

Sygn. akt: KIO 609/12

WYROK

z dnia 11 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Ronikier-Dolańska**

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2012 r. przez **Aeroklub Podhalański w Łososinie Dolnej** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez **Skarb Państwa – Wojewódzkiego Inspektora Weterynarii w Krakowie**

przy udziale **Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski w Pruszczu Gdańskim** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym wykluczenie z postępowania Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski w Pruszczu Gdańskim;
2. kosztami postępowania obciążyć **Skarb Państwa – Wojewódzkiego Inspektora Weterynarii w Krakowie** i:
 - 2.1. zaliczyć w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Aeroklub Podhalański w Łososinie Dolnej** tytułem wpisu od odwołania;

- 2.2. zasądza od **Skarbu Państwa – Wojewódzkiego Inspektora Weterynarii w Krakowie** na rzecz **Aeroklubu Podhalańskiego w Łososinie Dolnej** 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 (Dz. U. z 2010 r. Nr 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 Krakowie**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt: KIO 609/12

U z a s a d n i e n i e

Skarb Państwa – Wojewódzki Inspektor Weterynarii w Krakowie (dalej: „zamawiający”), działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie w celu zawarcia umowy na wyłożenie doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie do uodparniania lisów rudych wolno żyjących.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie przepisu art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 24 stycznia 2012 r. pod numerem 2011/S 15 – 023879.

Dnia 28 marca 2012 r. Aeroklub Podhalański w Łososinie Dolnej (dalej: „odwołujący”) wniósł do Prezesa Izby odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Krzysztofa Bilarzewskiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Gwiazda – PPHU Krzysztof Bilarzewski w Pruszczu Gdańskim (dalej: „PPHU Gwiazda” lub przystępujący”) oraz zaniechania wykluczenia tego wykonawcy z postępowania. Kopię odwołania przekazano zamawiającemu 28 marca 2012 r. (wpływ bezpośredni potwierdzony prezentatą).

Odwołanie zostało wniesione od czynności zamawiającego z 19 marca 2012 r. dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy PPHU Gwiazda, a w konsekwencji na poprzedzające ten wybór zaniechanie zamawiającego wykluczenia tego wykonawcy z postępowania – PPHU Gwiazda nie spełnia (również po uzupełnieniu na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust.3 ustawy) nałożonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) (pkt VI.2c zdanie drugie i trzecie) warunków udziału w postępowaniu. W odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie:

- art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust.2b ustawy przez błędne uznanie, iż wybrany wykonawca po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy (na wezwanie zamawiającego z 7 marca 2012 r.) spełnia nałożone w pkt. VI. 1 c, zdanie 2 warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego, tj. dysponuje - będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego - lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym;
- art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust.2b ustawy przez błędne uznanie, iż wybrany wykonawca po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy (na wezwanie zamawiającego z 7 marca 2012 r.) spełnia nałożone w pkt. VI.1 c, zdanie 3 warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego, tj. dysponuje - będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego - wystarczającą ilością sprawnych samolotów;
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, gdyż PPHU Gwiazda, składając ofertę i oświadczając, że będzie dysponował określonymi samolotami oraz, że nie będzie w związku z tym polegał na zasobach podmiotów trzecich, podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania;
- art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na skutek błędnego przyjęcia, iż ten wykonawca (a już na pewno po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy na wezwanie z dnia 7 marca 2012 r.) potwierdził złożonymi dokumentami i oświadczeniami postawione warunki udziału w tym postępowaniu;
- art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w tym postępowaniu.

Wskazując na powyższe zarzuty odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i unieważnienie dokonanej w dniu 19 marca 2012 r. niezgodnej z prawem czynności wyboru oferty wykonawcy PPHU Gwiazda oraz o nakazanie wykluczenia tego wykonawcy z postępowania i nakazanie wyboru oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej. Odwołujący wniósł również o o zasądzenie od zamawiającego na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego i ewentualnego zastępstwa na rozprawie przez pełnomocnika odwołującego.

W uzasadnieniu do podniesionych w odwołaniu zarzutów zostało wskazane, iż zamawiający w postanowieniach siwz - część VI pkt 2 ppkt c, zdanie drugie i trzecie w podstawie prawnej opartej na art. 23 ust. 1 pkt 3 ustawy dokonał opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego potencjału technicznego oraz osób zdolnych do wykonania zamówienia, tj. pod lit.c zdanie drugie wskazano, iż wykonawca musi wykazać

się dysponowaniem „lotniskiem/ lądowiskiem bazowym lub operacyjnym”, natomiast pod lit.c zdanie trzecie wskazano, że wykonawca musi wykazać się dysponowaniem, tj. „wystarczającą ilością sprawnych samolotów”. W postanowieniach siwz - część VII pkt. 1 c - zamawiający określił we wskazanym zakresie niezbędne dokumenty, na podstawie których dokona oceny spełniania tego warunku, wskazując na wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami - złożone na przygotowanym przez niego odpowiednio załączniku nr 8 do siwz i załącznikach. Wskazał zamawiający w części VI pkt 3 i części VII pkt 9 siwz, iż w zakresie spełniania postawionych warunków wykonawca może polegać na zasobach innych podmiotów oraz, jeżeli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, zobowiązany jest to udowodnić w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia, tj. wskazując na dokument pisemny - pisemnego zobowiązania innego podmiotu do oddania do dyspozycji wykonawcy tych zasobów. Wybrany wykonawca do swojej oferty załączył:

- wypełniony w/g wzoru wskazanego przez zamawiającego załącznik nr 8 do siwz, datowany na 28 lutego 2012 r. (k. 25 oferty),
- kserokopię, potwierdzoną za zgodność z oryginałem przez właściciela PPHU Gwiazda, oświadczenia podmiotu trzeciego z 27 lutego 2012 r. złożonego przez „PZL -Mielec Cargo sp. z o.o. (k. 53 oferty).

Zamawiający pismem z dnia 7 marca 2012 r. zwrócił się do PPHU Gwiazda z wnioskiem o dokonanie uzupełnień do oferty, podając jako podstawę prawną swojego działania art.26 ust. 3 ustawy. W piśmie wskazano na braki w załączniku nr 8 do oferty, tj.brak informacji, czy dysponuje lotniskiem / lądowiskiem, a także brak informacji o sposobie dysponowania nim - w tym zakresie, nawiązano bezpośrednio do treści siwz - pkt VII ppkt 9.

W złożonym ponownie załączniku nr 8, datowanym na dzień 28 lutego 2012 r. PPHU Gwiazda, znalazła się nowa (uzupełniona treść), tj. -„ Lotnisko EPML -Mielec. Zasób innego podmiotu. Oświadczenie o udostępnieniu 9...”. Jednocześnie do w/w „nowego” załącznika nie złożono wymaganego wezwaniem zamawiającego i kwestionowanego przez zamawiającego w oparciu o obowiązujące prawo, nowego oraz poprawnego w swojej treści i w formie, pisemnego oświadczenia podmiotu trzeciego opartego na art. 26 ust.2b ustawy. Zamawiający pismem z dnia 19 marca 2012 r. poinformował odwołującego o wynikach postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę wniesiono odwołanie wskazując na niespełnianie przez przystępującego opisanych przez zamawiającego w siwz warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący argumentował, iż ocena taka jest uzasadniona i wynika z uzupełnionego przez przystępującego załącznika nr 8 w zakresie wskazanego lotniska/ lądowiska oraz dodatkowo z wykazu samolotów wskazanych w w/w załączniku nr 8, a to ostatnie w kontekście dołączonej do oferty decyzji nr ULC-LOL-2-DK-430-256-376/11 Urzędu Lotnictwa Cywilnego i Specyfikacji Operacyjnej nr 256/11, w której, w wykazie statków powietrznych, znajdują się jedynie dwa samoloty z dziesięciu podanych w załączniku nr 8, tj. samolot AN-2 o nr. rej. SP-GBK oraz samolot AN-2 o nr. rej. SP - KMZ, co powoduje, iż przystępujący - wg regulacji ustawy z dnia 3 lipca 2003 r. Prawo lotnicze - nie legitymuje się certyfikatem usług lotniczych dla pozostałych (tj. najem i leasing) wykazanych ośmiu samolotów (k. 27 – 39 oferty). Ponadto wskazał na treść i formę oświadczenia podmiotu trzeciego, tj. PZL - Mielec Cargo sp. z o. o. z 27 lutego 2012 r.

Odwołujący wyraził pogląd, iż warunkiem skorzystania z zasobów osób trzecich na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp jest udowodnienie przez wykonawcę zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami (w zakresie niezbędnym do realizacji zamówienia). Za „dysponowanie” uznaje się pewien stan faktyczny, mający swoje źródło w określonym stosunku prawnym (ale może ono też być niezależne od takiego stosunku). Przez pojęcie dysponowania można rozumieć rozporządzanie czymś według uznania, wydawanie poleceń (od łacińskiego *disponere*, tj. układać, dzielić, porządkować) - „Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych” Władysława Kopalińskiego (wydanie ósme, Warszawa 1971 r.). Pojęcie „dysponować” skorelowane jest z instytucją posiadania. Przepisy kodeksu cywilnego stanowią (art. 336), że posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jak właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jak użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Oba te pojęcia odnoszą się zatem do władztwa nad rzeczą. Ustawodawca posłużył się katalogiem otwartym dowodów potwierdzających, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. W art. 26 ust. 2b ustawy użyty został zwrot „w szczególności” wskazując dowody przedstawiane na tę okoliczność w odniesieniu do pisemnego zobowiązania osób trzecich do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. W praktyce, aby móc skorzystać z zasobów osoby trzeciej, wykonawca powinien:

- 1) dysponować zobowiązaniem ze strony osoby trzeciej do oddania zasobów niezbędnych do realizacji zamówienia w przypadku wygrania przetargu,
- 2) udowodnić, że zasoby istnieją,

3) dysponować (nawet ustną) umową regulującą zasady współpracy między wykonawcą, a osobą dysponującą zasobami - w przypadku powoływania się i korzystania z zasobów podmiotu trzeciego może to wymagać faktycznego jego zaangażowania w realizację zamówienia i wówczas umowa o współpracę albo podwykonawstwo między wykonawcą, a osobą trzecią reguluje zasady współpracy. Wątpliwości dotyczą tego, czy już na etapie ubiegania się o zamówienie wykonawca musi ujawnić taką umowę albo ją zawrzeć i czy taka umowa musi być dołączona przez wykonawcę do dokumentacji przetargowej. Zdaniem odwołującego w art. 26 ust. 2b ustawy istotny jest zwrot „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia”. Oznacza to, że rzeczywiste wykorzystanie udostępnianych przez inny podmiot zasobów będzie miało miejsce dopiero w czasie wykonywania zamówienia. Natomiast w okresie ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przepisy nie nakazują, aby wykonawca rzeczywiście dysponował tymi zasobami i udowadniał, że ma z ich pomocą zdolność realizacji zamówienia. Przepisy ustawy nie wymagają od wykonawcy innego dowodu, niż formalne przyrzeczenie oddania mu do dyspozycji niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia zasobów, zawarte np. w pisemnym oświadczeniu czy deklaracji. Wystarcza samo zobowiązanie złożone przez osobę trzecią i wykazanie przez wykonawcę, że osoba ta posiada faktycznie te zasoby. Powołuje wyro KIO Z 13 maja 2011. (sygn. KIO 926/11). Istotne znaczenie w kwestii oceny skuteczności takiego zobowiązania na etapie badania przez zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma użycie w art. 26 ust. 2b zdanie drugie ustawy zwrotu „(...) będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia (...)”, zatem do faktycznej możliwości rozporządzania udostępnianymi przez inny podmiot zasobami ma dojść dopiero na etapie wykonania zamówienia. Odwołujący podniósł, iż w praktyce poszczególne postanowienia umów czy zobowiązań (zwłaszcza te, noszące znamiona „warunkowości”) między wykonawcą, a osobą trzecią w sprawie udostępnienia potrzebnego potencjału, budzą wiele wątpliwości u zamawiających. Zamawiający wzywa wówczas wykonawców do uzupełnienia, na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy, dokumentów lub oświadczeń. Na tej podstawie uzupełniane na wezwanie zamawiającego oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, nie później jednak niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zdaniem odwołującego forma zobowiązania - oświadczenia z art. 26 ust. 2b ustawy powinna być wyłącznie pisemna (w formie oryginału lub kopii potwierdzonej przez podmiot trzeci). Takie wnioski wynikają z § 6 ust. 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej: „rozporządzenie w sprawie dokumentów”). Nie złożenie przez wybranego wykonawcę w sytuacji wyżej określonej właściwych dokumentów

odnoszących się do podmiotu trzeciego, wymaganych przez zamawiającego, winno w opinii odwołującego, skutkować obowiązkiem wykluczenia tego wykonawcy z postępowania z powodu nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy) po uprzednim wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co miało miejsce w niniejszej sprawie. Przystępujący na wezwanie zamawiającego nie uzupełnił wymaganych treścią wezwania z dnia 7 marca 2012 r. oświadczeń/dokumentów. Do oferty wykonawcy zostało, co prawda, załączone oświadczenie podmiotu trzeciego o udostępnieniu potencjału technicznego, jednakże oświadczenie to jest bardzo lakoniczne, nie dające zamawiającemu praktycznie żadnej wiedzy o sposobie udostępnienia tego urządzenia/lotniska/lądowiska/ oraz o roli, jaką w realizacji zamówienia będzie pełnił podmiot używający swój potencjał. Odwołujący argumentował, iż oświadczenie o udostępnieniu swojego potencjału technicznego, które ustawa wymienia jako szczególny przykład dowodu na dysponowanie zasobami, musi zawierać informacje niezbędne do oceny przez zamawiającego, czy wykonawca składający ofertę rzeczywiście spełnia warunki udziału w postępowaniu. Słusznie zamawiający miał wątpliwość, co do poprawności tego oświadczenia podmiotu trzeciego złożonego przez przystępującego, stąd wezwanie do uzupełnienia oferty było działaniem poprawnym i zgodnym z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy. PPHU Gwiazda w piśmie z 13 marca 2012r. wyjaśniło „iż nie dysponuje żadnymi innymi dokumentami mogącymi świadczyć o dysponowaniu lotniskiem w wyznaczonym do wykonania zadania terminie”. Odwołujący zauważył dalej, że ten istotny i ważny z punktu widzenia oceny ważności wybranej oferty dokument postępowania nie został pierwotnie odwołującemu udostępniony, a dopiero jako tzw. „niedopatrzenie zamawiającego” przesłany do odwołującego w dniu 23 marca 2012 r.

Odnosząc się do zarzutu podania nieprawdziwych informacji w odwołaniu zauważono, że bez znaczenia jest umyślność bądź nie umyślność tego rodzaju działania, bowiem przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy nie uzależnia wykluczenia wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe, od wykazania jego winy. Odwołujący wskazał, iż informacja, mająca znaczenie z punktu widzenia oceny spełniania warunków udziału w przetargu, ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania (wyrok KIO z 4 maja 2011 r., sygn. akt KIO 846/11). Podanie nieprawdziwych informacji (między innymi dotyczących potencjału technicznego) stanowi podstawę do wykluczenia z postępowania, bez wzywania do udzielenia wyjaśnień czy uzupełnienia dokumentów (wyrok KIO z 26 kwietnia 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 489/10, wyrok KIO z 26 stycznia 2011 r., sygn. akt KIO 93/11, wyrok KIO z 15 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1361/11). Z przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy wynika, iż w przypadku, gdy wykonawca złożył w ofercie nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania, zamawiający ma bezwzględny obowiązek wykluczyć tego wykonawcę z postępowania o udzielenie zamówienia. Ustawa nie przewiduje żadnej możliwości

sanowania nieprawdziwej informacji i nie statuuje obowiązku zamawiającego do wzywania wykonawcy, który przedstawił informacje nieprawdziwe do złożenia informacji niewadliwych (wyrok KIO z 15 września 2011 r., sygn. akt KIO 1881/11).W niniejszym stanie faktycznym, wybrany wykonawca złożył nieprawdziwe informacje na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc nie będzie miała zastosowania w tym stanie rzeczy instytucja uregulowana w art. 26 ust. 3 ustawy. PPHU Gwiazda, w kontekście decyzji „Urzędu Lotniczego” nie spełniało warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania określonym rodzajem i ilością samolotów, na których nie może, zgodnie z prawem lotniczym, realizować obowiązków umownych. W związku z powyższym, zamawiający, nie wykluczając PPHU Gwiazda z postępowania, naruszył wymienione wyżej przepisy ustawy.

Z daleko posuniętej ostrożności procesowej podniesiono także zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy na wypadek, gdyby Izba uznała, że PPHU Gwiazda nie podał nieprawdziwych informacji, mających wpływ na wynik postępowania. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy przez zaniechanie jego zastosowania, w sytuacji, gdy z dokumentów złożonych przez PPHU Gwiazda, nie wynikało, iż wykonawca ten spełnia warunki udziału w przedmiotowym postępowaniu dotyczące dysponowania odpowiednią liczbą samolotów.Zamawiający wezwał PPHU Gwiazda jedynie do uzupełnienia dokumentacji w zakresie dysponowania lotniskiem/lądowiskiem, dlatego też zamawiający, nie dokonując czynności wezwania do uzupełnienia dokumentów w zakresie dysponowania samolotami, do której, w świetle przepisów ustawy, był zobowiązany, naruszył art. 26 ust. 3 ustawy. Na potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawca przedstawił w wykazie samoloty (od nr 1 do 10), w tym objęte zarzutem odwołania samoloty o nr. rejestracyjnych podanych w załączniku nr 8 w poz.3 do 10. Do oferty dołączono, zgodnie z wymogiem siwz, kopię decyzji Urzędu Lotnictwa Cywilnego potwierdzoną za zgodność z oryginałem, iż samoloty te, jak wynika z treści w/w decyzji Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego nie zostały w tej decyzji wymienione, z wyjątkiem samolotu od nr. 1 do 2 załącznika nr 8. Tym samym na dzień składania ofert wskazane samoloty (poz. 3 do 10), wobec nie objęcia ich treścią tej decyzji, nie mogą pełnić funkcji, do jakiej są przeznaczone, tj. uczestniczenia w ruchu lotniczym u PPHU Gwiazda. Zdaniem odwołującego warunkiem użytkowania samolotu w świetle przepisów prawa lotniczego jest dysponowanie decyzją Urzędu Lotnictwa Cywilnego zawierającą potwierdzenie dopuszczenia tych samolotów u tego przewoźnika - operatora lotniczego, tj. PPHU Gwiazda, do lotu. Samoloty wymienione w poz. 3 – 8 załącznika nr 8 nie mogą być wykorzystywane przez PPHU Gwiazda do realizacji zamówienia, co oznacza, że przedmiotowe samoloty nie są odpowiednim potencjałem technicznym stosownie do treści art. 22 ust. 1 pkt 3 ustawy ani „urządzeniem” dostępnym w celu realizacji zamówienia wg sformułowania § 1 ust. 1 pkt 4 rozporządzenia w sprawie dokumentów. W tym świetle, biorąc

pod uwagę, że wskazane samoloty (poz. nr 3 do 10 załącznika nr 8 oferty) są obciążone swoistą wadą formalną potwierdzoną wprost treścią w/w decyzji „Urzędu Lotniczego”, należało uznać, że obowiązkiem zamawiającego było wezwanie wykonawcy do złożenia „wymaganego dokumentu/decyzji urzędu lotniczego” potwierdzającego spełnianie warunku udziału w tym postępowaniu i w przedmiotowym zakresie - zgodnie z przepisem art. 26 ust. 3 ustawy, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 i ust. 2 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 ustawy jest także zasadny, albowiem zamawiający, prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, powinien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Jeśli zamawiający dokonuje wyboru oferty korzystniejszej, nie mając pewności, że wykonawca, którego oferta została wybrana, nie podlega wykluczeniu, narusza zasadę równego traktowania wykonawców i zasadę uczciwej konkurencji (wyrok KIO z 18 kwietnia 2011 r., sygn. akt KIO 733/11).

Odwołujący uzupełnił 29 marca 2012 r. (pismem z 28 marca 2012 r.) odwołanie (kopię przekazał faksem 28 marca 2012 r.). Zgłosił zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, wobec podejrzenia i domniemania, iż uzupełnienie dokumentów dla potwierdzenia warunków uczestnictwa w tym postępowaniu przez przystępującego nastąpiło po wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Zatem zamawiający niezasadnie zaniechał zatrzymania wadium. Niepewna jest zdaniem odwołującego także data złożenia zamawiającemu „nowego” załącznika nr 8, gdyż brak na tym dokumencie daty jego wpływu do zamawiającego. Tym samym odwołujący formułuje domniemanie, że w/w dokumenty wpłynęły do zamawiającego po wyznaczonym przez niego dla uzupełnienia oferty terminie. W konsekwencji odwołujący stwierdził, że zamawiający zobowiązany był zatrzymać przystępującemu wadium.

Zamawiający zawiadomił wykonawców o odwołaniu 28 marca 2012 r. wzywając do zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. PPHU Gwiazda pismem z 29 marca 2012 r. dnia 30 marca 2012 r. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Pismem z 2 kwietnia 2012 r. odwołujący uzupełniająco (powołując się na art. 190 ust. 1 Pzp) przesłał, w celu wykazania, że samoloty wymienione w poz. 3 do 10 załącznika nr 8 są „obciążone swoistą wadą formalną”, a zatem zamówienie zostało udzielone wykonawcy niezdolnemu do realizacji zamówienia, kopię wystąpienia do Urzędu Lotnictwa Cywilnego z 29 marca 2012 r. i uzyskanej odpowiedzi (pismo z 30 marca 2012 r., znak: ULC – LOT – 2/0773-0019/01/12), mające potwierdzać zarzut odwołania.

Pismem z 5 kwietnia 2012 r. przystępujący uzupełnił swoje stanowisko w sprawie. Podkreślił, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego tj. dysponuje - będzie korzystał z potencjału podmiotu trzeciego - lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym. Argumentował, iż nie rozumie zarzutów odwołującego w zakresie oświadczenia PZL-Mielec Cargo sp. z o.o. z 27 lutego 2012 r. Odwołujący w treści odwołania podniósł, iż złożone oświadczenie („zobowiązanie”) „nie jest bezwarunkowe, bo jest warunkowane zawarciem stosownej umowy”. Zdaniem przystępującego przedstawione zobowiązanie nie jest warunkowe, bowiem uzależnia udostępnienie lotniska wyłącznie od zawarcia przez przystępującego stosownej umowy o zamówienie publiczne z zamawiającym. Podkreślił, iż zgodnie z piśmiennictwem i utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wystarczającym jest, aby zobowiązanie podmiotu trzeciego zapewniało udostępnienie zasobów na okres realizacji zamówienia, tym samym, w chwili składania ofert, wykonawca nie musi dysponować danym zasobem. PZL - Mielec Cargo sp. z o.o. w złożonym oświadczeniu zapewnił przystępującego, iż jeśli ten podpisze z zamawiającym stosowną umowę na realizację zamówienia publicznego polegającego na przeprowadzeniu akcji zrzutu szczepionki przeciwko wścieklicznie lisów, to przystępujący będzie mógł bezwarunkowo korzystać z lotniska bazowego i operacyjnego PZL - Mielec Cargo sp. z o.o. Przystępujący zwrócił uwagę, że wskazana przez niego wykładnia treści oświadczenia PZL-Mielec Cargo sp. z o.o. z 27 lutego 2012 r. jest w jego ocenie właściwa, co w szczególności znajduje potwierdzenie w oświadczeniu PZL-Mielec Cargo sp. z o.o., w którym spółka PZL-Mielec Cargo wyjaśniła, że zawarte w piśmie z 27 lutego 2012 r. stwierdzenie, iż istnieje możliwość korzystania z naszego lotniska oznacza, że PZL-Mielec Cargo sp. z o.o. udostępnia PPHU Gwiazda swoje zasoby w postaci lotniska w postępowaniu i wykonaniu zamówienia polegającego na wyłożeniu doustnej szczepionki przeciwko wścieklicznie do uodparniania lisów rudych wolno żyjących. Dalej przystępujący wskazał, iż nie zgadza się z twierdzeniem zawartym w treści odwołania, że w tym postępowaniu został wyczerpany przez zamawiającego tryb jednokrotnego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Przystępujący wyraził pogląd, że został wezwany jedynie do przedstawienia wykazu urządzeń, bowiem załączony do oferty załącznik nr 8 nie zawiera informacji o sposobie dysponowania lotniskiem. Ponadto zamawiający przywołał ogólną treść siwz zgodnie z którą, w przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów, należy przedstawić dowód na dysponowanie tymi zasobami. W tym miejscu przystępujący podkreślił, iż w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów zamawiający, co prawda, wskazał swoje zastrzeżenia do treści zobowiązania, ale brak jest w nim wezwania do przedstawienia nowego zobowiązania lub złożenia przez wykonawcę wyjaśnień w zakresie treści złożonego

zobowiązania. Przystępujący wskazał, iż pisemne zobowiązanie do udostępnienia zasobów jest dokumentem podlegającym uzupełnieniu, tym samym zamawiający jest zobowiązany wezwać wykonawcę do jego uzupełnienia w przypadku jego braku lub złożenia wyjaśnień, w przypadku zastrzeżeń do jego treści. Przystępujący ponadto powołał treść Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy, usługi (art. 47 ust. 2-48 ust. 2), wskazując, że wykonawca może, w stosownych sytuacjach oraz w przypadku konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów. Z kolei na podstawie art. 51 przywołanej dyrektywy instytucje zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 45 - 50 lub o ich wyjaśnienie. Dokumenty wskazane w omawianej dyrektywie w art. 45 - 48 dotyczą podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, jego predyspozycji do prowadzenia działalności gospodarczej, sytuacji finansowej i ekonomicznej, czy kwalifikacji technicznych i zawodowych. Dyrektywa w ww. przepisach wskazuje dokumenty, które wykonawcy mają obowiązek złożyć w celu potwierdzenia spełniania określonych warunków udziału w postępowaniu. Na podstawie tych przepisów oferenci przedkładają również zobowiązanie podmiotów trzecich do udostępnienia potencjału (art. 47 ust. 2-48 ust. 2 dyrektywy) - to jest jeden z dokumentów, które oferenci przedkładają w celu potwierdzenia legitymowania się odpowiednimi kwalifikacjami podmiotowymi, dlatego należałoby uznać, że również i taki dokument podlegać będzie uzupełnieniu lub wyjaśnieniu. Przystępujący dodał, iż zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 11 maja 2004 roku w sprawie stosowania prawa Unii Europejskiej, warunkiem związania podmiotów przepisami dyrektywy jest wdrożenie przepisów do krajowego porządku prawnego. Zaznaczył, iż zgodnie z ww. aktem prawnym Europejski Trybunał Sprawiedliwości przyznał dyrektywom w niektórych przypadkach cechę bezpośredniej skuteczności, co oznacza, że jeżeli przepisy dyrektywy nie zostały wdrożone do krajowego porządku prawnego (lub zostały transponowane w sposób niewłaściwy - zgodnie z utrwalonym orzecznictwem ETS), to w relacji podmiot - państwo można się na nie powoływać wtedy, gdy są precyzyjne, bezwarunkowe oraz nastąpił upływ terminu transpozycji dyrektywy do prawa krajowego. W opinii przystępującego zamawiającego, mając wątpliwości związane z treścią oświadczenia PZL-Mielec Cargo sp. z o.o. z 27 lutego 2012 r., mógł wezwać go do złożenia przez niego wyjaśnień, czego jednak w toku postępowania nie uczynił.

Odnosząc się do zarzutu odwołania dotyczącego dysponowania wystarczającą liczbą spranych samolotów przystępujący oświadczył, że spełnia warunki udziału w postępowaniu

w tym zakresie postawione w siwz. Przystępujący wyraził pogląd, że zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 859/2008 r. z 20 sierpnia 2008 r. przewoźnicy lotniczy, posiadający koncesje wydane w jednym z państw Wspólnoty, mogą swobodnie świadczyć przewozy lotnicze na terytorium UE i nie będą podlegać w tym zakresie żadnym dodatkowym zezwoleniom lub upoważnieniom. W myśl postanowień OPS 1.165 Rozporządzenia Komisji (WE) Nr 859/2008 r. z dnia 20 sierpnia 2008 r. punkt a) ppkt 2) leasing z załogą (wet lease) — oznacza użytkowanie samolotu na podstawie certyfikatu AOC leasingodawcy. Ponadto przystępujący wskazał, iż „zgodnie z OPS 1.165 Rozporządzenia Komisji (WE) Nr 859/2008 r. z dnia 20 sierpnia 2008 r. pkt b) ppkt 1) Dawanie w leasing z załogą (wet lease-out) - Operator wspólnotowy dostarczający samolot z pełną załogą lotniczą innemu operatorowi wspólnotowemu, zgodnie z rozporządzeniem Rady (EWK) nr 2407/92 z dnia 23 lipca 1992 r. w sprawie przyznawania licencji przewoźnikom lotniczym (1), zachowujący wszystkie funkcje i obowiązki określone w części C, pozostaje nadal operatorem samolotu”. Dalej przystępujący stwierdził, iż powyższe znajduje poparcie w informacji Urzędu Lotnictwa Cywilnego z 10 czerwca 2009 r. (kopia stanowi załącznik nr 2 do pisma przystępującego), w której wyjaśnia się, iż „zgodnie z przepisami wspólnotowymi Wspólnotowi przewoźnicy lotniczy mogą swobodnie korzystać ze statków powietrznych leasingowanych z pełną załogą, zarejestrowanych we Wspólnocie”. Przystępujący podkreślił, iż zgodnie z rozporządzeniem Ministra Infrastruktury z 5 listopada 2004 r. (Dz.U. Nr 262, poz. 2609) w sprawie bezpieczeństwa eksploatacji statków powietrznych część B JAR-OPS 1.165 Leasing samolotów pkt (a) ppkt (2) „Leasing z załogą (wet lease) - oznacza używanie samolotu na podstawie Certyfikatu AOC przewoźnika, który oddaje samolot w leasing (Lessor)”. Zdaniem przystępującego statki powietrzne wyszczególnione w pozycjach od 4 do 9 załącznika nr 8 „stanowią leasing z załogą (wet lease) i posiadają ważny Certyfikat wydany przez właściwy organ Republiki Litewskiej”. W myśl przywołanych regulacji wystarczającym jest posiadanie stosownego certyfikatu wyłącznie przez leasingodawcę. Leasingobiorca uprawniony jest do korzystania ze statków powietrznych leasingodawcy na mocy certyfikatu leasingodawcy wystawionego w innym kraju Wspólnoty Europejskiej. Odnośnie do statku powietrznego wyszczególnionego w pozycji 3 załącznika nr 8 wyjaśnił, że stanowi on najem wraz z załogą i posiada ważny certyfikat AWC wydany na podmiot wynajmujący (kopia stanowi załącznik do pisma przystępującego). Wobec powyższego, zdaniem przystępującego, zarzuty odwołującego odnośnie braku możliwości dopuszczenia do ruchu lotniczego statków powietrznych określonych w pozycjach od 3 do 9 załącznika nr 8 nie znajdują poparcia w obowiązujących regulacjach prawnych.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego złożone podczas posiedzenia i rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, iż przedmiotem zamówienia jest wykonanie usługi wyłożenia doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie do uodparniania lisów rudych wolno żyjących z samolotu na obszarze województwa małopolskiego (pkt III siwz). Zrzuty mają być wykonane w czasie max. 5 dni (pkt VI.2 c) tiret czwarty). Zamawiający w pkt. VI.2 c) siwz postanowił, że warunek udziału w postępowaniu, o którym mowa w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże dysponowanie lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym (tiret drugi) oraz „wystarczającą ilością sprawnych samolotów” (tiret trzeci). W pkt. VI. 6 siwz zamawiający wskazał, że ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu dokonywana będzie w formule spełnia – nie spełnia, w oparciu o dokumenty załączone do oferty, a których wykaz zawiera pkt VII siwz. Zamawiający wymagał w pkt. VII. 1 c), aby wraz z ofertą, w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami – załącznik nr 8 do siwz. Jeśli wykonawca polega na zasobach innych podmiotów, zobowiązany jest to udowodnić zamawiającemu. W szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (pkt VII. 9 siwz). Obowiązek złożenia wraz z ofertą dokumentów wymienionych w pkt. VII siwz potwierdza pkt XI. 2 siwz. Zamawiający w siwz nie określił, iloma samolotami wykonawca ma dysponować, w celu wykazania, że spełnia określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp warunek udziału w postępowaniu.

Termin składania ofert minął dnia 1 marca 2012 r., g.12.00.

Wykonawca PPHU Gwiazda złożył wraz z ofertą:

- datowany na 28 lutego 2012 r. załącznik nr 8 – wykaz narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami (k. 25 oferty). W kolumnie: wykaz narzędzi i urządzeń podano 9 samolotów, w tym w dwóch pierwszych wierszach samoloty będące własnością PPHU Gwiazda, w wierszu trzecim samolot będący w dyspozycji przystępującego na podstawie umowy najmu oraz w 6 kolejnych wierszach – 6 samolotów, w odniesieniu do których wskazano, jako podstawę dysponowania, leasing; w wykazie nie wymieniono lotniska/lądowiska bazowego lub operacyjnego;

- oświadczenie PZL – Mielec Cargo sp. z o.o. (zarządzającego lotniskiem w Mielcu) z 27 lutego 2012 r., w którym podmiot ten oświadczył, że „istnieje możliwość korzystania z lotniska jako lotniska bazowego i operacyjnego przez statki powietrzne firmy GWIAZDA – PPHU z siedzibą w Pruszczu Gdańskim oraz przez instytucje z powyższą firmą współpracujące w celu organizacji akcji zrzutu szczepionki przeciwko wścieklicznie lisów po zawarciu stosownej umowy”.

Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, wystosował do PPHU Gwiazda pismo z 7 marca 2012 r. o treści: „ (...) Zamawiający wzywa do uzupełnienia w terminie do dnia 12.03.2012 r. do godz.12.00 dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu:

1. Wykazu urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usługi w celu realizacji zamówienia wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami – zał. nr 8 do siwz, w którym to wykazie należy zamieścić informacje o lotnisku/ładowisku bazowym lub operacyjnym. W przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów dowodu na dysponowanie tymi zasobami, w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji tych zasobów na okres korzystania z ich przy wykonywaniu zamówienia. Wykonawca w załączonym do oferty wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy nie zamieścił informacji o tym czy dysponuje lotniskiem/ładowiskiem, a także o sposobie dysponowania nim (...). Dalej zamawiający w cytowanym piśmie przytoczył postanowienie pkt. VII.9 siwz i wskazał, że (...) Załączone do oferty oświadczenie nie potwierdza, że wykonawca będzie dysponował lotniskiem. Informuje tylko, że istnieje możliwość udostępnienia tego lotniska, co nie jest jednoznaczne z faktem zapewniania możliwości korzystania z tego lotniska”.

W odpowiedzi przystępujący złożył załącznik nr 8 datowany na 28 lutego 2012 r. zawierający w pozycji 10 tabeli „LOTNISKO EMPL – MILELEC Zasób innego podmiotu” (brak adnotacji o dacie wpływu oświadczenia do zamawiającego). Faksem dnia 13 marca 2012 r. wpłynęło do zamawiającego oświadczenie przystępującego, że „nie dysponuje innymi dokumentami mogącymi świadczyć o dysponowaniu lotniskiem w wyznaczonym, do wykonania zadania terminie”.

Zamawiający dokonał oceny złożonych przez przystępującego dokumentów uznając „za wystarczające załączone do oferty oświadczenie PZL Mielec Cargo sp. z o.o., jako gwarancję dysponowania przez wykonawcę lotniskiem bazowym na czas wykonania przedmiotu zamówienia” (notatka nr 2 z 15 marca 2012 r.).

Dnia 19 marca 2012 r. faksem zamawiający (pismem z 19 marca 2012 r.) zawiadomił odwołującego o wyborze oferty najkorzystniejszej złożonej przez PPHU Gwiazda.

Uwzględniając powyższe Izba zważyła, co następuje:

Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp. Status uczestnika postępowania uzyskał PPHU Gwiazda skutecznie zgłaszając przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

I.

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba uwzględniła odwołanie - potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust. 2b ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 Pzp. Zamawiający błędnie uznał, iż wybrany wykonawca po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy (na wezwanie zamawiającego z 7 marca 2012 r.) wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, którego opis sposobu oceny został sformułowany w pkt. VI.1 c) tiret drugi siwz (dysponowanie lotniskiem/lądowiskiem bazowym lub operacyjnym).

Osią sporu jest, czy oświadczenie MZL Mielec sp. z o.o. (dalej: „PZL Mielec”) z 27 lutego 2012 r., załączone do oferty odwołującego, dowodzi udostępnienia przez PZL Mielec przystępującemu lotniska w celu realizacji zamówienia, stanowiąc pisemne zobowiązanie, o którym mowa w art. 26 ust. 2b Pzp oraz, jeśli nie – to czy wezwanie zamawiającego z 7 marca 2012 r., odnosiło się także do zobowiązania PZL Mielec z 27 lutego 2012 r. (podmiot trzeci) załączonego do oferty przystępującego.

Odnosząc się do tak zakreślonych ram sporu należy wyrazić pogląd, iż zgodnie z art. 26 ust. 2b ustawy wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, o ile udowodni zamawiającemu, że będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Jednym ze środków dowodowych przewidzianych przez komentowany przepis jest pisemne zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby do ich oddania wykonawcy do dyspozycji na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia (tak też: wyrok KIO z 25 października 2011 r., sygn. akt KIO 2213/11).

Ustawodawca pozostawił woli i decyzji podmiotów współpracujących (wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu i osobie trzeciej, na której zasobach on polega) określenie charakteru prawnego wzajemnych stosunków ich łączących. Wskazane jako przykładowe oświadczenie ma potwierdzić istnienie relacji o charakterze prawnym pomiędzy podmiotem udostępniającym swoje zasoby, a wykonawcą polegającym na tych zasobach, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz wykorzystania tych zasobów w realizacji zamówienia. Tym samym każdy dokument, który potwierdza zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia swoich zasobów, w celu wykorzystania ich do realizacji przedmiotu zamówienia, należy uznać za wystarczający, przy czym odnośnie oświadczenia mającego stanowić zobowiązanie podmiotu trzeciego, niezbędne jest zachowanie formy pisemnej w rozumieniu art. 14 Pzp w zw. z art. 78 § 1 kc (tak też: wyrok KIO z 10 lutego 2012 r., sygn. akt KIO 163/11 oraz KIO 164/11). Oświadczenie podmiotu trzeciego, aby mogło być uznane za dowód potwierdzający dysponowanie zasobami tego podmiotu, musi zatem posiadać zarówno stosowną treść, z której będzie wynikało, że podmiot ten zobowiązał się do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia, jak i formę pisemną oraz dla swej skuteczności musi także zostać złożone przez osobę/osoby uprawnione do reprezentowania podmiotu trzeciego w powyższym zakresie. Dalej wymaga także zauważenia, iż zarówno zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy określonych zasobów, jak też inne dowody, służą potwierdzeniu spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Tym samym w sytuacji ustalenia, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, także w przypadku, gdy powołuje się na zasoby podmiotu trzeciego, zamawiający jest zobowiązany - po uprzednim wezwaniu wykonawcy w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Przechodząc do oceny załączonego do oferty przystępującego oświadczenia PZL Mielec zgodzić się należy z odwołującym, iż dokument ten nie dowodzi udostępnienia przystępującemu przez PZL – Mielec lotniska na okres korzystania z niego przy realizacji przedmiotowego zamówienia. PZL – Mielec oświadczyło, że „istnieje możliwość korzystania z lotniska” przez statki powietrzne przystępującego, w celu organizacji akcji zrzutu szczepionki przeciwko wścieklicznie lisów po zawarciu stosownej umowy. Zamawiający prawidłowo ocenił ten dokument podkreślając w wezwaniu z 7 marca 2012 r., że nie stanowi on potwierdzenia dysponowania przez przystępującego lotniskiem, lecz informację, że istnieje możliwość udostępnienia tego lotniska, co nie jest jednoznaczne z faktem zapewniania możliwości korzystania z tego lotniska. Z dokumentu tego niewątpliwie nie wynika wiążące PZL – Mielec zobowiązanie, że – w celu wykonania przez przystępującego

przedmiotowego zamówienia – udostępni mu swoje lotnisko. Oświadczenie PZL – Mielec ma wyłącznie charakter niewiążącej deklaracji, a to – w świetle art. 26 ust. 2b Pzp – za mało, aby mogło stanowić dowód udostępnienia przez podmiot trzeci swojego zasobu w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu, udostępnienie bowiem musi mieć realny, rzeczywisty charakter, a nie stanowić wyraz intencji czy dobrej woli podmiotu trzeciego, z którego zasobów wykonawca biorący udział w postępowaniu chce korzystać. Zatem trafnie podniósł odwołujący, iż przystępujący składając wraz z ofertą oświadczenie PZL – Mielec z 27 lutego 2012 r. - nie wykazał dysponowania zasobami tego podmiotu trzeciego.

Jeśli tak, to do rozstrzygnięcia pozostaje, czy pismem z 7 marca 2012 r. zamawiający wezwał (w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) przystępującego do uzupełnienia dowodu dysponowania lotniskiem udostępnionym przez PZL – Mielec

W tym miejscu zasadnym jest wskazanie, iż stosownie do przepisu art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

Izba stoi na stanowisku, iż dokumenty mające potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w tym dowodzące dysponowanie zasobem podmiotu trzeciego na podstawie art. 26 ust. 2b Pzp, należy zaliczyć do katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 zdanie 1 ustawy, co przesądza o stosowaniu do nich art. 26 ust. 3 ustawy (tak też wyro KIO z 14 listopada 2011 r., sygn. akt KIO 2248/11 i 2249/11).

Wziąwszy powyższe pod uwagę pozostaje dokonać analizy treści wezwania skierowanego do przystępującego 7 marca 2012 r. Prowadzi ona do jednoznacznego wniosku, że zamawiający wezwał do uzupełnienia zarówno wykazu urządzeń technicznych

dostępnych wykonawcy usługi, w celu realizacji zamówienia oraz informacji o podstawie dysponowania tymi zasobami (załącznik nr 8) precyzując, iż w wykazie „(...) należy zamieścić informacje o lotnisku/lądowisku bazowym lub operacyjnym (...), a „(...) W przypadku korzystania z zasobów innych podmiotów” wezwał do przedstawienia „(...) dowodu na dysponowanie tymi zasobami, w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania (...)” Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca „(...) w załączonym do oferty wykazie urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy nie zamieścił informacji o tym czy dysponuje lotniskiem/lądowiskiem, a także o sposobie dysponowania nim (...). Załączone do oferty oświadczenie nie potwierdza, że wykonawca będzie dysponował lotniskiem. Informuje tylko, że istnieje możliwość udostępnienia tego lotniska, co nie jest jednoznaczne z faktem zapewniania możliwości korzystania z tego lotniska”. Odnosząc się do treści pisma zamawiającego z 7 marca 2012 r. Izba stoi na stanowisku, że jednoznacznie wskazuje na nieprawidłowości i braki w załączniku nr 8 złożonym wraz z ofertą przystępującego, jak i zawiera wprost stwierdzenie, że gdy wykonawca korzysta z zasobów innych podmiotów zobowiązany jest przedstawić zamawiającemu dowód na dysponowanie tymi zasobami, w szczególności poprzez przedstawienie pisemnego zobowiązania. Zamawiający precyzyjnie wyjaśnił, że załączone do oferty oświadczenie nie potwierdza, że wykonawca będzie dysponował lotniskiem, lecz informuje tylko o możliwości udostępnienia tego lotniska, co nie jest jednoznaczne z faktem zapewniania możliwości korzystania z tego lotniska. Zatem rację ma odwołujący twierdząc, że pismem z 7 marca 2012 r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dowodu udostępnienia przez podmiot trzeci swojego zasobu (lotniska/lądowiska), gdy przystępujący będzie korzystał z zasobu podmiotu trzeciego.

Konsekwencją zaprezentowanego stanowiska jest przyjęcie, że - respektując akceptowaną jednolicie w orzecznictwie, a wywodzoną z art. 7 ust. 1 Pzp, zasadę jednokrotnego wzywania wykonawcy przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia danego dokumentu w danym (określonym) zakresie – ponowne wezwanie nie jest dopuszczalne. Stąd Izba nakazała wykluczenie przystępującego z postępowania, gdyż nie wykazał on spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp (dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym) Pzp, którego opis sposobu oceny sformułował zamawiający w pkt. VI 2 c) tiret drugi siwz. Zważywszy powyższe Izba stwierdza uchybienie przez zamawiającego przepisowi art. 22 ust.1 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp nakazującym wykluczyć z postępowania wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu. Ciężar udowodnienia spełniania

warunków udziału w postępowaniu obciąża wykonawcę. Powinien on – na podstawie dokumentów wymaganych przez zamawiającego w siwz oraz ewentualnie korzystając z instytucji opisanej w art. 26 ust. 2b Pzp – spełnienia warunków wykazać. Zamawiający nie jest uprawniony, aby domniemywać, na podstawie innych okoliczności (np. doświadczenia w dotychczasowej współpracy), że wykonawca warunki spełnia i podoła realizacji zamówienia. Takie działanie należy zakwalifikować jako niedopuszczalne i uchybiające art. 7 ust. 1 Pzp. Dodać trzeba, że Izba nie mogła oprzeć rozstrzygnięcia o treść złożonego na rozprawie przez przystępującego oświadczenia PZL- Mielec, w którym podmiot ten interpretując treść swojego oświadczenia załączonego do oferty z 27 lutego 2012 r. wyjaśnił, że „stwierdzenie, iż istnieje możliwość korzystania z naszego lotniska oznacza, że „PZL – Mielec” Cargo Sp. z o.o. udostępnia GWIAZDA – PPHU z siedzibą w Pruszczu Gdańskim swoje zasoby w postaci lotniska w postępowaniu i wykonaniu zamówienia nt. wyłożenia doustnej szczepionki przeciwko wściekliźnie do uodparniania lisów rudych wolno żyjących”. Uwzględnienie treści tego dokumentu – w istocie stanowiącego nowe oświadczenie PZL – Mielec (wykraczające poza wyjaśnienie treści oświadczenia z 27 lutego 2012 r.) nie jest dopuszczalne, gdyż prowadziłoby do obejścia zasady jednokrotnego wzywania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto – jak wynika z art. 26 ust. 3 Pzp – dokumenty, do których odnosi się ten przepis, składane są zamawiającemu, który następnie dokonując ich oceny, podejmuje stosowne decyzje w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba nie jest uprawniona, aby zastępować zamawiającego w tej kwestii.

Nieuprawnione zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania i dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej złożonej przez niego oferty, narusza zasady wyrażone w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, gdyż zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

II.

Pozostałe zarzuty odwołania nie zostały przez Izbę uwzględnione. Odnosząc się do nich kolejno należy wskazać, jak niżej:

Co do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt 3 w związku z art. 26 ust.2b ustawy przez błędne uznanie, iż wybrany wykonawca po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy (na wezwanie zamawiającego z 7 marca 2012 r.) spełnia nałożone w pkt. VI.1 c), tiret trzeci, warunki udziału w postępowaniu w odniesieniu do wymaganego potencjału technicznego, tj. dysponowania wystarczającą ilością sprawnych samolotów, Izba podkreśla, iż kluczowe znaczenie dla jego rozstrzygnięcia przyznać należy

treści siwz. Innymi słowy niezbędnym jest przesądzenie, czy zamawiający w siwz określił (przy założeniu, że zrzuty mają być wykonane w ciągu 5 dni – pkt VI.2 c) tiret czwarty siwz) liczbę samolotów, którą ma dysponować wykonawca, w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu określonego art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp.

W kontekście przedstawionego zarzutu należy zwrócić uwagę, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone powinno być w celu wyłonienia wykonawcy, który wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, których opis sposobu spełniania określił zamawiający w siwz, złożył ofertę zgodną z oczekiwaniami zamawiającego opisanymi w siwz, a następnie uzyskał największą liczbę punktów zgodnie z kryteriami oceny ofert wskazanymi w siwz. Weryfikacji powołanych okoliczności służy procedura badania i oceny ofert, przy wykorzystaniu instrumentów, w które ustawodawca wyposażył zamawiającego, aby zagwarantować z jednej strony wykonawcom rzetelną ocenę złożonych ofert, a drugiej – zamawiającemu wybór oferty najkorzystniejszej spełniającej wyartykułowane w siwz oczekiwania. Izba podziela w tej kwestii stanowisko Sądu Okręgowego w Gliwicach wyrażone w wyroku z dnia 23 lutego 2007 roku (sygn. akt X Ga 23/07), iż „formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”. Trzeba przede wszystkim w tym miejscu powołać naczelną zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp nakazującą zamawiającemu przygotowywać i przeprowadzić postępowanie z zachowaniem uczciwej konkurencji i równo traktując wykonawców. W świetle tej zasady należy dokonywać także interpretacji siwz. Siwz jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne – z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, jak również opisuje sposób oceny warunków udziału w postępowaniu, z drugiej zaś – granice, w jakich może poruszać się zamawiający dokonując oceny złożonych ofert oraz analizując spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Trzeba podkreślić zasadnicze reguły, którymi zobowiązany jest kierować się zamawiający dokonując badania i oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przede wszystkim nie wolno mu dokonywać oceny w sposób dowolny, lecz jedynie na podstawie sformułowanych w siwz zasad i wymagań, co służy realizacji wyrażonej w art. 7 ust. 1 Pzp zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, a także związanej z nimi zasady transparentności postępowania. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu mają prawo oczekiwać, że ocena, czy spełniają warunki udziału w postępowaniu, zostanie dokonana wyłącznie w odniesieniu do wyartykułowanych w siwz wymagań zamawiającego (podobnie przykładowo w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., sygn. akt KIO 2623/10 oraz w wyroku z dnia 29 lipca 2011, sygn. akt

KIO 1514/11).

Przyjmując za podstawę dalszych rozważań podkreślone przez Izbę znaczenie siwz dla należytego zbadania, czy przystępujący spełnia opisane w siwz warunki udziału w postępowaniu w kwestionowanym przez odwołującego zakresie, trzeba odnieść się do treści tego dokumentu sporządzonego przez zamawiającego w niniejszym postępowaniu w zakresie adekwatnym rozpoznawanego zarzutu.

Brzmienie siwz, w szczególności pkt. VI.2 c) tiret trzeci siwz wprost stanowi, że warunek zostanie uznany za spełniony, gdy wykonawca wykaże dysponowanie „wystarczającą”. W celu wykazania spełnienia tego warunku należało wraz z ofertą złożyć załącznik nr 8 (pkt VI. 6 siwz w zw. z pkt. VII. 1 c) oraz pkt. XI. 2 siwz). Zamawiający w siwz nie określił, iloma samolotami wykonawca ma dysponować, w celu wykazania, że spełnia określony w art. 22 ust. 1 pkt 3 Pzp warunek udziału w postępowaniu. Zamawiający wymagał, aby była do liczba „wystarczająca”, pozostawiając tym samym decyzji wykonawcy, ile samolotów będzie mu niezbędnych do realizacji zamówienia. W konsekwencji stwierdzić trzeba, iż wskazanie w załączniku nr 8 do oferty przystępującego dwóch samolotów stanowiących jego własność (dwa pierwsze wiersze tego załącznika) czyni zadość wymaganiom zamawiającego postawionym w siwz. Przystępujący potwierdził na rozprawie, iż jest w stanie wykonać zamówienie zgodnie z siwz przy użyciu tych samolotów. Odwołujący natomiast w odwołaniu nie kwestionował możliwości realizacji zamówienia przy wykorzystaniu tych dwóch samolotów. Nie przedstawił także żadnych dowodów mających potwierdzać, że jest to obiektywnie niewykonalne. W konsekwencji stwierdzić trzeba, że zamawiający prawidłowo ocenił, że przystępujący wykazał dysponowanie wystarczającą liczbą samolotów. Biorąc powyższe pod uwagę Izba pominęła dowody przedstawiane w celu wykazania, że samoloty użytkowane na podstawie leasingu nie mogą być wykorzystywane przez przystępującego w polskiej przestrzeni powietrznej. Okoliczność ta pozostaje bez znaczenia w świetle treści siwz ustalonej przez Izbę.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy oraz art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy, gdyż PPHU Gwiazda, składając ofertę i oświadczając, że będzie dysponował określonymi samolotami oraz, że nie będzie w związku z tym polegał na zasobach podmiotów trzecich, podał nieprawdziwe informacje, mające wpływ na wynik postępowania Izba wskazuje, że zamawiający zobowiązany jest do wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy, gdy łącznie wystąpią dwie przesłanki: złożono nieprawdziwe informacje i mają one lub mogą

mieć wpływ na wynik postępowania. Dowód zaistnienia przesłanek wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy spoczywa na tym, kto ze swojego twierdzenia wywodzi skutek prawny domagając się wykluczenia wykonawcy z postępowania (art. 190 ust. 1 Pzp). Zaistnienie przesłanek wykluczenia wynikających z komentowanego przepisu powinno być udowodnione w sposób nie budzący wątpliwości, w przeciwnym razie zasady równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji, wynikające z art. 7 ust. 1 ustawy, nie zostaną zachowane. Teza ta znajduje potwierdzenie w wyroku Sądu Okręgowego w Krakowie z dnia 15 stycznia 2010 r. (sygn. akt XII Ga 420/09) wskazującego, że wykluczenie wykonawcy na podstawie omawianego przepisu wymaga ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz wykazania, że ich złożenie miało (aktualnie także mogło mieć) wpływ na wynik postępowania. Na gruncie rozpoznawanej sprawy ciężar dowodu złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania spoczywa na odwołującym.

Analiza zebranego w sprawie materiału dowodowego, w świetle przedstawionej przez Izbę wykładni przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie daje podstaw do stwierdzenia, iż przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, że będzie dysponował określonymi samolotami oraz, że nie będzie w związku z tym polegał na zasobach podmiotów trzecich. Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie przystępującego, że będzie dysponował wymienionymi w załączniku nr 8 samolotami, jest nieprawdziwe. Nie został przedstawiony przez odwołującego żaden dowód na to, że przystępujący nie dysponuje wskazanymi w tym załączniku samolotami na podstawie umów leasingu czy najmu. Ponadto, nawet gdyby oświadczenie przystępującego było w tym zakresie nieprawdziwe, okoliczność ta pozostałaby bez wpływu (choćby potencjalnego) na wynik postępowania, gdyż dwa samoloty, stanowiące własność przystępującego, były wystarczające dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. VI.2 c) tiret trzeci siwz.

Odwołujący zarzucił również naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wybranego wykonawcy na skutek błędnego przyjęcia, iż ten wykonawca (a już na pewno po uzupełnieniu swojej oferty w trybie art. 26 ust.3 ustawy na wezwanie z dnia 7 marca 2012 r.) potwierdził złożonymi dokumentami i oświadczeniami postawione warunki udziału w tym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę wykładnię art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp przedstawioną przez Izbę powyżej wymaga podkreślenia, że należy odróżnić niewykazanie przez przystępującego spełnienia warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt. VI.2 c) tiret drugi siwz, od złożenia przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Ustawodawca wprost w art. 26 ust.3 Pzp przewidział

sytuacje, w których wykonawca przedkłada wraz z ofertą dokumenty i oświadczenia zawierające błędy (podobnie wyrok KIO z 20 stycznia 2012 r., sygn. akt: KIO 49/12). Przystępujący w uzupełnionym załączniku nr 8 wskazał, że będzie dysponował lotniskiem stanowiącym zasób podmiotu trzeciego – PZL – Mielec. Ocena zobowiązania podmiotu trzeciego nie pozwala na stwierdzenie, że przystępujący na zasadach opisanych ustawą udowodnił fakt dysponowania tym zasobem, co jednak nie oznacza, że podał w tej kwestii nieprawdziwą informację. Co najwyżej uprawnione jest twierdzenie, że nie wykazał dysponowania lotniskiem, tym samym nie udowodnił, że spełnia opisany w pkt. VI.2 c) tiret drugi warunek, co skutkuje koniecznością wykluczenia go z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp (argumentacja Izby do pkt. 1 uzasadnienia).

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 i 2 w związku z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy poprzez dokonanie wyboru oferty złożonej przez wykonawcę, który nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w tym postępowaniu należy stwierdzić, że odwołujący nie udowodnił naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 i 2 Pzp, nie wskazał bowiem na żadne okoliczności faktyczne wskazujące na dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty na podstawie kryteriów oceny ofert innych niż określonych w siwz.

Ostatnim zarzutem podlegającym rozpoznaniu przez Izbę, jest zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp, „wobec podejrzenia i domniemania, iż uzupełnienie dokumentów dla potwierdzenia warunków uczestnictwa w tym postępowaniu przez przystępującego nastąpiło po wyznaczonym przez zamawiającego terminie”. W konsekwencji zamawiający zdaniem odwołującego niezasadnie zaniechał zatrzymania wadium.

Odnosząc się do powyższego trzeba wskazać, że zarówno zamawiający, jak i przystępujący w toku rozprawy oświadczyli, że załącznik nr 8 został złożony w terminie. Odwołujący nie udowodnił, aby było inaczej. Sformułował swój zarzut w oparciu o domniemania, nie wykazując żadnej inicjatywy dowodowej mającej prowadzić do potwierdzenia tego zarzutu. Tym samym także zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 46 ust. 4a ustawy w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp Izba oceniła, jako bezzasadny.

W tym stanie rzeczy Izba działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień

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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....