

Sygn. akt: KIO 3267/22

WYROK
z dnia 20 grudnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 grudnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 grudnia 2022 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Sieradz

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Sieradz („Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Sieradz”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 11 października 2022 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem: 2022/S 196-556368.

I. W dniu 7 grudnia 2022 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kaliszu („Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”, w zw. z pkt 11.2 lit. b) tiret pierwsze Specyfikacji Warunków Zamówienia na odbiór odpadów komunalnych z terenu gminy Sieradz z dnia 6 października 2022 r. (dalej: „SWZ”), w sytuacji, gdy Odwołujący spełnił warunki udziału w postępowaniu i wykazał spełnienie tych warunków składając na wezwanie Zamawiającego podmiotowe środki dowodowe;
- wyborze jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Sieradzu (dalej: „Przedsiębiorstwo Komunalne”) w sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu i niepodlegającą odrzuceniu jest oferta złożona przez Odwołującego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze SWZ, gdyż z treści: a) pkt III.1.1) w zw. z pkt II.2.14) Ogłoszenia, b) pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze w zw. pkt 13.10 lit. f) SWZ, c) sekcji II pkt 1.1) lit. a) Załącznika nr 1 do SWZ – Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (dalej: SOPZ), wynika, że Zamawiający wymagał, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej („RDR”), o którym mowa w art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: u.c.p.g.) prowadzonego przez właściwy organ na moment składania podmiotowych środków dowodowych (pkt

III.1.1) w zw. z pkt II.2.14) Ogłoszenia oraz pkt 11.2 lit. b) tiret pierwsze w zw. z pkt 13.10 lit. f) SWZ) oraz na moment podpisania umowy (sekcja II pkt 1.1) lit. a) SOPZ); a zatem skoro Odwołujący przedstawił wpis aktualny na moment składania środków dowodowych, to jego oferta nie powinna podlegać odrzuceniu;

2. ewentualnie naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 114 pkt 2 ustawy Pzp oraz w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady przejrzystości, proporcjonalności, konkurencyjności oraz równego traktowania wykonawców wyrażające się w odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze SWZ w sytuacji, gdy Odwołujący złożył wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c u.c.p.g. do właściwego organu prowadzącego rejestr, tj. do wójta gminy Sieradz – organu wykonawczego Zamawiającego – przed terminem składania ofert, a organ dokonał wpisu Odwołującego do rejestru, potwierdzając tym samym, że na dzień złożenia oferty Odwołujący spełniał materialnoprawne przesłanki pozwalające mu na prowadzenie działalności regulowanej na terenie gminy Sieradz w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia;
3. które to naruszenia (pkt 1 i 2) w konsekwencji doprowadziły do naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej w Postępowaniu oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunalne, w sytuacji, gdy najkorzystniejszą ofertą złożoną w Postępowaniu i niepodlegającą odrzuceniu jest oferta złożona przez Odwołującego.

W związku z podniesionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- unieważnienia odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego,
- unieważnienia wyboru oferty Przedsiębiorstwa Komunalnego jako najkorzystniejszej w postępowaniu;
- przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert;

Uzasadniając podniesione zarzuty Odwołujący wskazał m.in., co następuje: w punkcie III.1.1) Ogłoszenia wskazano, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien posiadać wpis do RDR prowadzonego przez właściwy organ. W ogłoszeniu nie wskazano szczególnego terminu, w którym wykonawca powinien uzyskać wpis, stąd należy przyjąć, że wpis ma być aktualny na dzień składania podmiotowych środków dowodowych – zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Również zgodnie z pkt 11.2) lit. b) tiret pierwsze SWZ warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie wpisu do RDR prowadzonego przez właściwy organ. W uzupełnieniu powyższego w punkcie dotyczącym podmiotowym środków dowodowych

wskazano, że wykonawca ma przedłożyć wpis do RDR aktualny na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych – por. pkt 13.10) lit. f) SWZ. Odwołujący zauważył, że w odniesieniu do innych dokumentów składanych w ramach podmiotowych środków dowodowych Zamawiający w niektórych przypadkach wskazywał inną datę, według której należałoby oceniać zdolność udziału w postępowaniu (pkt 13.1) oraz pkt 13.10) lit. a) i b) SWZ). W sekcji II pkt 1.1) lit. a) SOPZ przyjęto, że wykonawca obowiązany jest do posiadania wpisu do RDR w dniu podpisania umowy. W pkt 1.2) Zamawiający wskazał ponadto, że Wykonawca obowiązany jest do spełnienia tego wymagania przez cały okres realizacji zamówienia. W ocenie Odwołującego z przywołanych postanowień wynika, że warunkiem udziału w postępowaniu postawionym przez Zamawiającego było posiadanie wpisu do RDR obejmującego, co najmniej, rodzaje i kody odpadów komunalnych wymienione w załączniku Nr 3 do SWZ. Jednocześnie wpis ten powinien być aktualny na dzień składania podmiotowych środków dowodowych i następnie od momentu podpisania umowy przez cały okres realizacji zamówienia wykonawca powinien posiadać rzeczony wpis. Z ostrożności procesowej Odwołujący podniósł, że nawet przy przyjęciu, że postanowienia pkt III.1.1) Ogłoszenia, pkt 11.2) lit. b) tiret pierwsze i pkt 13.10) lit. f) SWZ oraz sekcji II pkt 1.1) lit. a) OPZ nie są klarowne i nie mogą być jednoznacznie interpretowane w sposób wskazany powyżej, to z pewnością nie wskazują jasno, że wymóg wpisu do rejestru działalności regulowanej dotyczy już momentu składania oferty. Żaden z przywołanych postanowień nie zawiera w swojej treści odesłania do momentu składania oferty, podczas gdy inne podmiotowe środki dowodowe wprost wskazują na ten moment. Co więcej OPZ odwołuje się do momentu aktualności wpisu na dzień podpisania umowy. Również z ostrożności procesowej, na wypadek przyjęcia, że wykładnia treści Ogłoszenia oraz SWZ dokonana przez Zamawiającego jest prawidłowa i Odwołujący winien spełniać warunek wpisu do RDR na moment składania oferty, Odwołujący podniósł, że wpis do rejestru ma charakter warunku formalnego, który dokumentuje spełnienie przesłanek o charakterze materialnoprawnym pozwalających na prowadzenie określonego rodzaju działalności. Stwierdził, iż skoro na dzień składania ofert spełniał przesłanki pozwalające mu na uzyskanie wpisu do RDR i był w stanie wykazać ten fakt Zamawiającemu, to jednocześnie był uprawniony do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia. Zauważył, że obecnie podstawą odrzucenia oferty nie jest niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, lecz niespełnienie warunków udziału w postępowaniu - ustawa z 2019 r. przyznała w tym zakresie prym prawdzie materialnej. Odwołujący wskazał, że w postępowaniu w sprawie zamówienia publicznego gmina reprezentowana jest przez wójta (art. 7 pkt 7 ustawy Pzp) i to on jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenia zamówienia publicznego (art. 52 ust. 1 ustawy Pzp). Jednocześnie to również wójt jest organem prowadzącym rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (art. 9b ust. 2 u.c.p.g.).

Odwołujący złożył wniosek o wpis do RDR w dniu 6 listopada 2022 r., a ofertę w dniu 7 listopada 2022 r. Po uzupełnieniu wniosku Odwołujący uzyskał wpis w dniu 18 listopada 2022 r. Wezwanie dotyczyło nieprawidłowej treści oświadczenia, a organ nie zakwestionował tego, że Odwołujący spełnia warunki określone w art. 9d u.c.p.g. Tym samym wniosek z dnia 6 listopada 2022 r. stał się podstawą uzyskania wpisu. Na gruncie postępowania w przedmiocie wpisu Zamawiający uznał zatem, że Odwołujący spełnia materialnoprawne przesłanki warunkujące wpis do rejestru (oraz że spełniał je już w dniu 6 listopada 2022 r.), a na gruncie postępowania w sprawie zamówienia publicznego w tym samym czasie stwierdził, że Odwołujący nie spełnia warunków w postaci posiadania wpisu do RDR. W odniesieniu do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że zarzut ten ma charakter wtórny wobec pierwotnego uchybienia, jakim jest odrzucenie oferty Odwołującego.

II. Pismem wniesionym w dniu 19 grudnia 2022 r. Zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Żaden wykonawca nie zgłosił przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Okoliczności faktyczne sprawy nie były pomiędzy stronami sporne. W tym zakresie należy wskazać w szczególności, co następuje:

W dniu 7 listopada 2022 r. Odwołujący złożył ofertę w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbiór odpadów komunalnych z terenu Gminy Sieradz”. Termin składania ofert upływał w dniu 7 listopada 2022 r. W dniu 11 listopada 2022 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych. W dniu 21 listopada 2022 r. Odwołujący złożył podmiotowe środki dowodowe, w tym zaświadczenie z dnia 18 listopada 2022 r. o wpisie do RDR. W dniu 28 listopada 2022 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako złożoną przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze SWZ i dokonał wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Komunalne.

W dniu 6 listopada 2022 r. Odwołujący złożył wniosek o wpis do rejestru działalności regulowanej prowadzonego przez Wójta Gminy Sieradz. W dniu 14 listopada 2022 r. Wójt Gminy Sieradz wezwał Odwołującego do usunięcia braków wniosku o wpis do RDR. W dniu

14 listopada 2022 r. Odwołujący uzupełnił braki wniosku. W dniu 18 listopada 2022 r. Wójt Gminy Sieradz wpisał Odwołującego do RDR.

Postanowienia, na które powołał się Odwołujący:

Ogłoszenie o zamówieniu:

pkt III.1.1)

Zdolność do prowadzenia działalności zawodowej, w tym wymogi związane z wpisem do rejestru zawodowego lub handlowego

Wykaz i krótki opis warunków:

Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, jeżeli Wykonawca posiada:

-wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, obejmującego, co najmniej, rodzaje i kody odpadów komunalnych wymienione w załączniku Nr 3 pn.: Zestawienie rodzaju i kodów odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości,

(...)

Podmiotowe środki dowodowe:

1)Wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, obejmującego, co najmniej, rodzaje i kody odpadów komunalnych wymienione w załączniku Nr 3 pn.: Zestawienie rodzaju i kodów odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości.

pkt II.2.14)

Informacje dodatkowe

1. Zamawiający przewiduje zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

SWZ:

pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze

11. Warunki udziału w postępowaniu

O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy:

(...)

2) spełniają warunki dotyczące:

(...)

b) Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, jeżeli Wykonawca posiada:

– wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, obejmującego, co najmniej, rodzaje i kody odpadów komunalnych wymienione w załączniku Nr 3 pn.: Zestawienie rodzaju i kodów odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości,

pkt 13.10 lit. f)

13. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych / oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia

(...)

10) Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

(...)

f) Wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9c ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm), prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia, obejmującego, co najmniej, rodzaje i kody odpadów komunalnych wymienione w

załączniku Nr 3 pn.: Zestawienie rodzaju i kodów odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości.

pkt 13.1)

13. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych / oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia

1) Do oferty Wykonawca zobowiązany jest dołączyć aktualne na dzień składania ofert oświadczenie, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. Przedmiotowe oświadczenie Wykonawca składa w formie Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stanowiącego Załącznik Nr 2 do Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (EU) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Informacje zawarte w JEDZ stanowią wstępne potwierdzenie, że Wykonawca nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu. (załącznik Nr 9 do SWZ).

pkt 13.10) lit. a) i b)

13. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych / oświadczenia i dokumenty, jakie wykonawcy zobowiązani są dostarczyć w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz wykazania braku podstaw wykluczenia

10) Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych:

a) Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie dotyczącym podstaw wykluczenia wskazanych w art. 108 ust. 1 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp sporządzona nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jej złożeniem

b) Jeżeli Wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej zamiast dokumentu, o którym mowa w ppkt 8 lit. a, składa informację z odpowiedniego rejestru, takiego jak rejestr sądowy, albo, w przypadku braku takiego rejestru, inny równoważny dokument wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania - wystawione nie wcześniej niż 6 miesięcy przed jego złożeniem.

Załącznik nr 1 do SWZ – SOPZ:

pkt II 1.1) lit. a) oraz 1.2)

II. Obowiązki Wykonawcy.

1. Wymagania formalne.

1) Wykonawca obowiązany jest w dniu podpisania umowy do spełnienia następujących wymagań:

a) Posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1297 z późn. zm.) o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, prowadzonego przez właściwy organ, w zakresie objętym przedmiotem zamówienia obejmującego co najmniej rodzaje i kody odpadów komunalnych, wymienione w załączniku Nr 3 do SWZ pn.: „Zestawienie rodzajów i kodów odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości”,

(...)

2. Wykonawca obowiązany jest do spełnienia wymagań opisanych w części II pkt 1 SOPZ przez cały okres realizacji zamówienia.

Izba uznała, że odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

Po pierwsze, należy na wstępie przypomnieć, że postanowienia zawarte w ogłoszeniu oraz dokumentach zamówienia podlegają wykładni językowej. Takie stanowisko było już wielokrotnie wyrażane w orzecznictwie. Przykładowo, skład orzekający wskazuje na wyrok Izby z dnia 28 sierpnia 2018 r. (KIO 1612/18). Jak wskazała Izba w drugim z ww. wyroków: „W ocenie Izby nadal aktualne pozostaje utrwalana przez lata teza, że postanowienia w zakresie opisu sposobu dokonania oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, obecnie postanowienia dotyczące warunku udziału w postępowaniu oraz wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków należy interpretować zgodnie z wykładnią gramatyczną. Tak więc wymagania, które określa Zamawiający wynikają wprost z literalnego brzmienia ogłoszenia i SIWZ (porównaj: wyrok Sadu Okręgowego w Warszawie z dnia 07 października 2008 roku sygn. akt XXIII Ga 446/08). Ocena spełnienia wymagań winna zostać dokonana w oparciu o literalne brzmienie ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań co zapobiega jakiegokolwiek uznaniowości na etapie oceny wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Nie jest więc dopuszczona rozszerzająca, niewyartykułowana interpretacja opisu warunku udziału w postępowaniu oraz dokonana w oparciu o nią ocena

spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Należy odrzucić interpretacje oparte na intencjach, dorozumianym znaczeniu w obliczu danej sprawy o udzielenie zamówienia publicznego.” Wymaga podkreślenia, że stosowanie wykładni językowej w odniesieniu do postanowień zawartych w ogłoszeniu oraz dokumentach zamówienia służy zachowaniu w procesie udzielania zamówienia publicznego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1 ustawy Pzp).

Po drugie, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego warunki udziału w postępowaniu muszą zostać spełnione już na dzień składania ofert. Powyższe wynika wprost z przepisów ustawy Pzp (w szczególności z art. 125 ust. 3 ustawy Pzp) i wielokrotnie było podkreślane w orzecznictwie Izby. Zgodnie z przepisem art. 125 ust. 3 ustawy Pzp oświadczenie, o którym mowa w ust. 1 [tj. oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji], stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia, spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, odpowiednio na dzień składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Przykładowo, jak wskazała Izba w wyroku z dnia 23 maja 2022 r. (KIO 1200/22): *„Warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione na dzień złożenia oferty, a stan ich spełnienia musi trwać przez całe postępowanie. Powyższa zasada znajduje potwierdzenie w przepisach Prawa zamówień publicznych, w szczególności art. 125 ust. 3, z którego wprost wynika, iż składane przez wykonawców oświadczenie JEDZ stanowi dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe. Uzasadnienie ww. reguły znajduje umocowanie także w art. 126 ust. 3 ww. ustawy, który stanowi, że jeżeli zachodzą uzasadnione podstawy do uznania, że złożone uprzednio podmiotowe środki dowodowe nie są już aktualne, zamawiający może w każdym czasie wezwać wykonawcę lub wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia. Powyższe przepisy nie pozostają w sprzeczności z art. 126 ust. 1 ww. ustawy stanowiącym, że podmiotowe środki dowodowe składane przez wykonawcę w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego mają być aktualne na dzień złożenia. Pojęcia „aktualności” dokumentu nie można mylić jednak z momentem, w którym wykonawca winien spełniać warunki udziału w postępowaniu oraz brak przesłanek wykluczenia.”*

Mając na uwadze powyższe, decyzję Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego jako złożonej przez wykonawcę niespełniającego warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt 11.2. lit. b) tiret pierwsze SWZ, należy uznać za prawidłową, a podniesione w tym zakresie zarzuty odwołania – za niezasadne. Postanowienia SWZ oraz ogłoszenia są

precyzyjne – warunkiem udziału w postępowaniu było – jak wynika z przepisów ustawy Pzp na dzień składania ofert – posiadanie wpisu do RDR prowadzonego przez właściwy organ. Zatem już na dzień składania ofert wykonawca winien być wpisany do RDR, a nie jedynie spełniać warunki do uzyskania takiego wpisu. Natomiast okolicznością bezsporną jest, że na dzień składania ofert Odwołujący nie posiadał wymaganego wpisu.

Mając na uwadze powyższe, przedstawioną przez Odwołującego wykładnię postanowień SWZ oraz ogłoszenia należy uznać za nieprawidłową. Dodatkowo, odnosząc się do przedstawionej przez Odwołującego argumentacji, należy wskazać, co następuje:

1. Zamawiający nie miał obowiązku wskazywania terminu, w którym wykonawca obowiązany jest uzyskać wymagany wpis do RDR, gdyż jak wskazano powyżej z samych przepisów ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego warunki udziału w postępowaniu muszą zostać spełnione już na dzień składania ofert.
2. Niezależnie od tego, powoływanie się w tym zakresie na treść postanowień dotyczących aktualności wymaganych podmiotowych środków dowodów jest niezasadne. Jak wskazano powyżej, czym innym jest obowiązujący wykonawców okres spełniania warunków udziału w postępowaniu, a czym innym wymóg aktualności składanych przez wykonawcę podmiotów środków dowodowych. Na marginesie należy zauważyć, że w postanowieniu pkt 13.10 lit. f) SWZ Zamawiający nie wprowadził żadnych szczególnych rozwiązań, a jedynie przywołał treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp.
3. Również w przypadku postanowień zawartych w pkt 13.1) oraz pkt 13.10) lit. a) i b) SWZ, Zamawiający nie wprowadził żadnych szczególnych rozwiązań, odmiennych od regulacji ustawy Pzp oraz rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r. poz. 2415) (odpowiednio art. 125 ust. 1 – 3 ustawy Pzp oraz § 2 ust. 1 pkt lit. a) i b) oraz § 4 ust. 1 pkt 1) oraz ust. 2 rozporządzenia). Ponadto, postanowienia pkt 13.10) lit. a) i b) SWZ dotyczą kwestii aktualności wskazanych tam podmiotowych środków dowodowych, natomiast postanowienie pkt 13.1) SWZ potwierdza konieczność spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.
4. Niezasadne jest powoływanie się przez Odwołującego na postanowienia pkt II 1.1) lit. a) oraz 1.2) SOPZ, gdyż nie dotyczą one warunku udziału w postępowaniu. Postanowienie pkt II 1.1) lit. a) SOPZ określa *formalności, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego* (art. 134 ust. 1 pkt 19 ustawy Pzp), natomiast pkt 1.2) SOPZ określa warunek realizacji zamówienia.

5. Argumentację, że wpis do RDR ma formalny charakter, należy na obecnym etapie postępowania uznać za spóźnioną. Odwołujący mógł wnieść odwołanie przed upływem terminu składania ofert, kwestionując zasadność postawienia przez Zamawiającego przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu. Treść tego warunku jest jednoznaczna i nie można obecnie przyjmować innego rozumienia niż wynikające z wykładni językowej ww. postanowień SWZ oraz ogłoszenia.
6. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu ustawa Pzp z 2019 r. przyznała prym prawdzie materialnej. Wprawdzie, wobec jednoznacznej treści ww. warunku udziału w postępowaniu, przedstawiona w tym zakresie argumentacja Odwołującego nie ma większego znaczenia, należy jednak wyjaśnić, co następuje: Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego stanowi procedurę wysoce sformalizowaną. Stwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu następuje co do zasady w oparciu o podmiotowe środki dowodowe złożone przez wykonawcę - z pewnymi wyjątkami, jak np. wynikającymi z art. 127 ustawy Pzp). Pojęcie „niespełnianie” obejmuje pełne spektrum przypadków, jakie mogą w tym zakresie mieć miejsce. Niewykazanie przez wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu prowadzi do uznania, że wykonawca tych warunków nie spełnia. Faktyczne spełnianie przez wykonawcę wymogów ustanowionych jako warunki udziału w postępowaniu nie ma w tym przypadku żadnego znaczenia. Inaczej rzecz ujmując, (nie)spełnianie warunków udziału w postępowaniu może mieć miejsce wyłącznie w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, z zachowaniem obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa.
7. Nie jest zasadne twierdzenie, że na gruncie postępowania w przedmiocie wpisu Zamawiający uznał, że Odwołujący spełnia materialnoprawne przesłanki warunkujące wpis do rejestru (oraz że spełniał je już w dniu 6 listopada 2022 r.), albowiem ww. postępowanie nie stanowi części postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem nie jest prowadzone przez *zamawiającego*. Niezależnie od tego, należy jeszcze raz powtórzyć, że okoliczność uzyskania wpisu przez Odwołującego po terminie składania ofert nie ma znaczenia wobec jednoznacznej treści ww. warunku udziału w postępowaniu. Przyjmowanie innego sposobu rozumienia tego warunku niż wynikający z wykładni językowej ww. postanowień SWZ i ogłoszenia stanowiłoby naruszenie zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Odwołujący miał możliwość kwestionowania zasadności postawienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu do upływu terminu składania ofert.

Izba uznała, że dowody złożone przez Odwołującego celem wykazania niespełnienia warunków udziału w postępowaniu przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Komunalnego

(referencje wystawione na rzecz Przedsiębiorstwa Komunalnego wraz z wyciągiem SWZ oraz porównaniem danych GUS dotyczącym gminy wiejskiej Sieradz i gminy miejskiej Sieradz oraz wykaz narzędzi wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych złożony przez tego wykonawcę w postępowaniu) nie mają żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, gdyż zarzut niespełnienia przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie został w odwołaniu postawiony.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: