

WYROK
z dnia 29 grudnia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Klaudia Szczytowska-Maziarz**

Protokolant: **Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 grudnia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 grudnia 2015 r. przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Obrowo, ul. Aleja Lipowa 27, 87-126 Obrowo**

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert, a w jej ramach wezwanie wykonawcy M. T., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe GENTOR, ul. Zamkowa 26, 87-152 Łubianka do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz transport odpadów w zakresie określonej działalności, a także w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, w sposób wskazany w uzasadnieniu,**

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Obrowo, ul. Aleja Lipowa 27, 87-126 Obrowo** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Obrowo, ul. Aleja Lipowa 27, 87-126 Obrowo** na rzecz wykonawcy **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania sp. z o.o., ul. Grudziądzka 159, 87-100 Toruń** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonym przez Gminę Oborowo (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „*Usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z posesji zamieszkałych i niezamieszkałych, położonych na terenie gminy Oborowo w latach 2016-2018*” wykonawca Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Sp. z o.o. z Torunia (dalej „odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego, polegających na:

- wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Budowlano-Remontowe „Gentor” M. T., ul. Zamkowa 26, 87-152 Łubianka, (dalej „wykonawca Gentor”) jako oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a dotyczące posiadania niezbędnego do wykonania przedmiotu zamówienia zezwolenia na transport odpadów oraz – tym samym – nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zezwolenia na transport odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, ewentualnie, zaniechaniu wezwania wykonawcy Gentor w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów, które obejmowałyby odpady o kodach: 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35*,
- wyborze oferty wykonawcy Gentor jako oferty najkorzystniejszej i zaniechaniu wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, mimo, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, a dotyczące realnego dysponowania potencjałem podmiotu trzeciego w postaci samochodów niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy oraz nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do dysponowania wspomnianymi samochodami, o których odwołujący dowiedział się z korespondencji mailowej przesłanej przez zamawiającego w dniu 8 grudnia 2015 r. (oraz ze sprostowania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 9 grudnia 2015 r.).

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Gentor (i odrzucenia jego oferty), w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zezwolenia na transport odpadów

- komunalnych objętych przedmiotem zamówienia i jednocześnie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, odnoszące się do posiadania uprawnień (zezwoleń) niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia,
2. ewentualnie, na wypadek przyjęcia przez Izbę, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Gentor z postępowania i odrzucenia jego oferty, naruszenie art. 26 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Gentor do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów, które obejmowałyby odpady o kodach: 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35*;
 3. art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że wykonawca Gentor spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania odpowiednimi pojazdami, mimo że wykonawca Gentor nie udowodnił, że będzie dysponował pojazdami podmiotu trzeciego i to w sposób realny, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt ustawy Pzp, bowiem w tej sytuacji oświadczenie wykonawcy Gentor w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawiera informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania,
 4. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, m. in. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę Gentor w sposób sprzeczny z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w dziale III SIWZ i wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, a następnie dokonanie ponownego badania i oceny ofert, w tym m. in.: wykluczenie wykonawcy Gentor z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty,
2. ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że nie zachodzą podstawy do wykluczenia wykonawcy Gentor z postępowania i odrzucenia jego oferty: wezwanie wykonawcy Gentor do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów, które obejmowałyby odpady o kodach: 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35* oraz o dokumenty potwierdzające dysponowanie przez wykonawcę pojazdami niezbędnymi do wykonania przedmiotu zamówienia, a następnie – w przypadku nie przedłożenia stosownych uzupełnień – wykluczenie wykonawcy Gentor z postępowania i odrzucenie złożonej przez niego oferty,
3. wybór jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez odwołującego.

Odwołujący podał, że w postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców – odwołujący oraz wykonawca Gentor oraz, że zawiadomieniem opatrzonym datą 8 grudnia 2015 roku, przekazany odwołującemu drogą mailową w dniu tym samym dniu został poinformowany o wyborze jako oferty najkorzystniejszej oferty Gentor.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ (i odpowiednio ogłoszenia o zamówieniu): 5.1. O udzielenie zamówienia ubiegać się mogą Wykonawcy spełniający warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (...), 5.2. Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia muszą zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp: 5.2.1. Posiadać uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Wskazał, że warunek ten zostanie spełniony, jeśli wykonawca: a) będzie posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej w Gminie Obrowo zgodnie z art. 9C ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, b) będzie posiadał zezwolenie na zbieranie odpadów oraz transport odpadów zgodnie z art. 28 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach, c) będzie posiadał numer rejestrowy nadany przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska zgodnie z art. 10 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2005 r. Nr 180 poz. 1494 ze zm.).

Odwołujący podał także, że wykonawca Gentor, celem wykazania spełnienia tak opisanego warunku udziału w postępowaniu załączył do swojej oferty: Zaświadczenie z dnia 9 stycznia 2013 r. o dokonaniu zmiany we wpisie do rejestru działalności regulowanej podmiotu zamierzającego świadczyć usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Obrowo, Decyzję Starosty Toruńskiego z dnia 23 czerwca 2014 r. – zezwolenie na transport odpadów.

Stwierdził, że w obu dokumentach, zgodnie z obowiązującymi przepisami, wskazane zostały rodzaje odpadów, które wykonawca Gentor może odbierać od właścicieli nieruchomości lub transportować, przy czym rodzaje odpadów zostały wskazane przede wszystkim, poprzez podanie kodów odpadów, ustalonych zgodnie z obowiązującym – w dacie wystawiania tych dokumentów – rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów.

Ocecił, że wskazane zezwolenie na transport odpadów nie uprawnia wykonawcę Gentor do transportowania odpadów komunalnych mających charakter odpadów niebezpiecznych, a to z tej racji, iż w zezwoleniu tym nie wymienia się odpadów komunalnych m. in. o kodach: 20 01 21* (Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), 20 01 23* (Urządzenia zawierające freony), 20 01 35* (Zużyte urządzenia elektryczne

i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki).

Dodał, że kody te są ujęte we wpisie do rejestru działalności regulowanej, jednak wpis do rejestru nie wyłącza konieczności uzyskania przez wykonawcę zezwolenia na transport tych odpadów, jeśli usługa transportowa jest objęta przedmiotem zamówienia, a tak właśnie jest w niniejszej sprawie.

Odwołujący wskazał, że z postanowień SIWZ (dział III SIWZ) wynika:

- 3.3. Zakres zamówienia obejmuje wykonanie usługi na terenie Gminy Obrowo, polegającej na odbiorze z lokalizacji wskazanych przez zamawiającego zmieszanych oraz selektywnie zebranych odpadów pochodzących z nieruchomości stanowiących własność właścicieli nieruchomości oraz użytkowników lokali będących własnością innych osób, które są wymienione w załączniku nr 4 do umowy oraz transporcie odpadów do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów,
- 3.4. Przedmiot zamówienia jest zgodny z definicją odpadów komunalnych określoną w art. 3 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21.) 3.5. Odpady objęte przedmiotem zamówienia przeznaczone do odbioru zostały sklasyfikowane zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 września 2001 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz. U. z 2001 r. Nr 112, poz. 1206 ze zm.) i mieszczą się w grupie oznaczonej kodem: 20 – odpady komunalne łącznie z frakcjami gromadzonymi selektywnie, 15 – odpady opakowaniowe, 17 – odpady budowlane i rozbiórkowe pochodzące z prowadzenia drobnych prac nie wymagających pozwolenia na budowę ani zgłoszenia zamiaru budowy lub wykonania robót,
- 3.14. wykonawca zobowiązany będzie do odbioru wszystkich odpadów przygotowanych do wywozu z terenu posesji zamieszkałej, pod warunkiem zgromadzenia ich, przez właściciela tej nieruchomości, w odpowiednich pojemnikach lub workach. Wykonawca będzie zobowiązany również do zebrania odpadów leżących obok pojemników (segregowanych lub zmieszanych komunalnych) jeżeli jest to skutkiem jego działania,
- 3.15. Odbiór i wywóz odpadów komunalnych wykonawca będzie realizował z częstotliwością i na zasadach określonych w uchwale Rady Gminy Obrowo w sprawie określenia szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Obrowo i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi,
- 3.17. wykonawca do 1 stycznia 2016 r. dostarczy do Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) usytuowanego na terenie oczyszczalni ścieków

w Dobrzejewicach pojemniki, w których będą gromadzone segregowane odpady. Wykonawca będzie realizował wywóz odpadów z PSZOK w czasie do 48 godz., w dni robocze, po otrzymaniu informacji pisemnej (e-mail, fax, listownie) od pracownika obsługującego ten punkt o konieczności zrealizowania usługi. Wykonawca w miejscu przygotowanym przez zamawiającego ustawi pojemniki zgodnie z poniższym wykazem:

- 3.17.3. pojemniki kontenery (mogą być siatkowe) o pojemności min. 5,0 m³ w ilości 3 szt. Każdy pojemnik odrębnie opisany z podziałem na poszczególne frakcje odpadów (opony, elektryczne i elektroniczne, wielkogabarytowe),
- 3.26. odbiór odpadów komunalnych wykonawca będzie świadczył zgodnie z przepisami, a w szczególności: 5) ustawa z dnia 29 lipca 2005 o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2005r., Nr 180, poz. 1495 ze zm.), 16) uchwała Nr XXII/141/2012 Rady Gminy Obrowo z 28.12.2012 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów, 19) uchwała Nr XXV/161/2013 Rady Gminy Obrowo z 27.03.2013 r. w sprawie ustalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Obrowo, 22) uchwała Nr VII/44/2015 Rady Gminy Obrowo z 20.05.2015 r. w sprawie ustalenia regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Obrowo.

Odwołujący uznał, że w świetle postanowień SIWZ, kluczowym dla ustalenia rodzajów odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia, poza postanowieniem ppkt. 3.5., są zapisy uchwały Nr XXII/141/2012 Rady Gminy Obrowo z 28.12.2012 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i zagospodarowania tych odpadów.

Podał, że ze wskazanej uchwały wynika:

- § 2. Ustala się, iż w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi odbierane będą następujące odpady komunalne: 1) komunalne odpady nie segregowane (zmieszane) – w każdej ilości; 2) szkło, papier i tektura, tworzywa sztuczne, metale, opakowania wielomateriałowe, bioodpady, przeterminowane leki, baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i odpady wielomateriałowe, chemikalia i zużyte opony, tekstylia i odzież zebrane w sposób selektywny – w każdej ilości; 3) odpady budowlane i rozbiórkowe zebrane w sposób selektywny – pochodzące z prowadzenia drobnych prac we własnym zakresie – w ilości do 300 kg od nieruchomości.

- § 3 ust. 1 pkt 4 – zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny należy przekazywać: a) do punktu selektywnego zbierania odpadów, b) do punktów ich sprzedaży, c) przedsiębiorcy odbierającemu odpady komunalne w terminach odbioru tych odpadów.

W ocenie odwołującego wynika z powyższego, że właściciele nieruchomości mogą przekazywać zużyty sprzęt elektroniczny i elektryczny do punktu selektywnego zbierania odpadów (PSZOK) oraz przedsiębiorcy odbierającemu odpady komunalne w terminach odbioru tych odpadów.

Odwołujący w dalszej kolejności podał, że wykonawca usługi będzie zobowiązany do wywozu wskazanych odpadów z PSZOK oraz odbioru tych odpadów od właścicieli nieruchomości i ich transportu do właściwej instalacji.

Wskazał, że zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 lipca 2005 o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz. U. z 2005r., Nr 180, poz. 1495 ze zm.) sprzętem tym są m. in. urządzenia chłodnicze, chłodziarki, zamrażarki, lampy fluorescencyjne, czy odbiorniki telewizyjne, którym – w przypadku, gdy staną się odpadami – nadaje się odpowiednio kody 20 01 21* (Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), 20 01 23* (Urządzenia zawierające freony), 20 01 35* (Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki).

Odwołujący stwierdził, że zamawiający zlecał już analogiczną usługę w latach poprzednich i ma wiedzę, że wybrani przez niego wykonawcy odbierali z PSZOK odpady o wskazanych kodach, a co za tym idzie możliwość pojawienia się w PSZOK odpadów o wskazanych kodach nie jest jedynie teoretyczna.

Stanął na stanowisku, że wykonawca Gantor na podstawie obecnie posiadanego zezwolenia, nie może wykonać usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Podniósł, że wykonawca Gantor nie przewiduje także możliwości wykorzystania podwykonawców do świadczenia usługi transportu odpadów, co i tak nie byłoby kluczowe dla ustalenia, czy wykonawca ten spełnia postawione warunki udziału w postępowaniu.

Wskazał, że zgodnie z ukształtowanym orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, nawet w przypadku, gdy zamawiający, doprecyzowując opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, nie wskazuje na konkretne wymogi odnoszące się do wymaganego zezwolenia / koncesji / licencji, to przyjmować należy, że wykonawca, wykazując spełnienie warunku udziału w postępowaniu nie może przedstawić jakiegokolwiek zezwolenia / koncesji / licencji, a zamawiający ma prawo oczekiwać zezwolenia / koncesji / licencji, które umożliwiają wykonawcy wykonanie przedmiotu zamówienia opisanego w SIWZ.

Podkreślił, że warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania

konkretnego zamówienia (argument z art. 22 ust. 5 zd. pierwsze ustawy Pzp), nie stanowią zaś narzędzia do dokonywania abstrakcyjnej oceny zdolności wykonawcy, w konsekwencji czego ustawodawca stawia wymóg, aby opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków był związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia.

Wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 26 czerwca 2013 r. sygn. akt KIO 1407/13, w którym Izba stwierdziła: *„Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja Odwołującego, że wobec braku wskazania przez Zamawiającego na obowiązek legitymowania się zezwoleniem wydanym przez konkretny organ, za wystarczające dla potwierdzenia warunku udziału w postępowaniu należy uznać przedłożenie zezwolenia na zbieranie wydanego przez jakikolwiek organ. (...) nie można pomijać, iż sporne dokumenty miały potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności. Biorąc zaś pod uwagę okoliczność, że warunki udziału w postępowaniu winny być związane z przedmiotem zamówienia oraz fakt, że realizacja przedmiotu zamówienia, w tym zbierania odpadów, ograniczona jest do danego terenu nie sposób twierdzić, że dla wykazania spornego warunku możliwe było przedłożenie zezwolenia dotyczącego zbierania odpadów na innym terenie niż ten, który został objęty przedmiotem zamówienia. Przedstawienie przez Odwołującego decyzji wydanej przez Prezydenta Miasta Zabrze oraz Prezydenta Miasta Ruda Śląska oznacza, że Odwołujący nie wykazał, iż jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w przedmiocie zbierania odpadów na terenie gminy Toszek (Gminy, której dotyczyło postępowanie - przypis autora)”*.

Wskazał również, że na okoliczność obowiązku rozumienia warunków udziału w postępowaniu przez pryzmat opisu przedmiotu zamówienia, profesjonalnego charakteru działalności wykonawców i zasady, że postawienie warunku służy weryfikacji możliwości należytego wykonania usługi przez danego wykonawcę, Krajowa Izba Odwoławcza zwracała uwagę także przy okazji stawianych w przetargach na odbiór odpadów komunalnych warunków udziału w postępowaniu odnoszących się do konieczności posiadania przez wykonawcę wpisu do rejestru podmiotów uprawnionych do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub zezwoleń na transport odpadów.

Dodał, że zamawiający, wprowadzając tego typu warunek udziału w postępowanie, wielokrotnie w opisie warunku nie wymieniają wprost kodów odpadów, których wpis lub zezwolenie ma dotyczyć, niemniej jednak, Izba – podał odwołujący – konsekwentnie stoi na stanowisku, iż w takim przypadku wpis/zezwoleńie powinny obejmować wszystkie odpady (kody) objęte przedmiotem zamówienia (wyrok KIO sygn. akt 1525/13 oraz KIO 1456/13).

Uzupełnił, że stanowisko to znajduje potwierdzenie także w najnowszym orzecznictwie Izby – wskazał na wydany w analogicznym stanie faktycznym wyrok Krajowej

Izby Odwoławczej z dnia 30 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1278/15: „Izba stwierdza, że Odwołujący błędnie interpretuje wymaganie z rozdziału 10 pkt 1 ppkt 1a) specyfikacji. Zgodnie z brzmieniem tego warunku Zamawiający, co do posiadania przez wykonawcę wymaganych uprawnień [do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania] podał, że "Warunek zostanie uznany za spełniony, jeżeli wykonawca wykaże, że posiada zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości i posiada wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzonego przez Wójta Gminy Łączna jako organu właściwego. W celu potwierdzenia spełnienia tego warunku wykonawcy zobowiązani byli – zgodnie z rozdziałem 11 pkt 1 ppkt 2 specyfikacji – przedstawić w ofercie aktualne zezwolenie na transport odpadów komunalnych, oraz aktualne zezwolenie na transport odpadów komunalnych (str 19 siwz0. Odwołujący dołączył do oferty decyzję Starosty Skarżyskiego z 13.02.2015 r. zezwalającą na transport określonego rodzaju odpadów, która jednocześnie – jak przyznał wykonawca – nie obejmuje transportu odpadów o kodach 17 01 80 i 17 01 82. Izba zwraca uwagę, że w opisie przedmiotu zamówienia wprost wskazano, że zezwolenie na transport odpadów musi dotyczyć zakresu zadania ujętego w opisie przedmiotu zamówienia, tym samym musiało ono dotyczyć – zdaniem Izby – także transportu odpadów objętych kodami wskazanymi na str. 15 specyfikacji – Tabela 6 poz. 10. Izba podzieliła pogląd Zamawiającego, że uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania są nierozdzielnie związane z przedmiotem zamówienia i wykonawca, aby móc wykonywać zamówienie zobowiązany jest – co do zasady – posiadać takie uprawnienia bez wyłączeń. Podzieliła także pogląd, że przepis art. 22 ust. 1 Pzp reguluje okoliczności podmiotowo odnoszące się do wykonawców i decydujące o możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, określane jako warunki udziału w postępowaniu oraz, że zastosowanie i zakres normowania jego pkt 1 determinują przepisy szczególne. W tym postępowaniu Zamawiający warunek z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp doprecyzował wskazując na ustawę o odpadach, jako przepis szczególny w tej sprawie, wymagając w konsekwencji posiadania w całości uprawnień, które umożliwią wykonywanie działalności objętej przedmiotem zamówienia, a nie w zakresie węższym niż ten przedmiot.”

Odwołującego podsumował, że wykonawca Gentor, przedstawiając zezwolenie na transport odpadów komunalnych, które nie obejmuje odpadów ujętych w opisie przedmiotu zamówienia o kodach 20 01 21* (Lampy fluorescencyjne i inne odpady zawierające rtęć), 20 01 23* (Urządzenia zawierające freony), 20 01 35* (Zużyte urządzenia elektryczne i elektroniczne inne niż wymienione w 20 01 21 i 20 01 23 zawierające niebezpieczne składniki), nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy przyjąć należy, że wykonawca Gentor jednocześnie złożył zamawiającemu nieprawdziwe oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu – wykonawca Gentor, jako podmiot profesjonalnie zajmujący się gospodarką odpadami komunalnymi, doskonale zdaje bowiem sobie sprawę z faktu, że na podstawie posiadanych przez siebie zezwoleń nie może wykonywać – w sposób zgodny z prawem – usług objętych przedmiotem zamówienia, co – wedle odwołującego – oznacza, że złożenie przez wykonawcę Gentor zapewnienia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w istocie musiało być nakierowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia.

Odwołujący podał, że zgodnie z postanowieniami SIWZ wykonawca ubiegający się o niniejsze zamówienie powinien: 5.2.3. Dysponować odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonywania zamówienia. Warunek udziału w postępowaniu zostanie uznany za spełniony na podstawie złożonego oświadczenia z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp (załącznik nr 3 do SIWZ). Zamawiający uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca: a) będzie dysponował bazą magazynowo-transportową usytuowaną na terenie Gminy Obrowo lub w odległości nie większej niż 60 km od granic tej gminy; b) będzie dysponował co najmniej specjalistycznymi środkami transportu, gromadzenia odpadów komunalnych w ilości zapewniającej realizację zamówienia, zaś zgodnie z pkt. 3.27 SIWZ: Do realizacji przedmiotu zamówienia wykonawca powinien zastosować: 3.27.1. Samochody bezpylne do wywozu zmieszanych i segregowanych odpadów o ładowności powyżej 9 Mg (pojemność min. 20 m³) w ilości min. 3 szt. 3.27.2. Samochody bezpylne do wywozu segregowanych odpadów o ładowności powyżej 5 Mg (pojemność min. 15 m³) – w ilości min. 3 szt. 3.27.3. Samochody do wywozu odpadów ulegających biodegradacji (mokrych) z wanną odciekową, o ładowności powyżej 9 Mg (pojemności min. 20 m³) - w ilości min. 1 szt. 3.27.4. Samochody hakowe o dopuszczalnej ładowności min. 12 Mg przystosowane do odbioru odpadów budowlanych w kontenerach o pojemności 9,5 m³ i większych – w ilości min. 1 szt. 3.27.5. Samochody hakowe o dopuszczalnej ładowności min. 5 Mg przystosowane do odbioru odpadów zebranych w kontenerach o pojemności 5,0 m³ i większych - w ilości min. 1 szt. 3.27.6. Myjka do pojemników o zamkniętym obiegu wody, przystosowana do mycia i dezynfekcji pojemników w miejscu odbioru odpadów – w ilości min. 1 szt. 3.27.7. Samochód dostawczy o ładowności ca 1 Mg z systemem załadunku pojemników od 120 l do 240 l. 3.27.8. Samochód dostawczy – w ilości min, 1 szt.

Odwołujący wskazał, że z Wykazu narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, który wykonawca Gentor załączył do swojej oferty wynika, że cztery ze wskazanych pojazdów (pojazd wskazany w kolumnie drugiej, szóstej, siódmej i ósmej

Wykazu) nie pozostają w bezpośrednim władaniu wykonawcy, ale stanowią potencjał podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Komunalnego SANIKONT R. K. (udostępniony w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp).

Odwołujący podał, że wykonawca Gentor do oferty załączył także zobowiązanie Przedsiębiorstwa Komunalnego SANIKONT R. K. do udostępnienia wykonawcy zasobów, z którego wynika, jakie samochody i na jaki czas zostają wykonawcy udostępnione, jednak z przedłożonego zobowiązania nie wynika, w jaki sposób samochody te będą udostępnione (na podstawie, jakiej umowy). Wyjaśnił, że w zobowiązaniu znalazło się jedynie oświadczenie, że podmiot udostępniający swój potencjał nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia, co jednak nie stanowi odpowiedzi na pytanie, w jaki sposób wykonawca będzie mógł korzystać z udostępnionego potencjału.

Odwołujący uzupełnił, że dodatkowych wyjaśnień w tym zakresie nie zawiera także pismo wykonawcy Gentor z dnia 8 grudnia 2015 r., stanowiące odpowiedź na wezwanie do złożenia wyjaśnień oraz przedstawienia kopii dowodów rejestracyjnych i zdjęć pojazdów wskazanych w ofercie. Wskazał, że w piśmie tym wykonawca Gentor wspomina wprawdzie o „użyczeniu” pojazdów przez podmiot udostępniający wykonawcy swój potencjał (jest to jednak nadal oświadczenie wykonawcy, a nie podmiotu trzeciego), ale jednocześnie wykonawca – w ocenie odwołującego celowo – nie zrealizował wezwania zamawiającego do przedłożenia kopii dowodów rejestracyjnych i zdjęć samochodów mających być przedmiotem tego użyczenia.

Odwołujący oświadczył, że według posiadanych przez niego informacji, samochody wskazane w ofercie wykonawcy Gentor, a udostępnione przez Przedsiębiorstwo Komunalnego SANIKONT R. K. nie stanowią własności podmiotu trzeciego – są użytkowane przez Przedsiębiorstwo Komunalne SANIKONT R. K. na zasadzie umowy leasingu. Podniósł, że standardem przy umowach leasingu jest wprowadzanie zakazu użyczenia, czy podnajmowania przedmiotu leasingu przez leasingobiorcę podmiotom trzecim. Skoro więc leasingobiorca – Przedsiębiorstwo Komunalne SANIKONT R. K. nie jest uprawniony do podnajmowania/użyczenia przedmiotu leasingu (wskazanych pojazdów), to – wywodził odwołujący – zobowiązanie Przedsiębiorstwa Komunalnego SANIKONT R. K. nie może wywołać skutków prawnych, tj. nie może prowadzić do uznania, że wykonawca dysponuje tymi pojazdami w sposób realny (że będzie w rzeczywistości mógł wykorzystywać je do wykonania przedmiotu zamówienia).

Uznał, że w takiej sytuacji nie sposób przyjąć, by wykonawca Gentor mógł w sposób realny dysponować wskazanymi w jego ofercie pojazdami niezbędnymi do realizacji przedmiotu umowy.

Odwołujący stanął na stanowisku, że także w tym przypadku wykonawca Gentor celowo wprowadził zamawiającego w błąd – wykonawca Gentor, mimo wiedzy, iż pojazdy

stanowiące przedmiot umowy najmu nie mogą być użyczane / podnajmowane podmiotom trzecim, celowo przemilczał fakt użytkowania przez Przedsiębiorstwo Komunalne SANIKONT R. K. wskazanych w ofercie pojazdów na zasadzie leasingu i nie dostarczył zamawiającemu dokumentów, z których okoliczność ta by wynikała, a jednocześnie – stwierdził odwołujący – wykonawca Gentor złożył w sposób w pełni świadomy oświadczenie, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, tj. posiada pojazdy niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 21 grudnia 2015 r., Odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie – pismo z dnia 29 grudnia 2015 r., a także stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby na wstępie wskazuje, że dokumenty załączone przez zamawiającego do *Odpowiedzi na odwołanie*, tj. Sprawozdania Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. z Torunia (przy pismach z 29.04.2014 r., 30.07.2014 r., 30.10.2014 r., 29.01.2015 r., 29.07.2015 r.), tak też *Karty Przekazania Odpadów* złożone przez odwołującego na rozprawie były nieprzydatne dla rozpoznania sprawy, ponieważ nie składały się na treść SIWZ i nie stanowiły tym samym części opisu przedmiotu zamówienia, a sam opis i wymogi SIWZ w ogóle nie zawierały zastrzeżenia, że obowiązek złożenia wraz z ofertą zezwolenia zawierającego określone kody odpadów dotyczy tylko tych odpadów, których odbierane w gminie zamawiającego ilości przekraczają jakąś wielkość.

Także dokumenty dotyczące spełniania przez wykonawcę Gentor warunku udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego (umowa użyczenia samochodu ciężarowego z 01.12.2015 r., 2 dowody rejestracyjne, potwierdzenie z BZ WBK Leasing S.A. z 7.11.2012 r. wraz z fakturą z 05.11.2015 r. oraz w zakresie posiadania przez wykonawcę Gentor uprawnień (Decyzja z 02.08.2013 r. dla Karat Elektro Recykling S.A., zlecenie przez Gentor dla Karat Elektro-Recykling S.A. z 01.12.2015 r. wraz z fakturą z 04.12.2015 r.), ponieważ zamawiający nie dysponował tymi dokumentami, oceniając spełnianie przez wykonawcę Gentor postawionych warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji także Izba, oceniając zgodność czynności zamawiającego z przepisami ustawy Pzp, nie mogła załączonych dokumentów zaliczyć w poczet materiału dowodowego.

W odniesieniu do złożonych przez odwołującego na rozprawie: *Informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 23.12.2015 r., Formularza ofertowego oraz Wykazu narzędzi wykonawcy* Przedsiębiorstwo Komunalne Sanikont R. K., pochodzących z przetargu nieograniczonego prowadzonego przez Gminę Gniewkowo skład orzekający Izby

uznał, że dokumenty te nie dowodzą, że wskazany podmiot nie mógłby udostępnić wykonawcy Gentor swoich samochodów, ponieważ odwołujący nie wykazał nawet, że są to te same samochody, które miałyby zostać udostępnione wykonawcy Gentor.

Zarzuty naruszenia:

- art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Gentor (i odrzucenia jego oferty), w sytuacji gdy wykonawca ten nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu odnoszącego się do posiadania zezwolenia na transport odpadów komunalnych objętych przedmiotem zamówienia i jednocześnie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, odnoszące się do posiadania uprawnień (zezwoleń) niezbędnych do wykonania przedmiotu zamówienia oraz
- art. 26 ust. 3 pkt 2 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 oraz art. 7 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Gentor do uzupełnienia oferty o zezwolenie na transport odpadów, które obejmowałyby odpady o kodach: 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35* częściowo się potwierdziły.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W Odpowiedzi na odwołanie zamawiający stwierdził: „(...) Gentor na etapie składania ofert nie musiał legitymować się zezwoleniem na transport odpadów sklasyfikowanych pod wszystkimi kodami objętymi przedmiotem zamówienia. Realizując zamówienie, o ile zaistnieje sytuacja, iż transport odpadów o kodach 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35* będzie konieczny, Gentro zobowiązany będzie zapewnić sobie wszystkie wymagane zezwolenia. Posiadanie zezwolenia na transport odpadów o trzech ww. kodach może okazać się w trakcie realizacji zamówienia niepotrzebne, zwłaszcza, że zgodnie z zestawieniem przekazanym Zamawiającemu przez MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Toruniu, która to spółka wykonywała usługę odbioru i zagospodarowania odpadów w poprzednim okresie, odpady o kodach 20 01 23*, 20 01 35* w ogóle nie występowały, a ilość odpadów o kodzie 20 01 21* była niewielka (zestawienie w załączeniu)” (str. 3, ostatni akapit).

Nadto zamawiający podał, że „obowiązek transportu odpadów obciąża właścicieli nieruchomości” (str. 4, akapit drugi).

Na rozprawie zamawiający oświadczył nadto, że „w świetle postanowień SIWZ koniecznym w ramach tego postępowania było złożenie wraz z ofertą zezwoleń ujmujących kody tych odpadów, które w gminie są odbierane i transportowane w największej ilości”.

Odwołujący utrzymywał natomiast, że wykonawcy zostali zobowiązani przez zamawiającego w SIWZ do złożenia wraz ofertą zezwolenia na zbieranie odpadów oraz transport odpadów, w którym wskazano kody wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia (opis przedmiotu zamówienia), stąd także wykonawca Gentor winien złożyć zezwolenie, w którym wskazano kody wszystkich odpadów objętych przedmiotem zamówienia

Z zaprezentowanych powyżej stanowisk stron wynika, że obie były zgodne co do tego, iż każdy składający w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertę wykonawca był zobowiązany (na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności) złożyć wraz z ofertą zezwolenie na zbieranie odpadów oraz transport odpadów.

Stanowiska stron różniły się co do tego, jakie kody winny być wskazane w zezwoleniu składanym przez wykonawcę wraz z ofertą – wszystkie, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia (zdeterninowanego opisem przedmiotu zamówienia) w tym o kodach 20 01 21*, 20 01 23* i 20 01 35*, czy też wyłącznie te, które stanowią „ilościowo” przeważającą część odpadów przewidzianych do odbioru i transportu.

Uwzględniając stanowiska stron, skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że stanowisko zamawiającego, w świetle postanowień SIWZ, nie jest prawidłowe, ponieważ brak w postanowieniach SIWZ jakiegokolwiek rozróżnienia – odrębnego uregulowania, że zezwolenie dotyczące odpadów najczęściej (w największych ilościach) odbieranych (i transportowanych) w gminie Obrowo należy złożyć wraz z ofertą, natomiast zezwolenie dotyczące odpadów odbieranych w nieznacznym/niewielkich ilościach będzie należało złożyć po terminie składania ofert i to o tyle, o ile w ogóle konieczność odbioru i transportu takich odpadów nastąpi (o kodach 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35*).

Wskazać należy także, że w postanowieniach SIWZ zamawiający przewidział obowiązek dostarczenia przez wykonawcę do Punktu Selekttywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) pojemników, w których będą gromadzone segregowane, w tym niebezpieczne odpady, które następnie wykonawca będzie musiał wywieźć (w czasie do 48 godzin).

Bez wątplenia zatem przedmiot zamówienia przewiduje odbiór i transport (z PSZOK) odpadów segregowanych, w tym niebezpiecznych – zamawiający nie kwestionował dokonanej przez odwołującego na rozprawie „klasyfikacji”, że w pojemnikach, o których mowa w pkt. 3.17 SIWZ będą gromadzone także odpady o kodach 20 01 21*, 20 01 23*, 20 01 35*.

Dodatkowo jedynie skład orzekający Izby wskazuje, że podkreślany przez zamawiającego w *Odpowiedzi na odwołanie* obowiązek właścicieli nieruchomości transportu

odpadów dotyczy jedynie transportu do PSZOK, natomiast to obowiązkiem wykonawcy realizującym zamówienie będzie odbiór i transport odpadów, w tym niebezpiecznych z tego punktu.

Reasumując, obowiązkiem wykonawcy Gentor było złożenie wraz z ofertą zezwolenia na zbieranie odpadów oraz transport odpadów, w którym wskazane zostały kody wszystkich odpadów, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia w tym o kodach 20 01 21*, 20 01 23* i 20 01 35*.

Bezsporne było to, że wykonawca Gentor takiego zezwolenia wraz z ofertą nie złożył, a także to, że nie był on wzywany, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do jego uzupełnienia. Nadto, że był to dokument na potwierdzenie spełniania warunku w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności.

Wobec powyższego skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu, wobec ciążącego na zamawiającym obowiązku wezwania wykonawcy w takiej sytuacji do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), wezwanie wykonawcy Gentor do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz transport odpadów w zakresie określonej działalności. Jak uprzednio skład orzekający Izby wskazał zezwolenie to winno obejmować kody wszystkich odpadów, które są niezbędne do realizacji przedmiotu zamówienia w tym o kodach 20 01 21*, 20 01 23* i 20 01 35*.

Przypomnienia przy tym wymaga, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że odwołujący nie wykazał, iżby wykonawca Gentor umyślnie złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ gołosłowne twierdził, że złożenie przez wykonawcę Gentor zapewnienia, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu w istocie musiało być nakierowane na wprowadzenie zamawiającego w błąd i uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, za wyrokiem Sądu Okręgowego w Toruniu z dnia 6 grudnia 2012 r. sygn. VI Ga 134/12, wskazuje, że jedynie celowe i zamierzone działanie wykonawcy prowadzące do złożenia nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania może skutkować wykluczeniem wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, podzielając także w pełni pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14 maja 2014 r. sygn. akt KIO 859/14, zgodnie z którym „*dla prawidłowego stosowania przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Ustawy PZP*

konieczna jest jego prounijna wykładnia, zgodnie z którą tylko wykazanie (...) umyślności w złożeniu przez wykonawcę nieprawdziwych informacji daje podstawę do wyeliminowania go z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Na organach orzekających państw członkowskich Unii Europejskiej spoczywa bowiem ciężar interpretacji przepisów prawa krajowego nie tylko literalnie, ale także z uwzględnieniem brzmienia i celu przepisów unijnych, stanowiących podstawę wprowadzania do ustawodawstw państw członkowskich określonych regulacji prawnych (ad casum – z uwzględnieniem brzmienia i celu art. 45 ust. 2 lit. g Dyrektywy klasycznej, stanowiącego podstawę wprowadzenia w Ustawie PZP przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3). Lektura wspomnianego przepisu Dyrektywy klasycznej (podobnie zresztą, jak i odnośnej regulacji Ustawy PZP) nie pozwala na stwierdzenie, że celem ustawodawcy unijnego i krajowego była możliwość wykluczania wykonawców a limine, w każdym przypadku stwierdzenia w ich ofertach informacji nieprawdziwych. Możliwą konsekwencją takiego zapatrywania byłoby bowiem, na gruncie przepisów krajowych, ograniczenie zastosowania przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy PZP do przypadków niezłożenia dokumentu, który w myśl przepisów tej ustawy podlega uzupełnieniu, bądź złożenia go w formie niekompletnej, tj. niezawierającej wszystkich wymaganych informacji. To zaś prowadziłoby do nierównego traktowania pewnej kategorii wykonawców (tych, którzy złożyli niekompletną ofertę lub niekompletne w swej treści dokumenty stanowiące załączniki do oferty), względem tych oferentów, których oferty nie zawierają wprawdzie wspomnianych braków, ale w których znalazły się informacje nieprawdziwe, bez względu na przyczynę takiego stanu rzeczy. Należy jednak zauważyć, że art. 26 ust. 3 Ustawy PZP referuje do pojęcia błędu, które to – w ocenie Izby – obejmuje również przypadki, w których określona informacja (twierdzenie) nie znajduje oparcia w rzeczywistości. Nie można przy tym (...) sprowadzać omawianej problematyki do stwierdzenia, że każda nieprawdziwa informacja nie podlega uzupełnieniu w trybie ww. przepisu, bowiem pojęcia błędu i nieprawdziwej informacji mogą być, jak wskazano, w pewnej mierze utożsamiane. Izba zaznacza przy tym, że wypracowana w orzecznictwie zasada niewzywania do uzupełnienia dokumentów obejmujących swą treścią informacje nieprawdziwe ogranicza się do przypadków złożenia takich informacji umyślnie, nie zaś do posłużenia się nimi bez względu na przyczynę”.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 2a i 2b ustawy Pzp, art. 22 ust. 5 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przyjęcie przez zamawiającego, że wykonawca Gentor spełnia warunek udziału w postępowaniu odnoszący się do dysponowania odpowiednimi pojazdami, mimo że wykonawca Gentor nie udowodnił, że będzie dysponował pojazdami podmiotu trzeciego i to w sposób realny, co jednocześnie stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, bowiem w tej sytuacji oświadczenie wykonawcy Gentor

w zakresie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zawiera informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik postępowania częściowo potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby zauważa, że pomimo przypisania przez odwołującego zamawiającemu naruszenia przepisu art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, wskazane w odwołaniu okoliczności faktyczne i prawne w ogóle nie referują do poważnego naruszenia przez wykonawcę Gentor, w sposób zawiniony, obowiązków zawodowych, stąd skład orzekający Izby uznał, że odwołujący nie postawił zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy Gentor z tego powodu, a przepis art. 26 ust. 2a ustawy Pzp został wskazany przez odwołującego jedynie omyłkowo.

Bezsporne było to, że wykonawca Gentor, wykazując spełnianie warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania niezbędnym potencjałem technicznym oparł się na zasobach podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Komunalnego Sanikont R. K. (dalej Sanikont albo podmiot trzeci) – wykonawca Gentor wraz z ofertą złożył zobowiązanie tego podmiotu z dnia 2 grudnia 2015 r. (str. 77 oferty), w którym podmiot ten zobowiązał się do oddania do dyspozycji wykonawcy Gentor, na czas realizacji zamówienia, zasobów niezbędnych do wykonania zamówienia w postaci 3 samochodów bezpylnych, w tym: 1 samochodu do wywozu odpadów o ładowności powyżej 9 Mg, 1 samochodu do wywozu odpadów o ładowności powyżej 5 Mg oraz 1 samochodu z wanną odciekową o ładowności powyżej 9 Mg i wanną z zamkniętym obiegiem wody (myjką), zastrzegając przy tym, że nie będzie uczestniczył w realizacji zamówienia.

Bezspornym było to, że samochody, które zostały wskazane przez wykonawcę Gentro w *Wykazie narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje Wykonawca* jako samochody własne tego wykonawcy – łącznie 8, nie stanowiły niezbędnego do realizacji przedmiotowego zamówienia minimalnego zestawu samochodów (zamawiający wskazał je w Rozdziale III SIWZ pkt 3.27. w łącznej liczbie 12).

4 samochody wskazane przez wykonawcę Gentor w *Wykazie narzędzi i urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia, którymi dysponuje Wykonawca* to samochody z zasobów podmiotu trzeciego: był to 1 samochód z 2014 roku (bezpylony do wywozu zmieszanych i segregowanych odpadów) oraz 3 z 2007 roku (bezpylony do wywozu odpadów segregowanych, bezpylny z wanną odciekową do wywozu odpadów biodegradowalnych, myjka do pojemników z zamkniętym obiegiem wody).

W toku postępowania zamawiający, w związku z oparciem się na zasobach podmiotu trzeciego (pismo z dnia 4 grudnia 2015 r.), wezwał wykonawcę Gentor do złożenia

wyjaśnień: „Czy w razie potrzeby, wynikającej z bezkolizyjnej realizacji przedmiotu zamówienia i dość rozległym terenem odbioru odpadów komunalnych obejmującym swym zasięgiem obszar całej gminy Obrowo, Wykonawca będzie mógł dysponować dodatkowymi pojazdami?”, a dodatkowo do „dostarczenia kopii dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazanych w załączniku nr 6 do oferty wraz ze zdjęciami pojazdów”.

Wykonawca, w piśmie z dnia 8 grudnia 2015 r., wyjaśnił, że „Użyczone samochody przez przedsiębiorcę P. R. K. będą dostępne w wyniku jego wolnych mocy przerobowych. Jest to śmieciaro-myjka (SCANIA) z wanną odciekową i zamkniętym obiegiem wody, co pozwala jednocześnie wykonywać więcej zadań: zbierać odpady komunalne, zbierać odpady biodegradowalne i jednocześnie wykonywać usługę mycia pojemników, a co za tym idzie oszczędność czasowa”.

W ocenie składu orzekającego Izby treść udzielonych przez wykonawcę Gentor wyjaśnień wskazuje, że w istocie udostępniane wykonawcy Gentor zasoby to jeden samochód o więcej niż jednej funkcji (zbieranie odpadów komunalnych, zbieranie odpadów biodegradowalnych i mycia pojemników). Pozostaje to wprost sprzeczne ze zobowiązaniem podmiotu trzeciego, który w swoim zobowiązaniu wskazał nie jeden, ale trzy samochody o dwóch różnych funkcjach, z których dwa to samochody o tej samej ładowności (powyżej 9 Mg) a trzeci o ładowności powyżej 5 Mg.

Kwestia ta, w ocenie składu orzekającego Izby, niezależnie od trafnie podważanego przez odwołującego zobowiązania podmiotu trzeciego jako tego, który ma jedynie formalny charakter (nie zawiera informacji, w jaki sposób samochody te będą udostępnione, co pozwoliłoby zamawiającemu na ocenę, czy udostępnienie wskazanych zasobów ma realny charakter) przesądza o niemożności uznania przez zamawiającego, że wykonawca Gentor wykazał dysponowanie samochodami w łącznej liczbie 12 sztuk.

Wykonawca wskazał bowiem w *Wykazie* jedynie 8 samochodów własnych oraz 4 inne, co do których – wobec sprzeczności co do liczby samochodów wskazanych w zobowiązaniu (3) i wyjaśnieniach wykonawcy Gentor (1) – istnieją poważne wątpliwości.

Istnienie wątpliwości co do możliwości dysponowania przez wykonawcę Gentor samochodami podmiotu trzeciego, które wraz z samochodami wykonawcy Gentor stanowiłyby zasoby w żądanej przez zamawiającego licznie 12 nie dawało zamawiającemu podstaw do uznania, że wykonawca Gentor wykazał spełnianie warunku w zakresie potencjału technicznego.

Jednocześnie bezsporne było to, że wykonawca Gentor nie był wzywany, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunku w zakresie potencjału technicznego (wzywany był jedynie do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp).

Wobec powyższego skład orzekający Izby nakazał zamawiającemu, wobec ciążącego na zamawiającym obowiązku wezwania wykonawcy w takiej sytuacji do uzupełnienia dokumentów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), wezwanie wykonawcy Gentor do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Przypomnienia przy tym wymaga, że złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp zdanie drugie).

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, że nie można uznać, że wykonawca Gentor złożył nieprawdziwe informacje, ponieważ odwołujący nie tylko nie wykazał, że wykonawca Gentor celowo przemilczał fakt użytkowania przez Przedsiębiorstwo Komunalne Sanikont R. K. wskazanych w ofercie pojazdów na zasadzie leasingu, ale nawet, że rzeczywiście Przedsiębiorstwo Komunalne Sanikont R. K. użytkuje wskazane w ofercie pojazdy na zasadzie leasingu.

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, m. in. poprzez dokonanie oceny oferty złożonej przez wykonawcę Gentor w sposób sprzeczny z warunkami udziału w postępowaniu określonymi w dziale III SIWZ i wybór oferty, która nie jest ofertą najkorzystniejszą w rozumieniu obowiązujących przepisów potwierdził się.

W konsekwencji uznania, że wykonawca Gentor nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów oraz transport odpadów w zakresie określonej działalności, a także w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym, skład orzekający Izby uznał, że potwierdził się zarzut przeprowadzenia przez zamawiającego postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców – wybór oferty takiego wykonawcy rażąco narusza przepisy ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1 lit. a oraz pkt 2 lit. b 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. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: