

Sygn. akt: KIO 462/19

**WYROK**  
**z dnia 4 kwietnia 2019 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Poprawa**

**Protokolant: Marta Słoma**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 kwietnia 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 18 marca 2019 roku przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Miasto Boguszów - Gorce z siedzibą w Boguszowie-Gorcach**

przy udziale wykonawcy **B.S. Roben Zakład Usług Ogólnych, B.S., Świeradów Zdrój**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygnaturze akt KIO 462/19 po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce** 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 **Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce.**
3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j.), na niniejszy wyrok, w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia, przysługuje skarga, za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, do Sądu Okręgowego w Świdnicy.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 462/19

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Miasto Boguszów - Gorce, Pl. Odrodzenia 1, 58-370 Boguszów Gorce prowadzi postępowanie na „Letnie utrzymanie dróg, chodników, przejść, placów i parkingów oraz utrzymanie terenów zielonych na terenie gminy Boguszów-Gorce”, zwane dalej „postępowaniem”. Numer referencyjny postępowania nadany przez Zamawiającego: WIM.271.2.2019.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 26 lutego 2019 roku nr 518123-N-2019. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego, o wartości zamówienia poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 ze zm.) zwanej dalej „ustawą” lub „PZP”. Postępowanie prowadzone jest z zastosowaniem tzw. „procedury odwróconej”, zgodnie z art. 24 aa PZP

W dniu 18 marca 2019 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Lubawce (zwanego dalej Odwołującym) odwołanie od czynności Zamawiającego w postępowaniu polegających na wyborze najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania wyboru jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego, a także zaniechaniu wykluczenia Wykonawcy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

1. art. 7 ust. 1 poprzez udzielenie zamówienia Roben Zakład Usług Ogólnych, który nie spełnia warunków uczestnictwa w przetargu, tym samym naruszając zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców
2. art. 7 ust. 3 poprzez udzielenie zamówienia Roben Zakład Usług Ogólnych, który został wybrany niezgodnie z przepisami ustawy PZP, gdyż ze względu na brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powinien zostać wykluczony
3. art. 22 ust. 1 pkt 2 poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Roben Zakład Usług Ogólnych nie podlega wykluczeniu, podczas gdy nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz dysponowania zezwoleniem na zbieranie odpadów
4. art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3 poprzez błędne uznanie przez Zamawiającego, że Roben Zakład Usług Ogólnych udowodnił warunek udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, podczas gdy na wezwanie Zamawiającego przedstawił polisę ubezpieczeniową od odpowiedzialności cywilnej, obowiązującą dopiero od dnia 16 marca 2019 r.,

a więc nie obowiązującą w dniu złożenia oświadczenia przez powyższy podmiot, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

5. art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4 poprzez niezgodne z przepisami ustawy PZP oraz wytycznymi specyfikacji istotnych warunków zamówienia działanie Zamawiającego polegające na błędnym uznaniu, że Roben Zakład Usług Ogólnych spełnia warunki udziału w postępowaniu, w szczególności w zakresie ustalenia sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz pozyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, a w konsekwencji nie podlega on wykluczeniu, a jego oferty nie uznaje się za odrzuconą
6. art. 25a ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1 poprzez złożenie przez Roben Zakład Usług Ogólnych oświadczenia w zakresie spełniania warunków co do sytuacji finansowej i ekonomicznej, które nie zostało potwierdzone treścią przedstawionego dokumentu - polisy ubezpieczeniowej
7. art. 91 ust. 1 poprzez dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, która w świetle przepisów ustawy PZP powinna zostać uznana za odrzuconą w związku z wykluczeniem Roben Zakładu Usług Ogólnych, pozbawiając tym samym prawa do uznania oferty Odwołującego za ofertę najkorzystniejszą
8. art. 89 ust. 1 pkt 4 poprzez brak odrzucenia przez Zamawiającego oferty Roben Zakładu Usług Ogólnych, pomimo rażąco niskiej ceny.

Wskazując na powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Roben Zakładu Usług Ogólnych jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu, a tym samym uznaniu, że jego oferta została odrzucona ewentualnie unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenie oferty Roben Zakładu Usług Ogólnych z rażąco niską ceną
2. powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy PZP
3. obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów znajdujących się u Zamawiającego, w aktach postępowania o numerze 518123-N-2019 na okoliczność przebiegu postępowania, warunków udziału w postępowaniu, oceny kryteriów. Wniósł również o zwrócenie się do Zamawiającego o dokumenty znajdujące się u Zamawiającego, w aktach postępowania o numerze 514016-N-2019 - oferty złożonej przez Roben Zakład Usług Ogólnych.

Wskazał, że termin do wniesienia odwołania, wynikający z treści art. 182 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP został zachowany, bowiem odwołanie wniesiono w terminie 5 dni, liczonych od dnia 13 marca 2019 r., kiedy to Odwołujący został poinformowany o wynikach przedmiotowego postępowania przetargowego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Jednocześnie kopia odwołania została zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 5 ustawy PZP przesłana Zamawiającemu, na dowód czego przedłożone zostało stosowne potwierdzenie, stanowiące załącznik do niniejszego odwołania.

Odwołujący wykazał, iż posiada interes we wniesieniu odwołania wskazując, że artykuł 179 ust. 1 ustawy PZP stanowi, że środki ochrony prawnej określone w przedmiotowej ustawie przysługują m.in. wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów wspomianej ustawy. Analizując orzecznictwo w powyższym zakresie należy wskazać, że „dopóki Odwołujący jest uczestnikiem postępowania i nie został skutecznie wykluczony z postępowania a jego oferta odrzucona, a dodatkowo złożył ofertę sklasyfikowaną w rankingu ofert na 2, pozycji i kwestionuje ofertę najkorzystniejszą, dopóty zachowuje interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę wskutek wadliwych czynności, podjętych przez Zamawiającego” (wyrok Krajowej izby Odwoławczej z dnia 2 kwietnia 2013 r., sygn. KIO 669/13). Odwołujący - jako wykonawca, którego oferta w przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania może zostać wybrana jako najkorzystniejsza - spełnia określone w art. 179 ust. 1 ustawy PZP przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy PZP może spowodować poniesienie przez niego szkody, polegającej na nieuzyskaniu zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 października 2017 r., sygn. KIO 2006/17). W świetle art. 179 ust. 1 ustawy PZP podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego, co oznacza iż wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy PZP. Przyjąć trzeba, iż szkoda (możliwość jej poniesienia bądź jej poniesienie) dotyczy sytuacji, gdy wskutek naruszenia przepisów ustawy PZP, odwołujący utracił możliwość wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej - orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. KIO 2431/16 oraz KIO 2436/16. Ponadto Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 lutego 2017 r., sygn. KIO 167/17 uznała, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy PZP, jeżeli zakres zarzutów, w sytuacji ich potwierdzenia się, wskazuje na pozbawienie odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i jego realizacji, narażając go tym samym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody. W przypadku zamówień publicznych za szkodę uznaje się zasadniczo pozbawienie korzyści wynikających z uzyskania

zamówienia (orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 czerwca 2017 r., sygn. KIO 1200/17). Dodatkowo wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy PZP. Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchybienia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 września 2010 r., sygn. KIO/UZP 1881/10; wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. KIO 2396/12; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 19 czerwca 2008 r., sygn. akt V CSK 18/08). Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, należy wskazać, że powoływane w odwołaniu uchybienia Zamawiającego, szczegółowo opisane w dalszej części, spowodowały, że Wykonawca – Roben Zakład Usług Ogólnych, który nie spełniał warunków udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie posiadania ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, jak i zezwolenia na zbieranie odpadów, nie został wykluczony z postępowania. W dalszej konsekwencji, oferta Wykonawcy, który podlegał wykluczeniu została oceniona jako najkorzystniejsza, natomiast oferta Odwołującego, w świetle ustalonych kryteriów oceny ofert została sklasyfikowana na miejscu drugim rankingu ofert. W związku z tym, uznanie zarzutów odwołania wpłynęłoby na możliwość uzyskania przez Odwołującego przedmiotowego zamówienia, a nawet można pokusić się o stwierdzenie, graniczące z pewnością, że takie zamówienie uzyskałby. Tym samym, Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia, a jego szkoda polega na utraconych korzyściach, jakie uzyskałby realizując powyższe zamówienie.

#### DOWÓD:

1. z dokumentu: pisma Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 10 maja 2018 r. znajdujące się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego
2. z dokumentu: polisy ubezpieczeniowej od odpowiedzialności cywilnej nr 642500144123 z dnia 11 marca 2019 r. znajdującej się w aktach postępowania przetargowego u
3. Zamawiającego z dokumentu: zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 marca 2019 r. znajdującego się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego

Dodatkowo należy wskazać, że interes wykonawcy w uzyskaniu kontraktu nie należy odnosić tylko do „danego postępowania” ale do „danego zamówienia”. Pojęcie „danego zamówienia” jest więc pojęciem szerszym od pojęcia samego postępowania o udzielenie zamówienia (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 października 2018 r., sygn. akt KIO 1888/18).

Oferta Odwołującego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nr 514016-N-2019, które zostało unieważnione przez Zamawiającego była ofertą najkorzystniejszą.

DOWÓD:

4. z dokumentu: ogłoszenia o zamówieniu nr 514016-N-2019 z dnia 2019-02-14 r.
5. z dokumentu: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do postępowania nr 514016-N-2019 (numer nadany sprawie przez Zamawiającego: WIM.271.1.2019)
6. z dokumentu: informacji z otwarcia ofert z dnia 22 lutego 2019 r.
7. z dokumentu: sprostowania informacji z otwarcia ofert z dnia 22 lutego 2019 r.
8. z dokumentu: zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 25 lutego 2019 r.

Zamawiający prowadził, w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone pn.: „Letnie utrzymanie dróg, chodników, przejść, placów i parkingów oraz utrzymanie terenów zielonych na terenie gminy Boguszów-Gorce”, które zostało wszczęte ogłoszeniem w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 518123-N-2019, data zamieszczenia 26 lutego 2019 r., przez Gminę Miasto Boguszów - Gorce. W dniu 13 marca 2019 r., przy użyciu środków komunikacji elektronicznej Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty złożonej przez B.S., prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Roben Zakład Usług Ogólnych, ul. Dolna 2, 59-850 Świeradów Zdrój. Przedmiotowa oferta została oceniona najkorzystniej, po uprzednim wezwaniu Roben Zakładu Usług Ogólnych do przedłożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów wskazanych w SIWZ, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy PZP. Punkt 7 SIWZ określa Warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z pkt. 7.1 Zamawiający wymaga od Wykonawcy uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej, a w szczególności zezwolenia na zbieranie odpadów wydanego zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz. U. z 2018 roku, poz. 992 ze zm.). Natomiast w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, Zamawiający określił, że uzna ten warunek za spełniony, jeżeli Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej na sumę gwarancyjną, w wysokości minimum 200 000 zł (pkt 7.2 SIWZ). Wykazując spełnienie przedmiotowych warunków udziału w postępowaniu Roben Zakład Usług Ogólnych przedstawił odpowiednio zawiadomienie Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 10 maja 2018 r., znak: DOW-S-VII 1.7034.7.226.2018.AL o nadaniu numeru rejestrowego: 000015616 oraz polisę ubezpieczeniową UNIQA Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. od odpowiedzialności cywilnej nr 642500144123 z dnia 11 marca 2019 r., z terminem jej obowiązywania od dnia 16 marca 2019 r. do dnia 15 listopada 2019 r.

DOWÓD:

9. z dokumentu: ogłoszenia o zamówieniu nr 518123-N-2019 z dnia 2019-02-26 r., znajdującego się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego
10. z dokumentu: Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia do postępowania nr 518123-N-2019 (numer nadany sprawie przez Zamawiającego: WIM.271.2.2019), znajdującej się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego
11. z dokumentu: zawiadomienia Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 10 maja 2018 r., znak: DOW-S-VII 1.7034.7.226.2018.AL, znajdującego się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego
12. z dokumentu: polisy ubezpieczeniowej UNIQA Towarzystwa Ubezpieczeń S.A. od odpowiedzialności cywilnej nr 642500144123 z dnia 11 marca 2019 r., znajdującej się w aktach postępowania przetargowego u Zamawiającego

Zamawiający w SIWZ może określić warunki udziału w postępowaniu, m.in. mogą to być warunki dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 22 ust. 1b pkt 2 ustawy PZP). Zamawiający wprowadzając przedmiotowe warunki może wymagać od potencjalnego wykonawcy posiadania odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej (art. 22c ust. 1 pkt 3 ustawy PZP). W takiej sytuacji wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia na dzień składania ofert, a taki stan ma się utrzymać do dnia zawarcia umowy (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 marca 2017 r., sygn. KIO 366/17). W dniu składania ofert wykonawca składa oświadczenie, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu, w tym konkretnym przypadku w zakresie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (art. 25a ust. 1 pkt 1 ustawy PZP). Informacje zawarte w takim oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Natomiast Zamawiający przed udzieleniem zamówienia może żądać potwierdzenia okoliczności czyli przedstawienia odpowiednich środków dowodowych, w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu m.in. w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (art. 26 ust.2, art. 25 ust. 1 ustawy PZP). W okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający dla wykazania sytuacji ekonomicznej, finansowej wymagał ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej (pkt 7.2 SIWZ), ale obowiązującego już od dnia złożenia oferty, stosowne oświadczenie potencjalnego wykonawcy, składane w trybie art. 25 ust. 1 ustawy PZP stanowi bowiem o spełnianiu warunków, a nie ich możliwym hipotetycznym spełnieniu w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przykładowo na dzień wezwania do złożenia dokumentów potwierdzających wymagane warunki (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 20 kwietnia 2017 r., sygn. KIO 707/17). Z przedstawionej przez Roben Zakład Usług Ogólnych polisy wynika wprost, że Wykonawca nie spełniał warunku w zakresie posiadania ubezpieczenia na dzień złożenia oferty, a zaczął go spełniać dopiero z dniem 16 marca 2019 r., a więc dopiero

po wyborze najkorzystniejszej oferty. W związku z tym, mając na uwadze dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP Roben Zakład Usług Ogólnych, nie wykazując spełnienia warunku udziału w postępowaniu powinien zostać wykluczony przez Zamawiającego. Przedmiotowy przepis dotyczy więc okoliczności, o których mowa w art. 22 oraz w art. 24 ustawy PZP (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 listopada 2018 r., sygn. KIO 2407/18).

Kolejnym warunkiem udziału w przedmiotowym postępowaniu, określonym przez Zamawiającego w SIWZ jest posiadanie kompetencji do prowadzenia określonej działalności gospodarczej (pkt 7.1 SIWZ), która winna być wykazana aktualnym zezwoleniem na zbieranie odpadów, wydanym zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (pkt 7.1 ppkt 1) lit. a) SIWZ). Przedmiotowa ustawa w Dziale IV Rozdział 1 reguluje procedurę uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzania odpadów. Organem właściwym do wydania przedmiotowych zezwoleń, w drodze decyzji administracyjnej jest odpowiednio marszałek województwa lub starosta (art. 41 ust. 1 - 3 ustawy o odpadach). Powoływana ustawa w Dziale VI przewiduje powstanie Bazy danych o produktach i opakowaniach oraz o gospodarce odpadami, tzw. "BDO". Zgodnie z art. 79 ust. 2 pkt 8 i 9, przedmiotowy rejestr zawiera dane o wszelkich pozwoleń wydanych w oparciu o ustawę o odpadach. Decyzje, podlegające wpisowi do BDO przekazywane są w terminie 30 dni, od dnia kiedy stały się ostateczne (art. 80 ust. 4 ustawy o odpadach). Aby wykazać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu, Roben Zakład Usług Ogólnych, przedstawił zawiadomienie Marszałka Województwa Dolnośląskiego z dnia 10 maja 2018 r., znak: DOW-S-VII1.7034.7.226.2018.AL o nadaniu numeru rejestrowego: 000015616. Wyszukiwanie po wskazanym numerze rejestrowym, w bazie BDO pozwala nam uzyskać informację, iż podmiot dysponuje jedynie pozwoleniem na transport odpadami, w zapisach tego rejestru nie ma żadnych informacji o uzyskaniu zezwolenia na zbieranie odpadów. W przeciwieństwie do zapisów, w tymże rejestrze Odwołującego się - ujęte są w nim zezwolenia na zbieranie odpadów. W związku z tym, można by pokusić się o stwierdzenie, iż Roben Zakład Usług Ogólnych nie dysponuje wymaganym zezwoleniem, a przynajmniej przedstawione w toku postępowania o udzielenie zamówienia środki dowodowe, w żaden sposób nie potwierdzają tej okoliczności.

Na marginesie należy jeszcze dodać, że posiadanie przedmiotowego zezwolenia nie można domniemywać z samego faktu posiadania przez Roben Zakład Usług Ogólnych i dołączonego do przedmiotowego postępowania, zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W wyroku z dnia 25 lipca 2007 r. Sąd Okręgowy w Gdańsku, sygn. akt XII Ga 261/07 wyraźnie wskazał, iż czynność „zbierania odpadów” w rozumieniu ustawy o odpadach należy traktować jako czynność o znacznym stopniu złożoności, związaną z segregowaniem



czy magazynowaniem odpadów i zdecydowanie nie można jej utożsamiać z „odbiorem odpadów”.

Z daleko posuniętej ostrożności należy wskazać, iż cena określona w ofercie Roben Zakładu Usług Ogólnych winna ulec ocenie, w zakresie rażąco niskiej, a w przypadku zajścia przesłanek ustawowych ulec odrzuceniu (art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy PZP). W toku unieważnionego postępowania o udzielenie zamówienia nr 514016-N-2019 Roben Zakład Usług Ogólnych zaproponował cenę za wykonanie usług utrzymania letniej zieleni na poziomie 1.150.000 zł, która znacznie przewyższała cenę zaproponowaną przez Odwołującego się. Zamawiający unieważnił powyższe postępowanie przetargowe. W kolejnym ogłoszonym postępowaniu, będącym przedmiotem niniejszego odwołania, wprowadzie zakres przedmiotowy zamówienia został nieco zmieszony, o kilka ulic o zasięgu powiatowym, na utrzymanie których Zamawiający w poprzednim postępowaniu przewidywał kwotę około 20.000 zł, to nowa propozycja cenowa Roben Zakładu Usług Ogólnych również uległa modyfikacji niemalże o połowę.

DOWÓD:

13. z dokumentu: SIWZ nr 514016-N-2019
14. z dokumentu: SIWZ nr 518123-N-2019
15. z dokumentu: informacji z otwarcia ofert z dnia 22 lutego 2019 r.
16. z dokumentu: zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 13 marca 2019 r. na okoliczność składanych ofert w zakresie wysokości ceny

Mając na uwadze powyższy stan faktyczny, jednoznacznie należy wskazać, że Roben Zakład Usług Ogólnych nie spełnił warunków udziału w postępowaniu, zarówno w zakresie dysponowania zezwoleniem na zbieranie odpadów, jak i w zakresie posiadania ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej, tym samym doszło do naruszenia przepisów ustawy PZP tj. art. 7 ust. 1; art. 7 ust. 3; art. 22 ust. 1 pkt 2; art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 24 ust. 4, a w przypadku oceniania sytuacji finansowej także art. 22 ust. 1b pkt 2 w zw. z art. 22c ust. 1 pkt 3; art. 25a ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 26 ust. 2 oraz art. 25 ust. 1, które miało istotny wpływ na rozstrzygnięcie. Brak spełnienia przez Roben Zakład Usług Ogólnych warunków udziału w postępowaniu, obligowało Zamawiającego do wykluczenia tego podmiotu z postępowania, na mocy art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP, a tym samym uznania jego oferty za odrzuconą (art. 24 ust. 4), a w dalszej konsekwencji wyboru, zgodnie z art. 91 oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, gdyż oferta ta również podlegała ocenie i zajęła drugą pozycję w rankingu ofert. Błędna ocena spełnienia warunków udziału w postępowaniu, doprowadziła do sytuacji, iż wybór wykonawcy z najkorzystniejszą ofertą, był niezgodny z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3), a tym samym naruszał zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art. 7 ust.1). W tym stanie rzeczy żądanie uwzględnienia odwołania, unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia Wykonawcy jako niespełniającego warunków udziału w

postępowaniu, a tym samym uznaniu, że jego oferta została odrzucona, ewentualnie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i odrzucenia oferty z rażąco niską ceną, powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej poprzez wybór oferty Odwołującego w oparciu o art. 91 ust. 1 ustawy PZP jest w pełni zasadne i konieczne celem wyeliminowania z obrotu działań niezgodnych z przepisami ustawy PZP.

Dnia 25 marca 2019 roku do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca Roben Zakład Usług Ogólnych, B.S., ul. Dolna 2, 59-850 Świeradów Zdrój (zwany dalej Przystępującym) wnosząc o oddalenie odwołania.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie na rozprawie, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 t.j. dalej: „PZP” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 18 marca 2019 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 13 marca 2019 roku, zatem z zachowaniem terminu do wniesienia odwołania. Kopia odwołania została przekazana w ustawowym terminie Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy – środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów niniejszej ustawy - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba stwierdziła także skuteczność wniesionego przez wykonawcę Roben Zakład Usług Ogólnych, B.S., ul. Dolna 2, 59-850 Świeradów Zdrój przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Zgłoszenie przystąpienia nastąpiło z zachowaniem terminu określonego w art. 185 ust. 2 PZP. Kopia przystąpienia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożoną do akt sprawy, dowody złożone na rozprawie, a także stanowiska i oświadczenia Odwołującego złożone ustnie na posiedzeniu i rozprawie, do protokołu.

**Izba ustaliła co następuje:**

W treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SIWZ), w pkt 7 Zamawiający ustanowił warunki udziału w postępowaniu.

W zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Zamawiający wymagał od Wykonawcy m.in. posiadania (pkt 7.1.ppkt 1):

- a) aktualnego zezwolenia na zbieranie odpadów, wydanego zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2018 r. poz. 992 ze zm.) przez organ właściwy odpowiednio ze względu na miejsce zbierania odpadów. Wykonawca winien dysponować w szczególności zezwoleniem na zbieranie odpadów oznaczonych kodami: 20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji, 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 20 03 03 Odpady z czyszczenia ulic i placów. Ocena spełnienia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu dokonywana będzie w oparciu o informacje zawarte w złożonym przez wykonawcę w niniejszym postępowaniu dokumencie.

W zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej (pkt 7.2) Zamawiający wymagał wykazania przez wykonawcę, że jest on ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego w wysokości minimum 200 000 zł.

Na potwierdzenie spełnienia powyższych warunków udziału w postępowaniu, oraz braku podstaw do wykluczenia, wykonawca winien złożyć zgodnie z zapisami SIWZ m.in.:

- 14.2. lit. a) aktualne na dzień składania ofert zezwolenie na zbieranie odpadów, obejmujące kody odpadów: 20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji, 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 20 03 03 Odpady z czyszczenia ulic i placów wydane przez właściwy organ,
- 14.2. lit.d) dokument potwierdzający ubezpieczenie Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez Zamawiającego.

Izba ustaliła, iż w terminie wyznaczonym na składanie ofert zostały złożone dwie oferty:

1. Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej „Sanikom” Sp. z o.o. ul. Nadbrzeźna 5A 58-420 Lubawka,
2. Roben Zakład Usług Ogólnych, B.S., ul. Dolna 259-850 Świeradów Zdrój.

Pismem z dnia 7 marca 2019 roku, Zamawiający wystąpił do wykonawcy Roben Zakład Usług Ogólnych, B.S., Świeradów Zdrój - Przystępującego, na podstawie art. 26 ust. 2 PZP do złożenia w terminie do dnia 12 marca 2019 roku aktualnych na dzień złożenia oświadczeń i dokumentów wskazanych w SIWZ, potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, m. in. :

- aktualnego na dzień składania ofert zezwolenia na zbieranie odpadów, obejmujące kody: 20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji, 20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne, 20 03 03 Odpady z czyszczenia ulic i placów, wydane przez właściwy organ,
- dokument potwierdzający ubezpieczenie Wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości minimum 200.000,00 PLN

Dnia 11 marca 2019 roku Przystępujący złożył Zamawiającemu m.in.:

- aktualny wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości kod 20 02 01, 20 03 01, 20 03 03,
- potwierdzenie ubezpieczenia wykonawcy od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną w wysokości minimum 200.000,00 zł.

Dnia 13 marca 2019 roku Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznał ofertę złożoną przez Przystępującego. Wobec czynności tej, Odwołujący w dniu 18 marca 2019 roku wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie.

Dnia 27 marca 2019 roku do Krajowej Izby Odwoławczej, wpłynął wniosek złożony przez Zamawiającego o umorzenie postępowania odwoławczego, w związku z unieważnieniem postępowania w dniu 26 marca 2019 roku.

### **Izba zważyła co następuje:**

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska strony przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

Bezspornym w niniejszej sprawie jest to, że Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie Przystępującego z postępowania oraz odrzucenie jego oferty, powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania.

Zamawiający – po wniesionym przez Odwołującego odwołaniu – unieważnił postępowanie, uzasadniając iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania ujawniona przez Zamawiającego nastąpiła po wyborze oferty najkorzystniejszej w dniu 18 marca 2019 roku, ma charakter nieusuwalny oraz powoduje, że umowa zawarta w wyniku postępowania będzie wskutek istnienia tej wady podlegać unieważnieniu.

W ocenie Izby, aby rozstrzygnąć spór – w tak zaistniałym stanie faktycznym - należy wziąć pod uwagę następujące przepisy ustawy PZP:

Zgodnie z art. 180 ust. 1 ustawy PZP odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy.

Ponadto zgodnie z art. 191 ust. 1 ustawy PZP Przewodniczący składu orzekającego zamyka rozprawę po przeprowadzeniu dowodów i udzieleniu głosu stronom, a także jeżeli Izba uzna, że sprawa została dostatecznie wyjaśniona. Zgodnie z ust. 2 wydając wyrok Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

Mając na względzie treść niniejszych przepisów ustawy PZP należy dojść do następujących wniosków:

Po pierwsze, aby Izba mogła rozpoznać wniesione odwołanie – musi ono dotyczyć czynności Zamawiającego. Wobec powyższego na moment wniesienia odwołania musi istnieć substrat zaskarżenia, będący podstawą dla wykonawcy do wniesienia środka ochrony prawnej w postaci odwołania. W niniejszej sprawie niewątpliwie substratem zaskarżenia była czynność Zamawiającego polegająca na wyborze najkorzystniejszej oferty Przystępującego.

Następnie należy również zwrócić uwagę na treść przepisu art. 191 ust. 2 ustawy PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem ustawy, Izba wydając orzeczenie – bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony na moment zamknięcia rozprawy. Ustawodawca przewidział zatem sytuację, w której może dojść do zmian w toku postępowania o udzielenie zamówienia – co Izba zobowiązana jest uwzględnić wydając orzeczenie w sprawie. Zauważenia również wymaga – co jest istotne dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu – że przepisy ustawy nie zobowiązują

Zamawiającego do zawieszenia postępowania o udzielenie zamówienia, wobec wniesionego odwołania.

Zgodnie z treścią art. 191 ust. 2 PZP, Izba wydając orzeczenie zobowiązana jest uwzględnić stan rzeczy ustalony w toku postępowania, zatem zobowiązana jest również uwzględnić czynności Zamawiającego, które miały miejsce po wniesionym odwołaniu - do czasu zamknięcia rozprawy.

W niniejszej sprawie Zamawiający dokonał unieważnienia postępowania – zatem i czynności stanowiącej zasadniczą podstawę wniesionego niniejszym odwołaniem środka ochrony prawnej. Tym samym – czynność stanowiąca podstawę niniejszego odwołania (z dnia 18 marca 2019 roku) – przestała istnieć na moment zamknięcia rozprawy. Wobec jasno brzmiącej treści przepisu art. 191 ust. 2 ustawy PZP należało uznać, że Ustawodawca dopuścił sytuacje, w których stan rzeczy – naruszenia przepisów ustawy na moment zamknięcia rozprawy może różnić się od tego, który istniał w momencie wniesienia odwołania. W rezultacie treść rozstrzygnięcia - która opiera się na stanie rzeczy z chwili zamknięcia rozprawy - może być odmienna od treści rozstrzygnięcia - która opierałaby się jedynie na stanie faktycznym sprawy istniejącym w chwili wniesienia odwołania.

Rolą przepisu art. 191 ust. 2 ustawy PZP - podobnie jak przy interpretacji art. 316 § 1 k.p.c. gdzie sąd wydaje wyrok, biorąc za podstawę stan rzeczy istniejący w chwili zamknięcia rozprawy – jest uwzględnienie aktualnego stanu faktycznego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Ponadto stan rzeczy - o którym mowa jest w przepisie art. 191 ust. 2 ustawy PZP - należy analogicznie - jak w art. 316 § 1 k.p.c. - interpretować jako okoliczności faktyczne ustalone przed zamknięciem rozprawy oraz stan prawny, t.j. obowiązujące przepisy, które mogą stanowić podstawę rozstrzygnięcia (wyrok SN z dnia 25 czerwca 2015r., sygn. akt V CSK 535/14, wyrok Sądu Apelacyjnego ze Szczecina z dnia 13 września 2018 r., sygn. akt I Aga 159/18).

Wobec powyższego nie ulega wątpliwości, iż rolą Izby jest rozstrzygnięcie na datę zamknięcia rozprawy - zgodnie z art. 191 ust. 1 i 2 ustawy PZP. Tym samym wobec skarżenia przez wykonawcę czynności wyboru oferty - czynności, która na moment zamknięcia rozprawy nie istniała, bowiem Zamawiający unieważnił postępowanie – Izba nie ma podstaw prawnych do stwierdzenia naruszenia, wobec nieistniejących już okoliczności.

Wobec tak zaistniałego stanu faktycznego Krajowa Izba Odwoławcza nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania. W konsekwencji mając na względzie okoliczności niniejszej sprawy, orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy PZP.

Izba wskazuje, iż na podstawie art. 192 ust. 7 ustawy PZP nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty przywołane dopiero podczas rozprawy w zakresie unieważnienia postępowania nie mogły być rozpoznane, z uwagi na ich brak w treści odwołania.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego.

**Przewodniczący: .....**