie sposób zgodzić się z Odwołującym, który zarzucił, że niezapełnienie kolumny 3 przez Remondis stanowi błąd w obliczeniu ceny.

W niniejszym stanie faktycznym wszystkie dane niezbędne do ustalenia ceny jednostkowej wynikały wprost z formularza cenowego Remondis. Skoro omyłka Przystępującego mogła być poprawiona jako inna omyłka polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, to brak jest podstaw do stosowania art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, gdyż Zamawiający w pierwszej kolejności zobowiązany był do poprawienia omyłki w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, co też uczynił.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 239 ust. 1 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp, bowiem nie doszło do naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy §8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania

(Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: