

**Sygn. akt: KIO 2261/16**

**WYROK**  
**z dnia 19 grudnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<b>Paweł Trojan</b>
<b>Członkowie:</b>	<b>Renata Tubisz</b>
	<b>Agnieszka Trojanowska</b>
<b>Protokolant:</b>	<b>Sylwia Jankowska</b>

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 listopada 2016 r. przez wykonawcę **B. R.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe TRANS-KOM B. R., Bogusławski 8B, 63-800 Gostyń** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego, ul. 17-go Stycznia 90, 64-100 Leszno** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach gmin – uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego” – (postępowanie znak GO.271.4.2016)

przy udziale wykonawcy **ZGO-NOVA Spółka z o.o., ul. Kościuszki 21A, 63-200 Jarocin.** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **19 710 zł 00 gr** (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset dziesięć złotych i zero groszy) obciąża Odwołującego – **B. R.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe TRANS-KOM B. R., Bogusławski 8B, 63-800 Gostyń** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **B. R.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe TRANS-KOM B. R., Bogusławski 8B, 63-800 Gostyń** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy – **B. R.** prowadząca działalność gospodarczą pod firmą **Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe TRANS-KOM B. R., Bogusławski 8B, 63-800 Gostyń** na rzecz zamawiającego - **Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego, ul. 17-go Stycznia 90, 64-100 Leszno** kwotę w wysokości **4 710 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące siedemset dziesięć złotych i zero groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa procesowego, kosztów noclegu oraz opłaty skarbowej od przedłożonych pełnomocnictw.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Poznaniu**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

## **U z a s a d n i e**

### **do wyroku z dnia 19 grudnia 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2261/16**

Zamawiający – Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego, ul. 17-go Stycznia 90, 64-100 Leszno prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach gmin – uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego” – (postępowanie znak GO.271.4.2016).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 06.09.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 08.09.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 173 - 310929.

W dniu 21.11.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w zakresie części V.

Odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30.11.2016 r. w formie pisemnej przez wykonawcę B. R. prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo – Usługowe TRANS-KOM B. . Bogusławski 8B, 63-800 Gostyń. Ramach wniesionego odwołania Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp poprzez wybór oferty Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. w części V zamówienia, wobec zaistnienia okoliczności skutkujących obowiązkiem odrzucenia oferty Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o.;

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich błędne niezastosowanie w procedurze wyboru

oferty w części V, w okolicznościach wskazujących, że Wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. nie wykazał spełnienia wszystkich warunków udziału w postępowaniu, w szczególności warunku dotyczącego dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, oraz przez uznanie oferty Wykonawcy za prawidłową;

3. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp w związku z naruszeniem art. 24 ust. 4 Pzp poprzez ich błędne niezastosowanie w procedurze wyboru oferty w części V, w okolicznościach wskazujących, że Wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. wprowadził w błąd Zamawiającego w zakresie rzeczywistego korzystania z zasobów osób trzecich, w szczególności w przedmiocie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym bazy magazynowo - transportowej, oraz poprzez uznanie oferty Wykonawcy za prawidłową

4. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 Pzp przez zaniechanie dokonania wyboru oferty złożonej przez Odwołującego, jako najkorzystniejszej w części V, wobec istnienia przesłanek odrzucenia oferty Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o.;

5. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 26 ust. 1 i 3 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności wezwania Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających okoliczności dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w części V, tj. bazą magazynowo-transportową, pojazdami umożliwiającymi odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

6. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z naruszeniem art. 22d ust. 2 Pzp przez zaniechanie przez Zamawiającego czynności mogących zweryfikować możliwości realizacji zamówienia z części V przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o., wobec znanej Zamawiającemu okoliczność odbioru odpadów komunalnych przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. z obszarów innych gmin, w zastawieniu z wykazanim w przedłożonej ofercie Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. parkiem maszyn pojazdów specjalistycznych, w liczbie odpowiadającej minimalnym wymaganiom specyfikacji do obsługi przedmiotu zamówienia obejmującej część V.

Jak wskazano w treści odwołania interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w niniejszym postępowaniu, ponieważ oferta Odwołującego, wobec okoliczności uzasadniających odrzucenie oferty Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. jako oferty najkorzystniejszej dla części V przedmiotu zamówienia

2. powtórzenie czynności oceny ofert w tym czynności weryfikacji spełnienia przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. wymagań zawartych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia oraz w ustawie i w jej trakcie.

- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmierzających do ustalenia posiadania przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. odpowiednich zdolności technicznych uprawniających do udziału w postępowaniu,

- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmierzających do ustalenia faktycznych podstaw do dysponowania bazą magazynowo - transportową wskazywaną jako będącą w dyspozycji Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o., w sposób usuwający wątpliwości w przedmiocie korzystania z zasobów technicznych innych podmiotów, a tym samym powodujący potwierdzenie, bądź zaprzeczenie istnienia okoliczności świadomego wprowadzenia w błąd Zamawiającego tj. okoliczności wskazanej w art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp

- nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności zmierzających do ustalenia posiadania przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. odpowiednich zdolności technicznych uprawniających do udziału w postępowaniu, w świetle okoliczności wykonywania usług na terenie innych gmin, stosownie do dyspozycji zawartej w art. 22d ust. 2.

#### Uzasadnienie

W ramach uzasadnienia Odwołujący podniósł, że w świetle zasad kierujących postępowaniem o udzielenie zamówień publicznych, Zamawiający winien działać w sposób nie pozostawiający najmniejszego marginesu ewentualnych niedomówień. Przedstawiona przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. oferta i sposób jej weryfikacji przez Zamawiającego, niestety pozostawia bardzo istotne sfery niewidomych, które w konsekwencji nie tylko nie pozwalają na ocenę, czy Wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. posiada w dyspozycji zasób techniczny uprawniający Wykonawcę do udziału w postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach gmin - uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego”, prowadzonego przez Zamawiającego Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego w części V przedmiotu zamówienia, ale także z uwagi na dalsze okoliczność, poddaje w

wątpliwość możliwość realizacji przedmiotu zamówienia przez Wykonawcę, którego oferta została wybrana przez Zamawiającego, co pozostaje w jaskrawej sprzeczności z najlepiej rozumianym interesem publicznym, w szczególności w tak newralgicznej sferze jak odbiór odpadów komunalnych.

W pierwszej kolejności Odwołujący zwrócił uwagę, że w ramach odpowiedzi na pismo Zamawiającego z dnia 25.10.2016 r. o uzupełnienie dokumentów dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia publicznego GO.271.4.2016, Wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. przedłożył między innymi:

- Jednolity Europejski Dokument Zamówienia, gdzie w rubryce informującej o poleganiu na zdolnościach innych podmiotów do spełnienia kryteriów, jak i informacji o korzystaniu z usług podwykonawców wskazano odpowiedź „NIE”,
- wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - załączniki nr 8 i 9 do SIWZ.

W przedmiotowych wykazach stanowiących załączniki nr 8 i 9 do SIWZ, Wykonawca ZGO-NOVA sp. z o.o. określił podstawę dysponowania zasobem wskazując odpowiednio w stosunku do pojazdów określenia „własność”, „potencjał własny/dysponowanie bezpośrednio”, „potencjał własny”. W ocenie odwołującego, używanie trzech odmiennych podstaw dysponowania potencjałem w stosunku do pojazdów, sam w sobie wskazuje na konieczność dalszej weryfikacji podstaw prawnych władania pojazdami, a ponadto, za pożądane należało by uznać przeprowadzenie przez Zamawiającego czynności pozwalających na pełną weryfikację nie tylko podstaw prawnych do dysponowania pojazdami, lecz również spełniania przez wskazywane w załącznikach pojazdy wymaganych w specyfikacji kryteriów technicznych, przykładowo poprzez zawezwanie Wykonawcy do przedłożenia kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów.

Jeszcze więcej wątpliwości budzi przedłożony przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. WYKAZ BAZ MAGAZYNOWO-TRANSPORTOWYCH W przedmiotowym wykazie wskazana jest baza zlokalizowana pod adresem Witaszyczki 1A, 63-200 Jarocin, natomiast jako podstawa dysponowania wskazane zostało „Dysponowanie bezpośrednio”, bez wskazania, czy dysponowanie to jest w ramach potencjału własnego czy też będzie to dyspozycja potencjałem innego podmiotu zgodnie z art. 22a ustawy Pzp. Wątpliwość ta nie została w żaden sposób zweryfikowana przez Zamawiającego, a jak się okazuje, jest tym bardziej uzasadniona, w świetle informacji dostępnych na oficjalnych stronach spółek ZGO-NOVA sp. z o.o., występującej jako Wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach

gmin - uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego”, prowadzonego przez Zamawiającego Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego w części V przedmiotu zamówienia, oraz spółki „Zakład Gospodarki Odpadami” sp. z o.o. w Jarocinie.

Dowód: wydruk informacji zawartych na oficjalnych stronach internetowych spółek ZGO sp. z o.o. i ZGO-NOVA sp. z o.o.

Na podstawie informacji zawartych na oficjalnych stronach internetowych wyżej wskazanych spółek, należy dojść do jednoznacznego wniosku, że spółka ZGO-NOVA sp. z o.o. występująca jako Wykonawca w przedmiotowym postępowaniu zamówieniowym, powstała poprzez wydzielenie ze struktur „Zakładu Gospodarki Odpadami” sp. z o.o. w Jarocinie jako firma specjalizująca się wyłącznie w wywozie odpadów. Nasuwać to musi oczywistą konsekwencję logiczną, że całość działań związanych z zagospodarowaniem odpadów z terenu obsługiwanego przez spółkę „matkę” „Zakład Gospodarki Odpadami” sp. z o.o. w Jarocinie, nadal pozostaje w gestii „Zakładu Gospodarki Odpadami” sp. z o.o. w Jarocinie, w tym również dysponowanie bazą magazynową. Informacje te zdaniem Odwołującego, poddaje w szczególną wątpliwość okoliczność faktycznego „dysponowania bezpośredniego” bazą magazynowo-transportową położoną w Witaszyczkach 1A przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. w zakresie wymaganym przez Rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122).

W szczególności wątpliwości budzi uprawnienie Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. do dysponowania w sposób bezpośredni częścią magazynową bazy wymaganej przez wyżej wskazane rozporządzenie, jak i okoliczności, czy w wypadku faktycznego bezpośredniego dysponowania bazą magazynowo-transportową przez spółkę ZGO-NOVA sp. z o.o. zapewnione zostało rozdzielanie miejsc magazynowania selektywnie zebranych odpadów, na część pozwalającą na magazynowanie odpadów w ramach realizacji zamówienia publicznego na „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach gmin - uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego”, prowadzonego przez Zamawiającego Komunalny Związek Gmin Regionu Leszczyńskiego w części V przedmiotu zamówienia, jak i realizacji przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. obsługi zbiórki odpadów komunalnych, wykonywanych w obszarze obsługi zadania publicznego wskazanego na oficjalnej stronie „Zakładu Gospodarki Komunalnej” sp. z o.o. w Jarocinie pn. „Zorganizowanie i nadzór nad funkcjonowaniem systemu gospodarki odpadami i osadami ściekowymi dla gmin objętych POROZUMIENIEM wraz z budową Zakładu Zagospodarowania Odpadów Jarocin z siedzibą w Witaszyczkach”, które to zadanie w

zakresie odbioru odpadów komunalnych z pewnością jest realizowane przez ZGO-NOVA sp. z o.o., nijako „pod” spółką „Zakład Gospodarki Odpadami” sp. z o.o. z siedziba w Jarocinie.

Zdaniem Odwołującego, wyżej przedstawione okoliczności, w pełni uzasadniają zarzuty wskazane w punktach 1-4 petitum odwołania, przez uprawdopodobnienie okoliczności wprowadzenia w błąd Zamawiającego przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. w zakresie polegania na zasobach innych podmiotów, co skutkuje wykluczeniem Wykonawcy i odrzuceniem oferty. Okoliczności te uzasadniają również zarzuty wskazane w punktach 5-6 petitum odwołania, wskazujących na zaniechania Zamawiającego w przedmiocie działań zmierzających do zobowiązania Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. do przedstawienia dokumentów potwierdzających okoliczności dysponowania zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia w części V, tj. bazą magazynowo-transportową, pojazdami umożliwiającymi odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jak też zaniechanie przez Zamawiającego czynności mogących zweryfikować możliwości realizacji zamówienia z części V przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o., wobec znanej Zamawiającemu okoliczność odbioru odpadów komunalnych przez Wykonawcę ZGO-NOVA sp. z o.o. z obszarów innych gmin, w zastawieniu z wykazanym w przedłożonej ofercie Wykonawcy ZGO-NOVA sp. z o.o. parkiem maszyn pojazdów specjalistycznych, w liczbie odpowiadającej minimalnym wymaganiom specyfikacji do obsługi przedmiotu zamówienia obejmującej część V.

Zdaniem Odwołującego, wykonanie przez Zamawiającego w sposób wnikliwy wszelkich czynności sprawdzających, których Odwołujący oczekuje w ramach powtórzonego postępowania, pozwoli nie tylko wyeliminować sferę niepewności i niedomówień, całkowicie niedopuszczalną w świetle zasad rządzących postępowaniem o udzielanie zamówień publicznych, ale pozwoli na weryfikację przeprowadzonego postępowania i dokonanie wyboru oferty, w sposób nie pozostawiający wątpliwości w zakresie jej sprawnej realizacji.

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu**



**się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

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

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę sklasyfikowaną na drugim miejscu w ramach części V zamówienia. Odwołujący wnosząc o wykluczenie Przystępującego z postępowania i w konsekwencji o odrzucenie oferty uznanej przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w przypadku uwzględnienia odwołania ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody zawnioskowane przez Odwołującego w treści odwołania oraz złożony na etapie rozprawy dowód w postaci umowy najmu z dnia 30.09.2016 r. dotyczącej nieruchomości gruntowej położonej w Witaszyczkach.

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

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

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

Izba ustaliła, iż przedmiotem postępowania jest odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenach gmin – uczestników Komunalnego Związku Gmin Regionu Leszczyńskiego.

Następnie Izba ustaliła, iż postępowanie zostało wszczęte w dniu 08.09.2016 r. w związku z publikacją ogłoszenia w suplemencie do Dziennika Urzędowego UE pod numerem 2016/S 173 – 310929. Powyższe oznacza, iż do przedmiotowego postępowania mają zastosowanie przepisy znowelizowanej ustawy Prawo zamówień publicznych tj. ustawy zmienionej w związku z wejściem w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020).

Izba ustaliła również, iż Zamawiający w treści ogłoszenia o zamówieniu oraz treści SIWZ sformułował m.in. następujące wymagania:

1. Ogłoszenie sekcja III.1.3) Zdolność techniczna i kwalifikacje zawodowe pkt b) Wykonawca wykaże, że posiada bazę magazynowo – transportową, o jakiej mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z 11.1.2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) oraz dysponuje lub będzie dysponował wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w ilości co najmniej: Dla części V:

- a) 3 pojazdy specjalistyczne o masie powyżej 7 ton przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych;
- b) 1 pojazd specjalistyczny o masie do 7 ton przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych;
- c) 2 pojazdy specjalistyczne kontenerowe do obsługi kontenerów;
- d) 1 pojazd specjalistyczny z HDS do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych w pojemnikach typu „dzwon”;
- e) 1 pojazd o masie do 7 ton do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych.

Analogiczne warunki zostały przez Zamawiającego powtórzone w treści SIWZ w Rozdziale 5. Zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia” pkt 6.3. zatytułowany „Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 2 lit. c) SIWZ, jeżeli” ujęty w lit. b) dla Część V przedmiotu zamówienia.

W Rozdziale 6 SIWZ zatytułowanym „Zasady składania oświadczeń i dokumentów” Zamawiający wskazał na konieczność wypełnienia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (dalej: JEDZ) odrębnie dla każdej części Zamówienia (załącznik nr 3 i 4 do SIWZ) oraz w ramach załącznika nr 9 Formularz WYKAZ BAZ (składanego tylko przez wykonawcę wezwanego przez zamawiającego), jak również załącznika nr 10 Formularz LISTA POJAZDÓW, którymi wykonawca będzie świadczył usługę odbioru odpadów

komunalnych (składanego tylko przez wykonawcę wybranego w terminie 7 dni przed rozpoczęciem wykonywania usługi).

Izba następnie ustaliła, iż wykonawca ZGO – NOVA Spółka z o.o. w złożonej ofercie zaoferował wykonanie zamówienia w zakresie części V za cenę 6.979.164,71 złotych brutto. Wraz ze złożoną ofertą wykonawca przedłożył JEDZ, w którym w części C zatytułowanej „Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów” w rubryce zatytułowanej „Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?” wskazano odpowiedź „NIE”. Następnie Izba ustaliła, iż w części JEDZ oznaczonej literą D zatytułowaną „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega” w rubryce zatytułowanej „Podwykonawstwo: Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?” wskazano odpowiedź „NIE”.

Izba ustaliła również, iż w dokumencie JEDZ na str. 15 w ramach działu oznaczonego literą C zatytułowanego „Zdolność techniczna i zawodowa” w pkt 9) opisanym w sposób następujący „Będzie dysponował następującymi narzędziami, wyposażeniem zakładu i urządzeniami technicznymi na potrzeby realizacji zamówienia:” wskazano następujące pozycje:

a) baza magazynowo – transportową, o jakiej mowa w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z 11.1.2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122);:

- a) 3 pojazdy specjalistyczne o masie powyżej 7 ton przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych;
- b) 1 pojazd specjalistyczny o masie do 7 ton przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych;
- c) 2 pojazdy specjalistyczne kontenerowe do obsługi kontenerów;
- d) 1 pojazd specjalistyczny z HDS do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych w pojemnikach typu „dzwon”;
- e) 1 pojazd o masie do 7 ton do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych.
- f) 1 pojazd o masie do 7 ton do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych.

Zamawiający pismem datowanym na dzień 25.10.2016 r. wezwał wykonawcę ZGO – NOVA Spółka z o.o. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy Pzp m.in. do złożenia aktualnych na dzień złożenia, dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw do wykluczenia:

b) wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych Wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami, sporządzonego według wzoru stanowiącego Załącznik Nr 8 do SIWZ oraz Załącznik Nr 9 do SWIZ – na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w Rozdziale 5 pkt 6.3. lit. b) SIWZ.

Wykonawca ZGO – NOWA Spółka z o.o. pismem datowanym na dzień 26.10.2016 r. w związku z powyższym wezwaniem przedłożył m.in.:

- sporządzony zgodnie z załącznikiem nr 8 do SIWZ „Wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych wykonawcy usług” w którym na str. 3 zostały wskazane:

Lp. 1. pojazd specjalistyczny o masie powyżej 7 ton przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (ilość 3) o następujących numerach rejestracyjnych i podstawie dysponowania danym pojazdem:

- PJA FG12 – potencjał własny;
- PO5L346 – potencjał własny/dysponowanie bezpośrednie;
- PJAVE21 – potencjał własny;

Lp. 2. pojazd specjalistyczny o masie do 7 ton przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych (ilość 1) o następującym numerze rejestracyjnym i podstawie dysponowania:

- PJA 46 SL – potencjał własny;

Lp. 3. pojazd specjalistyczny kontenerowy do obsługi kontenerów (ilość 2) o następujących numerach rejestracyjnych i podstawie dysponowania danym pojazdem:

- PJA 54JM – potencjał własny;
- WOT24564 - potencjał własny/dysponowanie bezpośrednie;

Lp. 4. pojazd specjalistyczny z HDS do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych w pojemnikach typu „dzwon” (ilość 1) o następującym numerze rejestracyjnym i podstawie dysponowania:

- PJAYJ60 – własność;

Lp. 5. pojazd o masie do 7 ton do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych (ilość 1) o następującym numerze rejestracyjnym i podstawie dysponowania:

- PJAF93 – własność.

Jednocześnie Izba ustaliła, iż pod tabela na stronie 5 załącznika nr 8 do SIWZ Zamawiający zamieścił następujące postanowienia: „Wykonawca powinien wskazać, na jakiej podstawie dysponuje wskazanym potencjałem (potencjał własny lub potencjał innego podmiotu zgodnie z art. 22a ustawy Pzp). Jeżeli Wykonawca polegał będzie na zasobach innych podmiotów zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia”.

Izba ustaliła również, iż w związku z wezwaniem wykonawcy ZGO – NOVA Spółka z o.o. do uzupełnienia dokumentów przedłożył on również na wzorze stanowiącym załącznik nr 9 do SIWZ „Wykaz baz magazynowo – transportowych”, w którym wskazał bazę zlokalizowaną w miejscowości Witaszczyki 1A, 63-200 dedykowaną dla sektora V dla której, jako podstawę dysponowania, wskazał „dysponowanie bezpośrednie”.

Następnie Izba ustaliła, iż Zamawiający pismem z dnia 21.11.2016 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty dla części I, IV, V zamówienia” poinformował wykonawców w zakresie części V o wyborze oferty wykonawcy ZGO – NOVA Spółka z o.o.

Na powyższą czynności Odwołujący wniósł w dniu 30.11.2016 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż obecne uregulowania odnoszące się do procedury ubiegania się o zamówienie publiczne stanowią odzwierciedlenie wymagań ujętych w Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r.) oraz Dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach

gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r.).

Wprowadzone do systemu zamówień publicznych w wyniku nowelizacji będącej skutkiem wejścia w życie z dniem 28.07.2016 r. nowelizacji zawartej w ustawie z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020) odnoszą się zarówno do komunikacji pomiędzy podmiotem zamawiającym oraz wykonawcami ubiegającymi się o zamówienie, jak również obejmują czynności związane z wykazywaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz braku przesłanek wykluczenia. W wersji docelowej, która stanowi realizację przepisów ujętych w dyrektywach, zmiany te prowadzić mają do wyłącznie elektronicznej komunikacji w ramach prowadzonych postępowań oraz oparcia informacji odnoszących się do spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz wykazania spełnienia kryteriów kwalifikacji wyłącznie na oświadczeniach własnych wykonawców, w tym oświadczeniach składanych przy wykorzystaniu Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia.

Oznacza to, iż wykonawcy składający wnioski lub oferty, na potwierdzenie wymagań podmiotowych (zarówno pozytywnych, jak i negatywnych) oraz wymagań przedmiotowych będą realizowali ten obowiązek składając oświadczenia wiedzy bez konieczności składania w pierwszym etapie postępowania jakichkolwiek dokumentów. Powyższe natomiast będzie miało, w ramach środków ochrony prawnej, znaczny wpływ na postępowanie dowodowe prowadzone przed Izby oraz następnie sądem powszechnym rozpoznającym skargę na orzeczenie Izby. Wynika to z faktu, iż wykonawcy aby podważyć konkurencyjne oferty lub wnioski i doprowadzić do wyeliminowania konkurencji z postępowania będą zmuszeni pozyskać samodzielnie dowody podważające prawdziwość złożonych oświadczeń. Tym samym, jak wyżej wskazano, taki sposób procedowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego będzie miał również wpływ na przebieg procedury odwoławczej.

Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy P.z.p. strony postępowania odwoławczego są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 ustawy Kodeks cywilny spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi korzystne dla siebie skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) przy wykorzystaniu przedstawionych dowodów o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, której konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik

postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradyktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

Izba stwierdziła, że stosownie do art. 6 ustawy Kodeks cywilny oraz art. 190 ust. 1 ustawy Pzp ciężar dowodu obciążał w niniejszej sprawie Odwołującego. Zamawiający i Przystępujący zaprzeczyli jakoby zostały złożone nieprawdziwe informacje, zaś Zamawiający dodatkowo wskazał, że brak było po jego stronie wątpliwości co do ich prawdziwości oraz podniósł, że obowiązujące przepisy prawa nie uprawniają go do żądania wskazanych przez Odwołującego w treści odwołania dokumentów.

Izba wskazuje, iż Odwołujący całą swoją argumentację oparł w zasadzie na przypuszczeniach i domniemaniach wskazując na zawarte na stronie internetowej przedsiębiorstwa ZGO Spółka z o.o. informacje, z których wywnioskował, iż otrzymanie dotacji ze środków UE uniemożliwia oddanie bazy magazynowo – transportowej we władanie osobie trzeciej (w tym wypadku Przystępującemu), nawet jeżeli jest to podmiot powiązany z właścicielem. Odwołujący w tym zakresie, tj. w odniesieniu do postawionego zarzutu związanego z bazą magazynowo – transportową nie przedstawił żadnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, pomimo faktu, iż w ocenie Izby taka możliwość istniała. Wszakże obecnie narzędzia informatyczne umożliwiają uzyskanie nieodpłatnie drogą elektroniczną map ewidencyjnych niemal całego obszaru Polski, w tym ortofotomap oraz zdjęć lotniczych i satelitarnych, które mogłyby stanowić podstawę oceny twierdzeń i dowodów przedłożonych przez Przystępującego. Izba dopuszczając jako dowód kopię umowy zawartej pomiędzy Przystępującym a przedsiębiorstwem ZGO Spółka z o.o. nie znalazła żadnych podstaw do odmówienia wiary wiarygodności i mocy dowodowej dla tego dokumentu. Pomimo wskazywania przez Odwołującego na jego wątpliwości w ramach oceny tego dokumentu w materiale dowodowym nie znalazł się żaden kontrdowód mogący odmówić wiary dla faktów, które ten dokument potwierdza. Tym samym Izba przyjęła za udowodnione, że Przystępujący dysponuje w sposób bezpośredni bazą magazynowo – transportową położoną w miejscowości Witaszczyki na podstawie umowy najmu zawartej z przedsiębiorstwem ZGO Spółka z o.o.

Odnosząc się do ogólnych wytycznych związanych z procesem dowodzenia nie ma w tym wypadku znaczenia okoliczność, że jak twierdził Odwołujący nie ma on obowiązku dowodzenia nieistnienia pewnych okoliczności. W ocenie Izby takie rozumienie przez Odwołującego rozkładu ciężaru dowodu jest błędne. Jak wyżej wskazano Odwołujący wnosząc odwołanie podważa prawdziwość oświadczeń własnych Przystępującego złożonych w toku postępowania zgodnie z określonymi w ogłoszeniu i SIWZ regułami oraz zgodnie z unormowaniami wprowadzonymi ostatnią nowelizacją ustawy Pzp. Tym samym zaprzeczając prawdziwości wskazanych w treści odwołania oświadczeń (dotyczących potencjału technicznego) był on zobligowany do wykazania, iż wskazany przez siebie odmienny stan rzeczy rzeczywiście istnieje. W ocenie Izby w tym zakresie nie tylko nie doszło do udowodnienia tego stanu, lecz nie doszło nawet do jego uprawdopodobnienia.

Izba jedynie na marginesie wskazuje, że przeciwne rozumienie tego ciężaru prowadziłyby do sytuacji, iż każde zakwestionowanie prawdziwości oświadczeń wiedzy prowadziłyby do podważenia wyniku postępowania i wszczęcia postępowania wyjaśniającego, zaś w ostateczności nawet do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Zatem jak wyżej wskazano, w ocenie Izby, podważenie prawdziwości oświadczeń wiedzy wymaga przedstawienia dowodów wskazujących na odmienny od wyrażonego w tych oświadczeniach stanu rzeczy.

Oceniając dowody oraz oświadczenia złożone przez Przystępującego Izba uznała, iż wyjaśnienia w zakresie podstaw dysponowania pojazdami przeznaczonymi do realizacji przedmiotu zamówienia, korespondują z treścią wykazu złożonego przez Przystępującego na załączniku nr 8 do SIWZ. Izba wskazuje również, iż analizując treść tego dokumentu nie sposób, wbrew twierdzeniom Odwołującego, doszukać się tam rozbieżności, czy też niejasności. Ujęte tam zwroty „dysponowanie bezpośrednie” i „potencjał własny” oraz „własność” są zwrotami jednoznacznymi i nie wymagającymi żadnych zabiegów interpretacyjnych.

Dodać również należy, że zwroty „potencjał własny” i „dysponowanie bezpośrednie” należy uznać za synonimy mogące być używane zamiennie w przypadku takich podstaw dysponowania jak prawo własności lub umowa leasingu – które to podstawy władania Przystępujący wskazał na rozprawie. Wskazać należy, iż różnorodność podstaw władania rzeczami ruchomymi będąca konsekwencją różnorodności prawnego i faktycznego otoczenia związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej może stanowić trudność przy dopasowaniu określonego w załączniku nr 8 do SIWZ zwrotu do sposobu władania i dysponowania rzeczą (w tym wypadku pojazdami specjalistycznymi). Jednakże mając na



uwadze wyjaśnienia Przystępującego i jego stanowisko w tym przedmiocie, do którego Odwołujący nie odniósł się w toku rozprawy, wyjaśnienia te należy uznać za spójne ze złożonym wykazem. Przystępujący wszakże oświadczył, że dwa wśród całej grupy wskazanych w załączniku nr 8 do SWIZ pojazdów znajdują się leasingu, a pozostałe stanowią jego własność. W tym zakresie w przedstawionym wykazanie (sporządzonym wg wzoru stanowiącego załącznik nr 8 do SIWZ) można ustalić, że dla dwóch pojazdów wskazano jako sposób władania potencjał własny/dysponowanie bezpośrednio, zaś ich numery rejestracyjne są odmienne od pozostałych – co w ocenie Izby koresponduje z wyjaśnieniami Przystępującego, że objęte są one umową leasingu.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż Zamawiający nie miał podstaw prawnych i faktycznych do kwestionowania oświadczeń wiedzy złożonych w toku postępowania przez Przystępującego, tym samym nie zaistniały podstawy do wezwania tego wykonawcy do złożenia wyjaśnień, tym bardziej brak było podstaw do wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i w konsekwencji odrzucenia jego oferty.

Mając na uwadze powyższe, w ocenie Izby, w toku prowadzonego postępowania nie doszło do naruszenia art. 24 udt. 1 pkt 12 i 16 ustawy Pzp, art. 89 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp, art. 26 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, art. 22d ust. 2 ustawy Pzp oraz w konsekwencji art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Izba nie uwzględniła zgłoszonego przez Przystępującego wniosku w zakresie kosztów zastępstwa przez Krajową Izbą Odwoławczą. Zgodnie bowiem z § 3 pkt 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 2 ww. rozporządzenia do kosztów postępowania odwoławczego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika zalicza się koszty uczestnika postępowania odwoławczego, który przystąpił po stronie zamawiającego, jedynie w przypadku uwzględnienia w całości odwołania przez zamawiającego oraz wniesienia sprzeciwu przez przystępującego na podstawie 186 ust. 4 ustawy Pzp.

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

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i

sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

