

WYROK
z dnia 17 maja 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Matecka

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę i Miasto Kozięłowy

przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów naruszenia przepisów: art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1); art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 1.1); art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (zarzut nr 2).
2. W pozostałym zakresie odwołanie oddala.

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:

3.1. 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.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, 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 i Miasto Koziegłowy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, na których powstają odpady komunalne na terenie Gminy i Miasta Koziegłowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 grudnia 2020 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2020/S 250-625212. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z art. 90 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), jako wszczętego i niezakończonego przed dniem 1 stycznia 2021 r., stosuje się przepisy dotychczasowe, tj. przepisy ustawy art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”.

I. W dniu 15 marca 2021 r. wykonawca PZOM S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w Konopiskach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie, ewentualnie zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu usług, zaniechania wezwania ww. wykonawcy do uzupełnienia wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, zaniechania wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i zaniechania uznania złożonej przez niego oferty za odrzuconą, ewentualnie zaniechania wezwania ww. wykonawcy do złożenia JEDZ dotyczącego wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „Zobowiązania podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

- [1.] art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANIKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych tj. doświadczenia, o którym mowa w ust. 2.3) lit. a) Działu V SIWZ oraz udzielenie zamówienia publicznego temu wykonawcy;
- [1.1.] art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych

„SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;

ewentualnie

- [1a.] art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług wykonanych, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie posiadanego doświadczenia odnoszącego się do umowy realizowanej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków;
- [2.] art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w postaci dysponowania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ;
- [3.] art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie zamówienia publicznego temu wykonawcy;

- [4.] art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że dysponuje pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.; ewentualnie
- [4a.] art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „Zobowiązania podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło.

W związku z podniesionymi zarzutami odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- unieważnienia dokonanej czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niepotwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w postaci wymaganego doświadczenia; ewentualnie
- wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia aktualnego wykazu usług uwzględniającego usługę wykonywaną w okresie od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków celem potwierdzenia spełnienia warunku udziału w postępowaniu;
- wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w postaci dysponowania przez wykonawcę „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r.

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie " zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ;

- wykluczenia z postępowania wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp wobec wprowadzenia zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.;
- ewentualnie
- wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „Zobowiązania podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło;
- wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu ze względu na niepotwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.;
- dokonania czynności ponownego badania, oceny ofert;
- dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie ustalonych w SIWZ kryteriów oceny ofert, przy uwzględnieniu konsekwencji wynikających z powtórnej oceny ofert.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania odwołujący złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutów oznaczonych numerami 1, 1.1 oraz 2, tj. zarzutów naruszenia przepisów:

- [1.] art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych tj. doświadczenia, o którym mowa w ust. 2.3) lit. a) Działu V SIWZ oraz udzielenie zamówienia publicznego temu wykonawcy;
- [1.1.] art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych

„SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;

- [2.] art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w postaci dysponowania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych SANiKO” sp. z o.o. „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ.

II. Pismem wniesionym w dniu 7 maja 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Myszkowie („przystępujący”). Stanowisko w sprawie przystępujący przedstawił w piśmie z dnia 11 maja 2021 r. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Mając na uwadze, że odwołanie zostało wniesione do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 marca 2021 r., do postępowania odwoławczego, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy

dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020 ze zm.), mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp z 2019 r.”.

Wobec złożenia przez odwołującego oświadczenia o wycofaniu zarzutów naruszenia przepisów:

- [1.] art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznych lub zawodowych tj. doświadczenia, o którym mowa w ust. 2.3) lit. a) Działu V SIWZ oraz udzielenie zamówienia publicznego temu wykonawcy;
- [1.1.] art. 24 ust. 1 pkt 16) lub ewentualnie pkt 17) w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, należycie wykonał lub wykonuje usługę polegającą na odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli, co najmniej 500 nieruchomości, na których powstają odpady komunalne w ciągu 6 następujących po sobie miesięcy lub ewentualnie co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, a mające istotny wpływ na podejmowanie przez niego decyzji w zakresie oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanego doświadczenia;
- [2.] art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia „Wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami” w postaci dysponowania przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. „Oprogramowaniem umożliwiającym generowanie sprawozdań zgodnie z ustawą z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku

w gminach wraz z aktualnymi licencjami na ww. oprogramowanie” zgodnie z załącznikiem nr 6 do SIWZ

postępowanie odwoławcze w zakresie ww. zarzutów podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 ustawy Pzp z 2019 r. stosowanego odpowiednio w przypadku częściowego wycofania zarzutów odwołania.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania do uzupełnienia wykazu usług wykonanych, zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ, potwierdzającego spełnianie warunku udziału w postępowaniu dotyczącego zdolności technicznych lub zawodowych w zakresie posiadanego doświadczenia odnoszącego się do umowy realizowanej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. od 25.09.2019 r. do 31.12.2020 r. na rzecz Gminy Myszków [1a.].

Odwołujący zarzucił, że przystępujący przedstawiając dodatkową usługę na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia złożył jedynie uzupełniony dokument JEDZ i referencję, lecz nie złożył wykazu usług. Izba ustaliła, że treść dokumentacji postępowania potwierdza stanowiska odwołującego (pismo przystępującego z dnia 25 lutego 2021 r. w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia wyjaśnień z dnia 22 lutego 2021 r.). Podniesiony w ww. zakresie zarzut potwierdził się, jednakże Izba uznała, że stwierdzone naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp nie ma wpływu na wynik postępowania. Uzupełniony wykaz usług został ostatecznie złożony w postępowaniu. Natomiast w ramach podniesionego w odwołaniu zarzutu odwołujący nie kwestionował samej usługi, a jedynie brak dopełnienia formalnego wymogu co do złożenia wykazu usług. W związku z tym Izba uznała, że nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej wyłączenie w celu wezwania przystępującego do złożenia oświadczenia (w formie wykazu), które już zostało przez niego w postępowaniu złożone, byłoby niecelowe i stanowiło przejaw nadmiernego formalizmu.

Zarzuty naruszenia:

- [3.] art. 24 ust. 1 pkt 12) w zw. z art. 22 ust. 1b pkt 3) oraz art. 7 ust. 1) i 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o., który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w postaci dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt. oraz udzielenie zamówienia publicznego temu wykonawcy;

- [4.] art. 24 ust. 1 pkt 16 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp - przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. z postępowania (i zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą), pomimo że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził on zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że spełnia warunek udziału w postępowaniu dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie wykazania, że dysponuje pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności 120 l, 240 l w łącznej ilości min. 5600 szt.;
- [4a.] ewentualnie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 22a ust. 2 ustawy Pzp - przez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „SANiKO” sp. z o.o. do złożenia JEDZ dotyczącego Wynajmującego, a także załącznika nr 3 do SIWZ w postaci „Zobowiązania podmiotu do oddania Wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia” w zakresie pojemników do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wymaganymi przez zamawiającego pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło oraz wprowadził zamawiającego w błąd co do faktu spełniania tego warunku. Odwołujący uzasadnił postawione w tym zakresie zarzuty odwołania treścią złożonej przez przystępującego umowy najmu z dnia 2 lutego 2021 r., gdzie wskazano pojemniki o pojemności 140 l i 240 l. Przystępujący wskazywał, że doszło w tym zakresie do omyłki pisarskiej w zakresie wskazanej pojemności pojemników – 140 l zamiast 120 l. Złożył aneks do umowy najmu z dnia 25 marca 2021 r., gdzie pojemniki 140 l zamieniono na pojemniki 120 l.

Stanowisko odwołującego Izba uznała za nieuzasadnione. Po pierwsze, jak wynika z treści SIWZ (pkt VI. 3. 3. 2) na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojemnikami do gromadzenia odpadów segregowanych na szkło o pojemności: 120 l, 140 l w łącznej ilości min. 5600 szt. wykonawcy obowiązani byli złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami. Ww. oświadczenie wykonawcy stanowi zatem dokument składany na potwierdzenie spełniania tego warunku udziału w postępowaniu, podlegający badaniu przez zamawiającego w toku czynności badania i oceny ofert. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do złożenia dokumentów lub wyjaśnień z dnia 1 marca 2021 r. przystępujący złożył umowę najmu z dnia 2 lutego 2021 r., w treści której jako przedmiot umowy wskazano pojemniki o pojemności 140 l i 240 l. Uwzględniając okoliczności niniejszej sprawy Izba za bardziej prawdopodobne uznała stanowisko przystępującego, że doszło w tym zakresie do

omyłki pisarskiej. Treść ww. umowy w sposób wyraźny odwołuje się do prowadzonego przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ramach którego warunkiem było dysponowanie pojemnikami o pojemności 120 l i 240 l. W tej sytuacji zawieranie umowy na inne (większe) pojemniki byłoby pozbawione sensu. Ponadto zwraca uwagę charakter dokonanej omyłki: „120 l” i „140 l” różni się wyłącznie cyfrą „4”, która również występuje w oznaczeniu pojemności drugiego rodzaju pojemników („240 l”), co mogło być powodem zaistniałej omyłki pisarskiej. Dodatkowym potwierdzeniem zaistnienia tej omyłki jest również fakt zawarcia aneksu do umowy najmu, gdzie pojemniki 140 l zamieniono na pojemniki 120 l. Uznanie, że doszło w ww. zakresie do omyłki pisarskiej oznacza, że zgodnym zamiarem stron od początku było zawarcie umowy najmu dotyczącej pojemników 120 l, a nie 140 l. Zaistnienie tego rodzaju omyłki nie może zatem stanowić zaprzeczenia oświadczenia wykonawcy (przystępującego) złożonego w treści wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia publicznego, jak i prowadzić do uznania, że doszło do wprowadzenia zamawiającego w błąd.

Ponadto odwołujący zarzucił, że na podstawie ww. umowy najmu przystępujący ma dysponować pojemnikami wyłącznie na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia, a jej skuteczność jest uzależniona od rozstrzygnięcia postępowania na korzyść przystępującego. W ocenie odwołującego mamy w tym zakresie do czynienia z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego.

W odniesieniu do podnoszonej przez odwołującego kwestii dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego skład orzekający Izby podziela pogląd zaprezentowany uprzednio przez Krajową Izbę Odwoławczą w wyroku z dnia 20 lipca 2016 r. (KIO 1208/16), zgodnie z którym *„dysponowanie potencjałem technicznym na zasadzie umowy cywilnoprawnej (czy to umowy użyczenia, umowy agencyjnej, umowy najmu lub dzierżawy) powoduje, iż przedmiot tej umowy znajduje się we władaniu strony tej umowy i nie może stanowić przedmiotu udostępnienia na zasadzie art. 26 ust. 2b ZamPublU. Wszakże umowa dzierżawy, którą jako dowód wraz z fakturami za regulowany czynsz dzierżawny złożył jako dowód również Przystępujący, pozwala na korzystanie z rzeczy i pobieranie z rzeczy pożytków stanowiąc prawo zależne zbliżone w swojej treści do własności. Tym samym w toku postępowania odwoławczego zostało w sposób nie budzący wątpliwości wykazane, iż oświadczenie złożone przez Przystępującego w ofercie jest oświadczeniem zgodnym ze stanem faktycznym na dzień składania ofert – a zatem nie może stanowić podstawy do wywodzenia dysponowania wskazanym w pkt 18 formularza ofertowego potencjałem na zasadzie art. 26 ust. 2b ZamPublU. Taki charakter tego potencjału (tj. bazy magazynowo - transportowej) występowałby w przypadku, gdyby Przystępujący zawarł umowę przedwstępną zawarcia w przyszłości np. umowy dzierżawy, gdyby doszło do udzielenia jemu zamówienia.”*

Sposób redakcji § 13 ww. umowy najmu zawartej przez przystępującego nasuwa wątpliwości co do charakteru warunku sformułowanego w tym postanowieniu, choć wskazanie na zdarzenie negatywne, które będzie powodować, że przepisy umowy nie będą obowiązywać, przemawia za stanowiskiem przystępującego o warunku rozwiązującym. W tych okolicznościach za przesądający dla sprawy Izba uznała fakt, że umowa najmu została zawarta przez przystępującego w dniu 2 lutego 2021 r., tj. przed upływem terminu składania ofert (strony umowy najmu były w tym czasie związane treścią postanowień umownych), choć trzeba jednocześnie zauważyć, że aktualizacja obowiązku spełniania świadczeń przez każdą ze stron miała mieć miejsce w okresie późniejszym. Należy przy tym podkreślić, że ww. warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonymi pojemnikami nie należy rozumieć w ten sposób, że już w okresie trwania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca winien być w posiadaniu wymaganych przez zamawiającego pojemników. Takie rozumienie tego warunku skutkowałoby znaczącym i nieuzasadnionym ograniczeniem konkurencji. Chodzi zatem o zagwarantowanie przez wykonawcę posiadania takich pojemników w okresie realizacji zamówienia. Na dzień składania ofert odwołujący miał zawartą umowę najmu gwarantującą mu dysponowanie pojemnikami na odpady na potrzeby realizacji zamówienia, a zatem nie zaistniała sytuacja korzystania z zasobów podmiotu trzeciego.

Odnosząc się do złożonych przez odwołującego dowodów w postaci wiadomości email (e-mail z dnia 17 lutego 2021 r., e-mail z dnia 25 lutego z samymi załącznikami) należy wskazać, że potwierdzają one co najwyżej fakt przygotowania projektu umowy dzierżawy pojemników przez odwołującego, a nie fakt zwrócenia się z prośbą o zawarcie takiej umowy do odwołującego przez przystępującego, w szczególności, że okoliczność ta w ogóle nie została zawarta w treści odwołania.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie drugim sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1) *a contrario* ustawy Pzp z 2019 r.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp z 2019 r. oraz § 8 ust. 2 zd. pierwsze 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). Izba nie zasądziła od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów

wynagrodzenia pełnomocnika z uwagi na niezłożenie rachunku (§ 5 pkt 2) ww. rozporządzenia).

Przewodniczący: