

Sygn. akt: KIO 643/17

WYROK
z dnia 20 kwietnia 2017 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Katarzyna Prowadzisz**

Protokolant: Sylwia Muniak

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 11 kwietnia 2017 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 kwietnia 2017 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Z. U. O. K. R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (pełnomocnik), W. Z. U. – P. i H. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I., P. U. K. E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I.

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Z. G. R. O. – I. C. Ś. z siedzibą w O.

przy udziale:

- A. wykonawcy K.O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 643/17 po stronie Zamawiającego,
- B. wykonawcy R. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w O. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 643/17 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddała odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Z. U. O. K. R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą

w O. (pełnomocnik), W. Z. U. – P. i H. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I., P. U. K. E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I. i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Z. U. O. K. R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.(pełnomocnik), W. Z. U. – P. i H. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I., P. U. K. E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I. tytułem wpisu od odwołania,

2.2 zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: Z. U. O. K. R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (pełnomocnik), W. Z. U. – P. i H. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Iławie, P. U. K. E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Iławie na rzecz Zamawiającego Z. G. R. O. – I. C. Ś. z siedzibą w O. kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Elblągu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający – Z. G. R. O. – I. C. Ś. z siedzibą w O. – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: *„Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu sektora V położonego na terenie Z. G. R. O.- I. „C. Ś.” z siedzibą w O., transport odebranych odpadów komunalnych i ich przekazanie do właściwej instalacji oraz świadczenie innych usług”*.

Ogłoszenie o zamówieniu w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 listopada 2016 roku pod numerem 2016/S 212 - 386947.

3 kwietnia 2017 roku Odwołujący działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 i 4, art. 182 ust.1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) wniósł odwołanie wskazując na niezgodne z ustawą czynności Zamawiającego:

- 1) zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (dalej: K. O. sp. z o.o.) podczas gdy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą;
- 2) dokonaniu wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty złożonej przez K. O. sp. z o.o. podczas, gdy oferta ta powinna podlegać odrzuceniu jako złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania;
- 3) zaniechaniu wykluczenia wykonawcy R. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w O. (dalej: R. O. sp. z o.o. sp. k.), podczas gdy wykonawca przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd, mogące mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i w konsekwencji powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta uznana za odrzuconą

- co doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4, art. 26 ust. 3, art 7 ust. 1 i 3 ustawy oraz innych przepisów podanych w uzasadnieniu,

ewentualnie, na wypadek nieuwzględnienia powyższych zarzutów:

- 4) zaniechaniu w stosunku do podmiotów udostępniających zasoby w zakresie baz magazynowo - transportowych oraz mycia i dezynfekcji pojazdów zbadania spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz przesłanek wykluczenia, co doprowadziło do naruszenia art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art 22a ust 1-3 i 6 oraz 25a ust 3 ustawy.

Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu:

- 1) z zeznań świadków:
 - K. P. - wezwanie na adres (...) — na okoliczność braku spełniania przez bazę magazynowo - transportową wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) na dzień 01.01.2017 r. (przeprowadzenie z dowodu przesłuchania świadka pozwoli na jednoznaczną odpowiedź co do stanu bazy magazynowo - transportowej w dniu 2 stycznia 2017 r. pod kątem spełniania wymogów ww. rozporządzenia),
 - K. L. — wezwanie na adres ul. (...) — na okoliczność braku spełniania przez bazę magazynowo - transportową wymagań Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) na dzień 01.01.2017 r. oraz na okoliczność terminu wykonania dokumentacji filmowej na terenie bazy w msc. (...)
- 2) z ostrożności procesowej - na wypadek kwestionowania przez Zamawiającego prawdziwości nagrań dokumentujących stan bazy na dzień 2 stycznia 2017 r., wnoszę o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego na okoliczność ustalenia daty nagrania filmu oraz miejsc logowania aparatu telefonicznego.

Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz:
 - wykluczenia z postępowania wykonawcy K. O. sp. z o.o. i uznania oferty złożonej przez Koma Olsztyn sp. z o.o. za odrzuconą,
 - wykluczenia z postępowania wykonawcy R. O. sp. z o.o. sp. k. i uznania oferty złożonej przez R. O. sp. z o.o. sp. k. za odrzuconą,
 - dokonania czynności wyboru oferty złożonej przez Odwołującą jako najkorzystniejszej.

Odwołujący następująco uzasadniał

W dniu 3 listopada 2016 roku Zamawiający opublikował w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej ogłoszenie o zamówieniu dotyczące postępowania pn.: „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu sektora V położonego na terenie Z. G. R. O.-I. „C. Ś.” z siedzibą w O., transport odebranych odpadów komunalnych i ich przekazanie do właściwej instalacji oraz świadczenie innych usług”.

W dniu 14 grudnia 2016 roku miało miejsce otwarcie ofert złożonych w postępowaniu. Od tego dnia Zamawiający prowadził czynności związane z badaniem i oceną ofert.

W dniu 24 marca 2017 roku Odwołujący otrzymał informację o wyniku przedmiotowego postępowania.

Oferta złożona przez K. O. sp. z o.o. została wybrana jako najkorzystniejsza. Tego dnia doszło do powzięcia przez Odwołującego informacji o naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przejawiającego się w dokonaniu wyboru oferty złożonej przez K. O. sp. z o.o. jako najkorzystniejszej, w sytuacji, w której wykonawca powinien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (art. 24 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy). Wobec powyższego termin na złożenie przedmiotowego odwołania został zachowany, zgodnie bowiem z art 182 ust 1 pkt 1 ustawy, w przypadku gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art 11 ust. 8 ustawy, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia - jeżeli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie albo w terminie 15 dni — jeżeli zostały przesłane w inny sposób. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu z zachowaniem terminu, o którym mowa w art. 180 ust. 5 ustawy.

Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu niniejszego odwołania. W wyniku wykluczenia wykonawców, którzy złożyli oferty sklasyfikowane na pozycji nr 1 i 2, oferta złożona przez Odwołującego mogłaby zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Tym samym Odwołujący ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Nadto, w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, może dojść do poniesienia szkody przez Odwołującego.

- I. Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy K. O. sp. z o.o.

W treści Rozdziału 5 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) Zamawiający wskazał warunki udziału w postępowaniu. W zakresie warunków dotyczących zdolności technicznej i zawodowej jako jeden z warunków wskazano konieczność dysponowania bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie w odległości nie większej niż 60 km od granicy sektora, na który wykonawca składa ofertę spełniającą wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) (5.3.3 lit. c).

W Rozdziale 6 Specyfikacji na potwierdzenie spełniania ww. warunku Zamawiający zażądał oświadczenia o posiadaniu bazy magazynowo - transportowej usytuowanej w odległości nie większej niż 60 km od granicy sektora (liczoną wg wskazań licznika samochodu), spełniającej wymogi ww. rozporządzenia.

K. O. sp. z o.o. w treści oświadczenia o spełnianiu warunków (JEDZ) nie wskazała adresu bazy uniemożliwiając tym samym weryfikację warunku położenia w odległości nie większej niż 60 km.

W piśmie z dnia 27 grudnia 2016 r. K. O. sp. z o.o. oświadczyła, że wbrew twierdzeniom Zamawiającego wyrażonym w piśmie z dnia 22 grudnia 2016 r. nie jest on w ocenie K. O. sp. z o.o. uprawniony do dokonania wizji lokalnej, a także dysponuje bazą magazynowo - transportową położoną w msc.(...) na działce nr 168 obręb 38.

W dniu 2 stycznia 2017 r. osoby upoważnione ze strony Odwołującego — Pan S. J. oraz Pan K. L. dokonali wizji lokalnej terenu wskazanego przez K. O. sp. z o.o.. Właściciel terenu Pan K. P. w trakcie rozmowy jednoznacznie oświadczył, że teren wskazany przez K. O. sp. z o.o. nie spełnia wymogów określonych ww. rozporządzeniem w zakresie:

- zabezpieczenia terenu bazy w sposób uniemożliwiający wstęp osobom trzecim,
- zabezpieczenia miejsc magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych,
- pomieszczeń socjalnych dla pracowników,
- miejsc do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
- legalizowanej wagi samochodowej,
- punktu bieżącej konserwacji i naprawy pojazdów,
- miejsc dezynfekcji i mycia pojazdów.

Powyższe, wskazał Odwołujący, właściciel terenu poświadczył podpisując oświadczenie w zakresie spełniania warunków.

Jednocześnie Pan K. L. wykonał dokumentację filmową bazy potwierdzającą treść oświadczenia (w załączeniu — materiał T. 02.01.2017 r.). Stan na dzień 02.01.2017 r. można porównać z filmem wykonanym w dniu 2 kwietnia 2017 r. (w załączeniu - materiał T. - 02.04.2017 r.) Porównanie materiałów filmowych jednoznacznie wskazuje na brak w dniu 2 stycznia 2017 roku spełnienia wymagań rozporządzenia m.in. w zakresie ogrodzenia, miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych.

Odwołujący podał, że zarówno treść oświadczenia, jak i dokumentacja filmowa zostały przekazane Zamawiającemu w dniu 4 stycznia 2017 r.

W wyniku prowadzonych czynności wyjaśniających K. O. sp. z o.o. w dniu 11 stycznia 2017 r. złożyła oświadczenie, o treści: „Baza magazynowo - transportowa spełnia bądź będzie spełniać na dzień 01.01.2017 r. warunki określone w Rozporządzeniu[.]”.

W ocenie Odwołującego oświadczenie tej treści nie potwierdzało spełniania warunku udziału w postępowaniu na dzień wskazany przez Zamawiającego tj.: 1 stycznia 2017 r. (nieprecyzyjna treść oświadczenia składana 10 dni po upływie terminu na wykazanie spełniania warunku udziału).

W wyniku kolejnych prowadzonych przez Zamawiającego czynności wyjaśniających K. O. sp. z o.o. dwukrotnie złożyła oświadczenia, wskazując spełnianie przez bazę magazynowo - transportową w msc. T. określonych przez Zamawiającego wymagań na dzień 1 stycznia 2017 roku. Niezgodnie ze stanem faktycznym oświadczyła, że baza jest zabezpieczona przed dostępem osób trzecich (dokumentacja filmowa jednoznacznie wskazuje na brak tego elementu), nadto, co istotne, wskazała podmiot zewnętrzny poza terenem bazy, który ma zajmować się myciem i dezynfekcją pojazdów tj.: Myjnia samochodowa K. C. ul. (...), umowa z dnia 1 grudnia 2016 r.

W dniu 16 stycznia 2017 r. podmiot ten złożył jednoznaczne oświadczenie. że nie prowadzi działalności w zakresie dezynfekcji pojazdów (co jest spójne z zakresem jego działalności z CEIDG, w którym nie wskazuje działalności w tym zakresie — brak PKD 81.29.Z).

W wyniku wątpliwości co do spełniania warunku udziału w postępowaniu Zamawiający postanowił powołać biegłego, który na podstawie dokonanej wizji lokalnej miał ocenić spełnianie wymogów rozporządzenia.

Ocena dokonana przez biegłego (dotycząca zarówno sektora III jak i V), na której oparł się Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej, została dokonana dopiero 9 lutego 2017 r., a więc ponad miesiąc po terminie, w którym K. O. sp. z o.o. miała wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i jako taka, nie może w ocenie Odwołującego stanowić podstawy oceny spełniania warunków udziału w niniejszym postępowaniu.

Na podkreślenie zasługuje fakt w ocenie Odwołującego, że pomimo zgłaszanych wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia wstępnego Zamawiający dokonał wizji bazy K. O. sp. z o.o. jako ostatniej z baz wszystkich wykonawców.

Odwołujący wskazał, że dziwi fakt, że K. O. sp. z o.o. podkreślając spełnianie warunków przez wskazaną bazę czyniła zabiegi o odwołanie/zaniechanie lub jak najpóźniejszy termin wizji lokalnej. Mając na uwadze termin przeprowadzenia wizji przez biegłego, jego opinia nie może stanowić podstawy dla rozstrzygnięcia prawdziwości złożonego przez K. O. sp. z o.o. oświadczenia mającego potwierdzać spełnianie warunków najpóźniej na dzień 1 stycznia 2017 r.

W ocenie Odwołującego wykonawca K. O. sp. z o.o. winien podlegać wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Przekazany dla Zamawiającego materiał dowodowy w postaci dokumentacji filmowej nie pozostawia wątpliwości co do braku spełniania przez wskazaną bazę wymagań określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013 poz. 122) w postaci:

- braku zabezpieczenia terenu bazy przed wstępem osób trzecich (o czym świadczy sam fakt możliwości dowolnego wejścia i filmowania na terenie bazy),
- braku zabezpieczenia miejsc magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczenia przed działaniem czynników atmosferycznych,
- braku pomieszczeń socjalnych,
- braku miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych,
- braku legalizowanej wagi najazdowej,
- braku punktu bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
- braku miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów.

Mając na uwadze powyższe, a także fakt kilkukrotnego składania przez K. O. sp. z o.o. oświadczenia o spełnianiu przez bazę warunków z ww. rozporządzenia,

przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, mogących mieć istotny wpływ na jego decyzje, nie budzi w ocenie Odwołującego wątpliwości. Nadto, co nie mniej istotne, K. O. sp. z o.o. wprowadziła Zamawiającego w błąd również przedstawiając informację o podmiocie mającym rzekomo świadczyć usługi w zakresie dezynfekcji pojazdów. Prawdziwości oświadczenia K. O. sp. z o.o. w tym zakresie zaprzecza wprost oświadczenie podmiotu wskazanego w oświadczeniu sporządzonym przez K. O. sp. z o.o., czyli Myjni Samochodowej K. C. z siedzibą w O. Mając na uwadze fakt, iż baza wskazana przez K. O. sp. z o.o. nie posiada miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów, a podmiot wskazany w treści oświadczenia nie zajmuje się dezynfekcją, nie można uznać warunku dysponowania bazą magazynowo - transportową za spełniony.

Zgodnie z §2 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w zakresie bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby teren bazy był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym, miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu, miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych, teren bazy był wyposażony w systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami ustawy prawo wodne.

Należy również zapewnić, aby baza była wyposażona w:

- miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,
- pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
- miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
- legalizowaną samochodową wagę najazdową — w przypadku, gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

Na terenie bazy powinny znajdować się także:

- punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
- miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów,

o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej.

Mając powyższe na uwadze odwołujący wskazał, że należy uznać, że posiadanie miejsca do dezynfekcji pojazdów lub podmiotu, który jest uprawniony do świadczenia tego rodzaju usługi jest niezbędnym elementem wymagań w zakresie bazy. K. O. sp. z o.o. na dzień 1 stycznia 2017 roku tego warunku nie spełniała.

Odwołujący wskazał, że pomimo posiadania dowodów potwierdzających niespełnianie warunków udziału w postępowaniu, a w konsekwencji mając pełną świadomość nieprawdziwości oświadczeń składanych przez K. O. sp. z o.o. co do obowiązku posiadania bazy magazynowo - transportowej, Zamawiający zaniechał wykluczenia K. O. sp. z o.o., czym naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy. Informacje przedstawione przez K. O. sp. z o.o. jako dotyczące oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu miały wpływ na jego wynik.

Odwołujący argumentował, że dla zaistnienia przesłanki wykluczenia z art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy nie jest konieczne wykazanie winy umyślnej. Wystarczającym jest, aby przedstawienie informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego było wynikiem lekkomyślności lub niedbalstwa. Do oceny czynności wykonawcy w postępowaniu należy stosować przepisy Kodeksu cywilnego. Zgodnie z art 355§1 k.c. dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Zachowanie danej osoby w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika staranności w określonym miejscu i czasie pozwala na przypisanie niedbalstwa (por. uzasadnienie wyr. Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Wzorzec należytej staranności w stosunku do profesjonalistów (a za takich należy co do zasady uznać podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia) ulega podwyższeniu. Zgodnie z art. 355§2 k.c. należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Należyta staranność nakłada na wykonawcę składającego ofertę konieczność weryfikacji stanu faktycznego z treścią składanych oświadczeń i dokumentów (por. wyrok z dnia 11 lutego 2015 r. KIO 177/15, wyrok z dnia 13 stycznia 2016 KIO 2809/15). W realiach tej sprawy, w ocenie Odwołującego trudno przyjąć, że K. O. sp. z o.o. nie posiadała wiedzy co do stanu bazy magazynowo - transportowej w dniu składania oferty, czy też na dzień 1 stycznia 2017 roku Tym samym oświadczenie niezgodne z rzeczywistością wypełnia w tym zakresie znamiona winy umyślnej.

W odniesieniu zaś do podmiotu wskazanego w treści oświadczeń jako właściwego do mycia i dezynfekcji pojazdów należy podkreślić, że wykonawca odpowiada w pełni za stan rzeczy wywołany przez podmioty, które włączył w proces konstruowania oferty. Wykonawca składając ofertę ponosi odpowiedzialność za winę w wyborze czy też braku staranności (niedbalstwo) zarówno w kwestii wyboru kontrahenta jak i weryfikacji informacji stanowiących podstawę składanych przez siebie oświadczeń. W tym zakresie to wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko jeżeli w wyniku weryfikacji ujawnione zostanie, że stan rzeczy wskazany

w ofercie jest niezgodny ze stanem rzeczywistym.

O ile braki w wykazaniu warunków udziału w postępowaniu w sensie materialnym mogą powodować wykluczenie wykonawcy jedynie po wyczerpaniu procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, o tyle w przypadku podania nieprawdziwych informacji procedura z art 26 ust. 3 ustawy nie znajduje zastosowania (por. Wyrok KIO z dnia 23 września 2016 r. KIO 1663/16).

W tym stanie rzeczy nakazanie wykluczenia wykonawcy K. O. sp. z o.o. nie jest wnioskiem zbyt daleko idącym.

Jak podkreśla się w doktrynie: „Aktualne pozostaje stanowisko, zgodnie z którym złożenie dokumentu o nieprawdziwej treści nie może być później konwalidowane przez uzupełnienie kwestionowanego dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 PrZamPubl, gdyż takiemu uzupełnieniu podlega wyłącznie dokument niezłożony lub wadliwy, a dokument zawierający informację nieprawdziwą nie może zostać uznany za dokument wadliwy, a więc zawierający określone błędy. Złożenie dokumentu zawierającego nieprawdziwe informacje nie podlega więc uzupełnieniu przez umożliwienie wykonawcy przedstawienia w jego miejsce innego dokumentu, który potwierdziłby spełnienie wymagań udziału w postępowaniu, określonych specyfikacją istotnych warunków zamówienia (por. wyr. KIO z: 20 maja 2016 r., KIO 780/16; 15 grudnia 2015 r., KIO 2653/15; 11 lutego 2015 r., KIO 177/15; 15.7.2014 r., KIO 1343/14; 25.7.2013 r., KIO 1637/13)” (P. G., Prawo zamówień publicznych. Komentarz, 2016; SIP Legalis)

Odwolujący wskazał, z ostrożności, na wypadek uznania, że nieprawdziwe oświadczenie zostało złożone przez K. O. sp. z o.o. w wyniku okoliczności od niej niezależnych należy podnieść, że brak wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania bazą magazynowo -transportową winien skutkować wykluczeniem z art. 24 ust 1 pkt 12 ustawy. Wobec kilkukrotnego składania oświadczeń w tym zakresie, procedura z art. 26 ust. 3 ustawy również nie znajduje zastosowania.

II. Zarzut zaniechania wykluczenia oferty wykonawcy R. O. sp. z o.o. sp. k.

Na wstępie należy podkreślić, że zgodnie z opinią Urzędu Zamówień Publicznych: „Wprowadzenie do ustawy Pzp art. 25a wiąże się z nowym podejściem do badania spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia lub kryteriów

selekcji, zgodnie z którym wykonawca wraz z ofertą lub wnioskiem o dopuszczenie do udziału w postępowaniu dołącza aktualne na dzień składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oświadczenie (powyżej progów UE — w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia). Informacje zawarte w oświadczeniu stanowią wstępne potwierdzenie, że wykonawca nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz spełnia kryteria selekcji. Natomiast zamawiający, co do zasady, wezwie do złożenia dokumentów na potwierdzenie ww. okoliczności jedynie wykonawcę, którego ofertę ocenił najwyżej (który uplasował się na najwyższej pozycji rankingowej). W związku z powyższym możliwe będzie złożenie odwołania na wybór najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę sklasyfikowanego np. na 4. Pozycji rankingowej bez kwestionowania ofert sklasyfikowanych na pozycji nr 2 i 3, z uwagi na to, że oferty te nie zostały ostatecznie (i może w ogóle do tego nie dojść) zweryfikowane przez zamawiającego na podstawie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw do wykluczenia. Nie można zatem wymagać od wykonawców stawiania zarzutów wobec czynności zamawiającego, zarzucając jej bezprawność (zaniechanie wykluczenia z postępowania z powodu nie spełniania warunków udziału w postępowaniu), dotyczących oceny ofert konkurentów niejako „w ciemno”, bez weryfikacji przez zamawiającego (poprzez żądanie przedłożenia szczegółowych dokumentów, które będą ostatecznie udowadniać / potwierdzać spełnianie warunku udziału w postępowaniu)”.

W ocenie Odwołującego na podkreślenie zasługuje jednak fakt, że w przedmiotowym postępowaniu, jakkolwiek prowadzonym przez Zamawiającego na podstawie art. 24aa ustawy, Zamawiający skorzystał z art. 26 ust. 2f pozwalającego na żądanie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu od wszystkich wykonawców (vide: protokół z postępowania), a następnie te dokumenty ocenił. Zamawiający zlecił biegłemu zbadanie spełniania przez wskazane przez wykonawców bazy magazynowo - transportowe warunków udziału w postępowaniu wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem Zamawiającego, jakoby nie był on obowiązany do podjęcia decyzji o wykluczeniu wobec innych wykonawców niż oferta najwyżej oceniona, w sytuacji, w której dysponuje wiedzą o istnieniu wobec nich podstaw wykluczenia.

Art 24 aa ustawy pozwala na zbadanie ofert przed oceną podmiotową wykonawców. W przypadku zbadania oświadczenia wstępnego jednego wykonawcy, a następnie zbadania dotyczących tego wykonawcy oświadczeń lub dokumentów potwierdzających, oczywistym

jest brak możliwości podjęcia decyzji o wykluczeniu wobec pozostałych wykonawców, których dokumenty nie zostały przez Zamawiającego zbadane.

W przedmiotowej sprawie stan faktyczny przedstawia się odmiennie. Zamawiający posiadał i badał dokumenty dotyczące nie tylko oferty uznanej za najwyższą ocenioną. W konsekwencji w razie stwierdzenia występowania przesłanek wykluczenia winien podjąć stosowne decyzje w tym zakresie. Treść art. 24 aa ustawy pozwala bowiem na odmiennie — szybsze prowadzenie procedury, jednakże nie zwalnia Zamawiającego ze stosowania przepisów ustawy w zakresie istnienia przesłanek wykluczenia. Inaczej należy bowiem oceniać sytuację, w której zamawiający nie podejmuje decyzji o wykluczeniu, ponieważ na mocy art. 24 aa ustawy nie zbadał oświadczeń lub dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału i niepodlegania wykluczeniu innych niż najkorzystniejsza ofert, a inaczej, gdy takiego badania dokonał, a mimo to nie dokonuje czynności, do których obliguje go ustawa.

Wykonawca R. O. sp. z o.o. sp. k. w oświadczeniu złożonym na wezwanie Zamawiającego wskazał bazę magazynowo - transportową w msc. (...). Zgodnie z opinią biegłego na dzień 8 lutego 2017 r. baza nie spełniała wymogów w zakresie m.in. zabezpieczenia przed dostępem osób trzecich.

Nadto w oświadczeniu o spełnieniu wymagań przez bazę R. O. sp. z o.o. sp. k. wskazała, że dezynfekcja i mycie pojazdów, w związku z brakiem takiego stanowiska na terenie bazy, będzie zlecone podmiotowi zewnętrznemu tj.: P. T.-S. P. I. — T. Sp. z o.o. O., ul. (...) Jest to informacja niezgodna ze stanem rzeczywistym i wprowadzająca Zamawiającego w błąd co do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wskazana spółka zaprzestała działalności w dniu 12 marca 2016 r. (wykreślenie z REGON — 21 marca 2016 r.). W chwili obecnej funkcjonuje pod nazwą P. O. P. spółka akcyjna.

W dniu 16 stycznia 2017 r. wskazany podmiot — P. spółka akcyjna oświadczył, że nie prowadzi działalności w zakresie dezynfekcji pojazdów.

Nadto przy założeniu świadczenia tej usługi przez P. O. P. spółka akcyjna - jest ono położone ponad 60 km od granicy sektora V.

Skoro baza wskazana przez R. O. sp. z o.o. sp. k. nie posiada miejsca do mycia i dezynfekcji pojazdów, a podmiot wskazany w treści oświadczenia nie zajmuje się dezynfekcją, nie można uznać warunku dysponowania bazą magazynowo - transportową za spełniony.

Taka sama sytuacja z miejscem do bieżących napraw pojazdów, które również znajduje się w odległości większej niż 60 km od granicy sektora.

Składając oświadczenie w zakresie spełniania warunków przez bazę magazynowo-transportową R. O. sp. z o.o. sp. k nie dołożyła należytej staranności w wyborze. W odniesieniu do podmiotu wskazanego w treści oświadczeń jako właściwego do mycia i dezynfekcji pojazdów należy podkreślić, że wykonawca odpowiada w pełni za stan rzeczy wywołany przez podmioty, które włączył w proces konstruowania oferty. Wykonawca składając ofertę ponosi odpowiedzialność za winę w wyborze czy też braku staranności (niedbalstwo) zarówno w kwestii wyboru kontrahenta jak i weryfikacji informacji stanowiących podstawę składanych przez siebie oświadczeń. W tym zakresie to wykonawca przyjmuje na siebie ryzyko jeżeli w wyniku weryfikacji ujawnione zostanie, że stan rzeczy wskazany w ofercie jest niezgodny ze stanem rzeczywistym. O ile braki w wykazaniu warunków udziału w postępowaniu w sensie materialnym mogą powodować wykluczenie wykonawcy jedynie po wyczerpaniu procedury, o której mowa w art. 26 ust. 3 ustawy, o tyle w przypadku podania nieprawdziwych informacji procedura z art 26 ust. 3 ustawy nie znajduje zastosowania (por. Wyrok KIO z dnia 23 września 2016 r. KIO 1663/16). W tym stanie rzeczy nakazanie wykluczenia wykonawcy R. O. sp. z o.o. sp. k nie jest wnioskiem zbyt daleko idącym. Wykonawca już na etapie oświadczenia wstępnego oświadczył, że dysponuje bazą spełniającą wymagania rozporządzenia. Zamawiający na etapie oceny ofert odstąpił od art. 24 aa ustawy i zażądał dokumentów od wszystkich wykonawców, następnie poddając je badaniu — stąd winien dokonać wykluczenia wykonawcy w przypadku zaistnienia przesłanek z art. 24 ustawy.

Mając powyższe na uwadze przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy R. O. sp. z o.o. sp. k Zamawiający naruszył art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy. Przyjmując stanowisko przeciwne należałoby przyjąć, że przepisy ustawy pozwalają na składanie nierzetelnych oświadczeń i dokumentów dla wszystkich wykonawców, których oferty nie są najwyżej ocenione (pomimo ich badania przez Zamawiającego).

III. Zarzut zaniechania zbadania podmiotów udostępniających swoje zasoby na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy.

Z ostrożności procesowej, na wypadek nieuwzględnienia zarzutów wskazanych w odwołaniu dotyczących przedstawienia informacji wprowadzających w błąd Zamawiającego, które w ocenie Odwołującego nie podlegają procedurze „naprawczej” z art. 26 ust. 3 lub 22a ust. 6 ustawy, podnieść należy, iż zarówno R. O. sp. z o.o. sp. k., jak i K. O. sp. z o.o., w celu wykazania spełniania warunków udziału w zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową, w szczególności w zakresie stanowiska do mycia i dezynfekcji pojazdów -

polegają na zasobach podmiotów trzecich.

W tym stanie rzeczy, na podstawie art. 22a ust. 3 ustawy na Zamawiającym ciąży obowiązek oceny, czy udostępniane zasoby pozwalają na spełnianie warunków oraz czy wobec tych podmiotów nie zachodzą podstawy wykluczenia. Nadto, na podstawie art. 25a ust. 3 ustawy Zamawiający winien zażądać i dokonać oceny oświadczeń wstępnych podmiotów trzecich (w przedstawionym stanie faktycznym podmiotów użyczających bazy oraz podmiotów wskazanych jako właściwe do dezynfekcji i mycia pojazdów). Analiza akt sprawy nie budzi wątpliwości, że Zamawiający tych czynności w sposób niezgodny z przepisami ustawy zaniechał.

Niemniej, nawet przy przyjęciu powyższego nie powoduje to uchylenia skutków wprowadzenia Zamawiającego w błąd co do stanu faktycznego w zakresie baz magazynowo-transportowych deklarowanych w treści ofert przez wykonawców R. O. sp. z o.o. sp. k i K. O. sp. z o.o. Oświadczenia wykonawców składane w postępowaniu kilkakrotnie wskazywały na spełnienie przez bazy wymagań rozporządzenia, podczas gdy takich warunków wskazane bazy nie spełniały. Zarówno K. O. sp. z o.o. jak i R. O. sp. z o.o. sp. k informację o podmiotach trzecich w zakresie dezynfekcji i mechaniki pojazdów składały w postępowaniu dwukrotnie, za każdym razem wskazując te same podmioty, stąd procedura z art. 22a ust. 6 ustawy nie będzie miała zastosowania. Przy czym należy podkreślić, że nie były to oświadczenia o spełnianiu warunków formułowane przez podmioty trzecie udostępniające zasoby, ale oświadczenia wykonawców ubiegających się o zamówienie, co wypełnia dyspozycję art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy. Oświadczenia składane przez K. O. sp. z o.o. jak i R. O. sp. z o.o. sp. k. pozostawały w sprzeczności ze stanem faktycznym na dzień 1 stycznia 2017 r., zatem nie tyle zasoby udostępniane przez podmiot trzeci nie pozwalały na wykazanie warunków, ile wykonawcy posiadając pełną wiedzę co do istniejącego stanu faktycznego, wskazywali w treści oferty informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania oraz uczestników postępowania odwoławczego na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Do prowadzonego przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i postępowania odwoławczego stosuje się przepis ustawy Prawo zamówień

publicznych z uwzględnieniem zmian wprowadzonych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, opublikowanej w dniu 13 lipca 2016 r. w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej pod pozycją 1020, która weszła w życie w dniu 28 lipca 2016 roku (dalej: „ustawa”).

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 2164; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 3 kwietnia 2017 roku wobec czynności Zamawiającego z dnia 24 marca 2017 roku, oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu, co Strony potwierdziły na posiedzeniu z ich udziałem.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Zamawiający w dniu 3 kwietnia 2017 roku powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu. Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego w dniu 5 kwietnia 2017 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę K. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, oraz zgłaszającego w dniu 6 kwietnia 2017 roku przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawcę R. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w O.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie, a także stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie na rozprawie.

Izba uwzględniła również stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego z złożonym piśmie z dnia 10 kwietnia 2017 roku „Odpowiedz na odwołanie”.

Izba uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w piśmie z dnia 31 marca 2017 roku „Pismo Odwołującego”.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane i załączone przez Odwołującego do odwołania, jak również Izba dopuściła dowody zawnioskowane i złożone na rozprawie przez Odwołującego tj.: *Opinię techniczną Bazy w T.* oraz *Opinia techniczna* dotycząca bazy magazynowo – transportowej zlokalizowanej w miejscowości R.

Izba dopuściła i przeprowadziła dowody zawnioskowane przez Odwołującego tj. dowody z zeznań świadków: Pana K. P. oraz Pana K. L.

Izba dopuściła dowód zawnioskowany przez uczestnika postępowania odwoławczego K. O. sp. z o.o. tj. Protokół kontroli podpisany dnia 13 listopada 2014 roku oraz trzy zdjęcia (wydruk zdjęć).

Izba nie dopuściła dowodu z zawnioskowanych przez Odwołującego nagrań tj. filmów nagranych przez Odwołującego w poszczególnych bazach magazynowo - transportowych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

I.

Na wstępie Izba działając zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podaje podstawy prawne z przytoczeniem przepisów prawa odnośnie rozstrzygnięcia zarzutów odwołania podnoszonych przez Odwołującego:

Art. 7 ust. 1 ustawy - Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Art. 7 ust. 3 ustawy - Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy.

Art. 22a ustawy:

1. Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub

ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

2. Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji innych podmiotów, musi udowodnić zamawiającemu, że realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w szczególności przedstawiając zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia.

3. Zamawiający ocenia, czy udostępniane wykonawcy przez inne podmioty zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 1 pkt 13–22 i ust. 5.

6. Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu, o którym mowa w ust. 1, nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tych podmiotów podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego: 1) zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami lub 2) zobowiązał się do osobistego wykonania odpowiedniej części zamówienia, jeżeli wykaże zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuację finansową lub ekonomiczną, o których mowa w ust. 1.

Art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy - Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia;

Art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy- Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informację wprowadzającą w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

Art. 24 ust. 4 ustawy – Ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Art. 25a ust. 3 ustawy – Wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku istnienia wobec nich podstaw wykluczenia oraz spełnienia, w zakresie, w jakim powołuje się na ich zasoby, warunków udziału w postępowaniu:

1) składa także jednolite dokumenty dotyczące tych podmiotów – jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8;

2) zamieszcza informacje o tych podmiotach w oświadczeniu, o którym mowa w ust. 1 – jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

Art 26 ust. 1 ustawy - Zamawiający przed udzieleniem zamówienia, którego wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym, nie krótszym niż 10 dni, terminie aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przepisu zdania pierwszego nie stosuje się do udzielania zamówień w przypadkach, o których mowa w art. 101a ust. 1 pkt 1 lub pkt 2 lit. a.

Art. 26 ust. 3 ustawy – Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

II.

Na wstępie rozważań Izba wskazuje, że na podstawie art. 191 ust. 2 ustawy wydając wyrok, Izba bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradiktoryjne, czyli sporne, a z istoty tego postępowania wynika, że spór

toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne.

Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*, przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi, a nie na tym kto zaprzecza)*. Izba wskazuje, że postępowanie odwoławcze jest odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego postępowaniem, które ma na celu rozstrzygnięcie powstałego pomiędzy Stronami sporu. W trakcie postępowania odwoławczego to Odwołujący kwestionuje podjęte przez Zamawiającego decyzje w zakresie oceny ofert i wykonawców w postępowaniu, nie zgadza się z podjętymi czynnościami lub zaniechaniem określonych działań, tak więc zgodnie z regułą płynącą z art. 190 ustawy to na Odwołującym ciąży ciężar dowiedzenia, że stanowisko Zamawiającego jest nieprawidłowe. Izba wskazuje w tym miejscu na wyrok Sądu Okręgowego w P. z dnia 19 marca 2009 roku sygn. akt X Ga 32/09, w którym to orzeczeniu Sąd wskazał między innymi *Ciężar udowodnienia takiego twierdzenia spoczywa na tym uczestniku postępowania, który przytacza twierdzenie o istnieniu danego faktu, a nie na uczestniku, który twierdzeniu temu zaprzecza (...). Aktywność we wnioskowaniu dowodów winien wykazywać zwłaszcza odwołujący, gdyż w większości przypadków to on będzie wywodził z faktu skutki prawne.*

Za wyrokiem z dnia 21 stycznia 2012 roku Krajowej Izby Odwoławczej sygn. akt KIO 54/12: *Zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy p.z.p. strony są obowiązane wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Ciężar dowodu, zgodnie z art. 6 k.c. w zw. z art. 14 ustawy p.z.p. spoczywa na osobie, która z danego faktu wywodzi skutki prawne. Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej) dowodami o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07). Postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą toczy się z uwzględnieniem zasady kontradiktoryjności, zatem to strony obowiązane są przedstawiać dowody a Krajowa Izba Odwoławcza nie ma obowiązku wymuszania ani*

zastępowania stron w jego wypełnianiu (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 2007 r., sygn. akt II CSK 293/07, wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 grudnia 1997 r., sygn. akt II UKN 406/97, wyrok Sądu Apelacyjnego z dnia 27 maja 2008 r., sygn. akt V ACa 175/08, wyrok KIO 1639/11).

III.

Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SWIZ) rozdział 5 *Spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz wykazanie braku podstaw wykluczenia z postępowania* punkt 5.3 *Określenie warunków udziału w postępowaniu* Zamawiający wymagał:

5.3.3 Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit. c) SIWZ, jeżeli wykaże, że (...)

*b) dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:
(...)*

baza magazynowo - transportowa:

dysponuje bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie w odległości nie większej niż 60 km od granicy sektora na który składa ofertę, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122).

Zgodnie z rozdziałem 6 SWIZ *Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia* punkt 6.3 *W celu potwierdzenia spełniania warunku dotyczącego zdolności technicznej lub zawodowej określonego w pkt 5.3.3. SIWZ zamawiający żąda od wykonawcy: (...)*

*c) oświadczenia o posiadaniu bazy magazynowo - transportowej usytuowanej w odległości nie większej niż 60 km od granicy (liczoną wg wskazań licznika samochodu) Sektora V, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013r. poz. 122)
Załącznik Nr 7 do SIWZ*

W Załączniku nr 7 do SIWZ - oświadczenie o posiadaniu bazy magazynowo transportowej, który to załącznik stanowił oświadczenie wykonawcy, Zamawiający wskazał, co miał oświadczyć wykonawca wezwany do złożenia tego oświadczenia:

Oświadczamy, iż posiadamy lub będziemy posiadać bazę magazynowo – transportową, której lokalizacja mieści się w odległości nie większej niż 60 km od granic Sektora V.

Baza magazynowo- transportowa spełnia bądź będzie spełniać na dzień 01.01.2017 r. warunki określone w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. 2013, poz. 122).*

W przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 5 791 894,38 zł brutto; w postępowaniu zostały złożone trzy oferty:

- wykonawca K. O. sp. z o.o. – 5 324 328,67 zł brutto,
- wykonawca R. O. sp. z o.o. sp.k– 5 745 569,76 zł brutto,
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie: Z. U. O. K. R. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O. (pełnomocnik), W. Z. U. – P. i H. S. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I., P. U. K. E. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w I. – 5 819 869,44 zł brutto.

IV.

W zakresie zarzutów odwołania dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę

K. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w O.

(dalej: K. O. sp. z o.o.)

W przedstawionej argumentacji faktycznej jak i powołanych podstawach prawnych Odwołujący wskazał, że wykonawca K. O. sp. z o.o. powinien zostać wykluczony z postępowania z powodu przedstawienia informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd i mogących mieć istotny wpływ na decyzje Zamawiającego oraz niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co doprowadziło do naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 i 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy oraz 26 ust. 3 i art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Izba wskazuje, że zgodnie z § 2 rozporządzenia Ministerstwa Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013, poz. 122) podmiot odbierający

odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany posiadać bazę magazynowo-transportową usytuowaną w gminie, z której terenu odbiera te odpady, lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy tej gminy oraz 2) na terenie, do którego posiada tytuł prawny. K. O. sp. z o. o. wskazała do realizacji zamówienia bazę usytuowaną w miejscowości T., co wynika z przedstawionych przez tego wykonawcę informacji. Izba wskazuje w tym miejscu, że informacje odnośnie adresu bazy K. O. sp. z o.o. podała Zamawiającemu 27 grudnia 2016 roku w odpowiedzi na wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 22 grudnia 2017 roku.

Izba ustaliła, że Zamawiający wezwał pismem z 16 grudnia 2016 roku wykonawcę K. O. sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia zawartego w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej: JEDZ) między innymi w zakresie oświadczenia dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej wskazując: „Uzupełnić pkt 9) zgodnie z SWIZ 5.3.3 pkt b) (należy podać posiadaną ilość pojazdów spełniających wymagania oraz potwierdzić dysponowanie bazą magazynowo – transportową wg treści wskazanego punktu)”. Odwołujący jak i R. O. sp. z o.o. sp.k oświadczyli w dokumencie JEDZ dysponowanie bazą magazynowo – transportową spełniającą wymagania określone w rozporządzeniu Ministerstwa Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku *w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości*.

Znamiennym w tej sprawie jest fakt, że w dniu 19 grudnia 2017 roku Odwołujący skierował do Zamawiającego pisma, w których między innymi sugerował Zamawiającemu, że R. O. sp. z o.o. sp. k. oraz K. O. sp. z o.o. nie spełniają warunków udziału w postępowaniu określonych w punkcie 5.3.3. b SWIZ i zawnioskował do Zamawiającego o wyjaśnienie przez ww. wykonawców jak i do podania adresów baz magazynowo – transportowych; co też Zamawiający uczynił w trybie art. 26 ust. 4 ustawy pismami z dnia 22 grudnia 2016 roku (wezwał wykonawców R. O. sp. z o.o. sp. k. oraz K. O. sp. z o.o.), na które ww. wykonawcy odpowiedzieli podając adres baz – wykonawca K. O. sp. z o.o. wskazał bazę w T. na podstawie umowy dzierżawy.

Bezzasadna w ocenie Izby jest argumentacja Odwołującego sprowadzająca się do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez wielokrotne wzywianie wykonawcy K. O. sp. z o.o. do uzupełnienia informacji zawartych w JEDZu, Zamawiający bowiem nie wezwał do uzupełniania oświadczenia, a jedynie zgodnie z samymi poczynaniami Odwołującego poprosił o wykonawców o wyjaśnienia z uwagi na wątpliwości jakie wzbudził swoimi zabiegami Odwołujący (pisma z dnia 19 grudnia 2016 roku).

Podkreślenia wymaga, że postępowanie prowadzone jest zgodnie z art. 24 aa ustawy, czyli w tzw. „procedurze odwróconej”, w związku z tym Zamawiający pismem z dnia 3 stycznia 2017 roku wezwał wykonawcę K. O. sp. z o.o. na podstawie art. 26 ust. 1 ustawy do złożenia dokumentów, w tym oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 7 do SIWZ – czyli określonego w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia oraz wymaganego od wykonawcy na określonym poziomie postępowania o udzielenie zamówienia, a który to moment wynika z zastosowania procedury odwróconej. Wykonawca K. O. sp. z o.o. złożył dokumenty, w tym oświadczenie zgodne z załącznikiem nr 7 do SWIZ lecz w treści było w nim wskazane, że dotyczy sektora III.

Pismem z dnia 1 lutego 2017 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał do poprawienia oświadczenia złożonego zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWIZ z uwagi na podanie w treści załącznika błędnego sektora (błędnie złożono oświadczenie dla Sektora III). Wykonawca K. O. sp. z o.o. w dniu 2 lutego br. oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWIZ dla sektora V dostarczył Zamawiającemu.

W dniu 11 stycznia 2017 roku Zamawiający wezwał na podstawie art. 26 ust. 2f ustawy wykonawcę K. O. sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień, załączył do wezwania dokument, druk z pytaniami, którego wypełnienia wymagał. Wykonawca K. O. sp. z o.o. w odpowiedzi z dnia 13 stycznia 2017 roku przekazał wypełniony przygotowany przez Zamawiającego druk jednocześnie w piśmie wskazując, że po pierwsze spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a Zamawiający w postępowaniu nie może żądać od niego dokumentów, które nie były określone w SIWZ, czyli nie może żądać niczego innego poza załącznikiem nr 7 do SWIZ.

Zamawiający dnia 20 stycznia 2017 roku wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykonawcę K. O. sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego bazy magazynowo – transportowej przez podanie: daty właściwej na dzień złożenia oferty, podania minimalnej liczby osób jaką zamierza zatrudnić wykonawca oraz podanie daty i numeru umowy oraz okres na jaki umowa została zawarta z uprawnionym podmiotem zewnętrznym wykonującym czynności związane z bieżącą konserwacją i naprawami pojazdów jak również wykonującymi czynności związane z myciem i dezynfekcją pojazdów. Wykonawca K. O. sp. z o.o. 24 stycznia 2017 roku przedstawił poprawione oświadczenie dotyczące bazy magazynowo - transportowej.

Zamawiający postanowił również w trakcie postępowania, czemu dał wyraz w piśmie z dnia 31 stycznia 2017 roku do wykonawcy K. O. sp. z o.o. wskazując na art. 21 ust. 4

ustawy powołać biegłego oraz przeprowadzić wizję lokalną baz magazynowo – transportowych (o czym nadmieniał już w piśmie z dnia 22 grudnia 2017 roku).

Pismem z dnia 8 lutego 2017 roku Zamawiający powiadomił wykonawcę K. O. sp. z o.o. o tym, że wizja lokalna bazy zostanie przeprowadzona 9 lutego 2017 roku o godzinie 13:30.

Pismem z 28 lutego 2017 roku Zamawiający wezwał wykonawcę K. O. sp. z o.o. do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tj.: załącznika nr 7 do SWIZ z uwagi na to, że biegły stwierdził, że wykonawca K. O. sp. z o.o. w wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu (w dniu 13 stycznia 2017 roku) podał brak zatrudnienia czym nie spełnia wymagań określonych w § 2 ust. 2 pkt 5 lit b rozporządzenia oraz w trybie art. 26 ust. 4 wyjaśnienie dotyczące załącznika nr 7 przez udzielenie odpowiedzi na pytania zawarte w odrębnym załączniku.

Wykonawca K. O. sp. z o.o. pismem z 2 marca 2017 roku wyjaśnił Zamawiającemu wątpliwości jakie posiadał biegły, jednocześnie wskazując uchybienia w wezwaniu oraz podał, że uzupełnił już wcześniej załącznik nr 7 do SWIZ.

Ponownie w dniu 6 marca 2017 roku Zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 wezwał wykonawcę K. O. sp. z o.o. do uzupełnienia brakujących dokumentów podmiotu udostępniającego wykonawcy bazę magazynowo – transportową oraz zobowiązania podmiotu K. sp. z o.o. sp.k..

Wykonawca K. O. sp. z o.o. pismem z 7 marca 2017 roku wyjaśnił Zamawiającemu, że spełniając warunki udziału w postępowaniu w postaci posiadania bazy magazynowo – transportowej nie polegał na potencjale podmiotów trzecich, bazą dysponuje na podstawie umowy dzierżawy, tym samym nie ma udostępnienia potencjału podmiotu trzeciego w zakresie bazy magazynowo – transportowej, tym samym nieuprawnione było żądanie dokumentów o których mowa była w wezwaniu. Jednocześnie złożył poprawne zobowiązanie w imieniu K. sp. z o.o. sp.k..

W tym czasie ponownie Odwołujący złożył Zamawiającemu pisma z dnia 4 stycznia 2017 roku wraz z załącznikami oraz z dnia 16 stycznia 2017 roku wraz z załącznikami – idea tych pism sprowadza się do wykazania Zamawiającemu, że powinien wykluczyć wykonawcę K. O. sp. z o.o. z postępowania. Następnie w dniu 17 stycznia 2017 roku Odwołujący ponownie składa pismo Zamawiającemu.

Uwzględniając powyższe ustalenia Izba stwierdziła, że nie doszło do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy przez wielokrotne wzywianie do uzupełnienia tych samych dokumentów, nie doszło również do naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy. Zamawiający, choć dokonując w zupełności niezrozumiałych czynności i nie mających umocowania w postanowieniach SIWZ wezwał K. O. sp. z o.o. jedynie raz do złożenia oświadczeń i dokumentów potwierdzających okoliczności, które wcześniej zostały oświadczone w JEDZ-u. Wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia oświadczenia zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWIZ nastąpiło raz, wtedy, gdy w pierwotnie złożonym oświadczeniu nieprawidłowo podano numer sektora (podane zostało III, a postępowanie dotyczy sektora V). Podkreślenia wymaga również, że sam wykonawca K. O. sp. z o.o. wskazał Zamawiającemu w piśmie z 2 marca 2017 roku, że już uzupełniał oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 7 do SWIZ.

W ocenie Izby, należy mieć na względzie, że Zamawiający w zupełnie niezrozumiały sposób wprowadził do procedury, już na etapie po złożeniu ofert, następne / kolejne wymagania w stosunku do wykonawców – samo złożenie wyjaśnień odnośnie bazy magazynowo – transportowej w postaci formularza zawierającego odpowiedzi na pytania było traktowane przez Zamawiającego w sposób niewłaściwy i nieuprawniony. Nieprawidłowość w podejmowanych decyzjach Zamawiającego polega na tym, że Zamawiający zastosował procedurę z art. 26 ust. 3 ustawy do złożonych wcześniej wyjaśnień, wzywając na tej podstawie prawnej do poprawy oświadczenia (dnia 20 stycznia 2017 roku) do uzupełnienia oświadczenia dotyczącego bazy magazynowo – transportowej przez podanie: daty właściwej na dzień złożenia oferty, podania minimalnej liczby osób jaką zamierza zatrudnić wykonawca oraz podanie daty i numeru umowy oraz okres na jaki umowa została zawarta z uprawnionym podmiotem zewnętrznym wykonującym czynności związane z bieżącą konserwacją i naprawami pojazdów jak również wykonującymi czynności związane z myciem i dezynfekcją pojazdów. Z powyższego w sposób bardzo obrazowy widać, że Zamawiający zastosował wezwanie do uzupełnienia dokumentów, które stosuje się do dokumentów określonych i przewidzianych na etapie ogłoszenia postępowania do uzupełnienia oświadczenia zawierającego wyjaśnienia. Takie postępowanie Zamawiającego w sposób jednoznaczny obrazuje brak zrozumienia podstawowych instytucji Prawa zamówień publicznych, a które również mogło być wynikiem podejmowanych na etapie badania ofert czynności Odwołującego polegających na ciągłym składaniu pism, opinii, żądań w działaniu Zamawiającego. Izba zaznacza, że to Zamawiający jest gospodarzem postępowania, to Zamawiający dokonuje oceny i weryfikacji ofert i oświadczeń złożonych w postępowaniu. W rozpoznawanej sprawie dokumentacja postępowania przedstawiona przez Zamawiającego prowadzi do zgoła odmiennego wniosku, a mianowicie z pism składanych w trakcie prowadzonej procedury przez Odwołującego wynika, że wykonawca ten wskazuje

Zamawiającemu w oparciu o przygotowane przez siebie materiały, że pozostali, inni wykonawcy powinni być wyzwani do składania dokumentów, a wykonawca Odwołujący powinien być poinformowany o tym jak już zostaną złożone dokumenty, aby mógł je zweryfikować; wskazuje również na konieczność wykluczenia wykonawcy K. O. sp. z o.o..

W podnoszonej argumentacji Odwołujący ogólnie, bez wskazania konkretnych dat, konkretnych dokumentów i zakresów tych dokumentów odnosił się do naruszenia art. 26 ust. 3 ustawy. W ocenie Izby chaotyczność przedstawionej w odwołaniu argumentacji jak również w zasadzie jej brak w trakcie rozprawy, a która to wskazywałaby na powtarzalność czynności, ich wielokrotność w zakresie tożsamyh informacji i tożsamyh wymaganyh na etapie ogłoszenia postępowania dokumentów, prowadzą do wniosku, że zarzut ten nie znajduje żadnego uzasadnienia faktycznego, tym samym nie może w ocenie Izby zostać uwzględniony przez Izbę. W ocenie Izby nie doszło również do naruszenia zasad określonyh w art. 7 ust. 1 ustawy w kontekście podnoszonym przez Odwołującego.

W zakresie zarzutu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu (art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy) Izba wskazuje, że zgodnie z § 1 rozporządzenia Ministerstwa Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku *w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości* (Dz. U. z 2013, poz. 122; dalej „rozporządzenie”) określa ono szczegółowe wymagania dla podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, w zakresie: (4) zapewnienia odpowiedniego usytuowania i wyposażenia bazy magazynowo - transportowej. W rozporządzeniu w § 2 ust. 2 wskazano, że w zakresie wyposażenia bazy magazynowo - transportowej należy zapewnić, aby:

- 1) teren bazy magazynowo - transportowej był zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym;
- 2) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu;
- 3) miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych były zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych;
- 4) teren bazy magazynowo -transportowej był wyposażony w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy z dnia 18 lipca 2001 r. – Prawo wodne (Dz. U. z 2012 r. poz. 145, 951 i 1513 oraz z 2013 r. poz. 21);
- 5) baza magazynowo - transportowa była wyposażona w:

- a) miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów,
- b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób,
- c) miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych,
- d) legalizowaną samochodową wagę najazdową – w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów.

W ustępie trzecim tego paragrafu rozporządzenia prawodawca wskazał, że na terenie bazy magazynowo - transportowej powinny znajdować się także, o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej:

- 1) punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
- 2) miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów.

W treści odwołania Odwołujący odnosi się do filmów jakie przekazał Zamawiającemu w trakcie prowadzenia procedury o udzielenie zamówienia publicznego, jednakże w zasadzie nie przedstawia w treści odwołania żadnej zasadnej argumentacji skupiając się na powtarzanych wielokrotnie elementach tj. cytowaniu treści rozporządzenia, referowaniu do treści oświadczeń złożonych Zamawiającemu. Izba podkreśla, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem odrębnym od postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jest postępowaniem spornym pomiędzy Odwołującym, a Zamawiającym przy udziale uczestników postępowania o ile oni zgłoszą swój udział w postępowaniu.

W treści odwołania Odwołujący wskazał, że baza magazynowo – transportowa nie spełnia wymagań rozporządzenia w zakresie zabezpieczenia przed dostępem osób trzecich (§ 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia). Izba wskazuje, że w uzasadnieniu odwołania Odwołujący, po pierwsze, nie podał co też w jego ocenie w dniu 1 stycznia 2017 roku znajdowało się na terenie wskazanej przez wykonawcę K. O. sp. z o.o. bazy jak również nie podał, czego na terenie tej bazy nie było w ocenie Odwołującego. Odwołanie się do filmów, czy to przekazanych Zamawiającemu w trakcie prowadzenia procedury przetargowej, czy też załączone do odwołania nie stanowi wypełnienia ustawowego obowiązku podniesienia i przedstawienia argumentacji faktycznej. Nie jest rzeczą Izby wyszukiwanie faktycznego uzasadnienia i ustalania przyczyn podnoszonego naruszenia. Izba zaznacza, że orzecznictwo sądów powszechnych jak również Krajowej Izby Odwoławczej wskazuje na potrzebę ścisłego odczytywania treści zarzutu, w tym przede wszystkim niedopuszczalność wykraczania poza jego treść. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w G. z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi*

strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.” Na potrzebę ścisłego traktowania pojęcia zarzutu wskazał również Sąd Okręgowy w R. w uzasadnieniu wyroku z dnia 18 kwietnia 2012 r. w spr. o sygn. I Ca 117/12: *„W zakresie postępowania odwoławczego art. 180 ust. 1 i 3 pzp stanowi, że odwołanie które powinno zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której jest zobowiązany na podstawie ustawy. Natomiast w myśl art. 192 ust. 7 pzp KIO nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Z jednej strony zostało więc wprowadzone przedmiotowe ograniczenie dla odwołującego się w postaci niezgodnej z przepisami ustawy czynności zamawiającego, a z drugiej strony dla KIO, które nie może orzekać co do zarzutów niezawartych w odwołaniu. (...) Z analizy powyższych przepisów można wyciągnąć dwa zasadnicze wnioski dla niniejszej sprawy. Po pierwsze, zarówno granice rozpoznania sprawy przez KIO jak i Sąd są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. Sąd w postępowaniu toczącym się na skutek wniesienia skargi jest związany podniesionymi w odwołaniu zarzutami i wyznaczonymi przez nie granicami zaskarżenia.”*

W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej również ugruntowany jest pogląd, że o prawidłowości konstrukcji zarzutu odwołania nie może przesądzać kwalifikacja prawna zaskarżonej czynności, ponieważ ostatecznie to do Izby należy subsumcja stanu faktycznego pod określoną normę prawną, natomiast kluczowe znaczenie ma podanie w treści odwołania uzasadnienia faktycznego, wyczerpującego i zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań (czynności, zaniechań) Zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący.

Izba nie dopuściła dowodów z załączonych do odwołania oraz złożonych na rozprawie nagrań filmów, ponieważ dowody te w zasadzie zostały powołane na okoliczności, które w uzasadnieniu odwołania nie zostały wskazane, co wynika z samej treści uzasadnienia odwołania, w którym (przykładowo) Odwołujący wskazuje: „porównanie materiałów filmowych jednoznacznie wskazuje na brak w dniu 02.01.2017 r. spełnienia wymagań rozporządzenia m.in. w zakresie ogrodzenia, miejsca magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych”. Brak jest w uzasadnieniu odwołania faktycznej argumentacji, opisu, wskazania tego co też te filmy miały przedstawiać i potwierdzać. Odwołujący nie podaje argumentacji odnośnie tego, co w jego ocenie powinno się

znajdować, co jest czy też co było w ramach bazy oraz czego brakowało. Odwołujący ogranicza się jedynie do stwierdzenia, że wykonawca niezgodnie ze stanem faktycznym oświadczył, że baza jest zabezpieczona przed dostępem osób trzecich.

Jednocześnie, a co najważniejsze jest w ocenie Izby dla konstrukcji takiego zarzutu, nie wskazał Odwołujący jak też należy rozumieć ograniczenie dostępu do bazy, jakie działania, czynności, jakie warunki winny być spełnione aby przesłanki rozporządzenia zostały spełnione. Przy czym należy podkreślić, że zarówno wykonawca K. O. sp. z o.o. jak również świadek Pana K. P., który to dowód z zeznań świadka został dopuszczony na wniosek Odwołującego podnosili, że teren spółki N. sp. z o.o. z siedzibą w O., na którym zlokalizowana jest baza magazynowo – transportowa zgodnie z umową dzierżawy z grudnia 2016 roku jest ogrodzony i na ten teren (1,5 ha) wjeżdża się przez bramę, która jest zamykana o godzinie 17:00. Obiekt jest monitorowany i dozorowany przez pracowników w ciągu dnia, a od godz. 17 jest dozorowany przez ochronę, w niedziele i święta również, a ochronie podlega całe 1,5 ha.

Powyższe wskazuje w ocenie Izby w sposób jednoznaczny, że teren bazy magazynowo – transportowej, który zgodnie z wyjaśnieniami świadka zlokalizowany jest na terenie spółki, której świadek jest prezesem był, jest zabezpieczony w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym. Izba zaznacza, że Odwołujący w ogóle nie wskazał w jaki sposób miałyby być wykonane jeszcze inne zabezpieczenie terenu, jak również, co najważniejsze nie wskazał regulacji prawnych, które nakładałyby jakiś szczególny, inny sposób zabezpieczenia bazy przed wstępem osób nieupoważnionych. Trudno bowiem uznać, że właściciel terenu, który dzierżawi wykonawcy K. O. sp. z o.o. teren pod bazę magazynowo - transportową, a na którym to terenie prowadzona jest również działalność spółki własny teren pozostawi bez zabezpieczenia. Izba dopuściła dowód z przedstawionych przez uczestnika postępowania odwoławczego zdjęć (3 zdjęcia), które w sposób jednoznaczny potwierdzają, że teren na którym znajduje się baza magazynowo – transportowa został ogrodzony, jest zamykana brama, zamontowane kamery.

Podkreślenia wymaga również w ocenie Izby, że nagrania (filmy) były przygotowane, nakręcone przez pracownika Odwołującego Pana L., który jak sam przyznał w trakcie zeznań (świadek) nakręcił film na polecenie p. S. J., który jest jego przełożonym. W ocenie Izby, co również ma niebagatelne znaczenie dla dokonanej oceny przydatności nagrań (filmów) nakręconych w bazie Tyrowo istotny jest fakt, że Pan L., co także oświadczył w trakcie zeznań *raz w tygodniu tankuje tam samochód prywatny lub odbiera faktury firmowe* na terenie spółki N. sp. z o.o. z siedzibą w O.. *Wyjaśnił, że podjeżdża pod dystrybutor, tankuje się, odbiera fakturę, płaci i wyjeżdża tą samą drogą co wjechał. Dodaje, że nie jeździ po terenie całej bazy bo nie ma po co.* W ocenie Izby sam fakt tego, że świadek, który nakręcił filmy w bazie w T.

nie był tam pierwszy raz, jest stałym bywalcem tego miejsca, w którym załatwia sprawy służbowe jak również tankuje prywatny samochód powoduje, że przedstawione nagrania (filmy) z bazy Tyrowo nie przedstawiają przypisywanej im wartości. Izba zaznacza, że gdyby Odwołujący przedstawił wraz z nagraniami oświadczenie, pozwolenie od wściciela, zarządcy nieruchomości, że wyraża on zgodę na dokonanie nagrań na jego terenie to powodowałoby, że nagrania te byłyby wartościowe, bowiem wtedy na tych nagraniach pozbyłoby zawrzeć informacje jakie świadek Pana K. P. przedstawił w trakcie rozprawy. Izba oddaliła wniosek o przeprowadzenie dowód z nagrań, poza brakiem wskazania faktycznych okoliczności w uzasadnieniu odwołania (o czym mowa wyżej) również i z powodu wykonania tych nagrań bez złożenia jednocześnie jakichkolwiek informacji o wyrażeniu zgody na te nagrania przez właścicieli, zarządców, dysponentów nieruchomości.

Izba zaznacza również, że zgodnie z zeznaniami świadka Pana K. P. w zawnioskowanym dowodzie z załączonego do odwołania dokumentu „Pytanie w sprawie bazy magazynowo – transportowej” świadek nie zmienił daty oświadczenia jak również parafa na dokumencie nie jest parafą świadka, jednakże świadek oświadczył, że miał wiedzę w zakresie dokonanych zmian w dacie, natomiast zaaprobował swoim podpisem zmian w dokumencie odnośnie pomieszczeń socjalnych dla pracowników, czym potwierdził liczbę 7. Istotne natomiast z punktu oceny złożonego przez Odwołującego dokumentu jest stanowisko świadka, który wskazał, że *traktuje to pismo jako ankietę, (...). Świadek wyjaśnił, że ta ankietka to wynik rozmowy z osobą na temat funkcjonowania bazy. Natomiast sytuacja zmienia się diametralnie w momencie gdy jakiś podmiot chce podjąć współpracę, a nie tylko dyskutować wtedy podejmuje się działania w celu określenia zidentyfikowania możliwości logistycznych funkcjonowania obiektu. Świadek dodał również, że w grudniu 2016 r., czyli w czasie, gdy zawarł z K. O. sp. z o.o. stosowną umowę, nie umawiał się z K. O. sp. z o.o. na konkretne miejsce na teren swojej bazy, czego również nie ma w umowie, jednocześnie wyjaśnił, że 1/3 terenu całej bazy to są place utwardzone oraz dodał, że wykonawca może po uzgodnieniu dowolnie wybrać miejsce na terenie bazy to podlega wewnętrznym ustaleniom pomiędzy stronami umowy.* Mając na względzie brak faktycznej argumentacji Odwołującego w uzasadnieniu odwołania Izba uznała, że również ten dowód, dodatkowo w obliczu zeznań świadka nie potwierdza stanowiska prezentowanego przez Odwołującego.

K. O. sp. z o.o. w trakcie rozprawy wskazywał, że już w poprzednich latach spółka N. sp. z o.o. z siedzibą w O. (w roku 2013) zawarła umowę dzierżawy ze spółką K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w E. umowę dzierżawy na prowadzenie bazy magazynowo – transportowej, co wynika z zawnioskowanego w trakcie rozprawy przez wykonawcę K. O. sp. z o.o. dowodu – Protokołu kontroli (data podpisania protokołu 13 listopada 2014 roku). W ocenie Izby dowód ten nie dotyczy obecnie rozstrzyganej sprawy, a traktuje o stanie rzeczy przeszłym,

nieodnoszącym się do obecnie prowadzonego postępowania. Dowód ten potwierdza fakt zaistnienia kiedyś pewnych okoliczności, jak również spełnienie w tamtym czasie określonych i kontrolowanych wymagań i zaświadcza tylko tyle. W ocenie Izby nie ma to żadnego znaczenia dla rozpoznania przedmiotowej sprawy, dlatego też dowód ten Izba uznała za nieprzydatny.

Odwołujący wskazał w odwołaniu, że wykonawca K. O. sp. z o.o. wskazał, że podmiot zewnętrzny poza terenem bazy, który ma zajmować się myciem i dezynfekcją pojazdów to Myjnia samochodowa K. C. O., umowa z dnia 1 grudnia 2016 roku (§ 2 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia). Odwołujący powołał dowód z oświadczenia, które załączył do odwołania, a pochodzące od K. C., zgodnie z którym, w ocenie Odwołującego oświadczył on, że nie prowadzi działalności w zakresie dezynfekcji pojazdów. W ocenie Izby dowód ten nie może zostać uznany przez Izbę z uwagi na to, że po pierwsze nie został podpisany przez K. C.; pieczęć w pierwszej linii oświadczenia z 16 stycznia 2017 roku i paraafa jaka została tam zamieszczona nie są złożone pod treścią oświadczenia, które znajduje się w drugiej linii. Po drugie, oświadczenie to nie jest w ocenie Izby jednoznaczne, bowiem nie jest tak, że jednoznacznie dokonano skreślenia słowa „prowadzi”, ponieważ w zasadzie wygląda to tak jakby słowo „prowadzi” było podkreślone, a nie skreślone. Po trzecie, w trakcie rozprawy Odwołujący wskazał, że osobiście uzupełniał to oświadczenie, jak również podkreślał, że takie otrzymał od ww. osoby. Izba zaznacza, że to Odwołujący za pomocą dokumentów chciał dowieść okoliczności, na które wskazał, tym samym dokumenty te powinny być jednoznaczne i podpisane, czego nie można powiedzieć o złożonym oświadczeniu. Natomiast załączony do odwołania wydruk z Centralnej Ewidencji Działalności Gospodarczej jest dokumentem z dnia 30 marca 2017 roku, natomiast oświadczenie złożone przez K. O. sp. z o.o. odnosiło się do stanu na dzień 1 stycznia 2017 roku. Izba w tym miejscu wskazuje, że zgodnie z Protokołem kontroli (data podpisania protokołu 13 listopada 2014 roku), złożonych w poczet materiału dowodowego przez K. O. sp. z o.o., K. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa z siedzibą w E. zabezpieczyła mycie i dezynfekcję pojazdów ciężarowych służących do odbioru i transportu odpadów komunalnych w Myjni Samochodowej K. C. w O. (w tym zakresie dowód ten Izba postanowiła dopuścić). Izba stwierdziła, że w obliczu tak niejednoznacznych, niepodpisanych dowodów oraz braku powołania dowodu z zeznań świadka, co przy tak niejednoznacznym oraz niepodpisanym oświadczeniu z 16 stycznia 2017 roku byłoby jak najbardziej słuszne, jak również mając na uwadze, że podmiot kwestionowany przez Odwołującego był już, choć wcześniej i w zakresie innej umowy, kontrolowany – Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał niezapewnienia miejsca do mycia i

dezynfekcji pojazdów, jak również nie wykazał, aby w tym zakresie zostało złożone oświadczenie wprowadzające Zamawiającego w błąd.

W zakresie pozostałych argumentów podnoszonych w trakcie rozprawy, a dotyczących braku miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz braku pomieszczeń socjalnych odpowiadających liczbie osób zatrudnionych, oraz pozostałych podnoszonych na rozprawie argumentów jak również wynikających z pisma Odwołującego oraz załączonych opinii, Izba wskazuje, że Odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji faktycznej w odwołaniu.

Izba wskazuje, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Zakres rozstrzygnięcia – zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy wyznacza treść odwołania – kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zgodnie z treścią art. 180 ust. 3 ustawy (analogicznie stanowi § 4 *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*), odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Tym samym należy podkreślić, że właśnie określone w ww. przepisie wymogi konstrukcyjne odwołania przesądzają, że treść zarzutu nie jest ograniczona wyłącznie do twierdzeń zawartych we wstępnej części odwołania (petitum), a dotyczy również okoliczności faktycznych zawartych w sformułowanej przez Odwołującego argumentacji. Odwołanie powinno wyrażać zastrzeżenia wobec dokonanych przez Zamawiającego czynności lub zaniechań, co oznacza obowiązek zaprezentowania przez Odwołującego nie tylko podstawy prawnej takich zastrzeżeń, ale przede wszystkim argumentacji odnoszącej się postulowanej oceny. Oznacza to zatem konieczność odniesienia się do elementów stanu faktycznego, jak również podjętych czynności lub zaniechań Zamawiającego w taki sposób, który pozwoli na uznanie, że podniesione zostały konkretne zarzuty wobec tych czynności lub zaniechań przypisanych Zamawiającemu. Warto zaznaczyć, że z postawionymi zarzutami skorelowane jest żądanie, kierowane w związku z podnoszonymi nieprawidłowościami w działaniu Zamawiającego. Ono to bowiem wyznacza zakres rozstrzygnięcia przez Krajową Izbę Odwoławczą – w myśl § 34 ust. 1 powołanego *rozporządzenia w sprawie regulaminu postępowania przy rozpatrywaniu odwołań*, orzeczenie wydawane przez Krajową Izbę Odwoławczą zawiera, w przypadku wyroku, rozstrzygnięcie o żądaniach stawianych przez

Odwołującego – co po myśli art. 192 ust. 3 pkt 2) i 3) ustawy, następuje z urzędu – rozstrzygnięcie o karze finansowej, unieważnieniu umowy w całości bądź w części, o skróceniu okresu obowiązywania umowy albo o stwierdzeniu naruszenia przepisów ustawy. Powyższe wskazuje jednoznacznie, że odwołanie musi dla swojej skuteczności w zakresie poprawności jego złożenia konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń.

Zaznaczając, że odwołanie nie może mieć charakteru ogólnego, a powinno konkretyzować zarzuty, nakierowane na uwzględnienie odpowiadających im żądań; wskazywać okoliczności faktyczne i prawne, które pozwalają na dokonanie oceny zasadności tych zarzutów, w rozpoznawanej sprawie odwołanie w zakresie wskazanych naruszeń nie zawierało wszystkich koniecznych elementów, co zostało wykazane powyżej. Izba wskazuje, co wymaga podkreślenia, a co związane jest z podejmowanymi w trakcie postępowania odwoławczego czynnościami przez Strony postępowania Odwoławczego, że odwołanie zawierające precyzyjne i jednoznaczne zarzuty pozwala na przygotowanie się Stron postępowania do rozprawy jak również może być podstawą do uwzględnienia odwołań w całości przez Zamawiającego, a co wiąże się z konkretnymi czynnościami procesowymi (art. 186 ust. 2 ustawy), bądź uwzględnienia poszczególnych zarzutów wniesionego odwołania, co również może oddziaływać na sytuację procesową. Lakoniczne, ogólne wskazanie w uzasadnieniu okoliczności faktycznych bez podania argumentacji, lub tak jak w tym przypadku brak argumentacji a jedynie ogólne odwoływanie się do treści przepisów i treści złożonego oświadczenia konkurencyjnego wykonawcy nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski.

Przedstawiona na rozprawie przez Odwołującego argumentacja jak również pismo procesowe wraz z załączonymi opiniami technicznymi stanowią nową, niezawartą w odwołaniu argumentację, i w zasadzie stanowiącą uzasadnienie faktyczne podniesionych we wstępnej części odwołania naruszenia przepisów. Zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zaznaczyć należy, że to właśnie argumentacja merytoryczna, czyli odnosząca się do istoty sprawy stanowi uzasadnienie faktyczne podnoszonych naruszeń w zakresie poszczególnych przepisów, w sumie tworząc zarzuty. Przedstawienie na rozprawie danej argumentacji merytorycznej – czy to do protokołu, czy też w piśmie procesowym - nie może być poczytywane za uzupełnienie postawionych zarzutów, bowiem nie prowadzi ono do dowodzenia czegoś co już zostało wykazane, lecz do wykazania faktów, które na moment złożenia odwołania nie były podane. Uznanie argumentacji zawartej w piśmie złożonym przez Odwołującego i jego rozszerzonej argumentacji przedstawionej na rozprawie prowadziłoby do przywrócenia Odwołującemu terminu na przedstawienie dodatkowych, nowych zarzutów, co jest niedopuszczalne

w świetle obowiązujących przepisów, bowiem termin na wniesienie odwołania jest nieprzywracany.

Podkreślić należy, że w orzecznictwie wskazuje się, że postępowanie odwoławcze jest postępowaniem kontradyktoryjnym. Istota kontradyktoryjności zawiera się natomiast w ograniczeniu roli organu/sądu prowadzącego postępowanie, a pozostawieniu inicjatywy w zakresie podejmowanych czynności stronom - uczestnikom postępowania, które zaangażowane są w spór. To strony - uczestnicy postępowania wyznaczają zakres rozpoznania sprawy, składając odpowiednie wnioski o charakterze dyspozytywnym (na gruncie postępowania cywilnego - pozew, lub wniosek w postępowaniu nieprocesowym, a w postępowaniu przed Krajową Izbą Odwoławczą - odwołanie). Ten wniosek rozpoczynający spór między stronami wyznacza zakres rozstrzygnięcia postępowania, określa jego ramy, wskazując zarazem intencje Odwołującego. Poznanie pełnej, właściwej treści zarzutów, żądań, okoliczności faktycznych i prawnych oraz załączonych dowodów zawartych w odwołaniu złożonym w terminie określonym przez prawo, pozwala na prawidłową ocenę zarzutów.

Izba wskazuje również, że niezasadny jest wniosek K. O. sp. z o.o. zgłoszony w trakcie rozprawy, że *po stronie Odwołującego jest brak interesu w uzyskaniu zamówienia, brak wypełnienia przesłanek z art. 179 pzp i wyjaśnia, że kwota jaką prezentuje Zamawiający na realizację jest niższa od ceny ofertowej Odwołującego.*

Izba wskazuje, że legitymacja do wniesienia odwołania warunkowana jest koniecznością poszukiwania ochrony prawnej przed nieuzasadnionym pozbawieniem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, uzyskania takiego zamówienia. Odwołanie stanowi środek ochrony prawnej skierowany na zmianę sytuacji wykonawcy wnoszącego odwołanie w danym postępowaniu, na moment jego wniesienia. Wykonawcy ubiegający się o to zamówienie, którzy złożyli ofertę są podmiotami świadczącym usługi stanowiące przedmiot zamówienia, tym samym mają podstawy do kwestionowania czynności Zamawiającego.

Podniesienie przez K. O. sp. z o.o., że Odwołujący nie posiada interesu we wniesieniu odwołania wskazuje na brak zrozumienia po jego stronie mechanizmów ustawy Prawo zamówień publicznych. Ustalono, że w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia kwotę 5 791 894,38 zł brutto, natomiast oferta Odwołującego opiewa na kwotę – 5 819 869,44 zł brutto. Izba podkreśla, że dla skuteczności wniesienia odwołania i wykazania spełnienia przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy nie ciąży na Odwołującym ustawowy obowiązek wykazania, że Zamawiający jest w stanie zabezpieczyć kwotę odpowiadającą kwocie ofertowej. Możliwość podniesienia kwoty przez Zamawiającego bądź nie, nie jest

przedmiotem odwołania i nie mieści się w czynnościach z 24 marca 2017 roku. Zamawiający dotychczasowo nie podejmował decyzji co do zabezpieczenia, zwiększenia kwoty i nie podlegało to dotychczasowo weryfikacji wykonawców zawartej w odwołaniu.

W zakresie zarzutów odwołania dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę
R. O. spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa
z siedzibą w O. (dalej: R. O. sp. z o.o. sp. k.)

Zarzuty podniesione przez Odwołującego w stosunku do wykonawcy R. O. sp. z o.o. sp. k. są przedwczesne.

Izba wskazuje, co nie było sporne między stronami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, że przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone było w trybie przetargu nieograniczonego w procedurze „odwróconej” zgodnie z art. 24 aa ustawy.

Zgodnie z art. 24aa ust. 1 ustawy Zamawiający może, w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, najpierw dokonać oceny ofert, a następnie zbadać, czy wykonawca, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Z powyższego w sposób jednoznaczny wynika, że Zamawiający dokonuje oceny ofert wszystkich wykonawców, a efektem tej oceny ofert jest ocena oferty najkorzystniejszej i ocena wykonawcy, który tą ofertę złożył pod kątem braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia z postępowania oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Izba wskazuje, że możliwa i dopuszczona jest rezygnacja z prowadzenia postępowania na podstawie art. 24aa ustawy, jednakże musi ona nastąpić przed terminem składania ofert jak również musi być jednoznacznie przedstawiona podmiotom chcącym ubiegać się o zamówienie; niedopuszczalna jest dorozumiana rezygnacja z procedury „odwróconej” jak również rezygnacja z tej procedury po terminie składania ofert.

Procedura ta polega zatem na tym, że zamawiający w toku czynności oceny ofert nie dokonuje podmiotowej oceny wszystkich wykonawców (ocena spełniania warunków udziału w postępowaniu, braku podstaw do wykluczenia), nie badając nawet wszystkich wstępnych oświadczeń wykonawców, składanych w szczególności w formie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W pierwszej kolejności dokonuje on oceny ofert pod kątem przesłanek odrzucenia oferty (art. 89 ust. 1 ustawy Pzp) oraz kryteriów oceny ofert opisanych w SIWZ, po czym dopiero wyłącznie w odniesieniu do wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza (uplasowała się na najwyższej pozycji rankingowej),

dokonyje oceny podmiotowej wykonawcy, tj. bada oświadczenie wstępne, a następnie żąda przedłożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 lub 2 ustawy Pzp. (źródło: www.uzp.gov.pl).

Tym samym na moment ogłoszenia wyniku postępowania z zastosowaniem art. 24aa ustawy Zamawiający ocenił oferty wszystkich wykonawców oraz dokonał oceny podmiotowej jedynie wykonawcy, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza – i w tym zakresie Odwołujący skutecznie może podnosić zarzuty odwołania. Podnoszona przez Odwołującego argumentacja nie jest powiązana z zaniechaniami czy też czynnościami Zamawiającego ponieważ w zakresie tego wykonawcy, Zamawiający nie podejmował decyzji co do wykazania bądź nie przez R. O. sp. z o.o. sp. k. warunków udziału w postępowaniu czy też stwierdzenia istnienia bądź braku zaistnienia przesłanek do wykluczenia z postępowania. Skoro Zamawiający nie dokonał oceny podmiotowej – co jest zgodne z procedurą odwróconą - nie sposób zarzucić mu zaniechanie bądź niezgodne z ustawą działanie.

Izba wskazuje, że Odwołujący w sposób nieprecyzyjny i wybiórczy, bez wskazania faktycznej argumentacji pomina fakt, że wezwanie z którego skorzystał Zamawiający w trybie art. 26 ust. 2 f ustawy odnosiło się do złożenia oświadczenia, które to oświadczenie przygotowane było przez Zamawiającego, który załączył do wezwania dokument, druk z pytaniami, którego wypełnienia wymagał. Izba podkreśla, że w tej samej dacie takie wezwanie zostało skierowane również do wykonawcy K. O. sp. z o.o.. W treści odwołania Odwołujący wskazał, że złożone dokumenty Zamawiający ocenił, ale nie podał, nie wskazał Odwołujący w jakim dokumencie Zamawiający zawarł wynik tej oceny oraz jakie to dokumenty były oceniane, nie wskazał również do przedstawienia jakich dokumentów – których wymagał w SWIZ – Zamawiający wezwał R. O. sp. z o.o. sp. k. . Ocena w stosunku do wykonawcy K. O. sp. z o.o. jest zawarta w piśmie z 24 marca 2017 roku zawierającym informację o wyborze oferty najkorzystniejszej. Natomiast w stosunku do R. O. sp. z o.o. sp. k. Odwołujący nie wskazał takiego dokumentu.

Podejmowanie przez Zamawiającego działania w trakcie badania i oceny ofert odbiegały od zasadniczego sposobu prowadzenia postępowania. W ocenie Izby wszystkie te chaotyczne działania Zamawiającego doprowadziły jedynie do zaciemnienia obrazu postępowania, czego wynikiem jest chociażby zarzut Odwołującego w stosunku do R. O. sp. z o.o. sp. k..

W zakresie zarzutów odwołania dotyczącego zaniechania zbadania podmiotów udostępniających swoje zasoby na podstawie art. 22a ust. 1 ustawy

W ocenie Izby zarzut ten jest niezasadny.

Odwołujący podnosząc zdawkową argumentację faktyczną próbował wykazać, że pozostali

wykonawcy, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą magazynowo – transportową, w szczególności w zakresie stanowiska do mycia i dezynfekcji pojazdów dysponowali udostępnionymi zasobami podmiotów trzecich, których weryfikacji nie dokonał Zamawiający. Odwołujący wskazał, że Zamawiający powinien dokonać oceny oświadczeń wstępnych podmiotów trzecich (art. 25a ust. 3 ustawy) – w tym stanie rzeczy podmiotów użyczających bazy oraz podmiotów wskazanych jako właściwe do dezynfekcji i mycia pojazdów.

W ocenie Izby taka argumentacja Odwołującego wskazuje na brak zrozumienia instytucji ustawowych, do których referuje Odwołujący. Izba podziela stanowisko reprezentowane przez Zamawiającego w złożonym piśmie procesowym, wskazuje jednocześnie, że zgodnie z SIWZ wykonawca winien był wykazać się posiadaniem bazy magazynowo – transportowej spełniającej wymagania określone przez Zamawiającego, a wynikające z obowiązujących przepisów prawa. Wykonawca K. O. sp. z o.o. wskazał, że dysponuje taką bazą, a podstawą dysponowania jest umowa dzierżawy zawarta ze spółką N. sp. z o.o. z siedzibą w O. Izba podziela stanowisko prezentowane przez Zamawiającego, a ugruntowane już w orzecznictwie, że przy tego typu umowie wykonawca dysponuje tą bazą jak właściciel i nie mam w tym zakresie mowy o udostępnieniu potencjału przez podmiot trzeci. W zakresie wskazanego podmiotu, który będzie realizował część związaną z myciem i dezynfekcją pojazdów Izba podziela również argumentację Zamawiającego. Warunek jakiegoś spełnienia miał wykazać się wykonawca dotyczył bazy magazynowo – transportowej, a nie poszczególnych jej elementów zgodnie z rozporządzeniem. Nadmienić należy, że same przepisy rozporządzenia wskazują, że mycie i dezynfekcja pojazdów może odbywać się poza terenem bazy. Całościowo, w zakresie bazy magazynowo – transportowej wykonawca miał wykazać spełnienie warunku – co też w ocenie Izby uczynił. Pokreślić należy w ocenie Izby również, że w tym postępowaniu mają niebagatelne znaczenie przepisy ustawy z dnia 13 grudnia 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Natomiast podejście jakie próbuje wykazać za właściwe Odwołujący sprowadza się do weryfikacji każdego podmiotu, który współpracuje z wykonawcą, któremu powierza on wykonanie na swoją rzecz i w swoim imieniu pewnych czynności, prac, usług.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 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. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

