

WYROK
z dnia 1 lipca 2013 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Justyna Tomkowska**

Protokolant: **Magdalena Cwyl**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **1 lipca 2013 roku** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2013 roku przez **Odwołującego Zbigniewa L..... L.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych Z.L. L.....** z siedzibą w **Mrągowie**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę Mikołajki**

przy udziale **Wykonawcy – Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołajkach**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego Z..... L..... L.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych Z.L. L.....** z siedzibą w **Mrągowie** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego Z..... L..... L.....** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą **Zakład Usług Komunalnych Z.L. L.....** z siedzibą w **Mrągowie**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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 Olsztynie**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 14 czerwca 2013 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp” odwołanie złożył wykonawca Z..... L..... prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Usług Komunalnych Z. L. L..... z siedzibą w Mrągowie, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego prowadzi Zamawiający: Gmina Mikołajki. Postępowanie dotyczy „Odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy i Miasta Mikołajki z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy”.

Odwołanie wniesiono od czynności Zamawiającego z dnia 5 czerwca 2013r. polegającej na wybraniu /uznaniu za najkorzystniejszą/ oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. z siedzibą w Mikołajkach. Zamawiającemu zarzucono naruszenie:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie oceny złożonych ofert w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności z dnia 5 czerwca 2013r. o uznaniu za najkorzystniejszą oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o.;
2. nakazanie Zamawiającemu wykluczenie wykonawcy Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. z uwagi na nie wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
3. nakazanie Zamawiającemu uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Zakład Usług Komunalnych Z. L. L..... z siedzibą w Mrągowie;
4. Obciążenie zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu podniesiono, że Odwołujący po zapoznaniu się z ofertą wybranego wykonawcy stwierdził, że wybrany wykonawca nie spełnia warunków określonych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”).

Zamawiający w punkcie VI SIWZ - warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków - podpunkt 2 litera b ustalił, że w zakresie bazy transportowo - magazynowej wykonawcy mają posiadać lub dysponować nieruchomością położoną na terenie administracyjnym Gminy Mikołajki lub w odległości nie

większej niż 60 km od granicy Gminy Mikołajki spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 roku pozycja 122). W § 2 ust. 1 pkt 5 litera d wymienionego rozporządzenia ustalono, że baza magazynowo - transportowa jaką obowiązany jest posiadać podmiot odbierający odpady komunalne, musi być wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

Wykonawca wybrany do złożonej oferty załączył decyzję Starostwa Powiatowego w Mrągowie z dnia 15 grudnia 2006r. zezwalającą na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów wskazującą, że magazynowanie odpadów - przed transportem odpady będą segregowane i gromadzone w pomieszczeniach specjalnie do tego przeznaczonych na terenie bazy przy ul. Warszawskiej 32 w Mikołajkach, w miejscu zabezpieczonym przed dostępem osób nieupoważnionych. Ponadto w decyzji Starostwa Powiatowego z dnia 12 stycznia 2010r. o zmianie decyzji z dnia 15 grudnia 2006r. również wyraźnie wskazano, że oznacza się miejsce prowadzenia działalności ul. Warszawska 32 11-730 Mikołajki - dotyczy zbierania odpadów a w punkcie III podpunkt 3 określono, że odzysk prowadzony będzie na terenie bazy firmy przy ul. Warszawskiej 32 11-730 Mikołajki.

Wszystkie wymienione zapisy obydwu decyzji określają i ustalają, że Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o., uprawniony jest do prowadzenia działalności polegającej na zbieraniu, magazynowaniu, transporcie i odzysku odpadów tylko i wyłącznie w oparciu o bazę magazynowo- transportową położoną w Mikołajkach przy ul. Warszawskiej 32. Oznacza to, że wymieniona baza magazynowo - transportowa, zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 5 litera d rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, musi być wyposażona w legalizowaną samochodową wagę najazdową, gdyż na terenie tej bazy następuje magazynowanie odpadów.

Wybrany wykonawca załączył do oferty na załącznikach nr 7 - oświadczenie o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczonej na bazę transportowo - magazynową, dwa oświadczenia, że do realizacji zamówienia dysponuje nieruchomością położoną w Mikołajkach przy ul. Warszawskiej 32 oraz inną niż wymieniona w obydwu cytowanych decyzjach Starostwa Powiatowego w Mrągowie nieruchomością położoną w Mikołajkach przy ul. Dybowskiej 1. Do tego drugiego oświadczenia, dotyczącego ul. Dybowskiej 1, załączono umowę dzierżawy zawartą w Mikołajkach w dniu 4 kwietnia 2013r. dotyczącą 100 m² placu położonego przy ul. Dybowskiej 1 w Mikołajkach z przeznaczeniem na bazę magazynową. Z umowy tej wynika, że na placu stanowiącym w części przedmiot dzierżawy, znajduje się legalizowana samochodowa waga najazdowa, z której Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. będzie mógł korzystać. Ponieważ w decyzjach Starostwa

Powiatowe w Mrągowie z dnia 15 grudnia 2006r. i 12 stycznia 2010r. zezwalających Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o. o. na prowadzenie działalności zbierania, transportu, magazynowania i odzysku odpadów nie jest wymieniona baza magazynowa położona w Mikołajkach przy ul. Dybowskiej 1, Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. nie spełnia wymogu określonego w § 2 ust. 1 pkt 5 litera d rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, polegającego na konieczności wyposażenia bazy w legalizowaną samochodową wagę najazdową. W ocenie Odwołującego załączone oświadczenie i umowa dzierżawy dotyczące placu przy ul. Dybowskiej 1 w Mikołajkach nie potwierdzają spełnienia warunku określonego w punkcie VI podpunkt 2 litera b SIWZ. Oznacza to, że wykonawca ten powinien być wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp. Zaniechanie przez Zamawiającego wykluczenia wykonawcy, jest w ocenie Odwołującego naruszeniem art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Ponadto w ocenie Odwołującego załączone do oferty oświadczenie i umowa dzierżawy dotyczące placu przy ul. Dybowskiej 1 w Mikołajkach nie potwierdzają, że wymieniona nieruchomość spełnia pozostałe wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, dotyczące zabezpieczenia terenu w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym, zabezpieczenia przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, obowiązku wyposażenia w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu nieruchomości zgodnie z wymaganiami określonymi w ustawie z dnia 18 lipca 2001r. - Prawo wodne. Oznacza to, że nieruchomość ta w ogóle nie może stanowić bazy magazynowo - transportowej w rozumieniu ustawy z dnia 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Odwołujący wskazał również, że załącznik nr 7 do SIWZ zawierał obowiązek załączenia oświadczenia właściciela nieruchomości o podjęciu współpracy w realizacji zamówienia, w przypadku gdy wykonawca zamówienia zamierza posługiwać się bazą transportowo - magazynową nie stanowiącą jego własności. Skoro zatem Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. wskazuje, że nieruchomość położona w Mikołajkach przy ul. Dybowskiej 1 będzie bazą magazynową, z której będzie korzystał przy realizacji zamówienia, zobowiązany był załączyć oświadczenie K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F. H. U. RADBRUK P..... K..... o podjęciu współpracy przy realizacji zamówienia. Brak takiego oświadczenia, w ocenie Odwołującego, skutkuje nie potwierdzeniem spełnienia warunku dysponowania bazą magazynowo - transportową

zabezpieczoną i wyposażoną zgodnie z wymaganiami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości a tym samym musi prowadzić do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

W ocenie Odwołującego wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż nie przedłożył dokumentów świadczących o braku podstaw do wykluczenia innego podmiotu udostępniającego swoje zasoby w zakresie potencjału technicznego, gdyż właśnie w taki sposób a więc w oparciu o art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, należy traktować udostępnienie przez K..... P..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą F. H. U. RADBRUK P..... K..... nieruchomości, która w zamyśle wykonawcy ma stanowić bazę magazynową do realizacji zamówienia. Skoro z zapisów SIWZ tj. treści załącznika nr 7 - oświadczenie o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczonej na bazę transportowo - magazynową, wynika że udostępnienie tego zasobu może odbywać się wyłącznie w formie współpracy przy realizacji zamówienia, to zgodnie z punktem VII podpunkt 13 SIWZ, Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. winien wykazać, że K..... P..... prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą F. H. U. RADBRUK P..... K....., nie podlega wykluczeniu z postępowania, poprzez złożenie dokumentów wymienionych w punkcie VII SIWZ.

Naruszenie przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy Pzp polega na dokonaniu oceny oferty złożonej przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Mikołajkach bez zachowania zasady uczciwej konkurencji i bezkrytyczne z naruszeniem ustawy przyjęcie, że wskazana w ofercie nieruchomość położona w Mikołajkach przy ul. Dybowskiej 1, może stanowić bazę magazynowo - transportową pomimo tego, że nie jest wymieniona w decyzjach uprawniających Zakład Usług Komunalnych Sp. z o. o. w Mikołajkach do prowadzenia działalności polegającej na zbieraniu, transportowaniu, magazynowaniu i sortowaniu odpadów, a umowa dzierżawy została przygotowana wyłącznie w celu potwierdzenia spełnienia warunku dotyczącego obowiązku posiadania wagi.

Określony w art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp 10 - dniowy termin do wniesienia odwołania został zachowany, a interes Odwołującego polega na tym, że wykluczenie wybranego wykonawcy doprowadzi do uznania oferty Odwołującego za najkorzystniejszą. Kopia odwołania została doręczona Zamawiającemu. Wpis w wymaganej przepisami wysokości został w terminie uiszczony na właściwy rachunek UZP.

W dniu 17 czerwca 2013 roku, na podstawie otrzymanego wezwania, do postępowania odwoławczego zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołajkach. Wnosił on o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający na rozprawie złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której przedstawił szeroką argumentację, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny, zaniechanie dokonania określonych czynności, w tym zaniechanie wykluczenia Przystępującego, a dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty i potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W postępowaniu ustalono następujący stan faktyczny:

Przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie (odzysk lub unieszkodliwianie) odpadów komunalnych z terenu Gminy Mikołajki, na których zamieszkują mieszkańcy, w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji. W zakres zamówienia wchodzi między innymi odbiór odpadów, ich transport oraz zagospodarowanie.

W zakresie warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności zaznaczono, że wykonawca musi legitymować się wpisem do rejestru działalności regulowanej, który prowadzony jest przez Burmistrza Miasta Mikołajki w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, posiadać aktualne zezwolenie Starosty Mrągowskiego na transport odpadów oraz nadanym przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska numerem rejestrowym umożliwiającym zbieranie zużytego sprzętu

elektronicznego i elektrycznego. Ocena spełniania warunku odbywała się w oparciu o stosowne dokumenty, które należało złożyć wraz z ofertą.

Zamawiający w zakresie warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia określił w przypadku bazy magazynowo- transportowej, że wykonawcy mają posiadać lub dysponować nieruchomością położoną na terenie administracyjnym Gminy Mikołajki lub w odległości nie większej niż 60 km od granic Gminy Mikołajki, spełniającą wymagania określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W przypadku tego warunku do oferty należało załączyć oświadczenie o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczonej na bazę transportowo – magazynową.

Jeżeli wykonawca wykazując spełnianie warunków udziału polegał na zasobach innych podmiotów, na zasadach określonych w art.26 ust. 2b ustawy Pzp, a podmioty te miały brać udział w realizacji części zamówienia, Wykonawca zobowiązany był do wykazania braku podstaw do wykluczenia w stosunku do tych podmiotów, przez złożenie określonych w SIWZ dokumentów podmiotowych.

W załączniku nr 7 do SIWZ określono wzór oświadczenia o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczonej na bazę transportowo – magazynową, gdzie pod tabelą znalazło się zastrzeżenie, że jeżeli Wykonawca ubiegający się o udzielnie zamówienia zamierza posługiwać się bazą nie stanowiącą jego własności, do oferty należy załączyć oświadczenie właściciela bazy o podjęciu współpracy w realizacji zamówienia.

Przystępujący załączył do oferty kopię decyzji administracyjnej Starosty Powiatowego w Mrągowie z dnia 15 grudnia 2006 roku w sprawie wydania zezwolenia na prowadzenie działalności w zakresie transportu odpadów oraz decyzję zmieniającą powyższą decyzję. W decyzjach wskazano, że obszar prowadzenia działalności obejmuje teren powiatu mrągowskiego. W zakresie magazynowania odpadów zaznaczono, że przed transportem odpady będą segregowane i gromadzone w pomieszczeniu specjalnie do tego przeznaczonym na terenie bazy przy ul. Warszawskiej 32 w Mikołajkach, w miejscu zabezpieczonym przed dostępem osób nieupoważnionych. W zakresie dysponowania nieruchomością przeznaczoną na bazę transportowo – magazynową złożono dwa oświadczenia o dysponowaniu odpowiednimi nieruchomościami przy ul. Warszawskiej 32 (stanowiącej własność Wykonawcy) oraz przy ul. Dybowskiej 1 (nieruchomość dzierżawiona). Wraz z oświadczeniem złożono do oferty kopię umowy dzierżawy zawartą w dniu 4 kwietnia 2013 roku między Przystępującym a K..... P..... prowadzącym działalność gospodarczą pod nazwą F.H.U. RADBRUK P..... K..... o wydzierżawieniu części placu o powierzchni 100 m² z przeznaczeniem na bazę magazynową. Z umowy wynika, że na placu znajduje się legitymizowana samochodowa

waga najazdowa, z której Dzierżawca może korzystać. Umowa została zawarta na czas nieokreślony.

Biorąc pod uwagę ustalony w postępowaniu stan faktyczny, uznano iż odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W zakresie pierwszego z zarzutów, zaznaczyć należy, że w SIWZ Zamawiający precyzyjnie, w sposób szczegółowy i dokładny określił warunki udziału w postępowaniu oraz dokonał opisu sposobu oceny spełniania tych warunków przez wyznaczenie obowiązku złożenia stosownych oświadczeń i dokumentów wraz z ofertą. Zamawiający wymagał wpisu do rejestru działalności regulowanej, który prowadzony jest przez Burmistrza Miasta Mikołajki w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a także posiadania aktualnego zezwolenia Starosty Mrągowskiego na transport odpadów. Znamienna przy ocenie zarzutów jest również okoliczność, że przedmiotem postępowania jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, dostrzeżenia wymaga, że ani w opisie warunków udziału w postępowaniu, ani w opisie przedmiotu zamówienia Zamawiający nie wyspecyfikował szczególnych wymagań i obowiązków dotyczących magazynowania odpadów. Odwołujący nie zaprzeczył również twierdzeniom Zamawiającego, że zagospodarowanie odpadów może odbywać się przez ich bezpośrednie przekazanie do właściwej instalacji i nie będzie się to wiązało z magazynowaniem odebranych odpadów. Skoro Zamawiający wymagał przedstawienia dokumentów potwierdzających możliwość odbioru odpadów oraz dokumentów zezwalających na ich transport, to takie właśnie dokumenty należało złożyć wraz z ofertą. Takie też dokumenty znajdują się w ofercie Przystępującego. Wziąć także należało pod uwagę okoliczność, że przedmiotowe decyzje Starosty Mrągowskiego wydawane były w uprzednio obowiązującym stanie prawnym i dlatego nie muszą i przede wszystkim nie mogą odzwierciedlać wszystkich obecnie wynikających z regulacji prawnych obowiązków w zakresie odbioru, transportu i magazynowania odpadów, a jednocześnie decyzje te nie straciły ważności na mocy przepisów przejściowych i wykonawcy mogą nadal się nimi posługiwać.

Nawet gdyby przyjąć, że wykonawca Odwołujący miał rację, to podnieść należy, że w zakresie dysponowania odpowiednią bazą transportowo – magazynową Zamawiający wymagał złożenia jedynie oświadczenia o prawie dysponowania taką nieruchomością, a stosowne oświadczenie wraz z ofertą Przystępującego zostało złożone. W myśl zaś postanowień § 2 ust. 4 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości część transportowa i magazynowa bazy mogą znajdować się na

oddzielnych terenach, przy jednoczesnym spełnianiu warunków określonych w ust. 1 do 3. Powyższego zaś nie wykazano.

Odnośnie drugiego z zarzutów dotyczącego złożonego oświadczenia o prawie do dysponowania i tytule prawnym do nieruchomości przeznaczanej na bazę transportowo – magazynową, w pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że stosowne oświadczenie znalazło się w ofercie Przystępującego. Wraz z oświadczeniem tym złożono kopię umowy dzierżawy, którą to umowę należy uznać za nic innego jak stosowne (wymagane przez Zamawiającego) oświadczenie woli podmiotu udostępniającego nieruchomość (właściciela bazy) o podjęciu współpracy w realizacji zamówienia, a więc oświadczenie wymagane przez Zamawiającego w przypadku wykazywania spełnienia warunku przez wskazanie nieruchomości nie będącej własnością wykonawcy.

Odwołujący zdaje się utożsamiać obowiązek złożenia oświadczenia o podjęciu współpracy w realizacji zamówienia z obowiązkiem uczestnictwa (rozumianego jako podwykonawstwo lub też innego rodzaju czynny udział w realizacji zamówienia) podmiotu, z potencjału którego korzysta wykonawca składający ofertę. W ocenie składu orzekającego Izby jest to wnioskowanie nieuprawnione. Konieczność załączenia do oferty oświadczenia o podjęciu współpracy w realizacji zamówienia nie oznacza automatycznie konieczności realizowania zamówienia z czynnym udziałem podmiotu wydzierżawiającego nieruchomość. Podjęcie współpracy odbywało będzie się właśnie przez możliwość korzystania ze wskazanej nieruchomości na podstawie stosunku prawnego łączącego strony, jakim jest umowa dzierżawy. W praktyce nie oznacza to jednakże, że wydzierżawiający będzie stroną – podmiotem uczestniczącą w realizacji zamówienia. Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, zgodnie z art. 336 Kodeksu cywilnego posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel, jak i ten, kto nią faktycznie włada jako użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą. Natomiast umowa dzierżawy ma to do siebie, że wydzierżawiający na oznaczony czas oddaje dzierżawcy rzecz do używania i pobierania pożytków, w zamian za co dzierżawca zobowiązuje się płacić wydzierżawiającemu czynsz. Konieczną cechą dzierżawy jest zatem jej odpłatność. Nie można więc traktować powstałego stosunku prawnego między wydzierżawiającym a dzierżawcą jak korzystania z zasobu podmiotu trzeciego. Dzierżawca, podobnie jak najemca i osoba, której rzecz została użyczona czy oddana w użytkowanie - może korzystać z tej rzeczy bezpośrednio. W przedmiotowym postępowaniu mamy do czynienia z sytuacją, w której podmiot trzeci godzi się na wykorzystanie swoich zasobów przez wykonawcę, co nie oznacza, że podmiot ten będzie brał, czy też musi brać udział w realizacji zamówienia.

Dokonana przez Odwołującego interpretacja zapisu znajdującego się pod tabelą w załączniku nr 7 do SIWZ jest zbyt daleko idąca.

W tym miejscu warte przytoczenia jest stanowisko zawarte w wyroku Sądu Okręgowego Warszawa – Praga w Warszawie IV Wydział Cywilny Odwoławczy z dnia 8 kwietnia 2011 roku (sygn. akt IV Ca 180/11), w którym stwierdzono, że *„w obrocie powszechnie spotykane jest, że poszczególne podmioty – nie będąc właścicielami rzeczy – dysponują nimi przykładowo jako użytkownicy, najemcy, dzierżawcy lub też leasingobiorcy. Rzeczy te nie są jednak wtedy uznawane za zasoby osób trzecich, gdyż istnienie stosunku zobowiązaniowego uprawniającego dany podmiot do posiadania i używania danej rzeczy jest wystarczające do uznania, że dysponuje on nią w rozumieniu ustawy Pzp (...)”*.

Biorąc powyższe rozważania pod uwagę, stwierdzić należało, że nieuprawnione były dalsze zarzuty sformułowane w odwołaniu, a wskazujące na konieczność złożenia wraz z ofertą dokumentów podmiotowych odnoszących się do podmiotu, na zasobach którego polegał będzie wykonawca, a potwierdzających brak podstaw do wykluczenia podmiotu trzeciego. Taka sytuacja nie zaistniała w przedmiotowym postępowaniu, a więc Przystępujący nie był zobowiązany do złożenia wraz z ofertą stosownych dokumentów odnoszących się do podmiotu wydzierżawiającego teren pod bazę transportowo – magazynową.

W ocenie Izby nie potwierdziły się tym samym zarzuty braku spełniania przez Przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Nie dopatrzono się również naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a więc oceny złożonych ofert w sposób nie zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Powyższe okoliczności determinowały wniosek, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu. Z tych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 stosownie do wyniku postępowania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: