

Białystok, dnia 24.08.2023 r.

**Prezes Krajowej Izby Odwoławczej  
przy Prezesie Urzędu  
Zamówień Publicznych**

**Odwołujący:** MPO Sp. z o.o.

ul. 42 Pułku Piechoty 48

15-950 Białystok

KRS nr: 0000006372

Tel. 85 6768300

Email: zamowienia@mpo.bialystok.pl

Reprezentowany przez:

Zarząd w osobach:

Tomasza Kalinowskiego

Uprawnionego jednoosobowo do reprezentacji.

**Zamawiający:** Gmina Zbójna

Ul. Łomżyńska 64

18-416 Zbójna

Tel: 0-86 214-00-29

Email: ugzbojna@lo.home.pl

**Nr ogłoszenia, którego dotyczy odwołanie:** 2022/BZP 00237238/01

**Opis przedmiotu zamówienia:**

**90511000 – 2 Usługi wywozu odpadów**

**90512000 - 9 Usługi transportu odpadów**

**90513100 - 7 Usługi wywozu odpadów pochodzących z gospodarstw domowych**

**90533000-2 Usługi gospodarki odpadami**

Znak postępowania UE.271.1.2023

**Odwołanie od czynności Zamawiającego**

**Polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu**

**O udzielenie zamówienia pn.**

**"Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych  
na terenie Gminy Zbójna (1.10.2023-30.09.2024)"**

**zaniechania Zamawiającego**

**w zakresie wezwania do złożenia wyjaśnień i odrzucenia oferty wykonawcy,  
którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza**

Niniejszym działając na podstawie art. 513 ustawy prawo zamówień publicznych składam odwołanie od czynności Zamawiającego, którą jest unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na podstawie art. 129 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 z późn. zm.) pn.: **"Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Zbójna (1.10.2023-30.09.2024)"**

Oświadczam, iż czynność zamawiającego miała miejsce w dniu 09.08.2023 r. przez opublikowanie informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Oświadczam, iż niniejsze odwołanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego kwoty nie przekraczają „progów unijnych”, w związku z powyższym termin do wniesienia odwołania został zachowany.

Odwołujący wskazuje, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, bowiem jest wykonawcą, który ubiega się o uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

**Czynności i zaniechaniu Zamawiającego zarzucam naruszenie następujących przepisów prawa:**

**1. Art. 223 ust 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych.**

- co polegało na zaniechaniu Zamawiającego wezwania wykonawcy którego oferta została uznana jako najkorzystniejsza do złożenia wyjaśnień oferty, w zakresie możliwości realizacji zamówienia publicznego z uwagi na fakt, iż wykonawca ten jest spółką powołaną w ce realizacji zadań własnych Miasta Łomża, oraz możliwości zrealizowania zamówienia w związku z tym, iż cały potencjał techniczny tego wykonawcy wykorzystywany jest do realizacji zadań własnych Miasta Łomża.

**2. art. 226 ust 1 pkt 2 lit b ustawy Prawo Zamówień Publicznych**

- co polegało na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży w sytuacji, gdy wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

a) zdolności do występowania w obrocie gospodarczym;

b) zdolności technicznej lub zawodowej w zakresie posiadanych pojazdów do realizacji zamówienia;

**W związku z powyższymi zarzutami wnoszę o:**

- uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) uchylecia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty

b) wezwania wykonawcy Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości zrealizowania zamówienia oraz posiadanego potencjału technicznego.

c) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy Zakładu Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży.

**Wnoszę o dopuszczenie dowodu z:**

**1. Wydruku Uchwały Nr 18/V/15 Rady Miejskiej Łomży z dnia 21 stycznia 2015 roku celem wykazania, iż wykonawca Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. został utworzony wyłącznie w celu wykonywania zadań własnych Miasta Łomża, polegających na świadczeniu zaspokajania potrzeb zbiorowych wspólnoty w zakresie:**

a) prowadzenia składowiska, odbierania i przetwarzania odpadów komunalnych, utrzymywania i eksploatacji instalacji z tym związanych,

b) zapewnienia funkcjonowania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

**2. Wydruku tekstu jednolitego umowy spółki Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży z podpisem elektronicznym z dnia 28.12.2021 celem wykazania faktu, iż podstawą powołania spółki była uchwała Nr 18/V/15 Rady Miejskiej Łomży z dnia 21 stycznia 2015 roku**

3. Pisma Odwołującego z dnia 04.08.2023 r. celem wykazania faktu, iż Zamawiający został poinformowany o tym, iż wykonawca Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. został powołany dla realizacji zadań własnych Miasta Łomża i w tym celu posiadany przez ten podmiot potencjał techniczny jest wykorzystywany,

### **Uzasadnienie**

W dniu 09.08.2023 Zamawiający Gmina Zbójna opublikowała za pośrednictwem portalu decyzję o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie podstawowym na usługę **"Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Zbójna (1.10.2023-30.09.2024)"**

Zamawiający uzasadniając w/w decyzję wskazał, iż oferta wykonawcy w zakresie kryteriów wyboru przedstawia najkorzystniejszy bilans, w związku z czym uzyskała maksymalną ilość punktów w każdym kryterium, jednocześnie Zamawiający stwierdził, iż żadna oferta w przedmiotowym postępowaniu nie została odrzucona.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż Zamawiający zaniechał wezwania do wyjaśnienia oferty wykonawcy, którego została wybrana jako najkorzystniejsza pomimo istnienia ku temu przesłanek. Odwołujący w dniu 04.08.2023 r. wskazał Zamawiającemu, iż wykonawca Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży jest podmiotem, który został utworzony w celu realizacji zadań własnych Miasta Łomża. Dodatkowo wskazane zostało, iż potencjał techniczny jakim dysponuje ten wykonawca jest w 100% wykorzystywany przy realizacji zadania własnego Miasta Łomży to jest realizacji celu w jakim wykonawca ten został utworzony.

Zamawiający w treści punktu XX Specyfikacji Warunków Zamówienia określił warunki udziału w postępowaniu w myśl których wykonawca ubiegający się o uzyskanie zamówienia powinien posiadać ogólną zdolność występowania w obrocie gospodarczym, oraz posiadać potencjał techniczny - określone w SWZ środki transportu.

Pismo odwołującego winno po stronie Zamawiającego wzbudzić wątpliwości, które wymagały podjęcia działania przez Zamawiającego. Działanie to powinno przedstawić się w czynności wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości złożenia przez wykonawcę Zakład Gospodarowania

Odpadami sp. z o.o. oferty, a jeżeli odpowiedź byłaby pozytywna to czy w związku z realizacją zadań własnych Miasta Łomża wykonawca ten dysponuje potencjałem technicznym wymaganym przez Zamawiającego w SWZ.

Jak słusznie wskazuje się w orzeczeniach Krajowej Izby Odwoławczej co do zasady wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 223 ust 1 pzp stanowi uprawnienie Zamawiającego. Te same orzeczenia wskazują jednak, iż uprawnienie to w pewnych okolicznościach staje się obowiązkiem Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem Krajowej **Izby Odwoławczej z dnia 13 kwietnia 2023 r. w sprawie KIO 848/23 „Z przepisu art. 223 ust. 1 p.z.p. wynika norma uprawniającą zamawiającego do żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. W pewnych okolicznościach skorzystanie z tego uprawnienia staje się obowiązkiem zamawiającego. Nie sposób uznać, że rzeczne uprawnienie czy obowiązek powstaje w sytuacji, gdy treść oferty nie budzi wątpliwości.”** Z powyższego wyroku wnioskujemy jednoznacznie a contrario, iż w przypadku powstania wątpliwości dotyczących oferty uprawnienie Zamawiającego do wezwania do złożenia wyjaśnień staje się obowiązkiem. Jeszcze bardziej jednoznacznie w powyższym przedmiocie wypowiedziała się **Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 10 marca 2023 r. w sprawie KIO 525/23** zgodnie z którym: „Mimo użycia przez ustawodawcę słowa „może”, nie można uznać, że zamawiający ma całkowitą swobodę w stosowaniu art. 223 ust. 1 p.z.p. W określonych okolicznościach, zwłaszcza wtedy, gdy istnieją jednoznaczne podstawy do powzięcia przez zamawiającego wątpliwości, wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ww. przepisu stanowi obowiązek zamawiającego.”

Jak wynika z powyższego jedynym kryterium, które powoduje przekształcenie uprawnienia Zamawiającego w obowiązek wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień oferty jest powzięcie wątpliwości co do treści oferty.

W przedmiotowej sprawie nie może budzić wątpliwości, iż wykonawca Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. w Łomży nie jest podmiotem, który może występować w obrocie gospodarczym na zasadzie udziału w wolnym rynku a tym samym składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Jest tak z następujących przyczyn.

**Uchwałą nr 18/V/15 z dnia: 21 stycznia 2015 r. w sprawie:** w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Miasta Łomża „Zakład Gospodarowania Odpadami” Rada Miejska Łomży postanowiła wyrazić zgodę Prezydentowi Miasta Łomża na utworzenie jednoosobowej spółki komunalnej z ograniczoną odpowiedzialnością Miasta Łomża z siedzibą w Łomży działającą pod firmą „**Zakład Gospodarowania Odpadami** Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością”. Zgodnie z treścią w/w uchwały: celem Spółki będzie wyłącznie wykonywanie zadań własnych Miasta Łomża, polegających na świadczeniu zaspokajania potrzeb zbiorowych wspólnoty w zakresie:

a) prowadzenia składowiska, odbierania i przetwarzania odpadów komunalnych, utrzymywania i eksploatacji instalacji z tym związanych,

b) zapewnienia funkcjonowania Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych.

Skoro delegacja zawarta w uchwale uprawnia do funkcjonowania powstałego podmiotu wyłącznie w zakresie realizacji zadań własnych Miasta Łomża, tym samym należy uznać, iż Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. nie jest uprawniony do występowania na rynku i składania ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Istotne jest, iż statut Zakładu Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. zawiera wskazanie, iż Prezydent Miasta Łomża uzyskał uprawnienie do powołania podmiotu w oparciu o uchwałę nr **18/V/15 z dnia: 21 stycznia 2015 r.**

Wykonawca Zakład Gospodarowania odpadami realizuje zadania własne Miasta Łomża w zakresie odbierania i przetwarzania odpadów komunalnych z terenu Miasta Łomża, niezbędne jest aby w tym celu podmiot ten posiadał potencjał techniczny. Potencjał ten nie powinien pokrywać się z potencjałem niezbędnym dla zrealizowania zadań własnych Miasta Łomża.

Odwołujący wskazuje, iż Zamawiający w postanowieniach Specyfikacji Warunków Zamówienia w pkt XX wskazał warunki udziału w postępowaniu. Jednym z warunków jest posiadanie zdolności występowania w obrocie gospodarczym, drugim zaś posiadanie potencjału technicznego – pojazdów. O ile w zakresie potwierdzenia spełnienia warunku co do posiadanych pojazdów ocena spełnienia tego warunku (poza dotychczasowym oświadczeniem) możliwa byłaby po zrealizowaniu obowiązku wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień i rozpatrzenia tych wyjaśnień przez Zamawiającego, to biorąc pod uwagę fakt, iż podmiot Zakład Gospodarowania Odpadami został powołany wyłącznie w celu realizowania zadań własnych Miasta Łomża, należy uznać, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. Postanowienia prawa miejscowego w oparciu, o które podmiot ten został utworzony jasno precyzują zakres działalności tego podmiotu zaś analizując postanowienia uchwały nr **18/V/15 z dnia: 21 stycznia 2015 r.** nie można stwierdzić, iż podmiot ten został powołany w celu prowadzenia działalności gospodarczej. Powyższe potwierdza istnienie obowiązku Zamawiającego do odrzucenia oferty Zakładu Gospodarowania Odpadami, a tym samym zasadność zarzutu zaniechania odrzucenia oferty.

W świetle powyższego, niniejsze odwołanie jako w całości zasadne winno zostać uwzględnione w wyniku czego czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu postępowania winna zostać uchylona.

#### **Załączniki:**

1. KRS Odwołującego
2. Dowód uiszczenia opłaty od odwołania w kwocie 7.500zł
3. Dowód doręczenia odwołania Zamawiającemu
4. Dowody wskazane w odwołaniu:
  - a) uchwała nr **18/V/15 z dnia: 21 stycznia 2015 r.**
  - b) tekst jednolity umowy spółki Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży
  - c) pismo Odwołującego z dnia 04.08.2023 r.