

WYROK

z dnia 27 grudnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na posiedzeniu i rozprawie w dniu 20 grudnia 2022r. w Warszawie w sprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 grudnia 2022 r. **przez odwołującego:** Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. 37-500 ul. Przemyska 15 w postępowaniu powadzonym **przez zamawiającego:** Gminę Zarzecze 37- 205 Zarzecze ul. Długa 7

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty oraz nakazuje zamawiającemu ponowne badanie i ocenę ofert, po uprzednim wezwaniu wykonawcy wybranego do wyjaśnienia spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do realizacji umowy zgodnie z Specyfikacją Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt 2.4. oraz Rozdział X pkt 2.4 i pkt VII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia.
 2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego Gminę Zarzecze 37-205 Zarzecze ul. Długa 7
- i

3. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (sł.: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. 37-500 ul. Przemyska 15 tytułem wpisu od odwołania
4. zasądza od zamawiającego Gminę Zarzecze 37-205 Zarzecze ul. Długa 7 na rzecz odwołującego Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Spółka z o.o. 37-500 ul. Przemyska 15 kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem zwrotu wpisu od odwołania

Stosownie do art. 579 ust.1 i 580 ust.2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. 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

Ogłoszenie zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych: 2022 Nr pozycji: 2022/BZP 00440265 data zamieszczenia: 15.11.2022r.

Odwołanie

Wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, które stanowiły podstawę wniesienia odwołania:

1. Dokonanie w dniu 28.11.2022 wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Zarzecze w roku 2023 — prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego, z naruszeniem przepisu art. 118 ust. 3 ustawy Pzp.
2. Zaniechanie rzetelnego zbadania oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o.o. Tryńcza 118, 37-204 Tryńcza, KRS 0000594430 w dysponowania pojazdami w niezbędnej ilości z naruszeniem przepisu art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp.
3. Brak rzetelnej weryfikacji wymogu posiadania bazy magazynowo - transportowej Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o.o. Tryńcza 118, 37-204 Tryńcza, KRS 0000594430 z naruszeniem przepisu art. 16 ustawy Pzp.

Zwięźle przedstawienie zarzutów:

Zarzucono zamawiającemu:

1) dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu polegającej na wyborze oferty złożonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o.o., która w ocenie Odwołującego została złożona w sposób niekompletny polegający na braku w ofercie oświadczenia Wykonawcy o poleganiu na zdolnościach technicznych, zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby jak również braku oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio

spełnianie warunków udziału w postępowaniu, co jest naruszeniem przepisu art. 118 ust. 3 ustawy Pzp.

2) zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności w postępowaniu, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp: a mianowicie brak rzetelnego zbadania oferty wybranego Wykonawcy odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie: dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy, przystosowanymi do odbierania poszczególnych frakcji odpadów w ilości co najmniej 7 pojazdów w sposób wykluczający się mieszanie odpadów, w tym: co najmniej 2 pojazdami specjalistycznymi, przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych; co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych; co najmniej 2 pojazdami do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej; co najmniej 1 pojazdem wyposażonym w urządzenie typu HDS - do opróżniania pojemników typu „igloo”, co wynika z zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt. 2.4 oraz Rozdział X pkt. 2.4, co jest naruszeniem przepisu art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp. dysponowania bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 od granicy Gminy Zarzecze, usytuowanej na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny co było wymogiem opisanym w pkt. VII. 1 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz § 3 ust. 1 Wzoru Umowy.

Wniosek (żądanie) co do rozstrzygnięcia odwołania:

Mając powyższe na względzie odwołujący wnosi o:

- 1) unieważnienie czynności Zamawiającego dotyczących wyboru oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o.o. Tryńcza 118, 37-204 Tryńcza,
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert,
- 3) zasądzenia kosztów postępowania zgodnie z ustawą pzp.

Wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych odwołania oraz wskazanie dowodów na ich poparcie:

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, bowiem złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i posiada interes prawny w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Do upływu terminu składania ofert, tj. do dnia 23 listopada 2022 r. do godziny 10:55 zostały złożone na stronie prowadzonego postępowania <https://zarzecze.ezamawiajacy.pl> następujące oferty:

Oferta nr 1: Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Jarosławiu Sp. z o.o., ul. Przemyska 15, 37-500 Jarosław,

Oferta nr 2: Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o., Tryńcza 118, 37-204 Tryńcza.

Wybrany wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. wraz z ofertą złożył oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnieniu warunków udziału w postępowaniu składane na podstawie art. 125 ust. 1 Ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 23 listopada 2022r. wezwał Wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. zgodnie z art. 274 ust. 1 ustawy Pzp. do złożenia podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego w Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) w Rozdziale IV.

Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. w dniu 28 listopada 2022r. złożył Zamawiającemu wymagane podmiotowe środki dowodowe wśród których jest złożony wykaz sprzętu skierowany do realizacji przedmiotowego zamówienia, w którym Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. jako podstawę dysponowania wskazał umowę najmu sześciu z siedmiu wymaganych pojazdów. Odwołujący poddaje w wątpliwość najem przez wybranego Wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. sześciu specjalistycznych samochodów do wywozu odpadów.

Na zapytanie Odwołującego z dnia 1 grudnia 2022 r. do dnia złożenia odwołania tj. 5 grudnia 2022 r. Odwołujący nie otrzymał odpowiedzi.

Gdyby Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. rzeczywiście wynajął taką liczbę pojazdów byłby obowiązany zatrudnić na podstawie umowy o pracę pełną obsługę osobową tych pojazdów tzn. kierowca wraz z ładowaczem nieczystości stałych co wynika z zapisów SWZ Rozdział II pkt. 2 oraz § 8 ust. 1 Wzoru Umowy.

Zdaniem Odwołującego rozstrzygające znaczenie dla spełniania tego warunku bez powoływania się na zasoby podmiotu trzeciego ma nie sam fakt wskazania umów najmu pojazdów jako podstawę dysponowania ale treść tych umów. Z umów najmu musi wynikać jednoznacznie, że stosunek najmu nie został nawiązany w celu ubiegania się udzielenie przedmiotowego zamówienia, tylko w związku ze stałym wykorzystywaniem przez Wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. wynajmowanych pojazdów w prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej. W przeciwnym wypadku Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. winien złożyć wraz z ofertą zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych

zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Ponadto Wykonawca, w przypadku polegania na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, przedstawia wraz z oświadczeniem o niepodleganiu wykluczeniu, spełnianiu warunków udziału w postępowaniu składa także oświadczenie podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu nierzetelność w wyborze oferty Wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. nie badając dokładnie podstawy dysponowania przez Wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. sześcioma pojazdami. Zamawiający wskazuje, że są to pojazdy specjalistyczne do wywozu odpadów, a ponadto zachodzi pytanie czy wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. najmuje te pojazdy z obsługą czy bez, co jest także kluczowe w zakresie podwykonawstwa. Gdyby się okazało, że Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. najmuje pojazdy z obsługą, to wówczas powierza wykonanie części zamówienia podwykonawcy. W takim przypadku Zamawiający winien zbadać czy nie zachodzą wobec podwykonawcy niebędącego podmiotem udostępniającym zasoby, podstawy wykluczenia, na dowód czego Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. winien złożyć oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp. lub podmiotowe środki dowodowe dotyczące tego podwykonawcy. W przeciwnym wypadku stanowiłoby to naruszenie art. 462 ust. 5 ustawy Pzp. Wykonawca Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. w złożonej ofercie nie wskazał podwykonawcy przy realizacji zamówienia. Odwołujący wskazuje również na zapis w SWZ „Opis przedmiotu zamówienia” w Rozdziale VII na wymóg dysponowania przez Wykonawcę odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, bazą magazynową — transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowaną na terenie do którego Wykonawca posiada tytuł prawny. Odwołujący zarzuca Zamawiającemu brak jakiegokolwiek weryfikacji spełnienia tego wymogu przez Wykonawcę Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. co stanowi naruszenie art. 16 ustawy Pzp. W ocenie Odwołującego zachodzą poważne wątpliwości co do posiadania przez ZGK w Tryńczy Sp. z o.o. przedmiotowej bazy magazynowo — transportowej. Gdyby bowiem Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o. rzeczywiście dysponował tą bazą to zobligowany byłby zgodnie z warunkami posiadanego pozwolenia na zbieranie odpadów do ustanowienia zabezpieczenia w formach wskazanych w art. 48a ustawy o odpadach. Tymczasem przedstawiona przez wybranego Wykonawcę

polisa nr GB32928450 w postanowieniach dodatkowych zawiera wzmiankę o wyłączeniach przedmiotowych roszczeń. Odwołujący starał się o uzyskanie takiej informacji od Zamawiającego przez złożenie dwóch wniosków. Na pierwszy wniosek z dnia 29 listopada 2022 r. Zamawiający odpowiedział, że dokument potwierdzający spełnienie powyższej okoliczności nie znajduje się w katalogu środków dowodowych, które Wykonawca zobowiązany jest do przedłożenia Zamawiającemu, natomiast kolejny wniosek z dnia 1 grudnia 2022 r. pozostaje bez odpowiedzi. Mając powyższe na względzie, nie ma uzasadnienia dla interpretacji i wybiórczego stosowania przepisów przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu. Tym samym czynność Zamawiającego wyboru oferty wykonawcy jest wadliwa i powinna być unieważniona. Po unieważnieniu tych czynności Zamawiający winien powtórnie dokonać oceny ofert i wybrać ofertę Odwołującego, jako najkorzystniejszą. Wobec powyższego wnoszę jak na wstępie.

Ponadto, wnoszę o dopuszczenie i przeprowadzenie następujących dowodów:

- 1) Zobowiązanie Zamawiającego od przedłożenia umów najmu sześciu pojazdów specjalistycznych na okoliczność ustalenia rzeczywistego charakteru tej umowy lub umów w szczególności czy nie zachodzą przesłanki polegania na zasobach innych podmiotów.
- 2) Wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami - znak: 26.11.2022 z dnia 24.11.2022r.
- 3) Wniosek Odwołującego o udostępnienie protokołu postępowania wraz z załącznikami oraz innych dokumentów - znak: 26.11.2022 z dnia 29.11.2022r.
- 4) Wniosek Odwołującego o udostępnienie innych dokumentów znak: 26.11.2022 z dnia 01.12.2022r. — pozostawione bez odpowiedzi.
- 5) Wydruki wygenerowane ze strony prowadzonego postępowania na dowód odpowiedzi Zamawiającego na wnioski Odwołującego ad.2) do ad. 4) wraz załączonymi dokumentami.
- 6) Polisa nr GB32928450 wystawiona przez Towarzystwo Ubezpieczeń Wzajemnych wystawiona na rzecz Wykonawcy Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o.o.

Termin do wniesienia odwołania został zachowany, bowiem odwołanie zostało wniesione w terminie pięciu dni od 28 listopada 2022 r. Zgodnie z dyspozycją art. 514 ust. 2 ustawy Pzp, kopia niniejszego odwołania została przesłana Zamawiającemu, na dowód czego złożono do odwołania potwierdzenie.

Odpowiedź zamawiającego na odwołanie z dnia 15.12.2022r.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniesione w dniu 5 grudnia 2022 r. wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zdaniem Zamawiającego, Odwołujący sformułował wszystkie zarzuty w oparciu jedynie o własne subiektywne przekonanie co do rzeczywistości, wobec czego Zamawiający zajmuje następujące stanowisko w zakresie zarzutów wskazanych w odwołaniu;

Ad. 1

Naruszenie art. 118 ust. 3 ustawy Pzp poprzez dokonanie niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności przez Zamawiającego, polegającej na: wyborze oferty złożonej przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o., która została złożona w sposób niekompletny polegający na braku w ofercie oświadczenia Wykonawcy o poleganiu na zdolnościach technicznych, zawodowych, sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby jak również braku oświadczenia podmiotu udostępniającego zasoby, potwierdzające brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Wykonawca, tj. Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o., wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym lub zawodowym, nie powoływał się na dysponowanie potencjałem podmiotu udostępniającego zasoby. W wykazie sprzętu (załącznik nr 5 do SWZ), jako podstawę dysponowania sprzętem Wykonawca w sześciu z siedmiu rodzajów sprzętu wskazał najem, lecz nie oznacza to powołania się na potencjał podmiotu udostępniającego.

Dowód: - oświadczenie Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o. z dnia 28.11.2022 r. „Wykaz sprzętu skierowanego do realizacji przedmiotu zamówienia” (na ustalenie treści oświadczenia Wykonawcy - Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o.).

Zgodnie z art. 118 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp, Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa wraz z wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo odpowiednio wraz z ofertą, zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów. Wykonawca nie złożył wraz z ofertą zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, a brak jest podstaw do domniemania, że najem sprzętu jest

związany z realizacją tego konkretnego zamówienia na okres niezbędny do jego wykonania. Warto zwrócić uwagę np. na wyrok KIO z 17.07.2014 r., KIO 1379/14, LEX nr 1499130 (zachowujący co do istoty aktualność), w którym Izba wskazała, że podanie przez wykonawcę jako podstawy dysponowania autobusami – umowy leasingu nie oznacza automatycznie powołania się na potencjał podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby przyjęcie takiej argumentacji musiałoby prowadzić do stwierdzenia, że z udostępnieniem potencjału podmiotu trzeciego nie mielibyśmy do czynienia jedynie w przypadku wykazania się przez wykonawcę prawem własności wymaganego sprzętu (autobusów). Tym samym umowa leasingu zapewnia wykonawcy wystarczający tytuł do dysponowania wskazanymi autobusami. Wobec istnienia bezpośredniego uprawnienia wykonawcy do dysponowania rzeczą (wskazanymi autobusami) brak jest zatem podstaw do uznania, że rzeczy te stanowią potencjał innego podmiotu. Powszechnie jest, że wykonawcy, nie będąc właścicielami rzeczy, dysponują nimi np. jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy czy leasingobiorcy. W ocenie Izby istnienie takiego stosunku zobowiązaniowego, który uprawnia wykonawcę do władania rzeczą, korzystania z niej w sposób zgodny z jej przeznaczeniem, używania jej, będzie wystarczające do uznania, że dysponuje nią w rozumieniu Prawa zamówień publicznych i nie będzie to wówczas dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego. Zdaniem Izby, aby można było mówić o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci, należałoby wykazać, że np. najem (leasing itp.) rzeczy związany jest z realizacją tego konkretnego zamówienia publicznego na okres niezbędny do jego wykonania (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 118.).

Z kolei wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o., przedłożył polisę: GB32902427 Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z dnia 03.01.2022r. potwierdzającą, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności i posiadanego mienia do kwoty 1.000.000 PLN. Ubezpieczenie obowiązuje w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r. Powszechnie znany, uwidoczniiony w Rejestrze Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego Nr KRS:0000594430, jest fakt, że przedmiot działalności Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o. obejmuje m. in. zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z), przy czym wpis tej działalności został dokonany w dniu rejestracji spółki i od tego czasu nie podlegał zmianie. Wykazując zatem spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńcy Sp. z o. o. również nie powoływał się na dysponowanie potencjałem podmiotu udostępniającego.

Dowód:

- Polisa GB32902427 Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z dnia 03.01.2022 r. (na ustalenie przedmiotu i zakresu ubezpieczenia, w tym sumy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu prowadzonej działalności Wykonawcy - Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o.).

Ponadto analizując treść w/w polisy Zamawiający nie może pomijać celu, któremu ma ona służyć w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Możliwość wymagania przez zamawiającego od wykonawcy w ramach warunku udziału w postępowaniu ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia, ma na celu umożliwienie zamawiającym uproszczenia analizy stanu finansowego wykonawców i faktyczne przrzucenie szczegółowej oceny ich możliwości ekonomicznych na ubezpieczycieli. Standardowym rozwiązaniem stosowanym bowiem przez ubezpieczycieli jest uzależnienie maksymalnej wysokości kwoty ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej od zdolności finansowych podmiotu ubiegającego się o zawarcie umowy ubezpieczenia. Tym samym legitymowanie się przez wykonawcę dokumentem ubezpieczenia (np. polisą) na określoną sumę gwarancyjną jest dla zamawiającego dowodem, że wykonawca ten dysponuje zdolnością finansową zbliżoną do tej kwoty. Taka ocena możliwości finansowych wykonawcy jest o tyle miarodajna, że zostaje de facto dokonana przez odpowiedni, wyspecjalizowany podmiot (zob. wyrok KIO z 9.10.2020 r., KIO 2392/20, LEX nr 3103117) - A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2022, art. 115.

Ad. 2

Naruszenie art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania następującej czynności, do której Zamawiający był obowiązany na podstawie ustawy Pzp: a mianowicie brak rzetelnego zbadania oferty wybranego Wykonawcy odnośnie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie:

- dysponowania pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy, przystosowanymi do odbierania poszczególnych frakcji odpadów w ilości co najmniej 7 pojazdów w sposób wykluczający się mieszanie odpadów, w tym: co najmniej 2 pojazdami specjalistycznymi, przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, co

najmniej 1 pojazdem wyposażonym w urządzenie typu HDS - do opróżniania pojemników typu „igloo”, co wynika z zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt. 2.4 oraz Rozdział X pkt. 2.4,

- dysponowania bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowanej na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny co było wymogiem opisanym w pkt. VII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia oraz § 3 ust. 1 Wzoru Umowy.

W ocenie Zamawiającego w/w zarzuty zostały sformułowane w oderwaniu od podmiotowych środków dowodowych żądanych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, zamieszczonych w Specyfikacji Warunków zamówienia w rozdziale X „Podmiotowe środki dowodowe”.

W celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej Zamawiający wymagał przedłożenia wykazu sprzętu obejmującego sprzęt, o którym mowa w Rozdziale IV SWZ pkt 2.4, tj. pojazdy w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy, przystosowane do odbierania poszczególnych frakcji odpadów, co najmniej 7 pojazdów, w sposób wykluczający mieszanie się odpadów, w tym: co najmniej 2 pojazdami specjalistycznymi, przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej; co najmniej 1 pojazdem wyposażonym w urządzenie typu HDS – do opróżniania pojemników typu Igloo wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (własność, wynajem, podwykonawstwo) – wg załącznika nr 5 do SWZ.

Dowód:

- Specyfikacja Warunków Zamówienia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym w trybie podstawowym pn. „Odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy Zarzecze w roku 2023” (na ustalenie sposobu określenia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub oraz podmiotowych środków dowodowych na potwierdzenie spełniania tych warunków).

Wymagany wykaz został przez Wykonawcę, tj. Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o. złożony i jego treść, jak wskazano w odpowiedzi Ad. 1, nie budzi wątpliwości. Wymaganie Zamawiającego w przedmiocie złożenia w/w wykazu pozostaje w zgodzie z Rozporządzeniem 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).

W zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowaną na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny Zamawiający nie wymagał jakichkolwiek środków dowodowych, poprzestając na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w trybie art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, które nie budzi wątpliwości Zamawiającego.

Dowód:

- załącznik do oferty Zakładu Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o. „Oświadczenie wykonawcy składane na podstawie art. 125 ust. 1 ustawy z dnia 19 września 2019r Prawo zamówień publicznych”. (na ustalenie treści oświadczenia Wykonawcy).

Wobec powyższego brak jest podstaw sięgania do przepisów art. 128 ust. 4 ustawy Pzp ponieważ zgodnie z tym przepisem jeżeli złożone przez wykonawcę oświadczenie, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowe środki dowodowe budzą wątpliwości zamawiającego, może on zwrócić się bezpośrednio do podmiotu, który jest w posiadaniu informacji lub dokumentów istotnych w tym zakresie dla oceny spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, kryteriów selekcji lub braku podstaw wykluczenia, o przedstawienie takich informacji lub dokumentów.

Ad. 3

Naruszenie art. 16 ustawy Pzp brak zweryfikowania przez Zamawiającego faktu posiadania przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o. bazy magazynowo - transportowej zlokalizowanej na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowanej na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny.

W zakresie dysponowania przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o. bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowaną na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny Zamawiający opiera się na oświadczeniu Wykonawcy złożonym w trybie art. 125 ustawy Pzp, które, jak wskazano w odpowiedzi Ad. 2, nie budzi wątpliwości Zamawiającego. Polisa GB32902427 Towarzystwa Ubezpieczeń Wzajemnych „TUW” z dnia 03.01.2022 r., z której treści Odwołujący wywodzi nieuprawniony wniosek o niespełnianiu przez Zakład Gospodarki Komunalnej w Tryńczy Sp. z o. o. warunków w

zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, stanowi dokument potwierdzający wyłącznie spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej lub finansowej.

Podsumowując powyższe należy stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał przesłanek wymienionych w art. 513 ustawy Pzp, który stanowi, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy. Wobec powyższego Zamawiający wnosi jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Odwołujący składając odwołanie, w postępowaniu na odbiór odpadów komunalnych z nieruchomości mieszkańców gminy zamawiającego, zaskarżył czynność wyboru najkorzystniejszej oferty. Odwołanie zawiera żądanie unieważnienia czynności wyboru oferty i ponowienia przez zamawiającego badania i oceny oferty wykonawcy wybranego, po uprzednim zażądaniu wyjaśnień co do treści złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na odwołanie, wniósł o jego oddalenie w całości jako bezpodstawnego i nieuprawnionego w kontekście złożonej oferty wykonawcy wybranego. Zdaniem zamawiającego oferta wykonawcy wybranego w dniu 28 listopada 2022r. nie może budzić jakichkolwiek zastrzeżeń ani wątpliwości związku z obowiązującymi dokumentami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba rozstrzygając zawisły spór odnosi się, do podniesionych zarzutów to jest okoliczności faktycznych wskazanych w odwołaniu, będących przedmiotem odwołania jak i wskazanych naruszeń prawa w związku z czynnościami, czy też zaniechaniem czynności zamawiającego oraz odnosi się do ich wpływu na wynik postępowania, w myśl art. 554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

Pierwszy z zarzutów odwołania odnosi się do wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gminy zamawiającego w roku 2023, z naruszeniem przepisu art. 118 ust. 3 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną podstawą prawną według odwołującego, a co wynika z uzasadnienia złożonego odwołania, wykonawca wybrany nie przedstawił przy złożonej ofercie zobowiązania podmiotu trzeciego

udostępniającego niezbędne zasoby do wykonania zamówienia to jest zasoby techniczne, ze wskazaniem na najem pojazdów specjalistycznych oraz wymaganej obsługi kierowców i ładowaczy.

Drugi zarzut sformułowano w oparciu o treść art.128 ust.1 i ust.4 ustawy Pzp. wskazując na zaniechanie rzetelnego zbadania oferty wykonawcy wybranego w dysponowania pojazdami w niezbędnej ilości z naruszeniem przepisu art. 128 ust. 1 i ust. 4 ustawy Pzp. Z uzasadnienia odwołania wynika, że zarzut ten oparto na fakcie, że wykonawca składając oświadczenie co do dysponowania wymaganym sprzętem technicznym (wykaz pojazdów samochodowych specjalistycznych do odbioru odpadów komunalnych) powołuje się niemal w stu procentach na pojazdach najmowanych (6 wozów najętych na zadysponowanych ogółem 7 wozów). Powyższa okoliczność zdaniem odwołującego, a co przekonuje również Izbę, stanowi o zamiarze wykonania umowy albo w procedurze udostępnienia cudzego zasobu niż wykonawcy wybranego, albo podwykonawstwa. Słusznie również podkreślał odwołujący (postanowienia SWZ), że do wykonania zamówienia przewiduje się obsługę techniczną (kierowca i ładowacz do każdego pojazdu), która posiada status umowy o pracę. W związku z tym można domniemywać, w tej sytuacji - najem pojazdów, a nie własność, czy też leasing, że wykonawca wybrany zamierza korzystać z udostępnienia cudzych zasobów, a bardziej jeszcze z podwykonawstwa. Pomimo dopuszczenia przez SWZ (OPZ) w zakresie dyspozycji taboru samochodowego również najmu wydaje się z doświadczenia życiowego jak i zawodowego Izby prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych wątpliwe i w praktyce wykonawców tej branży niespotykane. Słusznie odwołujący w zaistniałej sytuacji, wynikającej z treści złożonej oferty przez wykonawcę wybranego, przywołał potencjalne naruszenie albo art.128 ust.1 ustawy Pzp (wezwanie do złożenia dokumentów lub oświadczeń) albo art. 128 ust.4 ustawy Pzp. (wyjaśnienia do złożonych oświadczeń lub dokumentów).

Z formalnego punktu widzenia można zgodzić się z poglądem zamawiającego, że nie ma wątpliwości co do oferty wykonawcy wybranego w kontekście obowiązującej dokumentacji postępowania (SWZ,OPZ), za którą odpowiada zamawiający. Natomiast w związku z przeprowadzonymi dowodami z dokumentacji postępowania i wyjaśnieniami stron (protokół posiedzenia/rozprawy – przywołanych poniżej) w toku postępowania odwoławczego, Izba uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu przeprowadzenie postępowania wyjaśniającego w związku ze złożonym oświadczeniem co do wykazu pojazdów specjalistycznych mając na uwadze Specyfikacją Warunków Zamówienia Rozdział IV pkt 2.4. (Rozdział IV Warunki udziału w postępowaniu i podstawy wykluczenia 2.4.Zdolności technicznej lub zawodowej - o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą, że dysponują pojazdami w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy,

przystosowanymi do odbierania poszczególnych frakcji odpadów, co najmniej 7 pojazdów, w sposób wykluczający mieszanie się odpadów, w tym: co najmniej 2 pojazdami specjalistycznymi, przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej; co najmniej 1 pojazdem wyposażonym w urządzenie typu HDS – do opróżniania pojemników typu Igloo. Zamawiający może na każdym etapie postępowania, uznać, że wykonawca nie posiada wymaganych zdolności, jeżeli posiadanie przez wykonawcę sprzecznych interesów, w szczególności zaangażowanie zasobów technicznych lub zawodowych wykonawcy w inne przedsięwzięcia gospodarcze wykonawcy może mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia). oraz Rozdział X pkt 2.4 (Rozdział X Podmiotowe środki dowodowe 2.4. Wykaz sprzętu obejmujący sprzęt, o którym mowa w Rozdziale IV SWZ pkt 2.4, tj. pojazdy w ilości niezbędnej do prawidłowej realizacji umowy, przystosowane do odbierania poszczególnych frakcji odpadów, co najmniej 7 pojazdów, w sposób wykluczający mieszanie się odpadów, w tym: co najmniej 2 pojazdami specjalistycznymi, przystosowanymi do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 2 pojazdami do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej; co najmniej 1 pojazdem wyposażonym w urządzenie typu HDS – do opróżniania pojemników typu Igloo wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (własność, wynajem, podwykonawstwo) – wg załącznika nr 5 do SWZ.) i pkt VII.1 Opisu Przedmiotu Zamówienia(Pkt VII.1.OPZ1. Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany dysponować bazą magazynowo – transportową zlokalizowaną na terenie Gminy Zarzecze, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Zarzecze, usytuowaną na terenie do którego Wykonawca posiada tytuł prawny. Baza magazynowo - transportowa ma umożliwić czasowe magazynowanie poszczególnych rodzajów odpadów zebranych w sposób selektywny, a odebranych łącznie w workach po ich wcześniejszym rozdzieleniu. Wyposażenie bazy magazynowo – transportowej, wyposażenie pojazdów, utrzymanie odpowiedniego stanu technicznego i sanitarnego pojazdów i urządzeń powinno spełniać wymagania zawarte w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz.122 z późn. zm.).

Izba rozpoznając powyżej przedstawione zarzuty uwzględnia odwołanie i orzeka jak w sentencji wyroku, nakazując procedurę wyjaśniającą co do posiadanego sprzętu technicznego (pojazdy samochodowe – wykaz wykonawcy wybranego według załącznika jak poniżej)

(Załącznik Nr 5 do SWZ Wykonawca wybrany:

Wykaz sprzętu skierowanego do realizacji przedmiotu zamówienia

Lp.	Rodzaj sprzętu	Marka, typ pojazdu, numer rejestracyjny	Norma	spalania
	Podstawa dysponowania sprzętem			
1.	pojazd specjalistyczny, przystosowany do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych	Volvo CB979KF- śmieciarka	EURO 4	Umowa najmu
2.	pojazd specjalistyczny, przystosowany do odbioru zmieszanych odpadów komunalnych	Volvo RZ3357U- śmieciarka	EURO 5	Umowa najmu
3.	pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych	DAF RZ902AM- zabudowa dwukomorowa	EURO 4	Umowa najmu
4.	pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych	Volvo RZ348CJ- śmieciarka	EURO 5	Własność
5.	pojazd do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej	IVECOLBL60444 - platforma osiatkowana	EURO 4	Umowa najmu
6.	pojazd do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej	FUSO RZ3748V- platforma osiatkowana	EURO 5	Umowa najmu
7	1 pojazd wyposażony w urządzenie typu HDS – do opróżniania pojemników typu Igloo	Renault Masco NOS 90GAHDS	EURO 4	Umowa najmu)

Przedstawiciele stron na posiedzeniu/rozprawie złożyli do protokołu między innymi następujące oświadczenia/wyjaśnienia.

Odwołujący: „Odwołujący nie wie, czy wykazany sprzęt transportowy w ofercie jest wynajęty i na jakich zasadach i w jakim celu przez wykonawcę wybranego. Być może wykonawca ten wynajął sprzęt dla prowadzenia działalności albo tylko na to aby startować w tym przetargu. W związku z tym istnieje podejrzenie, że jest to klasyczne udostępnienie zasobów podmiotu trzeciego, a wykonawca ten składając ofertę nie złożył w takiej sytuacji oświadczenia o udostępnieniu zasobów wykonawcy wybranemu.”wykonawca wybrany” (100% kapitału posiada gmina, data rejestracji 2015 r.), a u Odwołującego 100% kapitału posiada gmina miejska, .Wykonawca wybrany..... nie złożył oświadczenia, że będzie zatrudniał obcych pracowników, z powyższego wynika, że wykonawca wybrany zatrudnia kierowców i ładowaczy na te 6 samochodów specjalistycznych. W tym miejscu radca prawny Odwołującego oświadcza, że prezes spółki oraz kierownik zakładu oczyszczania miasta z/s w, stwierdzili, że podmiot jest nieznaną na rynku.

Powzięli wątpliwość czywykonawca wybrany jest podmiotem, który ma możliwości techniczne i organizacyjne, czy ma możliwości do wykonania zadania, bo jest nieznan na rynku powiatu jarosławskiego i przeworskiego” (...)Na pytanie Izby Odwołujący stwierdza, że wypełniając wykaz wskazał na własność i leasing jako posiadanie.

Zamawiający: „Zamawiający po wysłuchaniu wypowiedzi pełnomocników Odwołującego, stwierdza, że nadal uważa za prawidłowe zachowanie się Zamawiającego w związku z wyborem oferty/wykonawcy wybranego, który złożył ofertę zgodnie z wymogami SWZ i tak jak oczekuje Odwołujący, zakwestionowanie oferty/wykonawcy wybranego nie ma podstaw w kontekście postanowień SWZ. Również nie przekonywujące są argumenty co do tego iż po stronie/wykonawcy wybranego ma do czynienia z sytuacją korzystania z cudzych zasobów. ZGK złożył oświadczenie, że zawrze i wykona umowę zgodnie z SWZ. Wystarcza nam oświadczenie ogólne zawarte w formularzu ofertowym, że będzie przestrzegał postanowień SWZ i wykona umowę zgodnie z jej treścią (.....)..... – inspektor ds. zamówień publicznych i pozyskiwania środków pomocowych, stwierdza, że Odwołujący przez wiele lat poprzednich i aktualnie wykonuje umowę odbioru odpadów komunalnych na terenie Zamawiającego. Wielokrotnie składał ofertę u Zamawiającego jako jedyny wykonawca. Po raz pierwszy w tym roku pojawił się konkurent. Również przywołuje oświadczenie - formularz ofertowy. W tym miejscu pan, oświadcza, że w trakcie badania i oceny ofert przeprowadził rozmowę telefoniczną z pracownikiem UG w Tryńcu czy/wykonawca wybrany świadczy usługi odbioru odpadów komunalnych na terenie ich gminy oraz czy wykonuje należycie usługi i uzyskał od niego odpowiedź, że tak w obydwu zagadnieniach. Telefon był wykonany z inicjatywy pana, bo współpracuje z tą gminą, wymieniają się informacjami i doświadczeniami, ten pracownik nazywa się, Pełnomocnik radca prawny Zamawiającego uważa, że Zamawiający postąpił zgodnie z prawem dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z SWZ, dokonując przy badaniu i ocenie oferty wykonawcy wybranego należytej staranności. (...)Zamawiający stwierdza, że nie ma podstaw w świetle SWZ i treści złożonej oferty do badania czy i w jakiej formie ZGKdysponuje sprzętem wykazany w złożonym oświadczeniu (wykaz sprzętu) powołując się na postanowienia SWZ Rozdz. VII ust. 3 a także ZGK Tryńca nie złożył oświadczenia w formularzu o podwykonawstwie czy też udostępnieniu cudzych zasobów. Podsumowując, nie ma podstaw formalnych aby Izba nakazała Zamawiającemu badanie umów najmu jakie posiada ZGK w”

Izba podsumowując powyższe i dokonując oceny zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego i wyjaśniającego stwierdza, że odwołujący wykazał zasadność co do braku wiarygodności oświadczenia wykonawcy wybranego co do możliwości wykonania zamówienia zgodnie z wymogami SWZ/OPZ i zamawiający powinien wszcząć postępowanie

wyjaśniające w związku ze złożoną ofertą wykonawcy wybranego to jest sprzętu technicznego, którym dysponuje w formie najmu wykonawca wybrany.

Zamawiający jest nie tylko zobligowany do formalnego sprawdzenia spełnienia warunków SWZ/OPZ (oświadczenie wykonawcy), ale również ich merytorycznego sprawdzenia (rzeczywiste możliwości), na co wskazuje art.354 § 2 i § 1 w związku z art.8 ust.1 oraz w zw. z art.17ust.1 pkt 1) ustawy Pzp., a wykonawca wybrany nie ma prawa odmowy złożenia wyjaśnień pod rygorem ujemnych skutków prawnych (art.128 ust.4 w zw. z art.253 ustawy Pzp).

Izba z kolei co do zarzutu „Braku rzetelnej weryfikacji wymogu posiadania bazy magazynowo - transportowej wykonawcy wybranego z naruszeniem przepisu art. 16 ustawy Pzp.” nie uwzględnia powyższego zarzutu z powodu braku podstawy prawnej, ponieważ wskazanie naruszenia norm zasady prawnej nie wskazuje na naruszenia przepisu obowiązującego prawa, czy też postanowień warunków zamówienia ustalonych przez zamawiającego.

Izba reasumując

Odwołujący powyżej przedstawione w odwołaniu zarzuty przywołał w związku ze złożonym przez wykonawcę wybranego do oferty wykazem pojazdów samochodowych specjalistycznych, które przeznacza wykonawca do realizacji zamówienia w formie najmu. Odwołujący podniósł, że zgodnie ze złożonym formularzem ofertowym wykonawcy wybranego, nie zgłosił wykonawca udostępnienia zasobów podmiotu trzeciego w zakresie zdolności technicznych, czy też podwykonawstwa. Natomiast przywołany wykaz sprzętu wskazuje, że na siedem sztuk wymaganych pojazdów samochodowych, tylko jeden pojazd stanowi własność wykonawcy wybranego. Natomiast pozostałe sześć specjalistycznych pojazdów posiada wykonawca wybrany na podstawie ich najmu. Odwołujący podniósł związaną z tym kwestię obsługi tychże pojazdów przez co najmniej dwu osobową załogę to jest kierowcę i ładowacza odpadów (wymóg OPZ). Ze złożonej oferty nie wynikało, czy w związku z wynajętymi pojazdami obsługa ich leży w kompetencji pracowników wykonawcy wybranego, czy też właściciela/li wynajmowanych pojazdów. Odwołujący w zaistniałej sytuacji, związanej z zadeklarowaniem użycia do realizacji zamówienia pojazdów nie stanowiących własności wykonawcy wybranego, podniósł zarzut nie zgłoszenia w złożonej ofercie podwykonawstwa, czy też użycia zasobów technicznych podmiotu trzeciego. Według twierdzeń odwołującego wybrany wykonawca nie występuje i nie występował na rynku wykonawców konkurencyjnych ubiegających się o przedmiotowe zamówienia to jest odbiór

odpadów komunalnych. Z kolei pełnomocnik zamawiającego na rozprawie oświadczył, że w ramach sąsiedzkiej współpracy pomiędzy gminami zasięgnął informację telefoniczną o wykonawcy wybranym. Z uzyskanych informacji wynika, że wykonawca wybrany jako podmiot komunalny, o strukturze właścicielskiej 100 % udziału gminy, świadczy usługi jako podmiot powołany do odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy, na rzecz której do świadczenia usług został powołany. Z uzyskanej informacji, również wynika, że nie ma zastrzeżeń co do jakości wykonywania zadań przez wykonawcę wybranego, na terenie jego gminy właścicielskiej.

Izba rozważając uzyskane informacje od pełnomocnika zamawiającego przyjęła za okoliczności przyznane, wobec ich nie kwestionowania przez pełnomocników odwołującego, co do świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych przez wykonawcę wybranego na terenie jego macierzystej/właścicielskiej gminy. Zresztą odwołujący również wskazywał na powyższe okoliczności co do działalności wykonawcy wybranego na rzecz gminy właścicielskiej. Izba powzięła wątpliwości dlaczego podmiot profesjonalny mający za zadanie świadczenie usług komunalnych w zakresie odbioru odpadów komunalnych, gdzie jego właścicielem jest gmina, do przedmiotowego postępowania, to jest poza granicami gminy właścicielskiej, w wykazie sprzętu, powołuje się prawie w 100 procentach (pojazdy specjalistyczne) na najem, a nie własność, czy leasing. Według posiadanej wiedzy Izby, profesjonalnie działający na rynku odpadów komunalnych wykonawcy, posiadają na własność pojazdy specjalistyczne do odbioru odpadów, bądź w leasingu. W związku z tym w ocenie Izby zaistniała potrzeba wyjaśnienia gwarancji należytego wykonania umowy na rzecz zamawiającego, przez wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w związku ze złożoną ofertą, bądź do uzupełnienia oświadczeń, czy też dokumentów. Nie odnosząc się do samej formy dysponowania sprzętem specjalistycznym jakim jest najem, decydującym o powodzeniu świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych, obowiązkiem zamawiającego jest nie tylko badanie warunków formalnych oferty, skonstruowanej formalnie prawidłowo, wobec minimalnych w tym postępowaniu wymagań SWZ, w zakresie oceny ofert. Każdego gospodarza organizowanego przetargu w tym na odbiór odpadów komunalnych, nawet przy bardzo otwartych warunkach do spełnienia przez wykonawców, w celu nieograniczonej konkurencji, zamawiający powinien w razie wątpliwości co do wiarygodności, czy też rzetelności oferowanych usług oraz w związku z brakiem ukształtowanej rynkowej pozycji danego wykonawcy, sprawdzić rzetelność oferowanych usług, w kontekście ich wiarygodności, przed podpisaniem umowy. Izba uznała za okoliczność przyznaną, że wykonawca wybrany nie jest podmiotem występującym na rynku w postępowaniach konkurencyjnych, tylko obsługuje gminę właścicielską jako podmiot w tym celu powołany. Stąd też prawdopodobnie pozytywna opinia urzędnika gminy, na rzecz której

wykonawca wybrany realizuje usługę odbioru odpadów komunalnych. Jak również przyznał sam zamawiający, w zakresie usług odbioru odpadów komunalnych, dotychczas ofertę otrzymywał tylko i wyłącznie od odwołującego, jako jedynego wykonawcy składającego oferty zamawiającemu. Owszem w czasie rozprawy pełnomocnik zamawiającego, jak już wyżej nadmieniono, przyznał że w ramach sąsiedzkiej współpracy gmin, informował się w gminie właścicielskiej wykonawcy wybranego co do wiarygodności wykonawcy wybranego. Niemniej w ocenie Izby nie jest to wystarczający argument jako sprawdzenie wiarygodności świadczenia usług na jego rzecz, w sytuacji, gdy niemalże 100% wymaganego sprzętu specjalistycznego do odbioru odpadów ma obsłużyć zamówienia jako sprzęt najęty, a nie własny czy leasingowany.

W ocenie Izby bez względu na lakoniczność, powierzchowność postanowień SWZ co do warunku udziału, zamawiający otrzymując tak sformułowaną ofertę (najem) ma obowiązek przestrzegania zasady należytej staranności, a nie tylko formalistycznego podejścia do otwartych na konkurencję postanowień SWZ, które co do zasady zachęcają do składania ofert, ale zamawiający odpowiada za realizację zamówienia, jako jego gospodarz zlecający jego wykonanie, bez zakłóceń.

W związku z powyższym na mocy art.554 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp., Izba uwzględniła odwołanie nakazując jak w sentencji wyroku.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy, z uwzględnieniem § 7 ust. 1 pkt 2) w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.), zasądzając na rzecz odwołującego od zamawiającego kwotę 7.500 zł 00 gr uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Przewodniczący:

