

WYROK
z dnia 11 czerwca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 czerwca 2014 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 maja 2014 r. przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Okrężnej 11, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Krakowskiej 46, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Van Gansenwinkel Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-740), przy ul. Półłanki 64, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Tarnowski Organizator Komunalny, ul. Bernardyńska 24, 33-100 Tarnów, przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31-031), przy ul. Józefa Dietla 93/4, AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Okrężnej 11, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Krakowskiej 46, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Van Gansenwinkel Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-740), przy ul. Półłanki 64 i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Okrężnej 11, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie

(33-100), przy ul. Krakowskiej 46, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Van Gansenwinkel Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-740), przy ul. Półanki 64 tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.907 j.t. 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 Tarnowie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Tarnowski Organizator Komunalny, ul. Bernardyńska 24, 33-100 Tarnów prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości znajdujących się na terenie Gminy Miasta Tarnowa (znak sprawy: TOK-271/6/2014), zwane dalej „Postępowaniem”. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2013.759 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”.

W dniu 19 maja 2014 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą – w części 2 i 4 Postępowania – uznał ofertę złożoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: AVR sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (31-031), przy ul. Józefa Dietla 93/4, AVR S.p.A., Via Francesco Tensi 116, 00133 Roma (dalej: „Konsorcjum AVR”). Czynność ta zaskarżona została przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o., z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Okrężnej 11, Trans-Formers Karpatia sp. z o.o. z siedzibą w Tarnowie (33-100), przy ul. Krakowskiej 46, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Van Gansenwinkel Kraków sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (30-740), przy ul. Półtanki 64 (dalej: „Odwołujący”), którzy w odwołaniu wniesionym do Prezesa Izby w dniu 28 maja 2014 r. zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp poprzez prowadzenie Postępowania w sposób naruszający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz naruszenie zasady udzielenie zamówienia publicznego wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami Pzp;
2. art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 Pzp poprzez niedopełnienie obowiązku wykluczenia Konsorcjum AVR, które złożyło nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania oraz nie wykazało spełnienia warunków udziału w Postępowaniu;
3. art. 26 ust. 4 w zw. z art. 87 ust. 1 zd. 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania Konsorcjum AVR do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie podstaw do dysponowania potencjałem technicznym niezbędnym do realizacji zamówienia;
4. art. 36a ust. 1 w zw. z art. 2 pkt. 9b w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez

zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR, jako niezgodnej z Pzp w zakresie złożenia oświadczenia o zamiarze powierzenia wykonania zamówienia w całości podwykonawcy;

5. art. 87 ust. 1 zd. 2 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR z uwagi na dokonanie przez nie niedozwolonej zmiany istotnej treści oferty;
6. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum AVR z uwagi na złożenie oferty o treści nie odpowiadającej treści SIWZ w zakresie spełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia;
7. art. 91 ust. 1 z zw. z art. 2 pkt. 5 Pzp poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ na skutek nieprawidłowego ustalenia kręgu wykonawców nie podlegających wykluczeniu i zaniechania odrzucenia ofert, które podlegały odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez Konsorcjum AVR;
2. powtórzenie czynności badania i oceny ofert;
3. wykluczenia z Postępowania Konsorcjum AVR i uznanie jego oferty za odrzuconą;
4. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wskazał, że w wyniku naruszenia przez Zamawiającego wyżej wskazanych przepisów Pzp jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Gdyby Zamawiający działał zgodnie z przepisami Pzp, oferta Odwołującego zostałaaby uznana za ofertę najkorzystniejszą.

W treści uzasadnienia Odwołujący wskazał, co następuje.

Zarzut nr 2

Odwołujący oświadczył, że Konsorcjum AVR – pomimo złożenia oświadczenia, że spełnia warunki udziału w Postępowaniu – nie posiada dostępu do zaplecza technicznego spełniającego warunki SIWZ, wobec czego złożyło oświadczenie niezgodne z prawdą. Pomimo tego, że Odwołujący wskazywał na tą okoliczność w korespondencji z Zamawiającym (pismo Odwołującego z dnia 7 maja 2014 r.), ten jednak nie podjął z należytą starannością czynności mających na celu zweryfikowanie prawdziwości

oświadczeń wykonawców.

Odwołujący wskazał, że Konsorcjum AVR nie posiada bazy transportowo-magazynowej odpowiadającej obowiązującym przepisom prawa. Odwołujący zaznaczył, że zadeklarowało ono posiadanie bazy transportowo-magazynowej znajdującej się na terenie użytkowanym przez MO-BRUK S.A. na potrzeby prowadzenia betoniarni. Podstawą dysponowania przedmiotowym obszarem jest – również zgodnie z deklaracją Konsorcjum AVR – stosunek użyczenia. Odwołujący uzyskał jednak, w trybie dostępu do informacji publicznej, wgląd do pozwolenia wodnoprawnego wydanego MO-BRUK S.A., na podstawie czego ustalił, że jedynie dla fragmentu nieruchomości (działka ewidencyjna nr 6/1) należącej do przedmiotowej spółki wydana została decyzja o udzieleniu pozwolenia wodnoprawnego. Z porównania map ewidencyjnych dostępnych za pośrednictwem portalu internetowego <http://geoportal.gov.pl/> oraz stanu faktycznego zagospodarowania terenu wynika, że obszar faktycznie zajęty przez bazę transportowo-magazynową Konsorcjum AVR nie pokrywa się z terenem objętym pozwoleniem wodno-prawnym. W ocenie Odwołującego oznacza to, że nie zostało zapewnione wyposażenie terenu bazy w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy Prawo wodne. Jest to jeden z warunków wymaganych rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U.2013.122), zwanego dalej „Rozporządzeniem”.

Na poparcie tych twierdzeń Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. treści umowy użyczenia zawartej w dniu 22 kwietnia 2014 r. pomiędzy Konsorcjum AVR, a MO-BRUK S.A., z jednoczesnym zobowiązaniem Konsorcjum AVR do przedłożenia tego dokumentu Izbie;
2. treści pozwolenia wodnoprawnego z dnia 5 listopada 2008 r. z jednoczesnym wnioskiem o wystąpienie przez Izbę do Marszałka Województwa Małopolskiego o przedłożenie KIO na potrzeby postępowania odwoławczego ww. decyzji wraz z późniejszymi decyzjami ją zmieniającymi wydanych dla działek nr 6/1,6/2,6/3 oraz 7/1-7/7, obr. 11, położonych w Korzennej;
3. treści wypisu z rejestru gruntów i wyrysu z mapy ewidencyjnej dla działek będących własnością MO-BRUK S.A.;
4. treści mapy ewidencyjnej z portalu internetowego <http://geoportal.gov.pl/> przedstawiającej nieruchomość MO-BRUK S.A. z zaznaczonym terenem objętym pozwoleniem wodnoprawnym oraz obszarem zajęтым na potrzeby bazy transportowo-magazynowej Konsorcjum AVR;

5. treści notatki służbowej z wizji lokalnej z dnia 16 maja 2014 r. wraz z materiałem zdjęciowym, znajdujących się w aktach Postępowania;
6. treści dokumentacji zdjęciowej (zdjęcia nr 1-24) przedstawiającej teren bazy, w tym usytuowanie myjni samochodów, sporządzonej w dniu 26 maja 2014 r.

Odwołujący podkreślił, że baza nie spełnia wymogów określonych w/w rozporządzeniem. Ten fakt stanowi, jego zdaniem, podstawę do wykreślenia z rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Tym samym nie zostały również spełnione warunki sformułowane przez Zamawiającego w treści SIWZ, która wprost odsyła do powołanych wyżej przepisów. Okoliczności te Zamawiający miał możliwość ustalić w toku postępowania wyjaśniającego po otwarciu ofert, w szczególności w trakcie wizji lokalnej na terenie bazy magazynowo-transportowej, kiedy pracownicy Zamawiającego mogli naocznie zbadać, czy teren, na którym są myte i garażowane pojazdy oraz składowane odpady, jest wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych oraz czy posiada stosowne pozwolenie wodnoprawne.

Jak wynika z przedstawionej mapy ewidencyjnej wszystkie budynki bazy, w tym również myjnia dla samochodów, znajdują się na działkach ewidencyjnych 7/2, 7/3, 7/4, 7/5, 7/6 i 7/7, natomiast pozwolenie wodnoprawne dotyczy działki nr 6/1, położonej całkowicie po przeciwnej stronie terenu niż budynki. Ustalenia te potwierdza również dokumentacja fotograficzna wykonana przez przedstawicieli Zamawiającego w czasie wizji lokalnej, która miała miejsce w dniu 16 maja 2014 r. Dowodzi ona, że obiekty budowlane wykorzystywane przez Konsorcjum AVR na podstawie umowy użyczenia zlokalizowane są w południowej części terenu należącego do MO-BRUK S.A. (widoczny układ zabudowań na mapie topograficznej z portalu <http://geoportal.gov.pl/> oraz na mapie ewidencyjnej).

Wspomniane fotografie wskazują również, że stanowisko do mycia pojazdów znajduje się na tyłach budynku warsztatowego, który uwidoczniony jest z kolei na dokumentacji fotograficznej wykonanej dnia 26 maja 2014 r. przez Odwołującego (zdjęcia nr 10-11). Zdjęcia zrobione zostały z drogi publicznej przebiegającej wzdłuż ogrodzenia terenu zajętego przez MO-BRUK S.A. od strony działki 6/1 w kierunku działki 7/2 i w drodze powrotnej. Na zdjęciach widać, że znaczna część działki 6/1 zajęta jest przez instalację betoniarni w sposób uniemożliwiający korzystanie przez inne podmioty, w tym Konsorcjum AVR (zdjęcia nr 1-7 oraz 19-24). Na zdjęciach nr 8 i 9 pojawia się z kolei mur oporowy widoczny również na zdjęciach wykonanych w czasie wizji lokalnej przez pracowników Zamawiającego. Na kolejnych zdjęciach (nr 10-16) widoczne są już budynki, w tym budynek warsztatowy (zdjęcie nr 10), za którym znajduje się prawdopodobnie

stanowisko do mycia pojazdów.

Odwołujący podkreślił, że informacje zawarte w notatce służbowej, wskazują iż Zamawiający ograniczył się jedynie do stwierdzenia fizycznego istnienia dokumentów, bez kontroli ich treści, w szczególności umowy użyczenia z 22 maja 2014 r. oraz pozwolenia wodnoprawnego z dnia 5 listopada 2008 r. We wspomnianej notatce brakuje bardzo istotnych, zdaniem odwołującego, informacji, w szczególności wyjaśnienia jaki obszar bazy MO-BRUK S.A. jest wykorzystywany przez Konsorcjum AVR i na jaki obszar zostało wydane ww. pozwolenie wodnoprawne. Porównanie na miejscu obu dokumentów, a szczególnie ustalenie zakresu ww. decyzji pozwoliłoby Zamawiającemu na prawidłowe ustalenie stanu faktycznego. Zaniechanie działań wyjaśniających miało bezpośrednie konsekwencje w nieprawidłowej ocenie oferty Konsorcjum AVR z punktu widzenia zgodności z wymogami SIWZ. Gdyby Zamawiający prawidłowo ustalił stan faktyczny dotyczący bazy magazynowo-transpotowej, skutkowałoby to decyzją o wykluczeniu konsorcjum z Postępowania.

Odwołujący podkreślił, że pomimo tak oczywistych niezgodności pomiędzy oświadczeniem Konsorcjum AVR, a stanem faktycznym, Zamawiający nie wykluczył go z Postępowania, choć miało ono z całą pewnością świadomość, że nie posiada wszystkich niezbędnych pozwoleń, aby prowadzić działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych zgodnie z wymogami ustawowymi. Mimo to oświadczyło, że jest inaczej. Nie ulega również wątpliwości, że jedynym celem złożenia takiego oświadczenia było uzyskanie zamówienia publicznego. Odwołujący dodał również, że ww. konsorcjum nie przedstawiło żadnych dokumentów, które potwierdzałyby, że użytkowany przez nie obszar ma wszelkie wymagane pozwolenia, w tym pozwolenie wodnoprawne, pomimo zgłoszonych przez Odwołującego zastrzeżeń. Dokumentem takim nie jest z całą pewnością decyzja o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Miasta Tarnowa. Sam fakt wpisu do rejestru nie oznacza bowiem, że na dzień składania oferty Konsorcjum AVR spełniało warunki prowadzenia działalności w zakresie odbioru odpadów, jak też warunki udziału w Postępowaniu.

Odwołujący zasygnalizował ponadto, że w trakcie Postępowania Konsorcjum AVR przyznało, że obecnie toczy się postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezydenta Miasta Tarnowa w przedmiocie spełnienia warunków wpisu do rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Oznacza to, że również organ odpowiedzialny za czuwanie nad prawidłowością wykonywania takiej działalności powziął uzasadnione wątpliwości co do zasadności przyznania AVR sp. z o.o. (polskiemu członkowi Konsorcjum AVT) przyznania przedsiębiorcy uprawnionego do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości na terenie gminy Tarnów. Jeśli więc Zamawiający nie był władny samodzielnie ocenić spełniania przez członków konsorcjum warunków wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, winien wstrzymać się z decyzją w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego do czasu zakończenia postępowania kontrolnego lub przynajmniej zwrócić się do Prezydenta Miasta Tarnowa z zapytaniem o poczynione już ustalenia. To zapobiegłoby ewentualnemu podpisaniu umowy z podmiotem, który nie będzie w stanie wykonać zleconych zadań zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Na potwierdzenie powyższej okoliczności Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z treści dokumentacji z kontroli prowadzonej przez Prezydenta Miasta Tarnowa, z jednoczesnym wnioskiem o wystąpienie przez Izbę o udostępnienie jej na potrzeby postępowania odwoławczego.

Na uzasadnienie omawianego zarzutu Odwołujący wskazał ponadto, że Konsorcjum AVR nie posiada wymaganej przez Zamawiającego liczby pojazdów specjalistycznych. Zadeklarowało ono, że jest właścicielem wszystkich pojazdów specjalistycznych wymaganych przez Zamawiającego, tj. łącznie co najmniej 15 pojazdów. Z informacji posiadanych przez Odwołującego wynika jednak, że w czasie badania ofert AVR sp. z o.o. takiej ilości pojazdów nie posiadała na własność. Z drugiej strony konsorcjum oświadczyło, że całość zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcy, przy jednoczesnym założeniu, że nie będzie korzystać z jego potencjału technicznego. Oznacza to, że wykluczono świadczenie usług pojazdami podwykonawcy, a więc podwykonawca również miałby korzystać z pojazdów będących własnością jednego z konsorcjantów. Tak więc spełnienie wszystkich wymogów powinni gwarantować sami członkowie konsorcjum. W tym kontekście Odwołujący wskazał, że nie zostało należycie wykazane, aby Konsorcjum AVR miało faktycznie możliwość świadczenia usług objętych zamówieniem, ponieważ dysponowanie pojazdami przez spółkę AVR S.p.A. – włoskiego członka konsorcjum, nie daje gwarancji możliwości świadczenia nimi usług na terenie Polski. W szczególności Zamawiający nie zweryfikował, czy włoskie pojazdy posiadają zamontowany system GPS zgodny z polskimi przepisami (m.in. czujnik opróżnienia).

Zarzut nr 3

Zdaniem Odwołującego Konsorcjum AVR bezpodstawnie nie zostało wezwane do wyjaśnienia treści oferty w zakresie spełniania przez bazę transportowo-magazynową wymogów stawianych przez przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Nie złożyło również żadnych wyjaśnień co do podstawy

dysponowania wszystkimi pojazdami, których wymagał Zamawiający. Powołując się na orzecznictwo KIO Odwołujący skonstatował, że Zamawiający ma obowiązek wyjaśnić wszelkie wątpliwości związane ze złożonymi ofertami. Tylko w ten sposób można zapewnić udzielenie zamówienia publicznego podmiotowi, który gwarantuje jego należyte wykonanie. W tym celu ustawodawca zagwarantował zamawiającemu odpowiedni katalog środków prawnych, w szczególności możliwość żądania od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, jak również oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tymczasem Zamawiający całkowicie zaniechał skorzystania z przysługujących mu uprawnień. Pomimo zgłoszonych przez Odwołującego po otwarciu ofert zastrzeżeń i wątpliwości, Zamawiający ograniczył się jedynie do pobieżnego obejrzenia bazy transportowo-magazynowej, poprzestając na oświadczeniach konsorcjanta – AVR sp. z o.o., co do spełniania przez ten teren wymogów gospodarki wodnej. Zamawiający nie podjął żadnych działań zmierzających do wyjaśnienia kwestii podstaw dysponowania przez konsorcjum pojazdami w ilości i specyfice wymaganej do realizacji zamówienia. Co więcej, nie wyjaśnił wątpliwości związanych z deklarowanym przez wykonawcę zakresem wykorzystania usług podwykonawcy.

Wszystkie te okoliczności miały, w ocenie Odwołującego, bezpośredni wpływ na prawidłowość wykonania usługi odbierania odpadów komunalnych, a więc również na należyłą realizację udzielonego zamówienia. Mimo to Zamawiający zaniechał podjęcia jakichkolwiek działań wyjaśniających. W konsekwencji nieprawidłowo ustalił, że oferta złożona przez Konsorcjum AVR nie podlegała odrzuceniu, choć naruszała ustawę oraz była niezgodna z SIWZ, a sami wykonawcy nie zostali wykluczeni z udziału w postępowaniu, mimo że złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania i nie wykazali spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Zarzut nr 4 i 5

Odwołujący podkreślił, że oferta Konsorcjum AVR jest niezgodna z Pzp, bowiem oświadczyło ono, że zamierza powierzyć podwykonawcy wykonanie zamówienia w całości, zarówno w odniesieniu do części 2 jak i części 4 zamówienia. Tymczasem, w świetle regulacji ustawowej należy uznać za niedopuszczalne powierzenie podwykonawcy realizacji całości zamówienia. Z literalnej wykładni art. 36a ust. 1 Pzp wynika bowiem wprost, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Tak więc ustawodawca wyraźnie ograniczył możliwość korzystania z pomocy podwykonawcy jedynie do fragmentu realizowanego zamówienia. Nie można przekazać podwykonawcy całości zamówienia do samodzielnego wykonania. Należy podkreślić, że nie jest w tym miejscu istotne, czy podwykonawca ma działać

w oparciu o zasoby techniczne własne czy wykonawcy. Chodzi o zakres przekazanych mu prac, który nie może wyczerpywać całości przedmiotu zamówienia. Takie rozumienie woli ustawodawcy potwierdzono również w definicji umowy o podwykonawstwo, która wyraźnie wskazuje, że jej przedmiotem są – zgodnie z przepisem art. 2 pkt 9b Pzp) – „[...]usługi, dostawy lub roboty budowlane stanowiące część zamówienia publicznego[...]”. Tymczasem Konsorcjum AVR zaoferowało wykonanie zamówienia w całości przy pomocy podwykonawcy, naruszyło więc jednoznaczne ustawowe wymogi. Ta okoliczność stanowi samodzielną podstawę do odrzucenia oferty, jako niezgodnej z ustawą. Mimo to Zamawiający nie odrzucił oferty i nie wykluczył konsorcjum z udziału w postępowaniu, a dodatkowo uznał ją za najkorzystniejszą. Co więcej, w żaden sposób nie odniósł się do kwestii zakresu podwykonawstwa w ofercie, przy uzasadnianiu dokonanego wyboru. Odwołujący podkreślił przy tym, że w żadnym wypadku późniejsze (po otwarciu ofert) oświadczenia pełnomocnika Konsorcjum AVR nie mogą zostać uznane za sanujące opisaną wyżej niezgodność oferty z ustawą. Nadto, ich treść wskazuje na kolejne naruszenia przepisów Pzp, tj. na niedozwoloną próbę zmiany istotnej treści oferty. Wykonawca usiłował bowiem zaprzeczyć treści własnej oferty, podnosząc, że zamierza jednak samodzielnie wykonać całość zamówienia, a nie powierzać je podwykonawcy, a w zasadzie, że jeszcze nie podjął ostatecznej decyzji w tym zakresie. To ostatnie mogłoby sugerować, że uzależnia on swoją ostateczną decyzję od postawy Zamawiającego, ewentualnie dalszego rozwoju sytuacji faktycznej wokół wykonania usług objętych zamówieniem. Wykonawca nie może po otwarciu ofert modyfikować treści złożonej oferty, gdyż jest nią związany do upływu terminu określonego w SIWZ. Niedopuszczalne jest również prowadzenie pomiędzy zamawiającym a wykonawcami negocjacji dotyczących treści złożonej oferty. Skoro więc w ofercie Konsorcjum AVR, w odniesieniu do obu części zamówienia, wskazało, że ich wykonanie zleci w całości podwykonawcy, jest związane swoją deklaracją. Zamawiający zaś ma obowiązek oceniać ofertę o takiej treści, jak została złożona przez wykonawcę. Biorąc pod uwagę jednoznaczność oświadczenia w kwestii podwykonawstwa z całą pewnością nie było konieczne zwracanie się do wykonawcy o jego wyjaśnienie. Treść oferty i intencja Konsorcjum AVR była oczywista i nie budziła żadnych wątpliwości. Przyjęcie przez Zamawiającego późniejszych wyjaśnień, w których zasugerowano, że samodzielnie wykona ono zamówienie, jest przejawem zezwolenia wykonawcy na zmianę treści oferty. Działanie takie jest niedopuszczalne i narusza art. 87 ust 1 zd. 2 w zw. z art. 85 ust. 1 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. Pzp.

Zarzut nr 6

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający był zobowiązany do wykluczenia oferty, która nie spełniała warunków określonych w SIWZ w zakresie dysponowania odpowiednim

potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia. Konsorcjum AVR nie wykazało, że dysponuje bazą transportowo-magazynową oraz pojazdami spełniającymi wymagania stawiane przez zapisy SIWZ.

Zarzut nr 1

Zdaniem Odwołującego, w efekcie opisanych wyżej uchybień, Zamawiający naruszył podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych. Na skutek nieprawidłowego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego i oceny ofert dokonał wyboru oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu z Postępowania, a dodatkowo wybrał ofertę, która powinna być odrzucona. Wobec tego, zdaniem Odwołującego, nie jest możliwe zawarcie z wybranym wykonawcą ważnej umowy na realizację zamówienia publicznego, gdyż został on wybrany niezgodnie z przepisami Pzp. Wybranej w taki sposób oferty nie można również uznać za najkorzystniejszą, bowiem taki przymiot mogą uzyskać jedynie oferty, które spełniają wszystkie wymogi udziału w Postępowaniu i poddanie ocenie pod kątem kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ. Co więcej, zachowanie Zamawiającego narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W szczególności dopuszczenie do zmodyfikowania przez Konsorcjum AVR treści złożonej oferty, niezależnie od tego, że narusza jednoznacznie brzmiące przepisy Pzp, zakazujące takich działań, stawia w nierównej sytuacji wykonawców składających oferty. Zamawiający pozwolił jednemu z oferentów poprawić zapis oferty, który stanowił podstawę do jej odrzucenia. Podobnej szansy nie dał pozostałym wykonawcom, którzy być może również chcieli w jakiś sposób zmodyfikować swoje oświadczenia. Powołane już wyżej przepisy ustanawiające związanie wykonawcy ofertą eliminują możliwość poprawy lub dostosowania oferty do potrzeb, sugestii Zamawiającego po jej złożeniu i służą zapewnieniu równości i konkurencyjności wykonawców. Ich naruszenie musi skutkować naruszeniem tych zasad. Z kolei dopuszczenie do nierówności wykonawców decyduje o wadliwości całego *postępowania* o udzielenie zamówienia, szczególnie jeśli – jak w niniejszej sprawie – miało bezpośredni wpływ na wynik Postępowania.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie za zasądzeniem kosztów postępowania odwoławczego.

Na uzasadnienie wskazał, że zgodnie w ust. 5 SIWZ opisał szczegółowo dwa warunki udziału w Postępowaniu, a to warunek polegający na posiadaniu uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (na potwierdzenie jego spełnienia Zamawiający wymagał przedłożenia pozwolenia na transport odpadów) oraz warunek dotyczący dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym niezbędnym do wykonania zamówienia (w tym przypadku opis spełnienia warunku brzmiał: „[...]O zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy spełniający

wymagania określone w art. 9d ustawy oraz wymagania określone 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), przy czym wykonawcy powinni dysponować lub będą posiadać w dyspozycji pojazdy specjalistyczne w ilości zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i wymaganiami dotyczącymi pojazdów do obsługi zamówienia na każdy sektor (zgodnie ust. 6 pkt 1 SIWZ).[...]).

W powołaniu na specyfikę postępowania na odbiór odpadów komunalnych Zamawiający stwierdził, że formułując powyższe warunki nie zobowiązał wykonawców do przedłożenia wpisu do rejestru działalności regulowanej, uznając jednak, że usługi na jego rzecz będzie mógł świadczyć tylko wykonawca, który będzie się nim legitymować, jednak nie na etapie składania oferty, ale zawierania umowy. W tym celu, w ust. 16 SIWZ, zawarł postanowienie, zgodnie z którym wykonawca, którego oferta zostanie uznana za najkorzystniejszą będzie zobligowany przed zawarciem kontraktu do przedłożenia Zamawiającemu szeregu dokumentów, w tym m.in. poświadczających, że dysponuje lub będzie dysponował pojazdami w ilości niezbędnej do realizacji zamówienia zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia (ust. 3 i ust. 6 SIWZ), czy zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej, o której mowa w art. 9b ust. 2 Ucpq, prowadzonego przez Prezydenta Miasta Tarnowa, zaś ich niedostarczenie traktowane będzie jako uchylenie się od zawarcia umowy. W związku z tym Zamawiający stwierdził, że należy uznać za chybione wszelkie zarzuty Odwołującego oparte na twierdzeniu, że skoro toczy się postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezydenta Miasta Tarnowa w przedmiocie spełnienia warunków wpisu do rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, to Zamawiający nie jest władny samodzielnie ocenić spełniania przez Konsorcjum AVR warunków wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych i winien wstrzymać się z decyzją w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego do czasu zakończenia postępowania kontrolnego lub przynajmniej zwrócić się do Prezydenta Miasta Tarnowa z zapytaniem o poczynione już ustalenia. Podkreślił również, że kwestia ewentualnego wykreślenia wpisu przedsiębiorcy z rejestru działalności regulowanej na podstawie art. 71 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, po zakończeniu toczącego się przed Prezydentem Miasta Tarnowa postępowania, w świetle przyjętej konstrukcji postanowień SIWZ nie ma znaczenia na etapie wyboru oferty, a zawarcia umowy. Przyznał, że wobec treści art. 71 ust. 2 i 3 ww. aktu normatywnego, które stanowią, że decyzja o wykreśleniu podlega natychmiastowemu wykonaniu, a w przypadku wydania takiej decyzji organ z urzędu wykreśla wpis, przedsiębiorca wykreślony nie będzie w stanie

spełnić wymogu określonego w ust. 16 pkt 6 SIWZ, jednak skutkować to będzie potraktowaniem wykonawcy jakby uchylał się on od zawarcia umowy z konsekwencjami określonymi w art. 94 ust. 3 Pzp. Zaznaczył również, że z całą pewnością nie naruszył wskazanych przez Odwołującego się przepisów, w szczególności art. 7 ust. 1 i 3 art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 87 ust. 1 czy art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, ponieważ skoro Zamawiający jednakowo traktuje wykonawców, a brak wpisu do rejestru działalności regulowanej będzie brany pod uwagę na etapie zawarcia umowy i byłby brany tak samo pod uwagę wobec Odwołującego gdyby to jego oferta uznana została za najkorzystniejszą w części 2 i 4 Postępowania.

W ustawowym terminie do postępowania odwoławczego przystąpienie zgłosiło Konsorcjum AVR (dalej również „Przystępujący”). W piśmie procesowym z dnia 6 czerwca 2014 r. wniosło o oddalenie odwołania przedstawiając następującą argumentację.

Przystępujący w pierwszej kolejności podkreślił, że nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania w zakresie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, wobec czego nie dotyczy go sankcja, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp. Oświadczył, że w dniu składania oferty, tj. 5 maja 2014 r. AVR sp. z o.o. (lider Konsorcjum AVR) posiadała wpis do wymaganego rejestru działalności regulowanej z dnia 28 kwietnia 2014 r. Przypomniał, że wymogiem Zamawiającego w zakresie posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek było, stosownie do treści ust. 5 lit. a SIWZ – posiadanie zezwolenia na transport odpadów zezwolenia na transport odpadów, wydanego stosownie do postanowień ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U.2013.21 z późn. zm.), które wykonawcy mieli przedłożyć wraz z oświadczeniem o spełnieniu warunków udziału w Postępowaniu. Konsorcjum AVR wskazało, że z ostrożności procesowej załączyło do oferty zarówno dokumenty wskazane powyżej, jak również zaświadczenie o dokonaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców prowadzonego przez Prezydenta Miasta Tarnowa. Dlatego też, nie można, w ocenie Przystępującego, twierdzić, że nie spełnił warunków określonych w SIWZ oraz że złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik Postępowania. Ponadto umożliwił on przedstawicielom Zamawiającego przeprowadzenie wizji lokalnej na terenie bazy magazynowo-transportowej w miejscowości Niecew, pomimo że obowiązku takiego nie miał. Tym samym trudno zachowanie Konsorcjum AVR rozpatrywać w kategoriach działań, które celowo miałyby wprowadzać Zamawiającego w błąd zwłaszcza, że ten potwierdził protokołem z dnia 16 maja 2014 r. podpisanym przez trzech przedstawicieli Zamawiającego spełnianie przez bazę wymogów określonych Rozporządzeniem. Na poparcie swoich twierdzeń przytoczył orzecznictwo KIO wskazujące na konieczność udowodnienia wykonawcy celowego wprowadzenia zamawiającego w błąd w celu zrealizowania przesłanki wykluczenia na podstawie

przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystępujący, z ostrożności procesowej, stwierdził ponadto, że zgodnie z § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia baza magazynowo-transportowa powinna być wyposażona w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy Prawo wodne, co nie jest tożsame z koniecznością posiadania pozwolenia wodnoprawnego. Stwierdził przy tym, że art. 9d Ucpog, na podstawie którego wydano Rozporządzenie, posługuje się ogólnymi sformułowaniami (przykładowo: posiadanie wyposażenia umożliwiającego odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz zapewnienia jego odpowiedniego stanu technicznego, czy utrzymania odpowiedniego stanu sanitarnego pojazdów i urządzeń do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, czy spełnienie wymagań technicznych dotyczących wyposażenia pojazdów do odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości), wobec czego można postawić tezę, że ustawodawca nie wprowadził ścisłych i nieprzekraczalnych parametrów baz, pozostawiając w tym przedmiocie swobodę gminie organizującej przetarg.

Konsorcjum AVR wskazało, że nawet gdyby przyjąć zapatrywanie, że intencją ustawodawcy było odesłanie, poprzez wspomniany przepis Rozporządzenia, do uregulowań ustawy Prawo wodne dotyczących pozwoleń wodnoprawnych (art. 122 i nast.), to Odwołujący nie wziął pod uwagę, że MO-BRUK S.A. posiada takowe pozwolenie, wydane w dniu 5 listopada 2008 r., obejmujące wykonanie wylotu do potoku Jasienianka i odprowadzanie ścieków opadowych z terenu, na którym zlokalizowana została baza magazynowo-transportowa. Przystępujący podkreślił, że bez znaczenia jest argumentacja Odwołującego, że ww. pozwolenie obejmuje jedynie część nieruchomości należącej do MO-BRUK S.A., co ma powodować niezgodność z przepisami Rozporządzenia. Zasygnalizował bowiem, że z przepisów ustawy Prawo wodne nie wynika konieczność wskazywania w decyzji działek ewidencyjnych, których pozwolenie dotyczy, a skoro ustawa takiego wymogu nie wprowadza, to tym bardziej nie można go wywodzić z Rozporządzenia. W konsekwencji, w sytuacji dysponowania pozwoleniem wodnoprawnym jedynie do fragmentu nieruchomości, na której ma być umiejscowiona baza magazynowo-transportowa, uznać należy – zdaniem Konsorcjum AVR – za spełnienie wymogów zawartych w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia.

Przystępujący podkreślił, że MO-BRUK S.A. legitymuje się licznymi decyzjami nie tylko w zakresie wodnoprawnym, ale także w zakresie gospodarki odpadami, które także wskazują na prawidłowe prowadzenie gospodarki wodnej związanej z wodami odpadowymi i przemysłowymi. Wskazał na pozwolenie zintegrowane udzielone na podstawie decyzji Wojewody Małopolskiego z dnia 22 czerwca 2004 r. (znak sprawy: ŚR.XIII.MGó.6663/1/03) dla instalacji odzysku odpadów niebezpiecznych o zdolności przetwarzania ponad 10 ton na dobę w miejscowości Niecew. Podkreślił, że zgodnie z przepisem art. 202 ustawy Prawo ochrony środowiska pozwolenie zintegrowane stanowi konglomerat pozwoleń sektorowych, wobec czego uzasadniona jest

teza, iż skoro MO-BRUK S.A. uzyskała stosowne pozwolenie zintegrowane, organ je udzielający przeanalizował także określone w art. 208 ust. 2 pkt 1 lit. d ww. ustawy wymogi w zakresie regulacji ścieków, w tym zakresie wód opadowych i przemysłowych.

W odniesieniu do zarzutu niedysponowania wymaganą przez Zamawiającego liczbą pojazdów specjalistycznych Konsorcjum AVR wskazało, że zgodnie z SIWZ wymogiem było przedłożenie oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu oraz wykazu potencjału technicznego – narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami (własność, współwłasność, leasing, wynajem itp.), zaś ocena spełniania warunków dokonywana była na podstawie przedłożonych oświadczeń i dokumentów. Mając na względzie fakt, że Przystępujący wymagane dokumenty złożył, zarzut ów, w jego ocenie, jest – po pierwsze – chybiony, po drugie zaś – nieudowodniony. Podkreślił również, że zdecydował się utworzyć konsorcjum właśnie w celu połączenia potencjałów tworzących je spółek, co było dopuszczalne przez SIWZ. Odnosząc się natomiast do argumentu, że dysponowanie pojazdami przez włoskiego członka konsorcjum nie daje gwarancji świadczenia nimi usług na terenie Polski Konsorcjum AVR stwierdził, że jest on wynikiem braku zrozumienia przez Odwołującego zasad funkcjonowania systemu zamówień publicznych w aspekcie wykazywania przez wykonawców spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Przystępującego okoliczność, że wykonawca deklaruje we wspomnianym wykazie konkretne urządzenia i pojazdy nie oznacza, iż to te same samochody muszą uczestniczyć w realizacji usługi. Podkreślił przy tym, że część sprzętu będącą w dysponowaniu polskiego członka konsorcjum Zamawiający widział podczas dokonywanej przez niego wizji lokalnej, co potwierdza dokumentacja fotograficzna stanowiąca załącznik do dokumentacji Postępowania, a nadto załączył do pisma procesowego dokumentację fotograficzną z kontraktów realizowanych przez AVR S.p.A we Włoszech, na której znajdują się pojazdy będące w posiadaniu AVR S.p.A (samoistnym i zależnym), wnosząc o przeprowadzenie dowodu z jej treści na okoliczność spełnienia przez niego warunku udziału w Postępowaniu.

Na odparcie zarzutu niepodjęcia przez Zamawiającego działań mających na celu wyjaśnienie treści oferty Przystępującego (zarówno w zakresie wymagań dotyczących bazy magazynowo-transportowej, jak i podstaw dysponowania wskazanymi w złożonym wykazie pojazdami) wskazano, że pismem z dnia 9 maja 2014 r. Zamawiający, w trybie art. 26 ust 4 Pzp, wystąpił do Konsorcjum AVR z wnioskiem o wskazanie adresu bazy magazynowo-transportowej. Następnie, pismem z dnia 13 maja 2014 r., Zamawiający zwrócił się do niego z prośbą o umożliwienie przeprowadzenia na jej terenie wizji lokalnej celem stwierdzenia spełnienia przez bazę wymogów Rozporządzenia. Ponadto Konsorcjum AVR zostało poproszone o przygotowania dokumentów potwierdzających posiadanie tytułu prawnego do terenu, na którym usytuowana jest baza, a także potwierdzających, że spełnia on wszelkie wymagania

określone w Rozporządzeniu. Pomimo że kompetencje Zamawiającego w tym zakresie wydały się Przystępującemu wątpliwe udostępnił on, w dniu 16 maja 2014 r., teren bazy oraz stosowną dokumentację (w tym umowę użyczenia zawartą z MO-BRUK S.A. oraz pozwolenie wodnoprawne z 2008 r.) przedstawicielom Zamawiającego, z której to czynności sporządzono notatkę służbową i dokumentację fotograficzną. Zakwestionował również twierdzenie, jakoby Zamawiający ograniczył się do pobieżnego obejrzenia bazy, porzeczając na oświadczeniach Konsorcjum AVR stwierdzając, że jego oferta została sprawdzona bardziej rygorystycznie niż oferta Odwołującego.

Tytułem repliki na zarzut dotyczący niezgodności oferty z ustawą Konsorcjum AVR wyjaśniło, że zgodnie z art. 36a ust. 2 Pzp Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi oraz prac związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy. Zastrzeżenie takie powinien umieścić w SIWZ. Osobiste wykonanie będzie dotyczyć tych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, które ze względu na swoją specyfikę mają zasadniczy wpływ na wykonanie całości prac związanych z realizacją danego zamówienia publicznego. Tymczasem w Postępowaniu zastrzeżenia takiego nie tylko w SIWZ nie było, ale również, co wynika wprost z formularza ofertowego, Zamawiający dopuścił wykonywanie usługi w całości przez podwykonawcę. Przystępujący podkreślił, że zamawiający jako gospodarz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, posiadający szeroką wiedzę o charakterze zamawianej usługi decyduje, które elementy zamówienia są jego zdaniem kluczowe i tym samym może zobligować wykonawcę do wskazania, która z części zamówienia może być przekazana podwykonawcy. Skonstatował, że w świetle regulacji Pzp jeśli zamawiający nie skorzysta z uprawnienia określonego w art 36a ust. 2 Pzp, to wykonawca może powierzyć realizację całości zamówienia publicznego innemu podmiotowi, co potwierdza stanowisko Prezesa UZP i przedstawicieli doktryny prawa zamówień publicznych.

Konsorcjum AVR wskazało ponadto, że zupełnie niezrozumiałe wydają się zarzuty sformułowane przez Odwołującego w związku z rzekomą niedozwoloną próbą zmiany istotnej treści oferty. Wskazało, że Zamawiający w pismach z dnia 8 maja 2014 r i 9 maja 2014 r. wystąpił do niego, w trybie art. 26 ust 4 Pzp, o złożenie wyjaśnień, w tym o udzielenie informacji dotyczących nazwy i siedziby podwykonawcy. W odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 9 maja 2014 r. Konsorcjum AVR udzieliło w terminie stosownych wyjaśnień, podnosząc jednocześnie, iż nie jest zobowiązane do podawania nazwy i adresu podwykonawcy. Dodatkowo, celem przekazania Zamawiającemu swego stanowiska Konsorcjum AVR podniosło, iż na chwilę udzielenia odpowiedzi nie może autorytatywnie przesądzić, iż samodzielnie nie zrealizuje usługi objętej postępowaniem.

Finalnie Przystępujący wskazał, że w opisanych powyżej okolicznościach nie mogło dojść do naruszenia jakichkolwiek zasad udzielania zamówień publicznych, w szczególności określonych w art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymali prezentowane w pismach procesowych stanowiska.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści pisma WIOŚ w Krakowie – Delegatury w Nowym Sączu z dnia 22 maja 2014 r., decyzji Starosty Nowosądeckiego z dnia 5 listopada 2008 r. udzielającej pozwolenia wodnoprawnego na wprowadzanie ścieków opadowych z terenu przyległego do mobilnego węzła betoniarskiego w m. Niecew z powierzchni 0,3955 ha do potoku Jasienianka oraz pisma z dnia 26 maja 2014 r. Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego dla Powiatu Nowosądeckiego na okoliczność niespełniania przez bazę magazynowo-transportową Przystępującego wymogów Rozporządzenia.

Przystępujący wniósł dodatkowo o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z treści decyzji Wojewody Małopolskiego z dnia 22 czerwca 2004 r. (znak sprawy: ŚR.XIII.MGó.6663/1/03) udzielającej Firmie MO-BRUK pozwolenia zintegrowanego oraz decyzji Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 6 stycznia 2010 r. (znak sprawy: SW.II.PK.7673-4/09) zmieniającej ww. decyzję na okoliczność spełniania przez bazę wymagań wynikających z Rozporządzenia.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy omówiony w dalszej części uzasadnienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i Przystępującego zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, piśmie procesowym Przystępującego a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący był legitymowany do wniesienia i popierania środka ochrony prawnej, z uwagi na ziszczenie się po jego stronie przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Zarzuty odwołania nie potwierdziły się, wobec czego podlegało ono oddaleniu.

Zarzut nr 2

Wymagania zawartego w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie należy, zdaniem Izby, utożsamiać z koniecznością posiadania przez podmiot zajmujący się odbiorem odpadów komunalnych pozwolenia wodnoprawnego. Omawiany przepis aktu wykonawczego referuje bowiem do urządzeń lub systemów zapewniających zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi

przepisami ustawy Prawo wodne, choć niewątpliwie legitymowanie się przez dany podmiot takim pozwoleniem może porządkować sytuację w zakresie spełniania tego wymogu. Tym niemniej, kierując się dyrektywą racjonalnego ustawodawcy należy przyjąć, że gdyby jego wolą było uzależnienie spełniania przedmiotowego warunku od posiadania decyzji udzielającej pozwolenia wodnoprawnego, to przepis § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia brzmiałby inaczej. Z powyższej przyczyny chybiony był również, w ocenie składu orzekającego, dalej idący wniosek Odwołującego, że pozwolenie wodnoprawne winno obejmować cały teren bazy magazynowo-transportowej. W konsekwencji Odwołujący nie udowodnił, że baza wskazana przez Przystępującego nie spełnia wymogów Rozporządzenia, bowiem nie wykazał żadnym z zawnioskowanych na potwierdzenie tego zarzutu dowodów (dokumentacja zdjęciowa, mapy ewidencyjne, wypisy z rejestru gruntów – odwołanie, str. 5), że na jej terenie nie znajdują się urządzenia lub systemy, o których mowa w § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia. W szczególności nie potwierdza tej okoliczności przedstawiona przez Odwołującego dokumentacja zdjęciowa, poddana dodatkowo analizie w treści uzasadnienia odwołania (str. 6), z której to nie płyną żadne konkretne wnioski charakteryzujące ten element infrastruktury w kontekście wymogów stawianych mu przez obowiązujące przepisy prawa. Izba nie podzieliła przy tym argumentacji Odwołującego (i oddaliła wniosek dowodowy o zobowiązanie Konsorcjum AVR do ujawnienia jej treści), że *de facto* nie wie on jaka część należącego do MO-BRUK S.A. terenu została udostępniona Przystępującemu pod bazę magazynowo-transportową, bowiem zarówno z treści odwołania, jak i z oświadczeń złożonych na rozprawie wynikało, że zarzut niespełniania przez nią wymagań określonych przepisami Rozporządzenia odnosi on do całej nieruchomości położonej w miejscowości Niecew, należącej do ww. spółki. Poza tym Izba wzięła pod uwagę, że Przystępujący załączył do pisma procesowego rycinę ze wskazaniem na udostępniony mu teren (ze wskazaniem na całą nieruchomość), zaś Odwołujący nie podważył wiarygodności tego dowodu.

Na marginesie Izba wskazuje, że ze względu na przedstawioną interpretację warunku wynikającego z przepisu § 2 ust. 2 pkt 4 Rozporządzenia nie miał znaczenia dla rozstrzygnięcia o omawianym zarzucie dowód w postaci pozwolenia zintegrowanego (wraz z decyzją je zmieniającą), przedstawione przez Przystępującego na rozprawie.

Nawet gdyby jednak podzielić zapatrywanie Odwołującego na omawianą w tej części uzasadnienia kwestię, to należało mieć na względzie, że przedstawił on pozwolenie wodnoprawne udzielone na jedną z działek wchodzących w skład bazy magazynowo-transportowej (decyzja Starosty Nowosądeckiego z dnia 5 listopada 2008 r., co zaś dotyczy pozwolenia zintegrowanego Izba stwierdziła, że z jego treści nie wynika uprawnienie do szczególnego korzystania z wód, jakim jest odprowadzanie do nich ścieków),

nie udowadniając jednocześnie, że – jak wskazano powyżej – musi ono obejmować obszar całej nieruchomości, na której zlokalizowano bazę.

Odwołujący – wbrew spoczywającemu na nim ciężarowi dowodzenia faktów, z których wywodzi skutki prawne – nie wykazał również, że Przystępujący nie posiada odpowiedniej liczby pojazdów specjalistycznych. Zarzut ten oparty został na bliżej nieokreślonych informacjach posiadanych przez Odwołującego oraz twierdzeniu, że dysponowanie pojazdami przez włoskiego członka konsorcjum (AVR S.p.A.) nie daje gwarancji możliwości świadczenia przez Konsorcjum AVR usług na terenie Polski. Abstrahując od źródła pochodzenia takich informacji należy wskazać, że argumentacja Odwołującego przeczyłaby idei wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, bądź ograniczałaby taką możliwość wyłącznie do podmiotów krajowych. Wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia publicznego umożliwia wszak sumowanie potencjału podmiotów zawiązujących porozumienie (konsorcjum), celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego i w konsekwencji – uzyskania zamówienia. Nie można domniemywać, jak czyni to Odwołujący, że przez to, iż jeden z członków konsorcjum nie ma siedziby na terytorium Polski, wykonanie zamówienia jest mało prawdopodobne lub niemożliwe. Oczywiście jest, że odpowiednie przygotowanie do realizacji kontraktu (w tym zabezpieczenie wymaganej liczby pojazdów w miejscu świadczenia usługi) jest rzeczą wykonawcy, z którym został on zawarty i wykonawca musi się liczyć z ewentualnymi negatywnymi konsekwencjami wynikającymi z niewykonania lub nienależytego wykonania przyjętych na siebie zobowiązań (przykładowo: z obciążeniem go karami umownymi, czy z możliwością odstąpienia od zawartej z nim umowy).

Co zaś dotyczy twierdzenia, że Zamawiający nie zweryfikował, czy włoskie pojazdy mają zamontowany system GPS zgodny z polskimi przepisami Izba miała na względzie, że zgodnie z ust. 6 pkt 4 SIWZ pojazdy powinny spełniać wymagania określone w art. 9d Ucpog oraz Rozporządzeniu i Przystępujący składając ofertę oświadczył, że tak jest, o czym świadczy nie tylko oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w Postępowaniu, ale również treść deklaracji zawartej pod wykazem potencjału technicznego, sporządzonego według wzoru stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ. Co więcej, Zamawiający nie przewidywał dodatkowej procedury weryfikowania tego wymogu, opierając się na wspomnianych oświadczeniach wykonawców, zaś Odwołujący zarzucił Zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności, która nie była przewidziana w treści SIWZ. Nie bez znaczenia jest również okoliczność, że potencjał techniczny, który wykonawca wykazuje na etapie składania ofert nie musi być następnie faktycznie wykorzystany przy realizacji zamówienia publicznego, choć niejednokrotnie tak jest.

Reasumując, Izba uznała, że nie potwierdził się zarzut niespełniania przez Konsorcjum AVR warunków udziału w Postępowaniu. W jego ofercie znalazły się bowiem wszystkie wymagane postanowieniami SIWZ dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w Postępowaniu (*vide* ust. 5 pkt 4 SIWZ). Uwzględniono przy tym, że właściwy ciężar oceny ich spełniania Zamawiający przesunął – zgodnie z ust. 16 SIWZ – dopiero na moment poprzedzający zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, kiedy to wykonawca będzie zobligowany przedstawić szereg dokumentów (w tym m.in. zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej oraz dokumenty dotyczące pojazdów).

Nie mogło odnieść skutku odwołanie się do okoliczności (niekwestionowanej *nota bene* przez Konsorcjum AVR), że toczy się obecnie postępowanie kontrolne prowadzone przez Prezydenta Miasta Tarnowa (zainspirowane działaniami jednego z członków odwołującego się konsorcjum) w przedmiocie spełniania przez Przystępującego warunków wpisu do rejestru przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych. Nie ulega bowiem wątpliwości, że na dzień składania ofert (5 maja 2014 r. – ust. 13 pkt 1 SIWZ) był on wpisany do wspomnianego rejestru, na dowód czego przedłożył stosowne zaświadczenie. Z tej przyczyny Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z dokumentacji kontroli prowadzonej u Przystępującego przez Prezydenta Miasta Tarnowa, z jednoczesnym wnioskiem o wystąpienie przez Izbę o udostępnienie jej na potrzeby postępowania odwoławczego, z uwagi na powołanie ich jedynie dla zwłoki. Izba podkreśla, że jakkolwiek ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dokonywana jest na określony moment (upływ terminu składania ofert – argument z art. 26 ust. 3 zd. drugie Pzp), to zamawiający – dowiadując się później o istnieniu podstawy do wykluczenia danego wykonawcy – powinien dokonać samoweryfikacji podjętej wcześniej decyzji dotyczącej takiego podmiotu. Nie stanowi to jednak przesłanki do wstrzymywania się przez zamawiającego z rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bowiem mogłoby to destabilizować jego działalność. Powyższe ma z kolei niebagatelne znaczenie zwłaszcza w tych przypadkach, w których przedmiotem zamówienia są usługi nie stanowiące zaspokajania potrzeb samego zamawiającego, ale podmiotów zewnętrznych (*ad casum* – społeczności lokalnej).

W następstwie poczynionych przez Izbę ustaleń nie mógł potwierdzić się zarzut złożenia przez Przystępującego nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik Postępowania. Niezależnie od dokonanej przez Izbę oceny spełniania przez niego warunków udziału w Postępowaniu należy podkreślić, że wykluczenie wykonawcy na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp możliwe jest w warunkach umyślnego wprowadzenia zamawiającego w błąd, co – biorąc pod uwagę okoliczności sprawy

(choćby przeprowadzenie przez Zamawiającego wizji lokalnej, o której poniżej) – nie mogło mieć miejsca.

Zarzut nr 3

Izba stwierdziła, że zawartość dokumentacji Postępowania pozwala na wniosek, że Zamawiający podjął odpowiednie działania zmierzające zarówno do wyjaśnienia treści oferty, jak i treści dokumentów. Świadczy o tym korespondencja prowadzona z Konsorcjum AVR, której efektem była wizja lokalna w miejscu lokalizacji bazy magazynowo-transportowej. Choć można mieć wątpliwości co do podstaw dokonania tej czynności przez Zamawiającego (w istocie bowiem nie została ona przewidziana postanowieniami SIWZ, a Przystępujący był jedynym uczestnikiem Postępowania, który poddany został takiemu sprawdzeniu), tym niemniej – rozstrzygając o zasadności omawianego zarzutu odwołania – nie sposób pominąć zarówno faktu przeprowadzenia wizji lokalnej, jak i jej wyników. Rozwiała ona wszelkie wątpliwości Zamawiającego, których źródłem stał się sam Odwołujący, wobec czego ograniczył się on do prostego zaprzeczania ustaleń zawartych w sporządzonej przez Zamawiającego notatce służbowej, czy nieuzasadnionego szerzej twierdzenia o pobieżnym sprawdzeniu spełniania przez Konsorcjum AVR wymagań SIWZ. Izba zważyła przy tym, że Odwołujący nie wskazał jaki – jego zdaniem – sposób zweryfikowania spełniania przez Przystępującego warunków udziału w Postępowaniu uznałby za rzetelny i wiarygodny.

Zarzut nr 4 i 5

Odnosząc się do dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa przy realizacji zamówienia publicznego Izba powzięła wątpliwość co do możliwości powierzenia podwykonawcy wykonania zamówienia w całości. Należy mieć bowiem na względzie, że zarówno przepis art. 36a ust. 1 Pzp, jak i definicja umowy o podwykonawstwo (art. 2 pkt 9b Pzp) odnoszą się *explicite* do realizacji części zamówienia. Należy również zwrócić uwagę na odmienną konstrukcję przepisu art. 36a ust. 1 Pzp i jego poprzednika w postaci art. 36 ust. 5 *in principio* Pzp, który traktował o możliwości powierzenia wykonania zamówienia bez doprecyzowania, czy chodzi o jego całość, czy tylko oznaczoną część, podczas gdy obecnie obowiązujący przepis Pzp takie wskazanie zawiera. Izba dostrzega wprawdzie, że taka interpretacja art. 36a ust. 1 Pzp rodzić może trudności w ustaleniu znaczenia użytego w nim pojęcia „części zamówienia” (*de lege lata* nie jest wiadome, czy należy odnosić je tylko do sytuacji, w których – zgodnie z przepisem art. 36 ust. 2 pkt 1 Pzp – przedmiot zamówienia podzielony został na części, czy też do wszystkich udzielanych przez zamawiających zamówień, a jeśli tak, to czy i w jaki sposób określać minimalny poziom partycypacji wykonawcy, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą

w realizacji zamówienia publicznego), co nie zmienia faktu, że w jego świetle faktyczne scedowanie realizacji całości zamówienia na podmiot trzeci wydaje się niedopuszczalne. Przeciwnie zapatrywanie prowadziłoby bowiem do obejścia wyrażonej w art. 7 ust. 3 Pzp zasady, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z jej przepisami. Dodać należy, że prezentowana przez Przystępującego liberalna interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 Pzp prowadziłaby w istocie do sytuacji, w której zamawiający, do czasu rozpoczęcia realizacji udzielonych zamówień, nie mieliby wiedzy o tym, jaki podmiot będzie je faktycznie realizował, bowiem wskazania nazw (firm) podwykonawców mogą żądać jedynie w sytuacji, w której wykonawca powołuje się na ich zasoby na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp, celem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (argument z art. 36b ust. 1 Pzp). Możliwą konsekwencją takiej interpretacji przepisów dotyczących podwykonawstwa byłoby również funkcjonowanie na rynku podmiotów, których rolą byłoby wyłącznie wygrywanie przetargów (także za pomocą potencjału podmiotów trzecich), nie zaś realizacja zakontraktowanych z zamawiającymi zamówień.

Izba nie podziela zapatrywania, jakoby możliwość powierzenia realizacji zamówienia w całości podwykonawcy wynikała z łącznej wykładni przepisów art. 36a ust. 1 i 2 Pzp. Zdaniem Izby druga z przywołanych regulacji wyznacza dopuszczalne granice odstępstw od zasady podwykonawstwa (nawet na gruncie obowiązujących przepisów podwykonawstwo jest nadal regułą, doznającą wszak jeszcze jednego wyjątku, o którym mowa była powyżej), w ramach których zamawiającemu nie można czynić zarzutu jej naruszenia. Nie wynika z niej natomiast, jakoby nieskorzystanie z przewidzianych tam zastrzeżeń osobistego wykonania zamówienia powodowało możliwość powierzenia jego realizacji w całości podwykonawcy. Podkreślić należy, że gdyby wolą ustawodawcy było w istocie utrzymanie takiego rozwiązania, to zarówno przepis art. 36a ust. 1 Pzp, jak i art. 2 pkt 9b Pzp zostałyby skonstruowane inaczej.

Oddalając odwołanie Izba miała jednak na względzie, że Zamawiający przewidział w treści SIWZ możliwość powierzenia podwykonawcy realizacji zamówienia w całości, o czym świadczy pkt 7 formularza oferty stanowiącego załącznik nr 10 do SIWZ. Stanowi on wprawdzie przejaw pewnej niekonsekwencji, referuje bowiem do ust. 24 SIWZ, który odnosi się wyraźnie do przepisu art. 36a ust. 1 Pzp i użytego tam pojęcia „części zamówienia”, tym niemniej Izba wskazuje, że wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji za skorzystanie z przewidzianych postanowieniami SIWZ możliwości.

Nie mogło również dojść w ustalonym stanie faktycznym do dokonania przez Konsorcjum AVR niedozwolonej zmiany istotnej treści oferty. Takie zapatrywanie stanowi – w ocenie Izby – nadinterpretację fragmentu pisma Przystępującego z dnia 9 maja 2014 r.,

w którym stwierdził on, że „[...]nie jest w stanie na tym etapie postępowania autorytatywnie stwierdzić, iż usługa realizowana będzie przez podwykonawcę (...) lub też tylko i wyłącznie przez Konsorcjum.[...]”. Trzeba mieć bowiem na względzie, że zamiar powierzenia realizacji części zamówienia podwykonawcy nie może być utożsamiany z przyjęciem na siebie zobowiązania do realizacji zamówienia przy udziale podwykonawcy, którego niewykonanie skutkować miałyby koniecznością odrzucenia oferty danego wykonawcy. Nie bez znaczenia jest okoliczność, że nawet w sytuacji, w której podwykonawcą jest podmiot, na którego zasoby wykonawca powołał się w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ustawodawca przewidział możliwość rezygnacji, pod pewnymi warunkami, z instytucji podwykonawstwa, o czym stanowi przepis art. 36b ust. 2 Pzp. Tym bardziej zatem istnieje taka możliwość w przypadku „zwykłego” podwykonawstwa.

Zarzut nr 6

Zarzut ten nie mógł się ostać z powodu nieuprawnionego połączenia kwestii spełniania warunków udziału w Postępowaniu z przesłanką do odrzucenia oferty z powodu niezgodności jej treści z treścią SIWZ. Instytucje wykluczenia wykonawcy i odrzucenia jego oferty zostały bowiem uregulowane przez ustawodawcę odrębnie (*vide* art. 24 i 89 Pzp), a stykają się one w ten sposób, że w świetle przepisu art. 24 ust. 4 Pzp, ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą, jednak bez wskazania na konkretną przesłankę z art. 89 ust. 1 Pzp. W sytuacji, w której Przystępujący nie spełniałby warunków udziału w Postępowaniu, z uwagi na przytoczone w treści odwołania okoliczności związane z bazą magazynowo-transportową i pojazdami specjalistycznymi, powinna do niego znaleźć zastosowanie instytucja wykluczenia z Postępowania (art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp), nie zaś – jak chce tego Odwołujący – odrzucenia jego oferty na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zarzut nr 1

Izba stwierdziła, że w niniejszej sprawie, na skutek nie uwzględnienia żadnego z powyższych zarzutów, nie mogło być mowy o naruszeniu przez Zamawiającego podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Gdyby jednak oceniać Postępowanie pod kątem przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców należałoby powiedzieć, że została ona naruszona w stosunku do Przystępującego, który jako jedyny został poddany szczegółowej, wykraczającej poza treść żądanych na mocy postanowień SIWZ dokumentów, weryfikacji pod kątem spełniania warunków udziału w Postępowaniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp oraz § oraz § 3 pkt 1 i § 5 ust. 4 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.2010.41.238). Nie uwzględniono przy tym wniosku pełnomocnika Zamawiającego, zawartego w odpowiedzi na odwołanie, o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego obejmujących koszty związane z dojazdem na wyznaczoną rozprawę oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, bowiem dla skuteczności takich wniosków konieczne jest przedłożenie do akt sprawy – zgodnie z § 3 pkt 2 ww. aktu wykonawczego – rachunków. Tymczasem pełnomocnik Zamawiającego, w zakresie kosztów dojazdu, przedłożył wyłącznie ich spis (kalkulację), który nie może być uznany za rachunek w rozumieniu wzmiankowanego przepisu rozporządzenia. Co zaś dotyczy wynagrodzenia pełnomocnika, to Zamawiający złożył jedynie pisemny wniosek poparty odpowiednimi przepisami prawa (*vide* odpowiedź na odwołanie, str. 1 i 7), podczas gdy – jak wskazano – Izba o uzasadnionych kosztach stron postępowania odwoławczego orzeka wyłącznie na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: