

**Sygn. akt: KIO 1800/20**

**WYROK**  
**z dnia 14 sierpnia 2020 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2020 r. przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kunów z siedzibą w Kunowie**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7.500 zł 00 gr** (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Remondis sp. z o.o. w Warszawie** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Kielcach**.

**Przewodniczący: .....**

### **Uzasadnienie**

Gmina Kunów z siedzibą w Kunowie, zwana dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.08.2020 r. do 31.12.2020 r.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych 14 lipca 2020r. poz. 561933-N-2020.

28 lipca 2020 r. zamawiający przesłał wykonawcy Remondis sp. z o.o. w Warszawie, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 2) ewentualnie zaniechania czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku udziału w postępowaniu

odwołujący wniósł 31 lipca 2020 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 1 ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia, pomimo że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie,
- 2) ewentualnie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w

Kunowie.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem zarzutów przedstawionych w odwołaniu;
- 3) wykluczenia przystępującego z postępowania;  
ewentualnie
- 4) wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej w zakresie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że w rozdziale II pkt 2.3 SIWZ wskazano, że przedmiotem zamówienia jest realizacja usługi odbierania odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie. Frakcje i kody odpadów, które są objęte przedmiotem zamówienia zostały szczegółowo wylistowane przez Zamawiającego w Rozdziale II pkt 2.5 SIWZ. W pkt 2.7.1 SIWZ, Zamawiający wskazał, że *do obowiązków wykonawcy należy w szczególności „Wykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) oraz rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) wydanym na podstawie art 9d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.*

Odwołujący wskazał także, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 4.4.1 lit. a) SIWZ, Zamawiający uzna warunek dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada w wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie.

Odwołujący wywiódł, że w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić *„decyzję o wpisie lub zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli*

*nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie, zgodnie z 4.4.1 lit. a) SIWZ” (por. Rozdział V, pkt 5.4 ppkt 1 SIWZ).*

Zdaniem odwołującego wykonawca jest zobowiązany realizować przedmiot zamówienia zgodnie z przepisami ustawy o czystości i porządku w gminach i powinien posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej dotyczący wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia, czyli o kodach określonych w SIWZ, a nie jakiegokolwiek zezwolenie na odbieranie odpadów (o dowolnym zakresie).

Odwołujący podniósł, że przystępujący wraz z ofertą złożył „oświadczenie wykonawcy - składane na podstawie art 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp), dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w którym oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez Zamawiającego w SIWZ. Oświadczenie zostało podpisane w dniu 21 lipca 2020 r. przez Wiceprezesa mgr inż. A. S. .

Odwołujący wskazał także, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego skierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp (wezwanie z dnia 22 lipca 2020 r.), przystępujący przedstawił zaświadczenie z dnia 3 grudnia 2012 r. wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Kunów. Odwołujący argumentował, że analiza tego zaświadczenia prowadzi do wniosku, że nie obejmuje ono wszystkich rodzajów odpadów przewidzianych do odbierania i zagospodarowania w ramach przedmiotu zamówienia, które zostały wskazane przez Zamawiającego w Rozdziale II SIWZ. Nie obejmuje ono następujących kodów odpadów:

- a) opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05);
- b) przeterminowane leki (kod 20 01 32);
- c) odpady budowlane i rozbiórkowe (w zakresie kodów 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 11, 17 08 02);
- d) zużyte opony (kod 16 01 03);
- e) zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (w zakresie kodu 20 01 35\*);
- f) baterie i akumulatory (w zakresie kodu 20 01 33\*);
- g) urządzenia zawierające freony (kod 20 01 23\*);
- h) lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (kod 20 01 21\*);
- i) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi (kod 20 01 99) - w zaświadczeniu przedstawionym przez przystępującego odpady o kodzie 20 01 99 zostały oznaczone jako „inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny.

Zdaniem odwołującego z przedstawionego zaświadczenia wynika, że nie obejmuje ono wszystkich kodów odpadów, które będą podlegały odbiorowi i zagospodarowaniu w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że w tej sytuacji przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a zatem podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że w przypadku uznania, że zarzut zaniechania przez zamawiającego wykluczenia przystępującego z postępowania jest zarzutem przedwczesnym, zamawiający naruszył art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, gdyż zaniechał wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie omawianego warunku udziału w postępowaniu.

Odnosząc się do ewentualnego skierowania do przystępującego wezwania do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp odwołujący argumentował, że w okolicznościach niniejszej sprawy za pomocą dokumentów uzupełnionych w odpowiedzi na wezwanie de facto nie będzie możliwe wykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Wykazanie spełnienia przez przystępującego warunku wymagałoby uzupełnienia zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej o brakujące kody. Ponieważ brak jest możliwości uzupełnienia takiego wpisu z datą wsteczną, ewentualne dokumenty uzupełnione w odpowiedzi na wezwanie będą sprzeczne z treścią złożonego przez przystępującego w ofercie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu. Zakres odbieranych odpadów komunalnych ulegnie bowiem zmianie (zostanie uzupełniony) w toku postępowania (po dniu składania ofert). Innymi słowy, oświadczenie złożone przez przystępującego w ofercie o spełnianiu warunków pozostaje w sprzeczności z rzeczywistością.

Zdaniem odwołującego w okolicznościach niniejszej sprawy nie ma możliwości przedłożenia dokumentów aktualnych na dzień złożenia, które jednocześnie potwierdzałyby zgodność oświadczenia złożonego przez przystępującego w ofercie tj. potwierdzałyby że na dzień składania ofert przystępujący posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich kodów odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Odwołujący podniósł ponadto, że posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia ma znaczenie nie tylko odnośnie oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale przede wszystkim w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 9c ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach 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. Jeżeli wykonawca nie posiada wpisu w zakresie określonej kategorii odpadów, nie będzie mógł prowadzić działalności w tym zakresie. Tym samym, pomimo tego, że dana kategoria

odpadów została objęta przedmiotem zamówienia, nie będzie ona odbierana przez wykonawcę.

Przyjąwszy natomiast, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu nie odzwierciedla intencji zamawiającego, a dokonanie jego zmiany na obecnym etapie postępowania jest niedopuszczalne, odwołujący stwierdził, że postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a tym samym podlega ono unieważnieniu na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

**Zamawiający** złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienia faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach. Wniósł o oddalenie odwołania. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), ofertę przystępującego, wezwanie zamawiającego z 22 lipca 2020 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp, dokumenty złożone przez przystępującego w odpowiedzi na ww. wezwanie, zawiadomienie o wyborze oferty z dnia 28 lipca 2020 r., załączniki do odpowiedzi na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dokumenty przedstawione przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą

wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, którego ofertę wybrano. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia ww. wykonawcy z udziału w postępowaniu skutkować będzie koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być uzyskanie przez odwołującego zamówienia publicznego. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest *odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.08.2020 r. do 31.12.2020 r. (rozdział II pkt 2.3 SIWZ).*

W rozdziale II pkt 2.5 SIWZ, zamawiający wskazał, że *Usługa odbierania odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie obejmuje:*

*1) selektywne odbieranie odpadów komunalnych (zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Kunów) następujących frakcji odpadów:*

- a) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne (kod 20 03 01)*
- b) papier i tektura (kod 20 01 01 i 15 01 01)*
- c) szkło bezbarwne i kolorowe (kod 20 01 02 i 15 01 07)*
- d) tworzywa sztuczne (kod 20 01 39 i 15 01 02)*
- e) opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05)*
- f) zmieszane odpady opakowaniowe (kod 15 01 06)*
- g) metale (kod 20 01 40 i 15 01 04)*
- h) odpady komunalne ulegające biodegradacji w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji (kod 20 02 01, 15 01 01), odpady kuchenne ulegające biodegradacji (kod 20 01 08)*
- i) przeterminowane leki (kod 20 01 32)*
- j) meble i inne odpady wielkogabarytowe (kod 20 03 07)*
- k) odpady budowlane i rozbiórkowe (kod 17 01 01, 17 01 02, 17 01 03, 17 01 07, 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 11, 17 08 02)*
- l) zużyte opony (kod 16 01 03)*
- m) zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (kod 20 01 35\*, 20 01 36)*
- n) baterie i akumulatory (kod 20 01 33\* i 20 01 34)*
- o) urządzenia zawierające freony (kod 20 01 23\*)*

- p) *lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (kod 20 01 21\*)*
  - q) *tekstylia i odzież (kod 20 01 11 i 20 01 10)*
  - r) *odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi (kod 20 01 99)*
- 2) *odbiór wszystkich odpadów komunalnych z pojemników/worków na odpady komunalne, o pojemności i w kolorystyce określonej w obowiązującym Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie gminy Kunów, zgodnie ze szczegółowym sposobem i zakresem świadczenia usług, z częstotliwością określoną w pkt 2.7.10 niniejszej SIWZ,*
  - 3) *wyposażenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) oraz odbiór odpadów z PSZOK-a,*
  - 4) *zorganizowanie raz w trakcie trwania umowy odbioru sprzed posesji mebli i innych odpadów wielkogabarytowych (kod 20 03 07), zużytych opon (kod 16 01 03), zużytych urządzeń elektrycznych i elektronicznych (kod 20 01 35\*, 20 01 36), urządzeń zawierających freony (kod 20 01 23\*),*
  - 5) *odbieranie przeterminowanych leków (kod 20 01 32) z punktu zbiórki przeterminowanych leków zlokalizowanego w aptece w Kunowie, ul. Warszawska 46,*
  - 6) *zagospodarowanie zebranych odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 i 1579 oraz z 2020 r. poz. 568).*

Ustalono także, że w rozdziale II pkt 2.7.1 SIWZ, zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy w szczególności *„Wykonywanie przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) oraz rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) wydanym na podstawie art 9d ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.”.*

Ustalono również, że w rozdziale II pkt 2.7.2. SIWZ zamawiający wskazał, że do obowiązków wykonawcy należy w szczególności *posiadanie w całym okresie realizacji umowy nw. dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia, w tym:*

- 1) *Wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13*



- września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r. poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie;*
- 2) Wpis do rejestru, o którym mowa w art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 i 1579 oraz z 2020 r. poz. 568) prowadzonego przez Marszałka Województwa w zakresie transportu odpadów;*
  - 3) Umowę z instalacją komunalną, wpisaną na listę, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 i 1579 oraz z 2020 r. poz. 568), której będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości zmieszane odpady komunalne oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczone do składowania;*
  - 4) Wpis do rejestru odbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny zgodnie z przepisami wynikającymi z obowiązującej ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2019 r. poz. 701 i 1579 oraz z 2020 r. poz. 568);*
  - 5) Umowy z instalacjami odzysku i unieszkodliwiania.*

Ustalono ponadto, że zgodnie z rozdziałem IV pkt 4.4.1 lit. a) SIWZ, Zamawiający wskazał, że uzna warunek dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, iż posiada *wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie.*

Ustalono także, że w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić na wezwanie zamawiającego *„decyzję o wpisie lub zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie, zgodnie z 4.4.1 lit. a) SIWZ” (por. Rozdział V, pkt 5.4.2 ppkt 1 SIWZ).*

W dalszej kolejności ustalono, że do upływu terminu składania ofert swoją ofertę złożył m.in. przystępujący.

Ustalono, że przystępujący wraz z ofertą złożył „oświadczenie wykonawcy - składane na podstawie art 25a ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako: ustawa Pzp), dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu”, w którym oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w

SIWZ. Oświadczenie zostało podpisane w dniu 21 lipca 2020 r. przez Wiceprezesa mgr inż. A. S. .

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający pismem z dnia 22 lipca 2020 r., działając na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp wezwał przystępującego do złożenia m.in.: decyzji o wpisie lub zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie, zgodnie z 4.4.1 lit. a) SIWZ.

Ustalono także, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący złożył zaświadczenie z dnia 3 grudnia 2012 r. znak: OSR 6239.5.6.2012 wydane przez Burmistrza Miasta i Gminy Kunów, w którym organ zaświadcza, że w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonym na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy o utrzymaniu i czystości i porządku w gminach został dokonany wpis obejmujący przystępującego. W pkt 4 zaświadczenia określono następujące rodzaje odbieranych odpadów komunalnych:

*15 01 01 Opakowania z papieru i tektury*

*15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych*

*15 01 03 Opakowania z drewna*

*15 01 04 Opakowania z metali*

*15 01 06 Zmieszane odpady opakowaniowe*

*15 01 07 Opakowania ze szkła*

*15 01 09 Opakowania z tekstyliów*

*15 01 10\* Opakowania zawierające pozostałości substancji niebezpiecznych lub nimi zanieczyszczone (np. środkami ochrony roślin I i II klasy toksyczności bardzo toksyczne i toksyczne)*

*17 01 01 Odpady betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów,*

*17 01 02 Gruz ceglany*

*17 01 03 Odpady innych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia*

*17 01 07 Zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 17 01 06*

*17 01 80 Usunięte tynki, tapety, okleiny itp.*

*17 01 81 Odpady z remontów i przebudowy dróg*

*17 01 82 Inne niewymienione odpady*

*20 01 01 Papier i tektura*

*20 01 02 Szkło*

20 01 08 Odpady kuchenne ulegające biodegradacji  
20 01 10 Odzież  
20 01 11 Tekstylia  
20 01 34 Baterie i akumulatory inne niż wymienione w 20 01 33  
20 01 36 Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21, 20 01 23, 20 01 35  
20 01 38 Drewno inne niż wymienione w 20 01 37  
20 01 39 Tworzywa sztuczne  
20 01 40 Metale  
20 01 41 Odpady zmiotek wentylacyjnych  
20 01 80 Środki ochrony roślin inne niż wymienione w 20 01 19  
20 01 99 Inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny  
20 02 01 Odpady ulegające biodegradacji  
20 02 02 Gleba i ziemia, w tym kamienie  
20 02 03 Inne odpady nieulegające biodegradacji  
20 03 01 Niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne  
20 03 02 Odpady z targowisk  
20 03 03 Odpady z czyszczenia ulic i placów  
20 03 06 Odpady ze studzienek kanalizacyjnych  
20 03 07 Odpady wielkogabarytowe  
20 03 99 Odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 28 lipca 2020 r. zawiadomił odwołującego o wyborze oferty złożonej przez przystępującego jako najkorzystniejszej.

#### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Art. 7 ust. 1 ustawy Pzp stanowi, że *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.*

Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że *z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu (...).*

Art. 26 ust. 3 ustawy Pzp stanowi, że *jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia*

*postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Izba stwierdziła, że przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.4.1 lit. a SIWZ. Zamawiający wskazał, że uzna warunek dotyczący kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej za spełniony, *jeżeli wykonawca wykaże, iż posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie.*

Ustalono także, że w celu wykazania spełnienia przedmiotowego warunku wykonawcy zobowiązani byli przedstawić wstępne oświadczenie o spełnianiu warunku, a na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 2 ustawy Pzp - *„decyzję o wpisie lub zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie, zgodnie z 4.4.1 lit. a) SIWZ” (por. Rozdział V, pkt 5.4.2 ppkt 1 SIWZ).*

Przystępujący wykazał spełnianie tak opisanego warunku składając w dniu 27 lipca 2020 r. zaświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Kunów z dnia 3 grudnia 2012 r. nr OSR 6239.5.6.2012. Z zaświadczenia tego wynikało, że w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonym na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy o utrzymaniu i czystości i porządku w gminach przez Burmistrza Miasta i Gminy Kunów znajduje się wpis dotyczący przystępującego.

Odwołujący wywiódł w treści odwołania, że zaświadczenie to miało nie potwierdzać spełniania warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt 4.4.1. lit. a SIWZ. Powołał się na kody odpadów, które będą odbierane przez wykonawcę umowy, wymienione w Rozdziale II SIWZ. Wskazał, że zaświadczenie 3 grudnia 2012 r. złożone przez przystępującego nie obejmowało następujących kodów odpadów:

- a) opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05);
- b) przeterminowane leki (kod 20 01 32);

- c) odpady budowlane i rozbiórkowe (w zakresie kodów 17 02 01, 17 02 02, 17 02 03, 17 04 11, 17 08 02);
- d) zużyte opony (kod 16 01 03);
- e) zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne (w zakresie kodu 20 01 35\*);
- f) baterie i akumulatory (w zakresie kodu 20 01 33\*);
- g) urządzenia zawierające freony (kod 20 01 23\*);
- h) lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć (kod 20 01 21\*);
- i) odpady niekwalifikujące się do odpadów medycznych powstałe w gospodarstwie domowym w wyniku przyjmowania produktów leczniczych w formie iniekcji i prowadzenia monitoringu poziomu substancji we krwi (kod 20 01 99) - w zaświadczeniu przedstawionym przez przystępującego odpady o kodzie 20 01 99 zostały oznaczone jako „inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny.

Stwierdzono, że rzeczywiście z pkt 4 zaświadczenia z dnia 3 grudnia 2012 r. nie wynikało, aby przystępujący miał prawo dobierać kody o ww. odpadach wskazanych w odwołaniu. Zgodzić należało się także z odwołującym, że elementem wpisu do rejestru - zgodnie z art. 9b ust. 4 pkt 4 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - jest m.in. określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych.

Jednakże powyższe okoliczności nie świadczyły o niewykazaniu przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.4.1 lit. a SIWZ. Dostrzeżenia wymagało, że treść warunku sformułowanego przez zamawiającego odnosiła się jedynie do konieczności posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego na podstawie art. 9b ust. 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2019 r., poz. 2010 oraz z 2020 r. poz. 284) przez Burmistrza Miasta i Gminy w Kunowie. Z postanowienia tego żadną miarą nie wynikało zatem, jakoby wykonawca musiał posiadać wpis do rejestru obejmujący wszystkie kody odpadów, jakie będą odbierane w trakcie realizacji umowy.

Bezzasadne jest dokonywanie przez odwołującego rozszerzającej wykładni warunku udziału w postępowaniu przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia (OPZ). Sporny warunek nie odwoływał się też nawet w sposób ogólny do postanowień OPZ czy wzoru umowy. Jak słusznie wskazuje się w orzecznictwie Izby, wykonawcy nie mogą ponosić konsekwencji niejasnych postanowień SIWZ. Jeśli zatem wolą zamawiającego byłoby, aby wykonawca już na etapie ofertowania posiadał wpis do rejestru działalności obejmujący wszystkie rodzaje odpadów, jakie będzie odbierał zgodnie z umową, to taka intencja zamawiającego powinna w sposób wyraźny zostać zasygnalizowana wykonawcom. Przykładowo zamawiający powinien zawrzeć w warunku sformułowanie, że wymaga wpisu

do rejestru „w zakresie odpadów objętych przedmiotem zamówienia”, „w zakresie odpadów wymienionych w punkcie X specyfikacji istotnych warunków zamówienia”, itp. Nic takiego nie zastrzeżono jednak w treści spornego warunku.

Przypomnienia wymaga także, że warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1a ustawy Pzp, nie muszą być identyczne z OPZ i najczęściej takie nie są. Warunki muszą być jedynie proporcjonalne do OPZ. „Proporcjonalne” zaś oznacza „znajdujące się w odpowiedniej proporcji”, a nie takie same, czy identyczne. Podkreślić również należy, że do zamawiającego, jako autora specyfikacji, należy określenie warunku udziału w postępowaniu w sposób jasny, precyzyjny, wyraźny. Do zamawiającego należy także określenie zakresu i szczegółowości wymaganych oświadczeń i dokumentów składanych celem wykazania warunku udziału w postępowaniu. Przepis art. 25a ust. 1 ustawy Pzp wskazuje, że oświadczenia odnoszą się do „zakresu wskazanego przez zamawiającego” w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. To zamawiający „wskazuje” wykonawcom, jakie oświadczenia i dokumenty mają złożyć celem wykazania warunku.

W analizowanej sprawie zamawiający przesądził również w pkt 2.7.2 SIWZ, że wykonawca ma posiadać dokumenty potwierdzające uprawnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia „w całym okresie realizacji umowy”. Analogiczne zapisy zawarto także w postanowieniu § 4 ust. 1 wzory umowy, gdzie wskazano, że „Wykonawca oświadcza, że posiada niezbędne uprawnienia w celu wykonania przedmiotu umowy, (...)”. Podkreślenia wymaga, że oświadczenie to wykonawca zobowiązany będzie złożyć dopiero w momencie podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zatem dopiero przystępując do podpisania umowy, wykonawca będzie zobligowany do posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie wszystkich odbieranych kodów odpadów.

Działanie zamawiającego, który nie określił w SIWZ warunku odnoszącego się do konieczności posiadania wpisu do rejestru obejmującego wszystkie rodzaje odpadów, służyło zwiększeniu konkurencyjności postępowania. Terminy składania ofert w postępowaniach podprogowych są krótkie, a jak wynika z oświadczenia zamawiającego, który prowadzi rejestr, w momencie wszczęcia postępowania żaden z wykonawców nie posiadał wpisu do rejestru obejmującego wszystkie rodzaje kodów odpadów, które będą odbierane w ramach umowy. Gdyby zamawiający zażądał na etapie oceny warunków posiadania wpisu do rejestru obejmującego wszystkie rodzaje odpadów, część z wykonawców, mogłaby nie być w stanie dokonać zmiany wpisu do rejestru przed upływem terminu składania ofert.

Odwołujący bezzasadnie powołał się na wyroki Izby wydane w sprawach sygn. akt KIO 1534/12 czy KIO 1456/13. W obu tych sprawach treść warunku była inna niż w analizowanej specyfikacji. W tamtych postępowaniach treść warunku wprost wskazywała na

konieczność przedstawienia już na etapie oferty wpisu do rejestru pozostającego w zgodności z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co prawdopodobnie skłoniło zamawiających do konieczności badania już na etapie ofertowania zgodności tych wpisów z ww. ustawą również w zakresie kodów odpadów przewidzianych do odbioru w trakcie realizacji umów.

Izba podziela stanowisko przedstawione przez Izbę uprzednio w sprawach o sygn. akt KIO 1296/16, KIO 1323/16 i KIO 42/19. W analogicznych sytuacjach, przy niedookreśleniu warunku, przedstawiane zaświadczenia o wpisie do rejestru nieobejmujące na moment ofertowania wszystkich kodów odpadów, były uznawane za potwierdzające spełnienie warunku.

W analizowanej sprawie za koniecznością takiego interpretowania warunku – jak wskazywali zamawiający i przystępujący – przemawiał także całokształt postanowień SIWZ, które w sposób precyzyjny nakazywały posiadanie uprawnień wynikających z ustawy dopiero podczas realizacji umowy. Na marginesie wskazać należało, że na moment wyrokowania w sprawie przystępujący uzyskał już wpis do rejestru działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych obejmujący wszystkie kody odpadów przewidziane do odbioru w trakcie realizacji umowy (por. zaświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Kunów nr SO.6239.5.3.2020.JM z 6 sierpnia 2020 r. załączone do odpowiedzi na odwołanie). Z związku z tym będzie mógł złożyć oświadczenie, o którym mowa w § 4 ust. 1 wzoru umowy.

W tej sytuacji należało uznać, że przystępujący prawidłowo wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 4.4.1 lit. a SIWZ. W konsekwencji brak było również podstaw do kierowania do niego wezwania do uzupełnienia dokumentów celem wykazania warunku w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. W efekcie, za zgodne z prawdą należało uznać złożone przez przystępującego wstępne oświadczenie o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu załączone do oferty. Wykonawca zgodnie z rzeczywistością oświadczył bowiem, że spełnia warunek udziału w postępowaniu, co następnie wykazał składając na wezwanie zamawiającego zaświadczenie Burmistrza Miasta i Gminy Kunów nr OSR 6239.5.6.2012 z dnia 3 grudnia 2012 r.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Stosownie do ww. przepisu, *zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*. Udzielenie zamówienia następuje z momentem podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący nie wykazał, aby w analizowanej sprawie zamawiający zawarł już taką umowę. Zamawiający nie mógł zatem naruszyć przywołanego przepisu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje*

*postanowienie*. Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (pkt 1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

W analizowanej sprawie odwołanie podlegało oddaleniu w całości. Kosztami postępowania odwoławczego obciążono zatem w całości odwołującego. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis od odwołania uiszczony przez odwołującego w wysokości 7.500 zł. Oddalono wniosek zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz od odwołującego zwrotu kosztów poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów



dojazdu pełnomocnika na rozprawę. Jak wynika z przepisu § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), warunkiem zasądzenia zwrotu ww. kosztów jest złożenie rachunku do akt sprawy. Rachunek taki nie został przez pełnomocnika złożony do akt sprawy, zatem Izba nie miała podstaw do zasądzenia zwrotu tych kosztów od odwołującego na rzecz zamawiającego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 w zw. 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

**Przewodniczący:** .....