

Sygn. akt: KIO 1231/13

WYROK
z dnia 7 czerwca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Paweł Trojan

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.05.2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **SITA Małopolska Spółka z o.o., ul. Kosiarzy 5A, 30-731 Kraków; NOVA Spółka z o.o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Spółka z o.o., ul. Os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowania odpadów komunalnych” (nr sprawy BPM.ZZP.271.237.2013),

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum **AVR Spółka z o. o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S. p. A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma** zgłaszającego przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawców wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum AVR Spółka z o. o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S. p. A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i nakazuje odrzucenie oferty złożonej przez ww. wykonawców na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp oraz nakazuje powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz** i:

2.1. 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 Konsorcjum: **SITA Małopolska Spółka z o. o., ul. Kosiarzy 5A, 30-731 Kraków; NOVA Spółka z o. o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Spółka z o. o., ul. Os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Konsorcjum: **SITA Małopolska Spółka z o. o., ul. Kosiarzy 5A, 30-731 Kraków; NOVA Spółka z o. o., ul. Śniadeckich 14, 33-300 Nowy Sącz oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych EMPOL Spółka z o. o., ul. Os. Rzeka 133, 34-451 Tylmanowa** kwotę **17 253 zł 29 gr** (słownie: siedemnaście tysięcy dwieście pięćdziesiąt trzy złote i dwadzieścia dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, zastępstwa przed Krajową Izbą Odwoławczą oraz kosztów przejazdu pełnomocników na posiedzenie i rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 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 **Nowym Sączu**.

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 7 czerwca 2013 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1231/13

Zamawiający – Miasto Nowy Sącz, Rynek 1, 33-300 Nowy Sącz prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowania odpadów komunalnych”

Postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 21.03.2013 r. Zamawiający przekazał do publikacji opublikował ogłoszenie Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE.

W dniu 23.03.2013 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2013/S 059-097802.

W dniu 15.05.2013 r. Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23.05.2013 r. Odwołujący wskazał, iż składa odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:

- 1) zaniechaniu wykluczenia z postępowania i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy - konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych;
- 2) wyborze w dniu 14 maja 2013 r. oferty wykonawcy - konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. jako najkorzystniejszej oferty złożonej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pomimo, iż wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona.

Zamawiającemu zarzucił naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz ust. 4; art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, poprzez niewykluczenie konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. z postępowania o udzielenie zamówienia i nieodrzuconie jego oferty, pomimo iż oferta ta zawierała nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż wbrew oświadczeniu, konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. nie spełniało warunków udziału w

postępowaniu na dzień składania ofert, tj. ani AVR Sp. z o.o., ani AVR S.p.A. nie była wpisana do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;

2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia aktualnego dokumentu potwierdzającego, że AVR S.p.A. nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - pomimo iż termin ważności dokumentu o niezaleganiu z uiszczaniem składek Documento Unico di Regolarita Contributiva (DURC) był ważny do dnia 4 kwietnia 2013 r., czyli nie potwierdzał braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert oraz potwierdzał stan istniejący wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

W związku z powyższymi zarzutami Odwołujący na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 Pzp wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. w ww. postępowaniu;
- 2) nakazanie Zamawiającemu wykluczenie konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. z postępowania oraz odrzucenie oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. w w/w postępowaniu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego, według faktury i potwierdzenia poniesionych kosztów, jakie zostaną złożone podczas rozprawy.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku wykluczenia konsorcjum AVR Sp. z o.o. AVR S.p.A., jego oferta zostanie uznana jako najkorzystniejsza. W postępowaniu zostały bowiem złożone dwie oferty, z czego oferta Odwołującego otrzymała drugą w kolejności ilość punktów.

Podniósł ponadto, iż termin na wniesienie odwołania określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp został zachowany, gdyż odwołujący otrzymał informację o wyniku postępowania faksem w dniu 15 maja 2013 r.

W uzasadnieniu wskazał, że Zamawiający w postępowaniu jako ofertę najkorzystniejszą wybrał ofertę konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. W ocenie odwołującego, wybór ten był błędny z następujących przyczyn:

1. Zgodnie z pkt VI. 1. lit. a SIWZ o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy, którzy spełniali m.in. warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Postanowienie SIWZ jest tożsame z art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Jak wskazuje się w literaturze, pojęcie uprawnień należy odnosić w szczególności do koncesji, zezwoleń na działalność regulowaną uregulowaną w ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, wymagających wpisu do stosownego rejestru (tak S. Babiarz [w:] S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, Komentarz, Warszawa 2010, str. 165, podobnie G. Wicik, P. Wiśniewski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Suplement aktualizacyjny, Warszawa 2007, str. 159).

Jak wskazuje z kolei Krajowa Izba Odwoławcza, jeśli działalność objęta przedmiotem zamówienia nie jest działalnością regulowaną i nie wymaga koncesji, ani zezwoleń, to nie odbiera przymiotu spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykonawcy, który nie zarejestrował w ewidencji działalności gospodarczej określonych rodzajów działalności, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 sierpnia 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 815/08).

A contrario z wyroku tego należy wywodzić, że jeśli działalność objęta przedmiotem zamówienia jest działalnością regulowaną, to dla spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykonawca powinien posiadać uprawnienia do jej prowadzenia.

Zgodnie bowiem z art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), jeżeli przepis odrębnej ustawy stanowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu niniejszej ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej, z zastrzeżeniem art. 75.

Mając powyższe na uwadze należy wskazać, że na mocy art. 75 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), uzyskania zezwolenia wymaga wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie określonym w przepisach ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008, z późn. zm.). Nadto art. 75a ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (t. j. Dz. U. z 2010 r., Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.) stanowi, iż koncesja, zezwolenie, zgoda, licencja albo wpis do rejestru działalności regulowanej uprawniają do wykonywania działalności gospodarczej na terenie całego kraju i przez czas nieokreślony. Przepis ten potwierdza zatem jednoznacznie, że to właśnie wpis do rejestru działalności regulowanej jest formalnoprawnym źródłem uprawnień do jej wykonywania. Przepis ten jest zarazem sformułowany w sposób jasny (a zatem nie podlega wykładni) i wyraźnie koresponduje z literalnym brzmieniem art. 22 ust. 1

pkt 1 Pzp. Fakt, iż dana działalność jest regulowana oznacza, że posiadanie wpisu do rejestru warunkuje dopuszczenie do obrotu gospodarczego w danym obszarze (tak wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 lipca 2008 r., sygn. KIO/UZP 707/08 oraz z dnia 17 maja 2012 r., znak KIO 892/12).

Także z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2012 r., poz. 391 z późn. zm.), zwanej dalej 'UCPG', wynika wprost, że 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. Dalej, art. 9c ust. 1 UCPG stanowi, iż 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. W literaturze podkreśla się, że formalną podstawą prawną działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest uzyskanie przez przedsiębiorcę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (W. Radecki, Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz, Warszawa 2012, str. 283).

Zgodnie z pkt VII. 1. SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani złożyć m.in. oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Zamawiający żądał tego oświadczenia na podstawie art. 44 Pzp. Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje, iż ustawodawca dużą wagę przywiązuje do oświadczeń składanych przez wykonawców, nadając im w zasadzie tę samą rangę, co dokumentom. Oświadczenia składane są także po to, by wypełniać luki w informacjach przedstawionych w dokumentach, które nie zawsze muszą wyczerpująco potwierdzać fakt spełniania konkretnie postawionych warunków udziału w postępowaniu, (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP). Co istotne, zamawiający nie ma obowiązku żądać wszystkich dokumentów na potwierdzenie spełniania warunków udziału - nie zwalnia to jednak wykonawcy z obowiązku posiadania wymaganych dla prowadzenia danej działalności uprawnień: Brak żądania dokumentów przez zamawiającego nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp, wykonawcy muszą posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, a złożenie fałszywego oświadczenia w tym zakresie jest podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 163/08).

Nadto zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Warunek niezbędności w niniejszej sprawie nie był tymczasem spełniony, gdyż Zamawiający jest bezpośrednim dysponentem informacji

na temat wszystkich wpisów dokonanych w prowadzonym przez siebie rejestrze działalności regulowanej, a rejestr ten jest jawny i powszechnie dostępny dla wszystkich (w tym dla konkurentów). Tym samym żądanie przedłożenia takiego zaświadczenia byłoby przejawem nadmiernego formalizmu i stanowiłoby naruszenie art. 25 ust. 1 Pzp. Tymczasem Konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. złożyło oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, a więc m.in. posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, pomimo iż na dzień składania ofert żaden z konsorcjantów nie był wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych.

Zgodnie natomiast z art. 26 ust. 2a i ust. 3 Pzp, wykonawca ma obowiązek wykazać spełnianie warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp nie później niż na dzień składania ofert. Co więcej, sam Zamawiający przyznał w piśmie z dnia 20 maja 2013 r., iż zarówno AVR Sp. z o.o., jak i AVR S.p.A. na dzień składania ofert, tj. 10 maja 2013 r., nie była wpisana do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Nowego Sącza prowadzonego przez Prezydenta Miasta Nowego Sącza. Zamawiający więc pomimo posiadanej z urzędu wiedzy nie wykluczył, wbrew przepisom prawa, konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. z postępowania.

Dowód: pismo Dyrektora Wydziału Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 20 maja 2013 r., znak WOŚ.703.2.2013.KT

Wobec powyższego konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. złożyło nieprawdziwe informacje w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, które mają wpływ na wynik postępowania. Jeśli bowiem zgodnie ze stanem faktycznym konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. na dzień składania ofert nie było wpisane do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych, to nie spełniało warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 Pzp, a złożone oświadczenie, że warunki te spełnia, było niezgodne z prawdą. W związku z tym konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. powinno zostać wykluczone z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, a jego oferta odrzucona zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Należy także wskazać, że w przypadku podania nieprawdziwych informacji Zamawiający nie ma obowiązku, ani też prawa zwracać się o wyjaśnienia do wykonawcy w trybie art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż wyjaśnienia te nie są w stanie usunąć niezgodności między treścią oświadczenia a stanem faktycznym: (...) wyjaśnienia nie pozwolą na usunięcie niezgodności pomiędzy treścią oświadczenia woli wykonawcy a uzyskanymi przez zamawiającego informacjami, potwierdzając w ten sposób złożenie nieprawdziwych informacji (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 maja 2012 r., sygn. akt KIO 956/12).

Niezgodność między oświadczeniem konsorcjum AYR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. a stanem faktycznym w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej ma bowiem charakter nieusuwalny.

Na marginesie należy także zaznaczyć, że okoliczność, iż zgodnie z pkt XV. 1 .a) SIWZ Zamawiający żądał przedłożenia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie dobierania odpadów komunalnych dopiero po wyborze najkorzystniejszej oferty nie zwalniało konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. z posiadania wpisu w rejestrze już w dniu upływu terminu składania ofert, skoro wpis do rejestru działalności regulowanej jest warunkiem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych. W związku z powyższym, złożenie oświadczenia, iż konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A. spełnia warunki udziału w postępowaniu, pomimo iż nie posiada wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości - które jest konieczne to świadczenia usługi objętej przedmiotem zamówienia - stanowi złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik postępowania na mocy art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Z tych względów Zamawiający miał obowiązek wykluczyć z postępowania konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A., a jego ofertę odrzucić.

2. Zgodnie z pkt VII.2. lit. h SIWZ, wykonawca był zobowiązany do złożenie aktualnego zaświadczenia właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu - wystawionego nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert.

Dalej, na mocy pkt VII.9. lit. b SIWZ, wykonawca, który ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zamiast tego dokumentu miał obowiązek złożyć dokument lub dokumenty, wystawione w kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, potwierdzające odpowiednio, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat, składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne albo że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Treść tego postanowienia odpowiada § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231).

Członek Konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A., AVR S.p.A. celem spełnienia tego warunku przedłożył dokument o niezaleganiu z uiszczaniem składek (Documento Unico di regolarita Contributiva - DURC) wydany przez INPS (włoski odpowiednik Zakładu Ubezpieczeń Społecznych) w dniu 4 marca 2013 r. Z treści tego dokumentu zarazem wynika, że jest on ważny przez 30 dni od daty jego wydania i nie może być wykorzystany po upływie tego okresu w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych. Jak wynika z art. 7 punkt 1 i 2 rozporządzenia Ministra Pracy i Zabezpieczenia Społecznego (Republiki Włoskiej) z 24 października 2007 r. w celu skorzystania z ułatwień prawnych i podatkowych opisanych w art. 1, DURC ma miesięczny okres ważności. Tylko w sektorze zamówień prywatnych, o którym mowa w art. 3 punkt 8 rozporządzenia z mocą ustawy z dnia 14 sierpnia 1996 r., n. 494, z dalszymi zmianami, DURC ma ważność trzymiesięczną w rozumieniu art. 39 - septies rozporządzenia z mocą ustawy z dnia 30 grudnia 2005r. n. 273, zmienionego ustawą z 23 lutego 2006r., n. 51." DURC jest ważny 30 dni od daty wydania dla zaświadczeń wydawanych na potrzeby wszelkich zamówień/ kontraktów publicznych.

Dowód: dokument DURC - po włosku wraz z polskim tłumaczeniem (także załącznik do oferty konsorcjum AVR Sp. z o.o. oraz AVR S.p.A.

Dowód: informacja prawna w zakresie ważności Documento Unico di Regolarita Contributiva udzielona przez włoskiego adwokata Pietro Vinci

Odwołujący wskazał, iż z uwagi na to, że termin ważności DURC upłynął w dniu 3 kwietnia 2013 r., w dniu składania ofert, tj. 10 maja 2013 r., konsorcjant AVR S.p.A. nie potwierdził, że na dzień składania ofert nie zalegał z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu.

Należy bowiem podkreślić, że z art. 24 ust. 1 pkt 3 Pzp, a także z pkt VII.2. lit. h SIWZ, który stanowi powtórzenie treści tego przepisu, wprost wynika, że wykonawca ma przedłożyć aktualne zaświadczenie. Co prawda § 4 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231) stanowi, że dokument, o którym mowa w ust. 1 pkt 1 lit. a tiret drugie, powinien być wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert, niemniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, że termin ten ma znaczenie tylko wówczas, gdy z dokumentu prawa obcego nie wynika inny termin ważności: Norma odnosząca się do terminów ważności (domniemanie aktualności dokumentów dla

potrzeb oceny przez Zamawiającego warunków udziału w postępowaniu), określona w § 2 ust. 2 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów (poprzednio obowiązującego, którego jednak brzmienie jest tożsame z aktualnie obowiązującym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane) ma znaczenie tylko wówczas, gdy z dokumentu prawa obcego nie wynika inny termin ich ważności (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 grudnia 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1791/09). Tak samo uznała Krajowa Izba Odwoławcza w innym orzeczeniu: oceny treści i zakresu informacji zawartych w przedłożonym dokumencie nie można dokonywać w oderwaniu od uregulowań prawnych obowiązujących w kraju, w którym ten dokument wystawiono. W świetle powyższego analizy dokumentów złożonych przez podmioty, mające siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej należy dokonywać z uwzględnieniem systemów prawnych krajów, w których takie dokumenty wydano (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 lipca 2009, sygn. akt KIO/UZP 703/09, KIO/UZO 709/09).

Następnie Odwołujący wskazał, iż z ostrożności należy wskazać, iż z treści DURC wynika, że AVR S.p.A. nie posiada zaległości w zakresie poszczególnych składek odpowiednio na dzień 1 lutego 2013 r., 13 lutego 2013 r. oraz 1 lutego 2013 r., a więc dokumenty potwierdzają w dwóch przypadkach stan istniejący wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert, tj. 10 maja 2013 r. W świetle tego tym bardziej uzasadnione jest twierdzenie, iż konsorcjant AVR S.p.A. nie wykazał braku podstaw do wykluczenia go z udziału w postępowaniu.

Odwołujący podniósł, iż mając powyższe na uwadze, Zamawiający był zobowiązany wezwać na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp AVR S.p.A. do złożenia aktualnego zaświadczenia potwierdzającego, że wykonawca ten nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenia zdrowotne i społeczne, lub potwierdzenia, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu, tj. dokumentu DURC, wystawionego nie wcześniej niż 30 dni przed upływem terminu składania ofert (tj. po dniu 9 kwietnia 2013 r.), a zarazem potwierdzającego stan istniejący nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu ofert (tj. po 9 lutym 2013 r.). W przypadku nieprzedłożenia prawidłowego dokumentu, Zamawiający był zobowiązany wykluczyć konsorcjum AVR Sp. z o.o. i AVR S.p.A. z udziału w postępowaniu, a jego ofertę odrzucić zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 3 i ust. 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zdaniem Odwołującego zaniechanie Zamawiającego we wskazanym wyżej zakresie stanowiło naruszenie przepisów prawa. W związku z powyższym odwołanie jako całkowicie uzasadnione, zasługuje na uwzględnienie.

Przystępujący pismem z dnia 03.06.2013 r. uzupełnił swoją argumentację przedkładając szereg dowodów odnoszących się do procedury pozyskania zaświadczenia DURC.

Zamawiający pismem z dnia 05.06.2013 r. złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie.

Izba ustaliła, że podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przystępującego oraz zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp ze względu na brak wykazania spełnienia warunku w zakresie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Odwołujący postawił również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w odniesieniu do zaświadczenia składanego na potwierdzenie braku zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, w tym po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami SIWZ, korespondencją prowadzoną w ramach przedmiotowego postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia publicznego, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zdaniem Izby Odwołujący, ze względu na złożenie oferty zakwalifikowanej na drugiej pozycji w rankingu oferty, w przypadku uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz nakazania dokonania powtórnego badania i oceny ofert, w tym wykluczenia Przystępującego z postępowania oraz wyboru oferty najkorzystniejszej

z uwzględnieniem żądań Odwołującego ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, korespondencji pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami prowadzonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również ze stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w trakcie rozprawy.

Izba dopuściła również dowody z dokumentów złożone przez strony oraz Przystępującego wraz z pismami procesowymi oraz w toku rozprawy w postaci dokumentów wskazujących na przebieg procedury uzyskania w Republice Włoskiej dokumentów odnoszących się do zaległości w opłacaniu składek na ubezpieczenie społeczne. Izba dopuściła również dowody złożone przez Odwołującego wraz z odwołaniem, w szczególności w postaci pisma Dyrektora Wydziału Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 20.05.2013 r. oraz dowód złożony wraz z odpowiedzią Zamawiającego na odwołanie w postaci przetłumaczonego wydruku ze strony internetowej Komisji Europejskiej odnoszący się do formy oraz sposobu pozyskiwania w Republice Włoskiej dokumentów stanowiących dowód spełnienia wymogów ubezpieczenia społecznego (Documento Unico Regolarita Contributiva – DURC).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W drugiej kolejności Izba ustaliła, iż wszczęcie przedmiotowego postępowania nastąpiło w dniu 23.03.2013 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia w siedzibie zamawiającego – w miejscu publicznie dostępnym oraz zamieszczenie ogłoszenia na stronie internetowej. Tym samym do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają przepisy w obecnym brzmieniu ustawy Pzp, tj. po nowelizacji wprowadzonej ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o

koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2012 r., poz. 1271), która weszła w życie z dniem 20 lutego 2013 r. Do przedmiotowego postępowania zastosowanie mają również przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231), które weszło w życie z dniem 20 lutego 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest usługa polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie miasta Nowego Sącza oraz zagospodarowanie odpadów komunalnych (Rozdział III pkt 1 SIWZ oraz sekcja II.1.1. ogłoszenia o zamówieniu).

Izba ustaliła, iż Zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu (sekcja III.2.1.1.a oraz III.2.1.2.) oraz w treści SIWZ (Rozdział IV oraz Rozdział VII pkt 1) wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, zaś potwierdzenie tego warunku musi być potwierdzone oświadczeniem o spełnianiu warunków opartych na przepisie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ponadto ustaliła, iż Zamawiający w sekcji III.2.1.3 ogłoszenia o zamówieniu wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 ustawy Pzp, zaś w sekcji III.2.1.5.d zostało wskazane, iż spełnienie warunku wymienionego w pkt III.2.1.3 musi być potwierdzone aktualnym zaświadczeniem właściwego oddziału Zakładu Ubezpieczeń Społecznych lub Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego potwierdzającym, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne, lub potwierdzeniem, że uzyskał przewidziane prawem zwolnienie, odroczenie lub rozłożenie na raty zaległych płatności lub wstrzymanie w całości wykonania decyzji właściwego organu – wystawionym nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Następnie Izba ustaliła, iż Przystępujący w złożonej ofercie złożył, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SIWZ dotyczącej postępowania BPM.ZZP.271.237.2013, oświadczenie o spełnianiu warunków z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, w którego treści wskazał, iż posiada uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Ponadto w złożonej ofercie Przystępujący dla członka konsorcjum AVR S. p. A. z siedzibą w Rzymie do oferty dołączył wraz z tłumaczeniem z języka włoskiego dokonany przez tłumacza przysięgłego dokument o niezaleganiu z uiszczaniem składek wystawiony

przez Krajowy Instytut Ubezpieczeń od Wypadków przy Pracy wydany na użytek zgodny z prawem: do uczestniczenia w przetargu zagranicznym potwierdzający brak zaległości w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne i zdrowotne wydany przez CASSA EDILE w dniu 04.03.2013 r. Zawiera on wzmiankę, iż: „DURC jest ważny przez 30 dni od daty jego wydania i nie może być wykorzystany dla zamówień publicznych oraz prywatnych robót budowlanych podlegających obowiązkowi D.I.A. (zgłoszenia rozpoczęcia działalności) czy też pozwolenia na budowę”.

W dniu 15.05.2013 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą została uznana oferta złożona przez Przystępującego.

Na powyższą czynność Odwołujący w dniu 23.05.2013 r. wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Izba ustaliła, iż w dniu 27.05.2013 r. przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum AVR Spółka z o.o., ul. Józefa Dietla 93/4, 31-031 Kraków oraz AVR S. p. A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

I. Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na wstępie wskazać należy, że norma prawna wyrażona w powyższym przepisie nakazuje zamawiającemu bezwzględne wykluczenie z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców jeśli w toku tegoż postępowania złożone zostały, przez tychże wykonawców, nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe wypełnienie hipotezy normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, tj. instytucji wykluczenia wykonawcy z postępowania ma miejsce jeżeli złożone w toku prowadzonego postępowania, przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia, informacje są niezgodne z faktami i ich złożenie ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania. Należy w tym miejscu wskazać, iż szczególnie podatne na niezgodność z faktami przy jednoczesnym wpływie na wynik tego postępowania są informacje przedkładane przez wykonawców na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw do wykluczenia. Są to bowiem informacje decydujące o

możliwości udziału wykonawcy w postępowaniu i zazwyczaj odnoszą się do okoliczności (faktów) niezwiązanych z prowadzonym postępowaniem.

W ocenie Izby, aby mogło dojść do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, musi mieć miejsce niezgodność przedstawionych przez wykonawcę informacji z faktami, a zatem kwestia prawdziwości winna odnosić się do relacji pomiędzy informacjami składanymi przez wykonawcę – a rzeczywistością. Co znamienne, w ramach niniejszego postępowania odwoławczego Odwołujący, celem poznania prawdy obiektywnej, był zmuszony do odniesienia się do informacji pochodzących spoza tych przedstawionych przez Przystępującego i całą swoją argumentację oparł o dokument „zewnątrzny” w postaci pisma Dyrektora Wydziału Ochrony Środowiska Urzędu Miasta Nowego Sącza z dnia 20.05.2013 r. - stanowiący dowód obrazujący odmienne okoliczności niż wynikające z oświadczenia złożonego przez Przystępującego.

W ocenie Izby formułowanie warunków udziału w postępowaniu przez zamawiającego odnosi się do warunków określonych w art. 22 ust. 1 pkt 2 – 4 ustawy Pzp, gdyż wynikające z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wymagania wobec wykonawców swoje źródło mają w powszechnie obowiązujących przepisach.

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje się, iż konkretyzacja przez podmiot zamawiający warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest ograniczona, gdyż w tym zakresie reglamentacja działalności gospodarczej jest regulowana przepisami, i to przepisami rangi ustawowej, co wynika wprost z art. 22 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, który stanowi, iż ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

W wyroku z dnia 17 czerwca 2011 r. (sygn. akt KIO 1177/11) Izba wskazała, iż: *„Poza uprawnieniami do prowadzenia określonej działalności, wskazanymi w art. 22 ust. 1 pkt 1 p.z.p., warunki, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2-4 p.z.p. stawia we wskazanym tam zakresie zamawiający, a sfera jego dyspozycyjności w tym zakresie jest ograniczana przez mające charakter klauzul generalnych przepisy dotyczące zasad udzielania zamówień publicznych (art. 7 p.z.p.) oraz postulowany w art. 22 ust. 4 p.z.p. związek warunków z przedmiotem zamówienia”*. Następnie w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 października 2011 r. (sygn. akt KIO 2041/11) zostało wskazane, że: *„Zamawiający wprowadzie nie wymagał złożenia żadnego z poniższych dokumentów wraz z ofertą, to jednak, jeśli odrębne przepisy wymagają do wykonania określonej działalności lub czynności stosownej koncesji, zezwolenia lub licencji, to wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia obowiązany jest je posiadać”*.

Nawet gdyby przyjąć za Przystępującym, których to też Izba w niniejszym składzie nie podziela, iż w kontekście treści art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp Zamawiający winien dokonać

konkretyzacji tego warunku i wskazania w sposób szczegółowy dokumenty, których żąda - to nie musiał tego czynić w przypadku, gdy potwierdzenie spełnienia tego warunku sprowadził do obowiązku złożenia oświadczenia w tym przedmiocie.

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.

Na powyższe, zwrócił również uwagę w swoich orzeczeniach Sąd Najwyższy, i tak w wyroku z dnia 17 sierpnia 1993 r., sygn. akt III CRN 77/93 wskazano, iż *„należyta staranność dłużnika, określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej przez niego działalności gospodarczej (art. 355 § 2 k.c.), obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej. Podjęcie i prowadzenie zawodowej działalności gospodarczej uzasadnia przyjęcie, że podmiot prowadzący taką działalność obowiązany jest do spełnienia wszystkich warunków przewidzianych w obowiązujących przepisach (art. 355 § 2 k.c.) do wykonywania tej działalności.”*

Izba wskazuje ponadto, iż przepisy ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r. Nr 220, poz. 1447 z późn. zm.), wbrew twierdzeniom Przystępującego, wskazują w art. 75a ust. 1, iż: *„Koncesja, zezwolenie, zgoda, licencja albo wpis do rejestru działalności regulowanej uprawniają do wykonywania działalności gospodarczej na terenie całego kraju i przez czas nieokreślony”* – a więc tworzą po stronie przedsiębiorcy prawo podmiotowe o charakterze reglamentacyjnym. Bez uzyskania wpisu do działalności regulowanej przedsiębiorca nie może wykonywać legalnie działalności gospodarczej.

Uszczegółowienie tego wymogu zawiera ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w art. 9c ust. 1, który stanowi, że: *„Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”*. Treść tego przepisu nie nasuwa żadnych wątpliwości, iż mamy do czynienia z reglamentacją pewnego rodzaju działalności, której wykonywanie jest uzależnione od dokonania wpisu do rejestru, który przez to nie posiada li tylko charakteru deklaratywnego (informacyjnego). Aby podmiot mógł prowadzić ww. działalność legalnie winien uzyskać stosowny wpis. Wykonywanie działalności regulowanej bez wymaganego wpisu podlega sankcjom karnym przewidzianym przez ustawę o swobodzie działalności gospodarczej i przepisy odrębne. Jak wynika z komentarza do art. 9c ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Wojciech Radecki. Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz. IV wydanie. 2012 LEX) *„adresatem normy zamieszczonej w art. 9c ust. 1 jest przedsiębiorca odbierający odpady od właścicieli nieruchomości i jeżeli chce swą działalność wykonywać legalnie jest zobowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”*.

Izba nie podzieliła zatem prezentowanego przez Przystępującego poglądu, popartego wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 7 listopada 2012 r. (sygn. akt III SAB/GI 19/12) oraz tezami doktryny, iż wpis do rejestru działalności regulowanej ma jedynie charakter deklaratoryjny (informacyjny) i nie konstytuuje po stronie podmiotu (przedsiębiorcy), który go uzyskał żadnego prawa materialnego. Otóż powyższej tezie stoją na przeszkodzie przepisy powszechnie obowiązującego prawa znajdujące się w aktach rangi ustawowej. Zgodnie z treścią, cytowanego wyżej przepisu art. 9c ust. 1, istnieje obowiązek uzyskania wpisu do rejestru w gminie, której przedsiębiorca zamierza odbierać odpady, a zatem w gminie, w której zamierza wykonywać działalność obejmującą odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W powyższym przepisie należy zwrócić uwagę na zwrot *„zamierza odbierać”*, który świadczy o tym, iż wpis taki

podmiot winien uzyskać przed rozpoczęciem wykonywania działalności – a zatem tylko posiadając stosowny wpis może podjąć jej wykonywanie.

W doktrynie wskazuje się, iż działalność regulowana jest jedną z reglamentacji działalności gospodarczej, w ramach której brak jest obowiązku uzyskania pozytywnej decyzji organu oraz w ramach której doszło do zminimalizowania i uproszczenia kwestii formalnych. Jednakże wpis posiada znaczenie prawne, gdyż przeciwnie stanowisko powodowałoby, iż należałoby uznać go za bezprzedmiotowy. W komentarzu do art. 67 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej (Małgorzata Sieradzka. Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz. LEX/el. 2012) wskazano, iż: *„Należy w tym miejscu wyraźnie odróżnić prawo do podjęcia działalności regulowanej od uprawnienia do jej wykonywania. Prawo do podjęcia działalności gospodarczej regulowanej powstaje – jak to już wyżej wskazano – po uzyskaniu wpisu lub mimo jego braku – po upływie ustawowego terminu na jego dokonanie. Natomiast uprawnienie do wykonywania działalności gospodarczej regulowanej – co należy podkreślić z całą stanowczością – oznacza spełnienie szczególnych warunków (określonych w odrębnych przepisach) wykonywania działalności gospodarczej regulowanej. Tym samym należy uznać, że legalne prowadzenie działalności gospodarczej regulowanej oznacza, że przedsiębiorca spełnił warunki materialne i formalne niezbędne do podjęcia i wykonywania działalności gospodarczej regulowanej (tak M. Szydło, Swoboda..., s. 288 i n.)”*

Nie zasługują również na uznanie argumenty Przystępującego, iż należy odróżnić moment rozpoczęcia prowadzenia działalności od etapu składania ofert. Przyjęcie, iż przepis art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp nie jest przepisem blankietowym oraz przyjęcie, iż przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakładają na przedsiębiorcę obowiązek uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej (art. 9c ust. 1) i jednocześnie zawierają one przepisy o charakterze *lex specialis* w zakresie obowiązków jakie w treści SIWZ może nałożyć zamawiający na wykonawców (art. 6d ust. 4 pkt 5 w związku z art. 6g) to mając na uwadze treść przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp oraz postanowienia ogłoszenia o zamówieniu (sekcja III2.1.2a) był on zobligowany do złożenia oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu opartych na przepisie art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba nie podziela również poglądu Przystępującego i Zamawiającego, iż żądanie na etapie postępowania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości mogłoby stanowić naruszenia art. 7 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Po pierwsze § 1 ust. 1 pkt 1 obecnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać

zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) stanowi, iż w celu oceny spełniania przez wykonawcę warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający może żądać dokumentów potwierdzających posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania, w szczególności koncesji, zezwolenia lub licencji. Treść powyższego przepisu nie nasuwa wątpliwości, iż wskazany tam katalog jest katalogiem otwartym, co powoduje, iż w powiązaniu z treścią art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp wykonawca ma obowiązek, w sposób wskazany przez podmiot zamawiający, wykazać posiadanie uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności - jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Po drugie należy wskazać, iż ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze *lex specialis* w odniesieniu do ustawy Prawo zamówień publicznych – nie tylko co do głównego przedmiotu jej regulacji, ale również w zakresie prowadzenia postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Powyższa teza ma swoje oparcie w art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który stanowi, że: „Do przetargów, o których mowa w art. 6d ust. 1, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie stosuje się ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych”. Jak wynika z treści przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w szczególności: szczegółowe wymagania stawiane przedsiębiorcom odbierającym odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”. Powyższe uprawnienie umożliwia podmiotom zamawiającym, o których mowa w art. 6d ust. 1 ww. ustawy, nałożenie w treści SIWZ szczegółowych wymagań wykonawcom ubiegającym się o udzielnie zamówienia – nawet takich, które nie znajdują swojego oparcia w przepisach ustawy Pzp, a służą realizacji obowiązków gmin i osiągnięciu celów określonych w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zatem, biorąc pod uwagę powyższe założenia, ocena czynności podmiotu zamawiającego, wskazanego w treści przepisu 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przy udzielaniu zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podlega w pierwszej kolejności ocenie w oparciu o przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a gdy ta nie zawiera odmiennych uregulowań, dopiero ocenie w oparciu o przepisy ustawy Pzp i wydanych na jej podstawie rozporządzeń wykonawczych.

Tym samym, jeżeli powyższy akt prawny zawiera uregulowania o charakterze *lex specialis* wobec przepisów ustawy Pzp, i uprawnia podmiot zamawiający do określenia w treści SIWZ, na mocy art. 6d ust. 4 pkt 5, szczegółowych wymagań wobec podmiotów odbierających odpady komunalne i jednocześnie ten sam akt prawny w przepisie art. 9c ust.

1 stanowi, że: „Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości” to takie żądanie należy uznać za w pełni uprawnione i znajdujące oparcie w przepisach prawa - nawet jeżeli, jak twierdzi Przystępujący, nie znajduje ono oparcia w rozporządzeniu wykonawczym wydanym na podstawie delegacji ustawowej zawartej w art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Mając na uwadze powyższe regulacje, w szczególności art. 6d ust. 4 pkt 5 w związku z art. 6g ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, wskazane przez Przystępującego przepisy wyżej przywołanego rozporządzenia nie mają w niniejszym stanie faktycznym zastosowania.

W ramach przedmiotowego postępowania Zamawiający, na potwierdzenie spełnienia warunku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, wymagał złożenia oświadczenia, które Przystępujący złożył w ofercie pomimo faktu, iż nie uczynił zadość obowiązkowi dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Nowy Sącz – którą to okoliczność Izba uznała za bezsporną.

Izba w całej rozciągłości podziela tezę zawartą w przywołanym przez Odwołującego wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 marca 2008 r. (sygn. akt KIO/UZP 163/08), gdzie zostało wskazane, iż: *„Brak żądania dokumentów przez zamawiającego nie zmienia faktu, że zgodnie z art. 22 ust. 1 ustawy - Pzp, wykonawcy muszą posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania takich uprawnień, a złożenie fałszywego oświadczenia w tym zakresie jest podstawą wykluczenia wykonawcy z postępowania”*.

Ustalenie przez Izbę, co nie stanowiło kwestii spornej pomiędzy stronami i zostało na etapie rozprawy potwierdzone przez Zamawiającego, iż Przystępujący na dzień składania ofert, tj. na dzień 10 maja 2013 r. nie uzyskał wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Nowy Sącz powoduje, iż złożone przez niego w ofercie oświadczenie o spełnieniu warunków, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, jest niezgodne z rzeczywistością, co wpisuje się wprost w hipotezę normy prawnej uregulowanej w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Powyższego nie zmienia również złożone na etapie rozprawy oświadczenie Przystępującego, iż przedmiotowy wpis uzyskał - nie przedstawiając na tą okoliczność żadnych dowodów. Gdyby nawet doszło do uzyskania wpisu do rejestru powyższa okoliczność pozostawałaby bez wpływu na rozstrzygnięcie przedmiotowego odwołania ze względu na postawienie zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz okoliczność, iż wykonawcy winni wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu nie później niż na dzień składania ofert – stosownie do treści przepisu art. 26 ust. 2a ustawy Pzp. Ponadto w drodze środków ochrony prawnej ocenie podlegają czynności podmiotu zamawiającego –

a nie okoliczność, czy wykonawca jest zdolny do podpisania umowy i czy w toku postępowania uczynił starania zmierzające do uzyskania uprawnień umożliwiających mu prowadzenie działalności gospodarczej.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

II. Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, gdyż Przystępujący złożył na potwierdzenie spełnienia warunków wymagane przez Zamawiającego dokumenty, które zawierały jednak nieprawdziwe informacje, co wpisuje się w hipotezę normy prawnej uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp prowadzi do wniosku, iż wykonawca winien formalnie wykazać spełnienie warunków, co Przystępujący uczynił przedkładając wymagane przez Zamawiającego dokumenty o treści i formie wskazanej w ogłoszeniu o zamówieniu i treści SIWZ. Istotą wskazanych wyżej przesłanek wykluczenia jest to, iż w odniesieniu do tego samego warunku nie mogą one, co do zasady, pozostawać w zbiegu. Jeżeli bowiem wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu nie można uznać, iż złożone informacje mają wpływ lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania – przez który, ze względu na cel istnienia przesłanki uregulowanej w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, należy uznać możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. Ustawodawca bowiem umożliwił wykluczenie wykonawcy, który celem uzyskania zamówienia posługuje się dokumentami lub oświadczeniami potwierdzającymi nieprawdę, i z których to dokumentów wynika, iż spełnia on wymagania zamawiającego.

III. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy Pzp na skutek zaniechania wezwania Przystępującego do uzupełnienia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca nie zalega z opłacaniem składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne Izba uznała, iż zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze powyższe jest konsekwencją uwzględnienia przez Izbę wskazanych w odwołaniu zarzutów naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Zgodnie z treścią przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający nie ma obowiązku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów, jeżeli mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu, co ma miejsce w niniejszym wypadku, na skutek uwzględnienia zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Po drugie, w ocenie Izby w odniesieniu do dokumentu odnoszącego się do składek na ubezpieczenie zdrowotne i społeczne pomiędzy krajowym a zagranicznym prawem

zachodzą rozbieżności co do temporalnego funkcjonowania tego typu dokumentów. Odwołujący wskazał, iż dokument ten, wystawiony co prawda w dniu 04.03.2013 r. – a więc nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (10.05.2013 r.) posiada 30 dniowy termin ważności – a zatem utracił swoją aktualność.

Jednakże, w ocenie Izby, do oceny ważności tego dokumentu winny mieć zastosowanie przepisy krajowe, w szczególności § 3 ust. 1 pkt 4 oraz § 4 ust. 2 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane* (Dz. U. z 2013 r., poz. 231). Powyższe jest konsekwencją faktu, iż nawet krajowe dokumenty wystawiane przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych oraz urzędy skarbowe nie mają określonego terminu ważności i poświadczają brak zaległości jedynie na dzień ich wystawienia. Zatem w przypadku zmiany sytuacji wykonawcy po wystawieniu dokumentu, związanej z zaległościami publicznoprawnymi, nawet krajowy dokument może nie odpowiadać stanowi faktycznemu – a więc utracić swoją aktualność. Mając na uwadze zasadę równego traktowania wykonawców, wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, podmiot zamawiający winien w jednakowy sposób oceniać dokumenty podmiotów krajowych i zagranicznych – a zatem umożliwić tym podmiotom na równych prawach wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Izba w niniejszym składzie nie podzieliła zatem argumentacji zawartej przez Odwołującego w treści odwołania, że ocena dokumentu zagranicznego winna uwzględniać przede wszystkim uregulowania prawne obowiązujące w kraju, w którym ten dokument wystawiono. Otóż nawet uznanie, iż złożony przez Przystępującego dokument, według prawa obcego, jest ważny przez 30 dni od daty jego wystawienia (tj. 04.03.2013 r.) nie ma znaczenia, gdyż data jego wystawienia wpisuje się w 3 miesięczny okres określony w przepisach krajowych. Przepisy te bowiem nie regulują kwestii związanej z formalną ważnością zaświadczenia, lecz ocenę tego dokumentu wiążą z datą jego wystawienia.

Jednocześnie Izba wskazuje, iż wskazana na etapie rozprawy przez pełnomocnika Przystępującego procedura pozyskiwania w Republice Włoskiej dokumentów w postaci zaświadczeń o niezaleganiu z opłacaniem składek na ubezpieczenie społeczne znajduje potwierdzenie w złożonej wraz z tłumaczeniem przez Zamawiającego wraz z odpowiedzią na odwołanie informacji ze strony internetowej Komisji Europejskiej. W dokumencie tym zostało wskazane w zakresie możliwości składania dokumentów DURC, iż: „(...) *własne oświadczenie musi być złożone (zgodnie z Rozporządzeniem Przewodniczącego z 28 grudnia 2000, Nr 445), wraz z ofertą, natomiast oryginał musi być wymagany przez organ zamawiający, jeśli oferta zostanie tymczasowo wybrana jako najkorzystniejsza*”. (...) „Okres ważności: *ważność dokumentu jest ograniczona do: na okres 3 miesięcy (Circolare Ministero del Lavoro n. 35 del 2010)*”. Oznacza to, iż szczegółowa procedura uzyskania dokumentu

DURC może powodować trudności z pozyskaniem przez podmiot komercyjny innego dokumentu, niż dołączony do oferty Przystępującego. Odwołujący zaś, na powyższą okoliczność nie przedstawił żadnych dowodów, opierając swoje twierdzenia na domniemaniach, iż istnieje możliwość uzyskania dokumentu z dłuższym terminem ważności niż 30 dni.

Jednakże oddalenie powyższego zarzutu przez Izbę miało swoje podstawy w uznaniu, iż w niniejszym stanie faktycznym, ze względu na konieczność odrzucenia oferty Przystępującego, nie będzie miała zastosowania instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz uznania, iż dokument złożony wraz z ofertą Przystępującego został wystawiony nie wcześniej niż 3 miesiące przed terminem składania ofert.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego stwierdzenie przez Izbę naruszenia przez Zamawiającego wskazanych powyżej przepisów ustawy Pzp, powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust 2 pkt 1.

Przewodniczący:

.....