

Sygn. akt KIO 3104/22

**WYROK**

**z dnia 5 grudnia 2022 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Wiktoria Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 grudnia 2022 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2022 r. przez wykonawcę **ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Mirosławcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Świdwin**

przy udziale wykonawcy **Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połczynie-Zdroju**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Gminie Świdwin unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połczynie-Zdroju do wyjaśnienia przedmiotu ubezpieczenia objętego polisą nr 95 002314 (na podstawie art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez specyfikację warunków zamówienia (na podstawie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).**
- 2. kosztami postępowania obciąża Gminę Świdwin i:**
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę ATF spółka**

**z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Mirosławcu** tytułem wpisu od odwołania,

**2.2. zasądza od Gminy Świdwin na rzecz wykonawcy ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Mirosławcu, kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i 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

I. Gmina Świdwin (dalej: Zamawiający), prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych albo p.z.p) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem pn. „Świadczenie usług w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Świdwin”, znak: IZP.271.4.2022.

W dniu 23 listopada 2022 r. w tymże postępowaniu, przez wykonawcę ATF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa w Mirosławcu (dalej: Odwołujący) zostało wniesione odwołanie.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 115 ust. 1 pkt 3) p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku postawionego przez Zamawiającego dotyczącego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, postawionego w rozdziale II punkt 7 ppkt 3) SWZ, albowiem wykonawca przedstawił polisę, z której nie wynika, iż został spełniony warunek postawiony przez Zamawiającego: „Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną nie mniejszą niż 80 000,00 zł”; przedmiot ubezpieczenia nie wynika z treści polisy: „działalność wykonywana i przyjęta do ubezpieczenia: zgodnie z SWZ oraz ofertą przetargową z dnia 22.06.2022 r.; adresy miejsc ubezpieczenia: zgodnie z SWZ. Postanowienia dodatkowe: Warunki i zakres ubezpieczenia zgodne z SWZ na ubezpieczenie MPGO, późniejszymi zmianami (odpowiedzi na pytania oferentów i zmiany do SWZ) oraz ofertą przetargową z dnia 22.06.2022 r.” — zatem nie sposób ustalić czy przedmiot polisy dotyczy działalności związanej z przedmiotem zamówienia, co nie pozwala na przyjęcie, iż postawiony przez Zamawiającego warunek został spełniony.
- 2) art. 116 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił postawionego przez Zamawiającego warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale II punkt 7 ppkt 4) b) SWZ,

z uwagi na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu niezgodnego z wymaganiami rozdziału II punkt 8 ppkt 2) 1) g) tj. załącznikiem nr 8 do SWZ, co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu.

3) art. 16 w zw. z art. 17 ust. 1, 2 p.z.p. w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p. poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji, dokonania niedostatecznie wnikliwej analizy dokumentów przedłożonych przez wykonawcę w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu złożonych przez wykonawcę na wezwanie Zamawiającego.

4) art. 223 ust. 1 p.z.p. w zw. z art. 239 p.z.p. poprzez niezastosowanie art. 239 ust. 1 w celu wyjaśnienia sprzeczności oświadczeń wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, ujętych w punkcie 8 oferty dotyczącym podwykonawstwa - w pierwszym zdaniu wykonawca oświadczył, że zrealizuje przedmiot zamówienia przy udziale podwykonawców, z kolei w punkcie a) wskazał, że zrealizuje usługę samodzielnie, bez udziału podwykonawców. W konsekwencji Zamawiający dokonał wyboru oferty wewnętrznie sprzecznej, zgodnie z art. 239 p.z.p.

Nadto Odwołujący składał zarzut ewentualny naruszenia art. 128 p.z.p. w zw. z art. 7 pkt 17) p.z.p. w wypadku próby sanowania zaprezentowanych przez Odwołującego w powyższych zarzutach błędów Zamawiającego poprzez wezwanie wykonawcy MPGO sp. z o.o. w Wardyniu Górnym do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń wymaganych w SWZ.

W konsekwencji tak podniesionych zarzutów, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Sp. z o.o.,
2. dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy MPGO Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1) b) p.z.p.
3. dokonania czynności badania ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie i na rozprawie wnosił o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego wykonawca Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połczynie-Zdroju (dalej: Przystępujący) skutecznie zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego.

Izba ustaliła, że nie zaszła żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 Prawa zamówień publicznych, skutkujących odrzuceniem odwołania.

II. Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Ustaleń okoliczności, stanowiących podstawę rozstrzygnięcia, Izba dokonała na podstawie kopii dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy, w tym w szczególności oferty złożonej przez Przystępującego i jego polisy ubezpieczeniowej

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje.

Zamawiający postawił w specyfikacji warunków zamówienia (dalej: SWZ) warunek udziału w postępowaniu, dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej w następujący sposób: „Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek, jeżeli posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną ubezpieczenia nie mniejszą niż 80 000,00 zł.” (rozdział II punkt 7 SWZ).

Przystępujący na wezwanie Zamawiającego wykonawca przedłożył polisę nr 95 002314, potwierdzającą ubezpieczenie mienia i odpowiedzialności cywilnej z sumą gwarancyjną 1 250 000zł. W treści polisy wskazano, że „Działalność wykonywana i przyjęta do ubezpieczenia: zgodnie z SWZ oraz ofertą przetargową z dnia 22.06.2022r.” Jako przedmiot ubezpieczenia wskazano odpowiedzialność cywilną (...) „plus klauzule rozszerzające zakres ubezpieczenia ustalone jako podlimity sumy gwarancyjnej zgodnie z SWZ, odpowiedziami na pytania oraz ofertą przetargową z dnia 22.06.2022 r.”.

Odwołujący podnosił w odwołaniu, że powyżej opisana polisa odnosi się nieokreślonego SWZ oraz oferty z dnia 22 czerwca 2022 roku. Należy zatem zdaniem Odwołującego przyjąć, że polisa nie spełnia wymagań postawionych przez Zamawiającego w SWZ, a co za tym idzie wykonawca nie wykazał, iż spełnił warunek postawiony przez Zamawiającego. Niespełnienie warunku udziału w postępowaniu obliguje Zamawiającego do odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2) b) p.z.p.

Z kolei Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie podnosił, że polisa przedłożona przez Przystępującego spełnia wymagania SWZ co do wysokości sumy ubezpieczenia i obejmuje odpowiedzialność cywilną. Powoływał się na wypis z Krajowego Rejestru

Sądowego Przystępującego, i wskazywał, że prowadzona przez niego działalność jest bezpośrednio związana w przedmiotem zamówienia – obejmuje usługi w zakresie odbioru i transportu odpadów. W konsekwencji, zdaniem Zamawiającego, Przystępujący spełnił warunek odnośnie sytuacji ekonomicznej i finansowej.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje.

Stosownie do art. art. 115 ust. 1 pkt 3) Prawa zamówień publicznych w odniesieniu do sytuacji finansowej lub ekonomicznej zamawiający może określić warunki, które zapewnią posiadanie przez wykonawców zdolności ekonomicznej lub finansowej niezbędnej do realizacji zamówienia. W tym celu zamawiający może wymagać w szczególności posiadania przez wykonawcę odpowiedniego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. W ocenie Izby przedłożona przez Przystępującego w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia polisa odnosi się do bliżej nieokreślonego zakresu – powołuje się na specyfikację i ofertę postępowania, które w żaden sposób nie zostało skonkretyzowane (z pewnością nie chodzi o specyfikację i ofertę złożoną w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do tego nie było sporu między stronami). W konsekwencji Zamawiający powinien wyjaśnić zakres ubezpieczenia objęty przedłożoną polisą.

Ze względu na powyższe, Izba orzekła, jak w sentencji, nakazując Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wezwanie wykonawcy Międzygminnego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Połczynie-Zdroju do wyjaśnienia przedmiotu ubezpieczenia objętego polisą nr 95 002314 (na podstawie art. 128 ust. 4 Prawa zamówień publicznych) lub uzupełnienia dokumentu potwierdzającego posiadane ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie wymaganym przez specyfikację warunków zamówienia (na podstawie art. 128 ust. 1 Prawa zamówień publicznych).

Natomiast w ocenie Izby nie potwierdziły się pozostałe zarzuty odwołania.

Odwołujący zarzucał naruszenie art. 116 ust. 1 w zw. z art. 239 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy, który nie spełnił warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej, postawionego w rozdziale II punkt 7 ppkt 4) b) SWZ, z uwagi na złożenie przez wykonawcę, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu niezgodnego z wymaganiami rozdziału II punkt 8 ppkt 2) 1) g) tj. załącznikiem nr 8 do SWZ, co nie pozwala na przyjęcie, iż wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. Zdaniem Odwołującego za takim

twierdzeniem przemawiał fakt, że Przystępujący wypełnił tabelę „wykaz narzędzi” niezgodnie ze wzorem załączonym do SWZ.

Izba ustaliła co następuje: Zamawiający w rozdziale 2 punkt 7 pkt 3) ppkt 4) b) SWZ określił przedmiotowy warunek, dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej. Mianowicie wykonawca powinien dysponować m.in.: co najmniej dwoma pojazdami przystosowanymi do odbierania odpadów komunalnych; co najmniej dwoma pojazdami do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz co najmniej jednym pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej typu bramownic lub hakowiec, spełniające wymagania określone w Rozporządzeniu 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).

Przystępujący nie wskazał w wykazie roku produkcji pojazdów ani nie wskazał, który z nich jest hakowcem, a który bramowcem. W ocenie Odwołującego tym samym nie wykazał on spełnienia postawionego przez Zamawiającego warunku.

Na tej podstawie Izba zważyła, co następuje: zarzut jest nieuzasadniony.

Zamawiający określając warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej nie postawił żadnych wymogów odnośnie roku produkcji pojazdów. Informacja ta jest zatem bez wpływu na ocenę spełnienia tego warunku. Podobnie, wskazanie, który z pojazdów z wykazu będzie pełnił określoną funkcję również nie ma wpływu na taką ocenę. Odwołujący nie twierdził, że pojazdy wskazane przez Przystępującego w wykazie nie posiadają określonych funkcjonalności, a jedynie podnosił, że nie wskazano, który z pojazdów jaką funkcję będzie pełnił. Jeżeli Zamawiającemu jest potrzebna ta informacja, może zwrócić się do wykonawcy ze stosownym pytaniem, jednak dookreślenie tej kwestii nie ma wpływu na ocenę spełnienia warunku udziału w postępowaniu, skoro Odwołujący nie kwestionował właściwości samych pojazdów (nawet nie podejmował w tym zakresie żadnych prób dowodowych).

Również okoliczność, że Przystępujący w ofercie nie wykreślił oświadczenia o realizacji zamówienia przez podwykonawców (oświadczenie było częścią wzoru oferty, stanowiącego załącznik nr 2 do SWZ) nie mogło mieć żadnego wpływu na ocenę oferty, skoro Przystępujący wyraźnie oświadczył w ofercie, że zamówienie wykona „samodzielnie, bez udziału podwykonawców” i żadnych podwykonawców nie wskazał. Dlatego Izba oddaliła pozostałe zarzuty odwołania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 557 oraz art. 575 ustawy Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy 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:** .....