

WYROK

z dnia 4 września 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie **31 sierpnia 2023 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej **14 sierpnia 2023 r.**

przez wykonawcę: **MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku** [„Odwołujący”]

w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Zbójna* (1.10.2023-30.09.2024).

prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Zbójna** [„Zamawiający”]

przy udziale wykonawcy: **Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży**– zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego [„Przystępujący”]

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i zalicza w poczet tych kosztów kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez niego tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Uzasadnienie

Gmina Zbójna {dalej również: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ustawa Pzp”, „ppz” lub „Pzp”} w trybie podstawowym postępowanie o udzielenie zamówienia na usługi pn. *Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Zbójna* (1.10.2023-30.09.2024).

Ogłoszenie o tym zamówieniu 17 lipca 2023 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 00309893.

Wartość tego zamówienia nie przekracza progów unijnych.

9 sierpnia 2023 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Zakład Gospodarowania Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Łomży {dalej również: „ZGO”, „Spółka”, „Przystępujący”}.

14 sierpnia 2023 r. MPO sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku {dalej: „MPO” lub „Odwołujący”}wniosło do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności oraz zaniechań Zamawiającego objętych poniższymi zarzutami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

- 1.Art. 223 ust. 1 – polegające na zaniechaniu wezwania ZGO do złożenia wyjaśnień oferty co do możliwości realizacji tego zamówienia, z uwagi na fakt, jest spółką powołaną w celu realizacji zadań własnych Miasta Łomża, oraz w związku z tym, że jego cały potencjał techniczny wykorzystywany jest do realizacji zadań własnych Miasta Łomża.
- 2.Art. 226 ust 1 pkt 2 lit b – polegające na zaniechaniu odrzucenia oferty ZGO, pomimo że 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.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.
- 2.Wezwania ZGO do złożenia wyjaśnień w zakresie możliwości zrealizowania zamówienia oraz posiadanego potencjału technicznego.
- 3.Odrzucenia oferty ZGO.

W ramach wspólnego dla powyższych zarzutów i żądań uzasadnienia odwołania zostały podniesione następujące okoliczności faktyczne i prawne.

{okoliczności faktyczne}

Zamawiający określił w rozdziale XX SWZ warunki udziału w postępowaniu, jednym z nich jest posiadanie

zdolności do występowania w obrocie gospodarczym, drugim zaś posiadanie potencjału technicznego – pojazdów.

Uchwałą nr 18/V/15 z 21 stycznia 2015 r. 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 brzmieniem tej 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.

Z kolei statut ZGO zawiera wskazanie, że Prezydent Miasta Łomża uzyskał uprawnienie do powołania tej spółki w oparciu o powyższą uchwałę.

W piśmie z 4 sierpnia 2023 r. MPO zwróciło Zamawiającemu na powyższe uwarunkowania prawne oraz na to, że potencjał techniczny jakim dysponuje ZGO wykonawca jest w 100% wykorzystywany przy realizacji zadania własnego Miasta Łomży to jest realizacji celu, w jakim wykonawca ten został utworzony.

{okoliczności prawne}

Z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wynika, że o ile co do zasady wezwanie do wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 pzp stanowi uprawnienie zamawiającego, o tyle w sytuacji powzięcia wątpliwości co do treści oferty przekształca się ono w obowiązek zamawiającego [w odwołaniu wskazano na dwa wyroki Izby, z których uzasadnień przytoczono fragmenty].

{subsumpcja}

W tych okolicznościach Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów, jak na wstępie odwołania, wywodząc ponadto, co następuje.

Po pierwsze, że powyżej wskazane pismo winno po stronie Zamawiającego wzbudzić wątpliwości, które wymagały wezwania do wyjaśnień co do prawnej możliwości złożenia przez wykonawcę ZGO oferty, a jeżeli odpowiedź byłaby pozytywna, do wyjaśnienia, czy wykonawca ten dysponuje potencjałem technicznym wymaganym wg SWZ, gdyż nie powinien pokrywać się z potencjałem niezbędnym dla zrealizowania zadań własnych Miasta Łomża.

Po drugie, że oferta ZGO podlega odrzuceniu, gdyż nie jest to podmiot, który może występować w obrocie gospodarczym na zasadzie udziału w wolnym rynku, a tym samym nie może składać ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Postanowienia prawa miejscowego w oparciu o które podmiot ten został utworzony jasno precyzują bowiem zakres jego działalności.

Przystępujący w piśmie procesowym z 28 sierpnia 2023 r. wniósł o oddalenie odwołania, następująco to uzasadniając.

Odwołujący nie wykazał zaistnienia wątpliwości dotyczących treści oferty Przystępującego, więc zgodnie z orzecznictwem, na które powołano się w odwołaniu, nie doszło do naruszenia art. 223 ust. 1 ustawy pzp.

Przy czym podnoszone okoliczności nie dotyczą w istocie treści oferty, ale sytuacji podmiotowej w zakresie zdolności do wykonania zamówienia.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b ustawy pzp opiera się na wyłącznie na twierdzeniu Odwołującego co do braku możliwości realizacji zamówienia przez Przystępującego w związku z celem utworzenia Spółki oraz zaangażowaniem całego jej potencjału technicznego do realizacji zadań własnych Miasta Łomża.

Kwestia celu, w jakim utworzono Spółkę, nie ma znaczenia dla oceny zgodności czynności i zaniechań Zamawiającego z przepisami ustawy pzp, a tym samym nie jest mieści się w przesłance określonej w art. 505 ustawy pzp. W świetle przepisów ustawy pzp i rozporządzeń wykonawczych cel utworzenia spółki nie jest przedmiotem badania w ramach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, w tym warunku dotyczącego zdolności do występowania w obrocie gospodarczym. Podstawą dokonywania oceny spełniania takiego warunku jest bowiem konkretny, wskazany w przepisach podmiotowy środek dowodowy, którym jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest wpisany do odpowiedniego rejestru zawodowego lub handlowego. W przypadku Przystępującego jest to rejestr przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego, do którego jest wpisany od 2015 r., co przeczy twierdzeniu Odwołującego, jakoby nie można było stwierdzić, że Spółka została powołana w celu prowadzenia działalności gospodarczej.

Niezależnie od powyższego cel utworzenia spółki pozostaje bez wpływu na jej zdolność do występowania w obrocie. Art. 36 Kodeksu cywilnego dotyczący ograniczonej zdolności prawnej osób prawnych został uchylony z dniem 1 października 1990 r., ale nawet podczas jego obowiązywania ograniczenie takie pozostawało co do zasady bez wpływu na ważność dokonywanych czynności prawnych. Przystępujący jest osobą prawną i posiada w związku z tym pełną

zdolność prawną i do czynności prawnych, jak również jest wykonawcą w rozumieniu art. 7 pkt 30 ustawy pzp.

Przystępujący stanowczo zaprzeczył, jakoby cały jego potencjał techniczny był wykorzystywany jest do realizacji zadań własnych Miasta Łomża i podniósł, że Odwołujący nie wykazał tego, ani w piśmie z 4 sierpnia 2023 r., ani w odwołaniu.

Odwołujący zarzuty wywodzi wyłącznie z własnej interpretacji zapisów uchwały rady miejskiej podjętej przed utworzeniem Spółki, a więc przed rozpoczęciem przez Przystępującego jakiejkolwiek działalności. Przystępujący od chwili założenia spółki prowadzi m.in. instalację komunalną w Czartorii, która do 2019 r. miała status regionalnej instalacji przekształcania odpadów komunalnych (o czym zresztą jest wspomniano w piśmie z 4 sierpnia 2023 r.), stale i nieprzerwanie świadcząc usługę publiczną zagospodarowania odpadów pochodzących nie tylko z Łomży, ale również z terenu innych gmin. W tym sam Odwołujący stale dostarcza do tej instalacji odpady spoza Łomży, bądź jako klient korzystający z usługi na podstawie obowiązującego regulaminu korzystania z usług publicznych (będąc wykonawcą kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów), bądź jako przewoźnik (będąc wykonawcą usługi odbioru i transportu odpadów komunalnych). Aktualnie Odwołujący przekazuje do zagospodarowania przez Przystępującego odpady pochodzące nie tylko z terenu gminy Zbójna, ale również z terenu gmin: Grabowo, Mały Płock, Ostrów Mazowiecka, Przytuły, Radziłów, Turośl, Wąsosz i Wizna.

W tym stanie rzeczy również twierdzenie Odwołującego o wykorzystywaniu w 100% potencjału technicznego Przystępującego przy realizacji zadania własnego Miasta Łomży jest nie tylko nieprawdziwe, ale również podniesione w złej wierze.

Przystępujący składając wymagany podmiotowy środek dowodowy w postaci wykazu pojazdów w sposób niebudzący wątpliwości wykazał spełnianie warunku dotyczącego zdolności technicznej

Przystępujący z ostrożności oświadczył, że nie zachodzi względem niego przypadek zaangażowania zasobów technicznych lub zawodowych w inne przedsięwzięcia gospodarcze mogący mieć negatywny wpływ na realizację zamówienia, o czym mowa w art. 116 ust. 2 ustawy pzp. Odwołujący nie postawił zresztą w odwołaniu zarzutu naruszenia tego przepisu (w zw. z art. 266 ustawy pzp) ani wprost, ani poprzez wskazanie w uzasadnieniu odwołania, że tego rodzaju sytuacja zachodzi względem Przystępującego w kontekście przedmiotowego postępowania.

Na marginesie Przystępujący zauważył, że zapewne pojazdy posiadane przez Odwołującego biorą równocześnie udział odbiorze odpadów w różnych gminach, bez istotnie negatywnego wpływu na realizację poszczególnych zamówień w każdej z tych gmin.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 528 ustawy pzp i nie zgłaszano w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. Podtrzymał czynność wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej. Dokonał jej prawidłowo, gdyż nadal nie ma wątpliwości co do wykazania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu, w tym co do zdolności technicznej.

Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Z art. 505 ust. 1 pzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący, który złożył ofertę w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, wykazał, że ma taki interes, a ponadto, że w związku z objętym zarzutem odwołania zaniechaniem odrzucenia wybranej przez Zamawiającego oferty Przystępującego może ponieść szkodę, gdyż w przeciwnym razie mógłby liczyć na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Po pierwsze, ustalono następujące brzmienie postanowień SWZ określających warunki udziału w tym postępowania oraz sposób wykazania ich spełniania:

XX. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu.

1. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie Wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczące:

- Zdolności do występowania w obrocie gospodarczym,

Zamawiający nie precyzuje w tym zakresie żadnych wymagań, których spełnianie Wykonawca zobowiązany jest wykazać w sposób szczególny.

- Uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów, Na potwierdzenie tego warunku Wykonawca dołączy kopię aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zbójna zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297ze zm.).

(...)

- Zdolności technicznej lub zawodowej,

Na potwierdzenie tego warunku wymagane jest:

o wykazanie przez wykonawcę realizacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o wartości powyżej 150 000,00zł brutto, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

o wykazanie przez wykonawcę, że w czasie trwania umowy będzie dysponował, co najmniej:

- 2 samochodami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,
- oraz 2 samochodami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
- oraz 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Pojazdy muszą spełniać wymogi zawarte w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r. poz. 122).

XXI. Informacja o podmiotowych środkach dowodowych

1. Do wypełnionego formularza ofertowego każdy Wykonawca zobowiązany jest dołączyć:

- aktualne na dzień składania ofert oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu – zgodnie z Załącznikiem nr 2 do SWZ oraz spełnianiu warunków udziału w postępowaniu – zgodnie z Załącznikiem nr 3 do SWZ.

Oświadczenia stanowią dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia i spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane przez zamawiającego podmiotowe środki dowodowe.

(...)

5. Podmiotowe środki dowodowe wymagane od wykonawcy obejmują:

a) w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu:

✓w zakresie uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, o ile wynika to z odrębnych przepisów,

- kopię aktualnego wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Zbójna zgodnie z wymogami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminie (Dz. U. z 2022 r. poz. 1297ze zm.).

✓w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej,

- wykazanie przez wykonawcę realizacji w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych o wartości powyżej 150 000,00zł brutto, wraz z podaniem wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli Wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy. W przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy.

- wykazanie przez wykonawcę, że w czasie trwania umowy będzie dysponował, co najmniej:

- 2 samochodami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych,
- oraz 2 samochodami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,

- oraz 1 pojazdem do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej.

Pojazdy muszą spełniać wymogi zawarte w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r. poz. 122).

Po drugie, ustalono, że dla wykazania spełniania tych warunków ZGO złożyło wraz z ofertą oświadczenie, że spełnia powyższe warunki udziału w tym postępowaniu.

Po trzecie, ustalono, że na wezwanie Zamawiającego ZGO pismem z 4 sierpnia 2023 r. złożyło następujące podmiotowe środki dowodowe na potwierdzenie spełniania powyższych warunków udziału w tym postępowaniu:

1. Potwierdzenie przez Wójta Gminy Zbójna, że 13 listopada 2015 r. ZGO zostało wpisane do rejestru działalności regulowanej co do odbioru odpadów od właścicieli z terenu gminy Zbójna wraz z oświadczeniem ZGO, że wpis ten nie uległ zmianie i pozostaje aktualny.
2. Wykaz usług datowany na 4 sierpnia 2023 r. obejmujący odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Radziłów w zakresie części II zamówienia, tj. odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych segregowanych, wykonywany od 18 marca 2022 r. na podstawie Umowy nr 272/4/2022 opiewającej na 356.000,40 zł brutto, wykonanej wg stanu na 4 sierpnia 2023 r. na kwotę 203.884,14 zł brutto, na potwierdzenie czego załączono zestawienie i kopie wszystkich faktur za ten okres, a także referencje wystawione 17 lipca 2023 r., w których Gmina Radziłów wyraziła zadowolenie z przebiegu współpracy, sprawności działania oraz komunikacji z pracownikami i kierownictwem Spółki, którą na tej podstawie poleciła.
3. Wykaz wyposażenia datowany na 4 sierpnia 2023 r. obejmujący samochody ciężarowe, którymi dysponuje ZGO z tytułu własności lub najmu, z których każdy został skonkretyzowany przez podanie marki, modelu i nr rejestracyjnego, należących do następujących kategorii: 1) dwa samochody przystosowane do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, 2) dwa samochody przystosowane do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, 3) jeden samochód do odbierania odpadów bez funkcji kompaktującej (tzw. hakowiec), wraz z oświadczeniem, że spełniają one wymogi zawarte w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U z 2013 r. poz. 122)

Po czwarte ustalono następujące brzmienie aktu założycielskiego ZGO jako spółki z o.o. w zakresie postanowień dotyczących sposobu jej powstania oraz przedmiotu i obszaru działalności:

tekst jednolity AKTU ZAŁOŻYCIELSKIEGO SPÓŁKI Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ opracow podstawie aktu założycielskiego Spółki sporządzonego w formie aktu notarialnego przed T.P. notariuszem w Łomży dnia 22 stycznia 2015 roku za Rep. A Nr 590/2015, zmienionego protokołem sporządzonym w formie aktu notarialnego przed Z.P. – zastępcą T.P. notariusza w Łomży dnia 02 lutego 2016 roku za Rep. A Nr 1240/2016 oraz protokołami sporządzonymi w formie aktów notarialnych przed T.P. notariuszem w Łomży: dnia 04 lipca 2017 roku za Rep. A Nr 6765/2017, dnia 19 grudnia 2017 roku za Rep. A Nr 12819/2017, dnia 31 lipca 2018 roku za Rep. A Nr 8533/2018 i dnia 16 grudnia 2021 roku za Rep. A Nr 13798/2021

§ 1. M.C. – Prezydent Miasta Łomża działając w imieniu i na rzecz Miasta Łomża, zgodnie z przedłożoną do tego aktu Uchwałą Nr 18/V/15 Rady Miejskiej Łomży z dnia 21 stycznia 2015 roku, z kontrasygnatą Skarbnika Miasta Łomża, w sprawie wyrażenia zgody na utworzenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością Miasta Łomża „Zakład Gospodarowania Odpadami” oświadczył, że zawiązuje spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, zwaną dalej „Spółką”, a także zapewnił, że celem Spółki będzie 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, oraz, że Spółka wykonywać będzie powyższe usługi w zakresie publicznych zadań Miasta w ogólnym interesie gospodarczym, polegające na prowadzeniu i eksploatacji instalacji wysypiska znajdującego się w Gminie Miastkowo wraz z prowadzeniem linii sortowniczej oraz prowadzeniu Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych

§ 2. 1. Firma Spółki brzmi: Zakład Gospodarowania Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością.

2. Spółka może używać firmy w wersji skróconej: Zakład Gospodarowania Odpadami Sp. z o.o. lub ZGO Sp. z o.o. oraz wyróżniającego Spółkę znaku graficznego.

§ 3. Siedzibą Spółki jest miasto Łomża.

§ 4. Niniejsza Spółka jest jednoosobową spółką Miasta Łomża.

§ 5. 1. Czas trwania Spółki jest nieoznaczony.

2. Terenem działania Spółki jest obszar kraju. Na tym terenie Spółka może uruchamiać i prowadzić zakłady, oddziały, filie, przedstawicielstwa i inne placówki. Spółka może być współnikiem w innych spółkach w kraju i zagranicą. Spółka

może prowadzić interesy we własnym lub cudzym imieniu, na własny lub cudzy rachunek, samodzielnie lub w kooperacji z podmiotami krajowymi i zagranicznymi, zgodnie z obowiązującymi przepisami.

§ 6. Przedmiotem działalności Spółki jest:

1. Odprowadzanie i oczyszczanie ścieków (PKD 37.00.Z),
 2. Zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.11.Z),
 3. Zbieranie odpadów niebezpiecznych (PKD 38.12.Z),
 4. Obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne (PKD 38.21.Z),
 5. Przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych (PKD 38.22.Z),
 6. Demontaż wyrobów zużytych (PKD 38.31.Z),
 7. Odzysk surowców z materiałów segregowanych (PKD 38.32.Z),
 8. Działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami (PKD 39.00.Z),
 9. Sprzedaż hurtowa odpadów i złomu (PKD 46.77.Z),
 10. Uprawa pozostałych roślin wieloletnich (PKD 01.29.Z),
 11. Produkcja nawozów i związków azotowych (PKD 20.15.Z),
 12. Rozbiórka i burzenie obiektów budowlanych (PKD 43.11.Z),
 13. Przygotowanie terenu pod budowę (PKD 43.12.Z),
 14. Pozostałe specjalistyczne roboty budowlane, gdzie indziej nie sklasyfikowane (PKD 43.99.Z),
 15. Pozostała sprzedaż detaliczna prowadzona w niewyspecjalizowanych sklepach (PKD 47.19.Z),
 16. Transport drogowy towarów (PKD 49.41.Z),
 17. Wynajem i dzierżawa pozostałych pojazdów samochodowych, z wyłączeniem motocykli (PKD 77.12.Z),
 18. Wynajem i dzierżawa pozostałych maszyn, urządzeń oraz dóbr materialnych, gdzie indziej nie sklasyfikowane (PKD 77.39.Z),
 19. Pozostałe sprzątanie (PKD 81.29.Z),
 20. Sprzedaż hurtowa niewyspecjalizowana (PKD 46.90.Z).
- (...)

Po piąte, ustalono, że ZGO sp. z o.o. zgodnie z powyższym aktem założycielskim została wpisana do Rejestru przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego pod nr KRS 000557179 [informacja z KRS wg stanu na 17 sierpnia 2023 r. załączona do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego w tej sprawie].

Po szóste, ustalono, że o ile powyższe okoliczności zostały pominięte w odwołaniu, o tyle nie zostały zaprzeczone na rozprawie przez Odwołującego, a zatem na zasadzie art. 533 ust. 1 ustawy pzp należy uznać je za fakty przyznane. Odwołujący nie był bowiem w stanie rzeczowo odnieść się do tych okoliczności, pozostając przy swoich nieudowodnionych twierdzeniach. W szczególności złożone na rozprawie trzy uchwały Rady Miejskiej Łomży nie stanowią dowodów podważających powyżej opisane ustalenia, gdyż dotyczą wyłącznie kwestii, które legły u podstaw ich uchwalenia.

Reasumując, ustalono, że ZGO sp. z o.o. z siedzibą w Łomży jest przedsiębiorcą uprawnionym do prowadzenia działalności gospodarczej na terenie całego kraju, który wykazał spełnianie warunków udziału w tym postępowaniu aktualnie prowadzonym przez Gminę Zbójna, w szczególności, że jest uprawniony do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie działalności regulowanej, posiada wymaganą zdolność zawodową oraz dysponuje potencjałem technicznym wymaganymi na potrzeby realizacji tego zamówienia.

Natomiast okoliczności faktyczne podnoszone w odwołaniu nie znalazły żadnego przełożenia na okoliczności prawne, które dotyczyły kwestii niewykazania przez ZGO spełniania warunków udziału w postępowaniu w kontekście wskazywanego jako naruszony art. 226 ust 1 pkt 2 lit b ustawy pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę niespełniającego warunków udziału w postępowaniu. W szczególności odwołanie nie zawiera wskazania żadnych przepisów powszechnie obowiązujących (nie mówiąc o ich omówieniu w kontekście podnoszonych okoliczności faktycznych), które dotyczyłyby ograniczeń w prowadzeniu działalności gospodarczej przez spółkę z o.o., której jedynym udziałowcem jest gmina, powołaną w celu wykonywania zadań własnych tej jednostki samorządu terytorialnego. Dywagacje Odwołującego w tym zakresie niczego nie dowodzą, również w kontekście przepisu art. 223 ust. 1 (zdanie 1) ustawy pzp, zgodnie z którym w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń.

Izba stwierdziła, że w tych okolicznościach odwołanie jest niezasadne.

Zgodnie z art. 555 pzp (art. 192 ust. 7 poprzednio obowiązującej ustawy pzp z 2004 r.; dalej: „popzp”) Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Stąd niezależnie od wskazanego w odwołaniu przepisu, którego naruszenie jest zarzucane zamawiającemu, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości zachowania

zamawiającego (podjętych lub zaniechanych czynności) jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w odwołaniu dla uzasadnienia jego wniesienia okoliczności faktycznych i prawnych. Mają one decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu.

Taka interpretacja tej normy prawnej jest zgodna z linią orzecniczą konsekwentnie prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą. W szczególności już w uzasadnieniu wyroku wydanego 1 grudnia 2009 r. sygn. akt KIO/UZP 1633/09 Izba wskazała, że zarzut odwołania stanowi wskazanie czynności lub zaniechanej czynności zamawiającego oraz okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających jego wniesienie. Trafność tego stanowiska została potwierdzona również w orzecznictwie sądów okręgowych, w szczególności w uzasadnieniu wyroku z 25 maja 2012 r. sygn. akt XII Ga 92/12 Sąd Okręgowy w Gdańsku trafnie wywiódł, że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu, przy czym stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale również jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy.

W konsekwencji o ile na mocy art. 535 pzp odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chce wywodzić skutki prawne, musi uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na art. 555 pzp. Należy rozgraniczyć bowiem okoliczności faktyczne konstytuujące zarzut, czyli określone twierdzenia o faktach, z których wywodzone są skutki prawne, od dowodów na ich poparcie.

Z kolei, jak to trafnie uprzednio Izba wskazała w uzasadnieniu wyroku z 7 sierpnia 2014 r. sygn. akt KIO 1529/14, zarzut oparty o błędnie przywołane okoliczności faktyczne, w czym zawiera się również pominięcie takich okoliczności, należy uznać za oczywiście niezasadny, co okazało się również adekwatne w okolicznościach niniejszej sprawy. Odwołujący zaniechał bowiem ustalenia zarówno rzeczywistego stanu dokumentów zamówienia w odniesieniu do kwestii spełniania przez Przystępującego warunków udziału w tym postępowaniu, jak i przepisów prawnych popierających twierdzenia podnoszone w odwołaniu, a tym samym pozbawił się możliwości skutecznego zakwestionowania dokonanej przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Reasumując, zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisów wskazanych na wstępie odwołania okazały się być bez pokrycia w kontekście okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 pzp w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 zd. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się, na zasadzie § 5 ust. 1 rozporządzenia, uiszczony przez niego wpis.