

Sygn. akt: KIO 2419/22

WYROK

z dnia 28 września 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Osiecka-Baran

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 września 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 września 2022 r. przez wykonawcę **K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Radgoszcz**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu, tj. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.**
 - 2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Radgoszcz i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy, tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Radgoszcz na rzecz wykonawcy K. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania w kwocie 7 500 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł.**
- Stosownie do art. 579 i art. 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień

publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Gmina Radgoszcz, dalej „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Radgoszcz w okresie od 1 października 2022 roku do 30 września 2023 roku*. Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), dalej „ustawa Pzp”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 19 sierpnia 2022 r. pod numerem 2022/BZP 00311630/01.

W dniu 15 września 2022 r. wykonawca K. W. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Usługowo – Handlowe EcoTech K. W. z siedzibą w Stopnicy, dalej „Odwołujący”, wniósł odwołanie, zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp przez odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji kiedy jego oferta nie mogła być odrzucona, jeżeli Zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego,
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego,
3. art. 16 ust. 1 i art. 17 ust. 2 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, co przejawia się w szczególności odrzuceniem oferty Odwołującego w wyniku zaniechania wezwania do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, który nie został pierwotnie złożony na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego oraz wezwania Odwołującego do uzupełnienia decyzji właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych,

Do postępowania odwoławczego w ustawowym terminie nie przystąpił żaden wykonawca.

Pismem z dnia 23 września 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy, Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania, w szczególności z: ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, oferty Odwołującego, informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty oraz odrzuceniu oferty Odwołującego. Izba wzięła również pod uwagę stanowiska wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, a także oświadczenia i stanowiska stron wyrażone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 26 września 2022 r.

Izba ustaliła, co następuje.

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Radgoszcz w okresie od 1 października 2022 roku do 30 września 2023 roku.

Zgodnie z Rozdziałem 6.1.2. lit. b) specyfikacji warunków zamówienia na podstawie art. 112 ustawy Pzp, Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu dotyczące uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów. Zamawiający uznał powyższy warunek za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. W celu potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę powyższego Zamawiający zażądał zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Dalej, Izba ustaliła, że Zamawiający w dniu 29 sierpnia 2022 r. wezwał Odwołującego na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

Odwołujący udzielił odpowiedzi na ww. pismo w dniu 1 września 2022 r., nie załączając decyzji właściwego organu na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanej przez właściwy organ.

Zamawiający w dniu 12 września 2022 r. poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy Pzp wskazując, że warunkiem potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu było złożenie ważnego zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie

transportu odpadów komunalnych, a brak złożenia takiego dokumentu powoduje, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

Uwzględniając powyższe, Izba zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

W drugiej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu 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.

Dalej, Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż w niniejszym postępowaniu doszło do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym, na podstawie art. 554 ust. 1 ustawy Pzp, rozpoznawane odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba uznała, że potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych w odwołaniu. Odwołujący podnosił, że złożył w wyznaczonym terminie wymagane dokumenty poza zezwoleniem na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych. Powyższe zaniechanie wynikało jedynie ze zwykłego przeoczenia podczas kompletowania dokumentów. Zdaniem Odwołującego, w takich okolicznościach Zamawiający był zobowiązany, w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, do wezwania Odwołującego do uzupełnienia brakującego zezwolenia i dopiero w przypadku nieuzupełnienia ww. dokumentu, mógłby odrzucić ofertę Odwołującego. Zatem, odrzucenie jego oferty było przedwczesne i nieuprawnione.

W ocenie składu orzekającego z powyższym stanowiskiem należy się zgodzić. Izba ustaliła, że Zamawiający żądał przedłożenia na wezwanie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Bezspornie Odwołujący nie załączył w odpowiedzi na wezwanie powyższego zezwolenia. Osią sporu było to, czy w rozpoznawanej sprawie wymagany przez Zamawiającego dokument mógł być uzupełniony, czy też jego brak stanowił automatycznie podstawę do odrzucenia oferty wykonawcy.

Zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 5 dni od

dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych, jeżeli wymagał ich złożenia w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumentach zamówienia, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych. Stosownie do art. 266 ustawy Pzp do przygotowania i prowadzenia przez zamawiających publicznych postępowania o udzielenie zamówienia klasycznego o wartości mniejszej niż progi unijne stosuje się przepisy działu II, z wyjątkiem przepisów art. 83, art. 86, art. 87 ust. 3, art. 88-90, art. 97 ust. 2, art. 124, art. 125 ust. 2 i 6, art. 126, art. 127 ust. 1, art. 129, art. 130, art. 132-188, art. 220, art. 227 ust. 1, art. 257, art. 264 i art. 265, chyba że przepisy niniejszego działu stanowią inaczej. Oznacza to, że do postępowań klasycznych o wartości poniżej progów unijnych art. 128 ust. 1 ustawy Pzp znajdzie zastosowanie, w myśl którego jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Z ww. przepisem koreluje art. 7 ust. 17 ustawy Pzp, zgodnie z którym ilekroć w niniejszej ustawie jest mowa o podmiotowych środkach dowodowych - należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Stosownie do §7 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy z dnia 23 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) w przypadku zamówień na usługi, w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, zamawiający może żądać odpowiedniego zezwolenia, licencji, koncesji lub potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, jeżeli ich posiadanie jest niezbędne do świadczenia określonych usług w kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania. Zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydane przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach jest niewątpliwie dokumentem, o którym mowa w §7 ust. 2 pkt 1 ww. rozporządzenia. Zatem jest to dokument podlegający uzupełnieniu w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w sytuacji ziszczenia się przesłanek, o których mowa w tym przepisie.

Użyte w treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp sformułowanie „wzywa” rodzi po stronie zamawiającego obowiązek dokonania czynności, wezwania do uzupełnienia dokumentów,

do których ww. przepis się odnosi. W zakresie wezwania do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych nie może więc być dowolności i uznaniowości. Z przepisu tego wynika, iż aby zaistniał obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, zamawiający musi dokonać analizy, czy zostały spełnione łącznie trzy przesłanki. Po pierwsze, należy stwierdzić że wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy. Po drugie, należy ustalić, czy brakujące lub wadliwe ww. oświadczenia lub dokumenty przynależą do kategorii oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu. Po trzecie, konieczne jest zbadanie czy żądanie złożenia, poprawienia lub uzupełnienia ww. oświadczeń lub dokumentów jest zasadne, czy też pomimo ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

Stosownie zaś do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b) ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. Przy czym nie budzi wątpliwości, że obejmuje to również sytuację niewykazania spełnienia tych warunków, pomimo uprzedniego zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Przenosząc powyższe rozważania na stan faktyczny niniejszej sprawy należy wskazać, że Odwołujący bezspornie nie załączył w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, co było kwestią bezsporną pomiędzy stronami. Bezsporna była również okoliczność, iż Zamawiający nie zastosował art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, uznając że Odwołujący ww. zezwoleniem nie dysponuje, zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w odpowiedzi na odwołanie.

W związku z powyższym, skoro Odwołujący nie przedłożył ww. zezwolenia na wezwanie w trybie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp to skutkiem takiego działania winno być wezwanie do uzupełnienia brakującego dokumentu, a nie odrzucenie oferty Odwołującego. Czynność tę należy uznać za przedwczesną, wobec braku poprzedzenia jej wezwaniem, w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, umożliwiającym Odwołującemu uzupełnienie braków w złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentach. Po uzupełnieniu ww. dokumentu Zamawiający będzie zobowiązany poddać ofertę Odwołującego wraz z uzupełnionym dokumentem ponownej ocenie i wówczas podjąć ostateczną decyzję co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu przez Odwołującego.

Ponadto, nieprawidłowa jest praktyka odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia w oparciu o domysły czy też domniemania zamawiającego. W

sytuacji, gdy nie zachodzi żadna z okoliczności zwalniających zamawiającego z obowiązku wystosowania wezwania do uzupełnienia dokumentów, jest on zobligowany do wykonania dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający nie wykazał, aby w tym postępowaniu takie okoliczności zaszły, wobec czego uznać należy, że Zamawiający był zobligowany do wezwania Odwołującego do uzupełnienia zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, ponieważ pierwotnie Odwołujący go nie złożył.

Reasumując, Izba uznała zarzuty naruszenia przepisów wskazanych w odwołaniu za zasadne, stwierdzając że odrzucenie oferty Odwołującego w wyniku zaniechania do wezwania uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, które nie zostały pierwotnie złożone na podstawie art. 274 ust. 1 ustawy Pzp stanowi naruszenie art. 128 ust. 1, art. 226 ust. 1 pkt 2 ppkt c) ustawy Pzp, a także art. 16 ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Dlatego też Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentu, tj. zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych wydanego przez właściwy organ zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach.

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 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: