

Sygn. akt: KIO 3353/21

WYROK

z dnia 29 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 listopada 2021 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2021 r. przez wykonawcę **FBSerwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Tarnowie, ul. Odległa 8, 33-100 Tarnów w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Wierzchosławice**, Wierzchosławice 550, 33-122 Wierzchosławice

przy udziale wykonawcy **Conteko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Radłowie, ul. Woleńska 15, 33-130 Radłów, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie** i nakazuje zamawiającemu:

1.1.unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,

1.2.powtórzenie czynności badania i oceny ofert,

1.3.odrzucenie oferty wykonawcy Conteko Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: **Gminę Wierzchosławice**, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego: **Gminy Wierzchosławice** na rzecz odwołującego: **FBSerwis Karpatia Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity 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 Wierzchosławice (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp” postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Wierzchosławice, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z PSZOK w Wierzchosławicach”, nr referencyjny: IRGDOŚ.271.1.7.2021. Zamówienie zostało podzielone na dwie części. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 30 sierpnia 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nr 2021/S 167 - 437983.

Zamawiający 5 listopada 2021 r. przekazał wykonawcom informację o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez CONTEKO sp. z o.o. (dalej: „CONTEKO”). W terminie ustawowym wykonawca FBSerwis Karpatia sp. z o.o. (dalej: „Odwołujący”) wniósł odwołanie w odniesieniu do części I postępowania, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c w zw. z art. 128 ust. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty CONTEKO pomimo, że wykonawca ten, pomimo otrzymania wezwania do złożenia oświadczenia potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi uprawnieniami (przedłożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia zawierającego prawidłowo wypełnioną rubrykę w części IV: Kryteria kwalifikacji, Sekcji A: Kompetencje) nie uzupełnił właściwie wymaganych informacji, gdyż w przedmiotowej rubryce nie wskazał na posiadanie wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 3) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty CONTEKO.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania, przedstawiając stan faktyczny sprawy, Odwołujący podał, że zgodnie z pkt 8.1. ppkt 2 specyfikacji warunków zamówienia (dalej: „SWZ”), o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy spełnili m.in. warunek udziału w postępowaniu dotyczący posiadania uprawnień do prowadzenia działalności gospodarczej objętej przedmiotem zamówienia, tj. posiadający: aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o

utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888), prowadzonego przez Wójta Gminy Wierzchosławice, a także wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie przynajmniej transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. W postępowaniu swoją ofertę w zakresie części I zamówienia złożyło trzech wykonawców, w tym m.in. CONTEKO oraz Odwołujący. Do swojej oferty wykonawca CONTEKO dołączył oświadczenie potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu, na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (dalej: „JEDZ”) – zgodnie z postanowieniem art. 115 ust. 2 ustawy Pzp. W dokumencie tym nie wypełnił jednak w części IV: Kryteria kwalifikacji, Sekcji A: Kompetencje, rubryki: „W przypadku zamówień na usługi: konieczne posiadanie określonego zezwolenia”. 7 października 2021 r. Zamawiający wezwał CONTEKO do uzupełnienia ww. dokumentu. CONTEKO 8 października 2021 r. przekazał Zamawiającemu poprawiony dokument JEDZ, w treści którego, we wskazanej rubryce dotyczącej posiadanych kompetencji, wskazał:

[aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888), prowadzonego przez Wójta Gminy Wierzchosławice – Zaświadczenie z dnia 10.10.2021 r. – numer rejestrowy 5/2012] [X] Tak [] Nie

[wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego – wpis (SRVII.7245.22.725.2018.MS) z dnia 16.03.2018 r. – numer 000005274] [X] Tak [] Nie.

Z powyższego w ocenie Odwołującego wynika, że CONTEKO potwierdził w dokumencie JEDZ, że posiada: wpis do rejestru działalności regulowanej wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO), jednak ten ostatni wyłącznie w zakresie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Nie potwierdził natomiast posiadania wpisu do BDO w zakresie transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Następnie Odwołujący podał, że 18 października 2021 r. Zamawiający wezwał CONTEKO do złożenia podmiotowych środków dowodowych, w tym m.in. dowodu posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2b SWZ. 19 października 2021 r. CONTEKO przesłał Zamawiającemu odpowiedź na ww.

wezwanie, przekazując m.in. pismo przedstawiciela Marszałka Województwa Małopolskiego w sprawie nadania CONTEKO numeru rejestrowego w rejestrze BDO.

Przedstawiając uzasadnienie prawne Odwołujący stwierdził m.in., że w świetle opisanych okoliczności CONTEKO, składając dokument JEDZ oraz jego uzupełnienie (w wyniku wezwania Zamawiającego) nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania uprawnień, tj. wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Powyższa sytuacja jest równoznaczna ze spełnieniem się obligatoryjnej i samoistnej przesłanki odrzucenia oferty CONTEKO przewidzianej w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp, nakazującej odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył oświadczenia, o którym mowa 125 ust. 1 potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. Oznacza to, że Zamawiający, po otrzymaniu „uzupełnienia” dokumentu JEDZ, nie był uprawniony do dalszego badania oferty CONTEKO (w szczególności zaś do wzywania go do uzupełnienia informacji potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu), lecz winien był ofertę CONTEKO odrzucić. Przywołana przesłanka odrzucenia oferty ma charakter samoistny, bowiem sankcja odrzucenia oferty pozostaje niezależna od tego, czy dany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu lub czy ostatecznie jego spełnienie jest w stanie wykazać. Podstawą wykluczenia jest bowiem sam fakt nieprzedstawienia w wymaganym terminie prawidłowego oświadczenia (dokumentu JEDZ), nie zaś to, czy wykonawca spełnienie warunku udziału w postępowaniu wykazał lub czy warunek taki spełnia. Niewykazanie warunku udziału w postępowaniu było podstawą wykluczenia wykonawcy w uprzednio obowiązującym stanie prawnym (art. 24 ust. 1 pkt 12 „dawnej” ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych), obecnie zaś sankcja odrzucenia aktualizuje się poprzez samo niezłożenie oświadczenia JEDZ potwierdzającego spełnienie warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie bez znaczenia pozostaje okoliczność, że już po upływie wyznaczonego CONTEKO terminu na uzupełnienie dokumentu JEDZ, wykonawca ten został wezwany do złożenia podmiotowych środków dowodowych i przedstawił m.in. zaświadczenie o nadaniu wpisu do rejestru BDO. Następnie przedstawienie przedmiotowych informacji nie może być skuteczną próbą sanowania niezgodnych z ustawą Pzp działań wykonawcy prowadzących się do konieczności uznania, że wykonawca ten nie złożył właściwie wypełnionego formularza JEDZ, zatem nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający w wyznaczonym przez siebie terminie otrzymał jedynie nieprawidłowo wypełniony dokument JEDZ, który nie potwierdzał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie opisanym w pkt 8.1. SWZ. Za nieprawidłową należało zatem uznać dalszą czynność wezwania CONTEKO do złożenia podmiotowych środków

dowodowych. Stanowiło to w istocie umożliwienie wykonawcy CONTEKO ponowne uzupełnienie informacji potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, co naruszyło utrwaloną w orzecznictwie zasadę jednokrotności wezwania do uzupełnienia.

W ocenie Odwołującego umożliwienie CONTEKO usunięcia braków JEDZ (dwukrotnego uzupełnienia brakujących informacji o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu) podważałoby sens regulacji art. 128 ust. 1 oraz art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c. Skoro bowiem braki JEDZ w zakresie potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu każdorazowo mogłyby być uzupełniane poprzez złożenie podmiotowych środków dowodowych, to zupełnie niecelowe byłoby żądanie i składanie dokumentu JEDZ w postępowaniu i nie miałyby żadnego sensu regulacja nakazująca odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wymaganego oświadczenia JEDZ potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

Wypełniając wymogi ustawowe wykonawca CONTEKO sp. z o.o. (dalej: „Przystępujący”) zgłosił swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stając się uczestnikiem postępowania.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Na rozprawie Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania, podnosząc m.in, iż nie naruszył przepisów ustawy Pzp w sposób, który miałby wpływ na wynik postępowania. Jeżeli doszło do zaniedbań, to nie może to skutkować w sposób negatywny dla Przystępującego. Zdaniem Zamawiającego w tym przypadku zastosowanie ma art. 127 Pzp, a brak wskazania w JEDZ wpisu do BDO w wymaganym zakresie nie był intencjonalny i po zweryfikowaniu BDO Zamawiający uznał, że warunek został spełniony.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 528 Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący podał m.in., że złożył w postępowaniu (w części I zamówienia) ofertę zgodną z SWZ, która nie została przez Zamawiającego odrzucona, a została sklasyfikowana na drugim miejscu. W przypadku uwzględnienia podniesionych w odwołania zarzutów i odrzucenia oferty CONTEKO oferta Odwołującego stanie się ofertą najkorzystniejszą w postępowaniu.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Pismem z 7 października 2021 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do uzupełnienia JEDZ wskazując: „Na podstawie art. 128 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2021 r., poz. 1129 ze zm.) – dalej zwaną ustawą Pzp, wzywam do poprawienia Oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp.

Złożone przez Państwa oświadczenie na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej zwanym JEDZ), nie potwierdza spełnienia warunków udziału w postępowaniu, w związku z niewypełnieniem w części IV: Kryteria kwalifikacji, Sekcji A: Kompetencje, Rubryki: W przypadku zamówień na usługi: konieczne posiadanie określonego zezwolenia.

Wykonawca spełniający warunki udziału w postępowaniu i wypełniający formularz JEDZ jest zobowiązany uzupełnić odpowiednią rubrykę dotyczącą Kompetencji (W przypadku zamówień na usługi: konieczne posiadanie określonego zezwolenia), m.in. wpisując odpowiednie uprawnienia do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej określone w pkt 8.1 ppkt 2 Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Poprawione Oświadczenie należy złożyć do dnia 12 października 2021 r. w formie elektronicznej w sposób opisany w pkt 10.3.1 SWZ, aktualne na dzień złożenia. Nie należy szyfrować JEDZ składanego na wezwanie.”

W odpowiedzi z 8 listopada 2021 wykonawca CONTEKO podał:

W odpowiedzi na wezwanie z dnia 07.10.2021 r. w załączeniu przekazujemy poprawione oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. złożone na formularzu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.”

Złożony JEDZ zawierał:

[aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888), prowadzonego przez Wójta Gminy Wierzchosławice – Zaświadczenie z dnia 10.10.2021 r. – numer rejestrowy 5/2012] Tak Nie

[wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego – wpis (SR-VII.7245.22.725.2018.MS) z dnia 16.03.2018 r. – numer 000005274] [X] Tak [] Nie

[Decyzja na zbieranie odpadów wydana przez Starostę Tarnowskiego znak WOŚ.6233.37.2020.KK2 z dnia 21.01.2021 r.] [X] Tak [] Nie (adres internetowy, wydający urząd lub organ, dokładne dane referencyjne dokumentacji): [.....][.....][.....]

Stosownie do pkt 8.1 SWZ: Zgodnie z art. 57 pkt 2 ustawy Pzp o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego. Zgodnie z art. 112 ustawy Pzp Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu:

- 1) w zakresie zdolności do występowania w obrocie gospodarczym: Zamawiający nie stawia warunku.
- 2) w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów:
 - a) aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r., poz. 888), prowadzonego przez Wójta Gminy Wierzchosławice,
 - b) wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie przynajmniej transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia oraz w zakresie zbierania zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego.

Zgodnie z pkt 9 SWZ Wykaz podmiotowych środków dowodowych

„(...)

9.2 JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

(...)

9.4 Na podstawie Rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. 2020 r., poz. 2415), w celu wykazania braku podstaw wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu Zamawiający zażąda złożenia:

(...)

5) potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2a SWZ,

6) potwierdzenia wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2b SWZ, jako potwierdzenie posiadania odpowiednich zezwoleń niezbędnych do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem.

9.2 Zamawiający wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, podmiotowych środków dowodowych o których mowa w pkt 9.4, aktualnych na dzień ich złożenia.

9.3 Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia któregoś z wymienionych w pkt 9.4 podmiotowych środków dowodowych, jeżeli Zamawiający może go uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile Wykonawca wskazał w JEDZ dane umożliwiające dostęp do tych środków.

9.4 Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które Zamawiający posiada, jeżeli Wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawidłowość i aktualność.

(...)"

18 października 2021 r. Zamawiający skierował do Przystępującego wezwanie wskazując: „Na podstawie art. 126 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129, ze zm.) wzywam do złożenia następujących podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień złożenia:

(...)

5) potwierdzenia wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2a SWZ,

6) potwierdzenia wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2b SWZ, jako potwierdzenie posiadania odpowiednich zezwoleń niezbędnych do świadczenia usług objętych niniejszym zamówieniem.

Oświadczenia i dokumenty należy złożyć do dnia 28 października 2021 r. w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, w sposób opisany w pkt 10.3.3 SWZ.”

Izba zawążyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W myśl art. 125 ust. 1 Pzp: Do wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo do oferty wykonawca dołącza oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, w zakresie wskazanym przez zamawiającego.

Stosownie do art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę, który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.

Zgodnie z art. 128 Pzp 1. 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. 2. Wykonawca składa podmiotowe środki dowodowe na wezwanie, o którym mowa w ust. 1, aktualne na dzień ich złożenia.

Jak wynika ze stanowiska Zamawiającego wypełnienie przez wykonawców części IV JEDZ było konieczne. Nie jest sporne, że JEDZ Przystępującego nie zawierał w tym zakresie żadnych wpisów, co skutkowało wezwaniem tego wykonawcy przez Zamawiającego do uzupełnienia w tym zakresie dokumentu JEDZ. Nie jest też sporne, że w odpowiedzi na wezwanie Przystępujący przekazał niekompletnie uzupełniony JEDZ. Jakkolwiek potwierdził, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej, to jednak wpis do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO), potwierdził jedynie w zakresie zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Nie potwierdził wymaganego w SWZ posiadania wpisu do BDO w zakresie transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Spór dotyczy tego, czy w takiej sytuacji Zamawiający powinien odrzucić ofertę Przystępującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit c Pzp, jak twierdzi Odwołujący, czy natomiast Zamawiający zasadnie wezwał tego wykonawcę do złożenia podmiotowych środków dowodowych i dokonał wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

W ocenie Izby Okoliczności analizowanej sprawy wskazują, że należy się zgodzić ze stanowiskiem prezentowanym przez Odwołującego i uznać, że Zamawiający naruszył wskazane w odwołaniu przepisy, bowiem w sytuacji, gdy Przystępujący nie złożył prawidłowo wypełnionego JEDZ, a następnie na wezwanie do jego uzupełnienia, którego treść nie budziła wątpliwości, złożył ten dokument niekompletnie wypełniony, tj. nie potwierdził spełnienia warunku udziału w postępowaniu w odniesieniu do wpisu do BDO w zakresie transportu odpadów objętych przedmiotem zamówienia, to wypełniła się przesłanka odrzucenia oferty, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c Pzp.

Skład orzekający Izby podziela stanowisko wyrażone w piśmiennictwie i doktrynie dotyczące jednokrotnego wezwania do uzupełnienia dokumentów o których mowa w art. 125 ust. 1 Pzp. W przypadku, jak w analizowanej sprawie, gdy wykonawca składa niekompletne oświadczenie JEDZ, a następnie na wezwanie Zamawiającego składa niekompletnie uzupełniony JEDZ, nie ma podstaw, aby otrzymał kolejną szansę wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu, tym razem w postaci wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych, co uczynił Zamawiający wzywając Przystępującego 18 października 2021 r. do ich złożenia, w tym m.in. dowodu posiadania wpisu do rejestru podmiotów wprowadzających produkty, produkty w opakowaniach i gospodarujących odpadami (BDO) w zakresie określonym w pkt 8.1 ppkt 2b SWZ. Takie wezwanie zgodnie z pkt 9.2 SWZ mogło bowiem być skierowane do wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona. Skoro ziszczyła się przesłanka odrzucenia oferty Przystępującego, to oferta ta nie mogła zostać najwyżej oceniona, a w konsekwencji Zamawiający nie miał podstaw do skierowania do niego wezwania do złożenia podmiotowych środków dowodowych.

Zauważenia wymaga, że stosownie do art. 125 ust. 3 Pzp: *Oświadczenie, o którym mowa w ust. 1, stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.* Oznacza to, że złożony przez wykonawcę JEDZ pozwala Zamawiającemu pozyskać wiedzę m.in. na temat spełniania przez danego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, sposobu i poziomu spełniania tych warunków. Przystępujący nie uzupełniając w sposób kompletny JEDZ pozbawił się możliwości wykazania spełnienia określonych w SWZ warunków udziału w postępowaniu na dzień złożenia oferty, do czego był zobowiązany. Brak takiego wykazania może być odbierany, jako brak spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu na datę składania ofert, bądź jako brak należytej staranności w działaniu,

wymaganej od profesjonalisty, jakim jest przedsiębiorca biorący udział w postępowaniu. Niezależnie jednak od powodów takiego braku w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego rodzi to niekorzystne dla takiego wykonawcy skutki.

W ocenie Izby twierdzenia Zamawiającego odnoszące się do zastosowania art. 127 Pzp i samodzielnego zweryfikowania wpisu do rejestru w brakującym zakresie nie zasługują na uwzględnienie.

W myśl art. 127 Pzp 1. Zamawiający nie wzywa do złożenia podmiotowych środków dowodowych, jeżeli: 1) może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, o ile wykonawca wskazał w jednolitym dokumencie dane umożliwiające dostęp do tych środków; 2) podmiotowym środkiem dowodowym jest oświadczenie, którego treść odpowiada zakresowi oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. 2. Wykonawca nie jest zobowiązany do złożenia podmiotowych środków dowodowych, które zamawiający posiada, jeżeli wykonawca wskaże te środki oraz potwierdzi ich prawdziwość i aktualność.

Przepis ten odnosi się do podmiotowych środków dowodowych, o których mowa w art. 126 Pzp, a nie do JEDZ, tymczasowo zastępującego wymagane środki dowodowe, o czym jest mowa w art. 125 Pzp.

Ponadto twierdzenia Zamawiającego są niepotwierdzone, niespójne, nadto pozostają w kolizji z tym, co wynika z SWZ, która jest wiążąca zarówno dla Zamawiającego jak i wykonawców, oraz z tym, co wynika ze stanowisk Przystępującego i Odwołującego.

Zamawiający z jednej strony stwierdził, że pracownicy weryfikowali treść wpisu do BDO po otrzymaniu od Przystępującego uzupełnionego JEDZ, a jednocześnie przyznał, że w dokumentacji postępowania nie zostało to odnotowane.

Nadto na rozprawie Zamawiający podał, że weryfikacja miała miejsce pomimo, że Przystępujący nie podał strony internetowej publicznego rejestru, który może być zweryfikowany przez Zamawiającego, mimo, iż z instrukcji wypełnienia JEDZ taki wymóg wynikał, a jedynie podał numer wpisu do BDO. Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że mając wątpliwości wynikające z analizy treści instrukcji wypełnienia JEDZ, dotyczące tego, czy samo podanie numeru wpisu do BDO jest wystarczające dla przeprowadzenia samodzielnej weryfikacji, w wezwaniu z 18 października 2021 r. (do złożenia podmiotowych środków dowodowych), wezwał Przystępującego do potwierdzenia wpisu do rejestru BDO.

Następnie Zamawiający stwierdził, że w dokumentacji postępowania znajduje się dokument z BDO ściągnięty później, czyli 25 października 2021 r. i przyznał, że nie

dysponuje potwierdzeniem wpisu do rejestru na dzień składania ofert, tj. na 29 września 2021 r., a jednocześnie stwierdził, że w jego ocenie jest możliwe ustalenie treści wpisu do BDO na ściśle określonej dacie w przeszłości. Tymczasem jak wynika ze stanowiska Przystępującego jeśli chodzi o transport odpadów, to tylko użytkownik jest uprawniony do uzyskania informacji z rejestru w jakiej dacie złożył wniosek odnośnie transportu odpadów. Jak stwierdził Odwołujący, numer wpisu do BDO umożliwia jedynie weryfikację wpisu na datę jej dokonywania. Historycznie możliwe jest ustalenie jedynie własnych wpisów, tzn. może to uczynić jedynie podmiot, którego wpis dotyczy, po uprzednim zalogowaniu się do systemu, w tym podaniu hasła, którego Przystępujący nie udostępnił Zamawiającemu. Podmiot trzeci, w tym Zamawiający nie może zatem historycznie zweryfikować innego wpisu.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględniła odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców.

W analizowanej sprawie zostało stwierdzone zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania. Brak odrzucenia oferty Przystępującego w sytuacji wypełnienia się przesłanki dla dokonania tej czynności, a zamiast tego dokonanie wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej, miało bowiem wpływ na wynik postępowania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.

W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika strony.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b 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: