

Sygn. akt: KIO 1009/17

**WYROK**  
z dnia 9 czerwca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Magdalena Grabarczyk**

**Emil Kawa**

**Protokolant: Piotr Ceglowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 czerwca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 maja 2017 r. przez wykonawcę **L. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **L. C., P. U.-H. „M.-T.” w K.**

w postępowaniu prowadzonym przez **Oddział Wojewódzki Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Zachodniopomorskiego w S.**

przy udziale wykonawcy **M. S.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **M. S. T. P. w K.**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **L. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **L. C., P. U.-H. „M.-T.” w K.** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **L. C.**, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą **L. C., P. U.-H. „M.-T.” w K.** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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 **Szczecinie**.

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Oddział Wojewódzki Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Zachodniopomorskiego w S. – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „zakup fabrycznie nowych, średnich samochodów pożarniczych”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 17 marca 2017 r., nr 2017/S 054-099343.

11 maja 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy L. C., prowadzącemu działalność gospodarczą pod nazwą L. C., P. U.-H. „M.-T.” w K., zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. S. T. P. w K., zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) czynności wyboru oferty przystępującego jako najkorzystniejszej,
  - 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
  - 3) alternatywnie wobec zaniechania czynności wezwania przystępującego do wyjaśnienia okoliczności nienależytego wykonania zamówienia w tym także przeprowadzenia procedury samooczyszczenia pod kątem zbadania, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp
- odwołujący wniósł 22 maja 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust. 3, art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez wybór jako najkorzystniejszej oferty przystępującego, wobec którego istnieją przesłanki wykluczenia z postępowania,
- 2) art. 7 ust. 1 oraz art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp przez złożenie przez przystępującego w treści Jednolitego Dokumentu Zamówienia Publicznego (JEDZ) oświadczenia, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego pomimo, że przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie publiczne, zaś od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia nie upłynęły 3 lata, co powinno skutkować stwierdzeniem, że przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu,

3) art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności polegającej na wezwaniu przystępującego do wyjaśnienia okoliczności nienależytego wykonania zamówienia w tym także przeprowadzenia procedury samooczyszczenia pod kątem zbadania, czy wykonawca ten podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) wykluczenia z postępowania przystępującego oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
- 3) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania;  
alternatywnie
- 4) wezwania przystępującego do złożenia wyjaśnień i uzupełnień w zakresie nienależytego wykonania umowy to jest dokonania czynności samooczyszczenia;
- 5) ponownego badania i ocenę oferty przystępującego pod kątem ewentualnego samooczyszczenia;
- 6) powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród niepodlegających odrzuceniu ofert złożonych przez wykonawców niepodlegających wykluczeniu z postępowania.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący podniósł, że przystępujący w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Wykonawca ten, w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie, którego przedmiotem była dostawa 15 sztuk samochodów ratowniczo-gaśniczych (numer referencyjny sprawy. ZP- 1/2016). Zamawiającym we wskazywanej sprawie był Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego im. generała Stanisława Taczaka z siedzibą w P. (dalej zwane „Wielkopolskie OSP”) . Zamówienie to było realizowane w ramach projektu pn. Projekt RFWP.04.01.05-30-0015/15 pn. Wsparcie systemu ratownictwa chemiczno-ekologicznego i służb ratowniczych Województwa Wielkopolskiego na wypadek wystąpienia zjawisk katastrofalnych lub poważnych awarii poprzez zakup samochodów dla OSP w ramach KSRG - etap I. W ramach realizacji umowy przystępujący zobowiązał się do dostarczenia 15 średnich samochodów ratowniczo - gaśniczych w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31 grudnia 2016 roku. Zamówienie nie zostało zrealizowane należycie. Realizacja zamówienia nastąpiła dopiero pod koniec miesiąca stycznia 2017 roku. Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia nie przewidywała wprowadzania zmian w zakresie

terminu realizacji. Nie było zatem formalnej możliwości przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Powyższe wynikało także z umowy o dofinansowanie zawartej pomiędzy zamawiającym (Oddziałem Wojewódzkim Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego) a Województwem Wielkopolskim. Odwołujący argumentował, że na skutek nieterminowej realizacji zamówienia przez przystępującego, doszło do wstrzymania finansowania tego zamówienia przez Województwo Wielkopolskie. Na obecnym etapie, sprawę prowadzi Prokuratura Regionalna w Poznaniu, która zabezpieczyła wszelkie dokumenty związane z przedmiotową sprawą. Jak się bowiem okazało, na skutek opóźnienia w dostawie pojazdów przez przystępującego, osoba funkcyjna ze strony zamawiającego, dążąc do otrzymania dofinansowania, co było możliwe wyłącznie w przypadku, gdyby pojazdy dostarczono w terminie umownym to jest do 31 grudnia 2016 roku, poświadczyła nieprawdę w protokole przyjęcia wpisując datę z grudnia 2016 roku zamiast faktycznej daty odbioru pojazdów. Protokół ten został podpisany także przez przedstawiciela przystępującego. Istotną dla oceny stopnia zawinienia przystępującego okolicznością jest fakt, że znając termin realizacji zamówienia oraz wiedząc, że w treści umowy o realizację zamówienia nie zawarto klauzuli zmieniającej, która pozwoliłaby na późniejsze wykonanie dostawy, w dniu 18 listopada 2016 roku dożył on ofertę. Stało się to na około sześć tygodni przed końcowym terminem realizacji zamówienia. Oferta przystępującego była jedyną złożoną w postępowaniu. Oznacza to, że inni przedsiębiorcy działający na rynku pojazdów ratowniczo - gaśniczych (w tej liczbie także odwołujący), nie zdecydowali się na uczestnictwo w postępowaniu na tak ustalonych zasadach. Składając ofertę przewidującą realizację zamówienia na piętnaście pojazdów, przystępujący winien był posiadać faktyczne i realne możliwości realizacji tego zamówienia w terminie umownym oraz odpowiednio się do tej realizacji umowy przygotować. Do zawarcia umowy doszło 8 grudnia 2016 roku. Będąc doświadczonym przedsiębiorcą oraz posiadając wiedzę, że złożył jedyną ofertę, przystępujący powinien był zintensyfikować przygotowania do realizacji zamówienia. Uprawnionym jest pogląd, że przystępujący składając ofertę, a także w konsekwencji tego faktu, zawierając umowę na realizację przedmiotowego zamówienia, działał w zamiarze ewentualnym nienależytego wykonania zamówienia do czego w rezultacie doszło. Jeżeli tak nie było, to oznacza, że zlekceważono kwestię oceny ryzyka kontraktowego co wskazywałoby na niedbalstwo i rażącą niestaranność zawodową w omawianym zakresie.

Odwołujący wywiódł, że zgodnie z art. 355 § 1 kc dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę

ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Argumentował, że należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę a w konsekwencji tego faktu, zawiera umowę w sprawie zamówienia aby był w pełni przygotowany technicznie, organizacyjnie w tym materiałowo do realizacji zamówienia. Wykonawca taki nie może powoływać się na zakłócenia w komunikacji z zamawiającym pojawiające się na końcowym etapie realizacji umowy ani żadne inne problemy nie będące skutkiem klęsk żywiołowych, ataków terrorystycznych, wojen lub innych okoliczności mieszczących się w pojęciu sytuacji nadzwyczajnej lub też siły wyższej. Komunikacja wewnętrzna wykonawcy, jego komunikacja z klientem, dostawcami i podwykonawcami mieści się w obszarze kultury organizacji zaś zapewnienie bezzakłóceniowej realizacji zawartych kontraktów publicznych w profesjonalnej firmie produkcyjnej jaką jest przystępujący winno wynikać z wewnętrznych procedur zakładowych takiego wykonawcy oraz jej odporności na zwykłe zakłócenia. Realizacja umowy nie jest bowiem zjawiskiem wyrwanym z kontekstu działalności, przypadkowym ani jednorazowym. Do realizacji zwykłej umowy wystarczy zatem zachowanie, normalnej na tym poziomie profesjonalizmu, staranności. Uprawnionym jest zatem pogląd, że każde odstępstwo od warunków kontraktowych powstałe w toku realizacji stosunków umownych w przypadku zamówień publicznych, gdzie następuje selekcja wykonawców ze względu na ich potencjał, stanowi przypadek rażącej i zawinionej niestaranności. Co nie mniej istotne, podejmując określone zobowiązanie umowne i nie wykonując go należycie, przystępujący pozbawił Wielkopolskie OSP możliwości sfinansowania zakupu w sposób przewidziany przez zamawiającego. Może to doprowadzić to do szkód w wysokości kwoty dofinansowania, które na obecnym etapie zostało wstrzymane do wyjaśnienia sprawy. Co istotne w okolicznościach przedmiotowej sprawy, informacja o sposobie finansowania została zawarta w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ. Samo postawienie pojazdów do dyspozycji Wielkopolskich OSP w miesiącu styczniu 2017 roku, nie naprawia tego aktu niestaranności zawodowej. Przystępujący domaga się bowiem zapłaty za dostarczone pojazdy. Oczywiście w normalnej sytuacji, gdyby nie doszło do wstrzymania finansowania na skutek nienależytego wykonania zamówienia, co doprowadziło do naruszenia przez Wielkopolskie OSP jako beneficjenta, umowy o dofinansowanie, świadczenie pieniężne powinno zostać spełnione. Nadal zresztą obowiązek taki na Wielkopolskich OSP ciąży. Jednak dążenie do uzyskania zapłaty przez przystępującego wskazuje bezpośrednio na brak jakichkolwiek działań zmierzających do wyrównania szkody powstałej na skutek utraty dofinansowania. Należna za dostawę kwota sięgająca kilkunastu milionów złotych przekracza własne możliwości płatnicze Wielkopolskich OSP. Sam przystępujący najwyraźniej nie przyjmuje do swojej świadomości faktu, że przyjęcie do realizacji określonej umowy i niewykonanie tej umowy z należyłą starannością w okolicznościach przedmiotowej sprawy powinno skutkować wdrożeniem u takiego wykonawcy procedur sanacyjnych prowadzących do samooczyszczenia.

Odwołujący podniósł, że zaistniałych faktach zawiadomił zamawiającego. Przesłał takie wnioski o powtórzenie czynności badania i oceny ofert. Według wiedzy odwołującego na dzień złożenia odwołania, zamawiający nie wszczął procedury wyjaśniającej zaistniałe okoliczności. Wskazał, że w treści rozdziału III SIWZ: „Warunki udziału w postępowaniu”, w ustępie 2: Sytuacja podmiotowa, podpunkt 1, zamawiający zamieścił fakultatywne przesłanki wykluczenia z postępowania. Pod literą b), drugie tiret zapisano, że zamawiający wykluczy wykonawcę, który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych. Nie ulega zatem wątpliwości, że przesłanka wykluczenia z postępowania opisana w art. 24 ust. 5 pkt 2 ma zastosowanie w przedmiotowym postępowaniu.

Odwołujący argumentował, że w przypadku zastosowania przez określoną instytucję zamawiającą takich fakultatywnych, „krajowych” podstaw wykluczenia, wykonawcy wypełniając JEDZ, są zobowiązani w części III, litera „C” „Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniem zawodowym”, odpowiedzieć na pytanie zawarte w wierszu czwartym: „Czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego”? JEDZ wymaga, aby w przypadku udzielenia odpowiedzi twierdzącej, wykonawca podał szczegółowe informacje na ten temat. Wykonawca powinien odpowiedzieć na pytanie czy przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia, a jeżeli tak, to powinien opisać, jakie to są środki. Informacje zawarte w JEDZ mają istotne znaczenie w ocenie przez zamawiającego, czy wykonawca nie podlega wykluczeniu z postępowania. O doniosłości oświadczenia wykonawcy w JEDZ świadczy treść rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (załącznik nr 1). Podanie nieprawdziwych informacji powinno zatem wywierać skutek w postaci wykluczenia takiego wykonawcy z uwagi na to, że w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu. Przystępujący zaznaczył, że „NIE” jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Nie skorzystał także z możliwości samooczyszczenia jaką stwarza treść JEDZ. Uczynił to działając w świadomości, że ledwie przed czterema miesiącami nienależycie wykonał zamówienie przyczyniając się do możliwości powstania szkody w wysokości dofinansowania zakupu przez Wielkopolskie OSP. Gdyby przystępujący przyznał, że popełnił akt niestaranności zawodowej, ale nie złożył informacji samooczyszczających, wówczas aktualny byłby obowiązek wezwania do uzupełnienia JEDZ w zakresie brakujących informacji o samooczyszczeniu. Taka sytuacja jednakże nie ma miejsca w przedmiotowej sprawie. Odwołujący wywiódł, że niedopuszczalne jest zastępowanie informacji nieprawdziwych informacjami prawdziwymi.

Uzasadnione jest to koniecznością bezwzględnego stosowania przepisów ustawy i w konsekwencji eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez umożliwienia mu uzupełnienia dokumentów. Skutkiem tego działania było wprowadzenie w błąd zamawiającego co do możliwości udzielenia zamówienia temu wykonawcy. Błąd ten bowiem polegał na przyjęciu przez zamawiającego, że przystępujący nie podlega wykluczeniu podczas gdy w rzeczywistości jest inaczej. Skutkiem tego wprowadzenia w błąd był wybór oferty przystępującego jako najkorzystniejszej. Przedstawienie tej nieprawdziwej informacji było wynikiem zamierzonego działania (winy umyślnej) lub rażącego niedbalstwa (kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej). Koniecznym jest bowiem przyjęcie, że występujący zawodowo na rynku zamówień publicznych przedsiębiorca, jakim jest przystępujący, znakomicie zdaje sobie sprawę z obowiązującego prawa, posiada umiejętność prawidłowej oceny zjawisk rynkowych w tym także własnych przewinień do jakich doszło w wyniku nienależytej realizacji umowy.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący podniósł, że jeżeli zamawiający uznałby, że nie ma pewności co do zaprezentowanych mu informacji dotyczących uprzednio wybranego przystępującego, winien był w trybie art. 26 ust. 4 ustawy wezwać takiego wykonawcę do wyjaśnień. Odwołujący zwracał uwagę, że zamawiający będąc członkiem tego samego Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP co Wielkopolskie OSP, posiada znacząco większe od ogółu osób możliwości weryfikacji zarzutów odwołującego chociażby przez uzyskanie oświadczeń osób funkcyjnych prowadzących ze strony tego podmiotu sprawę nieprawidłowo zrealizowanych dostaw. Niezależnie od powyższego zamawiającemu przysługują przewidziane prawem narzędzia dostępu do informacji publicznej. Zamawiający nie ma prawa pomijać posiadanych informacji, których potwierdzenie mogłoby skutkować wykluczeniem wykonawcy z postępowania, gdyż zachowanie takie może prowadzić wprost do bezprawnego udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu z naruszeniem procedur ustawy co oprócz wskazanych wcześniej przepisów narusza dodatkowo art. 7 ust. 3 ustawy. Z ostrożności odwołujący wskazał na ewentualny obowiązek wezwania do uzupełnienia JEDZ w zakresie oświadczenia o niestaranności zawodowej wraz z uzupełnieniem informacji dotyczących samooczyszczenia. W takim przypadku ewentualny wybór oferty czy też wykluczenie z postępowania będzie mogło nastąpić w wyniku jeszcze nie dokonanej czynności nowej, wobec której będą przysługiwały wykonawcom (w tym odwołującemu) kolejne środki ochrony prawnej. Przedmiotem oceny będzie bowiem wówczas stan sprawy, który powstanie po przyjęciu wyjaśnień oraz ewentualnych uzupełnień (a nie stan istniejący w chwili obecnego ogłoszenia o wyniku postępowania).



Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W odpowiedzi, jak również w trakcie posiedzenia i rozprawy, przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca M. S., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą M. S. T. P. w K. Wniósł o odrzucenie, ewentualnie o oddalenie odwołania. W trakcie posiedzenia i rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 10 maja 2017 r., pisma odwołującego skierowane do zamawiającego z 11 i 12 maja 2017 r. wraz z załącznikami, odwołanie, załączniki do odwołania, odpowiedź na odwołanie, załączniki do odpowiedzi na odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron i uczestnika postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę M. S., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą M. S. T. P. w Kielcach, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba oddaliła wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp. Stosownie do przywołanego przepisu *Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy*. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wywiódł, że nie jest podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp, o którym mowa w art. 3 ust. 1 Pzp i że – w jego przypadku - może znaleźć co najwyżej zastosowanie przepis art. 3 ust. 3 pzp, który stanowi, że *podmioty, o których mowa w ust. 1, przyznając środki finansowe na dofinansowanie projektu, mogą uzależnić ich przyznanie od*

zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Argumentował, że powyższego nie zmienia błędne pouczenie o prawie skorzystania z odwołania do Izby zamieszczone zarówno w SIWZ jak i w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych;
- 2) inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej;
- 3) inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:
  - a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego

- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności;
- 3a) związki podmiotów, o których mowa w pkt 1 i 2, lub podmiotów, o których mowa w pkt 3;
- 4) inne niż określone w pkt 1-3a podmioty, jeżeli zamówienie jest udzielane w celu wykonywania jednego z rodzajów działalności, o której mowa w art. 132, a działalność ta jest wykonywana na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych albo jeżeli podmioty, o których mowa w pkt 1-3a, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na nie dominujący wpływ, w szczególności:
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji lub,
  - c) posiadają ponad połowę głosów wynikających z udziałów albo akcji, lub
  - e) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego;
- 5) inne niż określone w pkt 1-4 podmioty, jeżeli zachodzą następujące okoliczności:
  - a) ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w pkt 1-3a,
  - b) wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

c) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

Izba stwierdziła, że zamawiający - Związek Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Oddział Wojewódzki w S. jest jednostką terenową Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej z siedzibą w W.

Zdaniem Izby, nie może być on uznany za jednostką sektora finansów publicznych, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 z zw. z art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Jest on bowiem prywatnym stowarzyszeniem, posiadającym osobowość prawną, zrzeszającym ochotnicze straże pożarne i inne osoby prawne (§ 1 statutu, złożonego w trakcie posiedzenia). Nie jest zatem żadną z jednostek sektora finansów publicznych, których wyczerpującą definicję zawiera art. 9 ustawy o finansach publicznych.

Według Izby, zamawiający nie jest również podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp. Nie ulegało wątpliwości, że zamawiający posiada osobowość prawną (art. 17 ustawy o stowarzyszeniach, § 1 ust. 1 statutu), a po drugie, nie jest jednostką państwową. Członkami stowarzyszenia są bowiem ochotnicze straże pożarne, będące jednostkami niepaństwowymi i inne osoby prawne (por. § 1 ust. 2 statutu).

Nie było także sporne, że zamawiający nie jest podmiotem sektorowym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 4 pzp, choćby z tego powodu, że zamówienie nie jest udzielane w celu realizacji działalności, o której mowa art. 132 Pzp (przedmiotem zamówienia jest dostawa wozów strażackich na rzecz ochotniczych straży pożarnych), a działalność nie jest wykonywana na podstawie praw wyłącznych lub szczególnych.

Nie można było również uznać zamawiającego za podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp, choćby z tego powodu, że przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane, a dostawy.

W tej sytuacji do rozważenia pozostała kwestia możliwości zakwalifikowania zamawiającego, jako podmiot o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp. Przepis ten stanowi implementację do prawa krajowego instytucji tzw., „podmiotu prawa publicznego”, o którym mowa w art. 2 ust. 1 pkt 4 *dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE*. Powyższe oznacza konieczność interpretowania ww. przepisu prawa krajowego zgodnie z brzmieniem i celem dyrektywy a także z uwzględnieniem bogatego orzecznictwa TS UE w tym zakresie. *W wyroku z dnia 13 stycznia 2005 r. w sprawie C-84/03 Komisja Wspólnot Europejskich v. Hiszpania, Zb. Orz. 2005, s. I-00139, Trybunał Sprawiedliwości potwierdził, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem podmiot prawa publicznego - pojęcie z zakresu*

*prawa unijnego, któremu należy nadać wykładnię autonomiczną i jednolitą w całej UE - jest zdefiniowany z funkcjonalnego punktu widzenia jedynie przez trzy warunki o charakterze łącznym wymienione obecnie w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE. W celu uznania danego podmiotu prawa prywatnego za podmiot prawa publicznego w rozumieniu komentowanej dyrektywy należy zbadać jedynie, czy spełnia on łącznie wymienione wyżej trzy przesłanki. Prywatnoprawny charakter takiego podmiotu nie stanowi kryterium mogącego być samodzielną podstawą wykluczenia go z zakresu podmiotowego dyrektywy 2014/24/UE (zob. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj Europejskie Prawo zamówień publicznych. Wolters Kluwer Warszawa 2016, 3. wydanie, s. 114).*

Zdaniem Izby, twierdzenia zamawiającego, że nie został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego pozostawały w sprzeczności z celami statutowymi zamawiającego wynikającymi z § 8 statutu i ujawnionymi w dziale 3 w rubryce 3 informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z rejestru stowarzyszeń z 6.6.2017 r. Jak wynika z ww. postanowień celem związku jest:

- 1) działania na rzecz ochrony życia, zdrowia, mienia i środowiska przed pożarami, klęskami żywiołowymi i zagrożeniami ekologicznymi lub innymi miejscowymi zagrożeniami.*
- 2) rzecznictwo i reprezentowanie członków związku wobec organów administracji publicznej oraz udzielanie im pomocy w realizacji zadań statutowych,*
- 3) wykonywanie zadań z zakresu ochrony przeciwpożarowej, przeciwpowodziowej, ratownictwa i bezpieczeństwa powszechnego zleconych przez organy administracji publicznej,*
- 4) współtworzenie i opiniowanie aktów normatywnych dotyczących ochrony przeciwpożarowej,*
- 5) działanie na rzecz ochrony środowiska,*
- 6) informowanie o występujących zagrożeniach pożarowych i innych zagrożeniach miejscowych oraz sposobie ich zapobiegania,*
- 7) rozwijanie i upowszechnianie kultury, sztuki, ochrony dóbr kultury oraz tradycji,*
- 8) rozwijanie i krzewienie kultury fizycznej i sportu,*
- 9) wychowanie dzieci i młodzieży, ze szczególnym uwzględnieniem wychowania dla bezpieczeństwa,*
- 10) przeciwdziałanie wykluczeniu społecznemu oraz dyskryminacji osób i grup społecznych,*
- 11) rozwijanie współpracy regionalnej i międzynarodowej,*
- 12) działania na rzecz integracji europejskiej i rozwijania kontaktów oraz współpracy między społecznościami*
- 13) promowanie inicjatyw i liderów lokalnych,*

- 14) inicjowanie i promowanie dialogu społecznego oraz rozwoju społeczeństwa obywatelskiego,
- 15) podtrzymywanie tradycji narodowej, obywatelskiej i kulturowej
- 16) wspomaganie rozwoju wspólnot i społeczności lokalnych
- 17) upowszechnianie wiedzy i umiejętności na rzecz bezpieczeństwa państwa,
- 18) niesienie pomocy humanitarnej ofiarom katastrof i klęsk żywiołowych, konfliktów zbrojnych i wojen w kraju oraz za granicą.

Okoliczność, że zamawiający może także prowadzić działalność gospodarczą nie oznacza jeszcze, że w ten sposób traci przymiot podmiotu prawa publicznego. Po pierwsze, już z samego statutu wynika, że działalność ta ma mieć charakter pomocniczy, gdyż może być prowadzona „w rozmiarach służących realizacji jego celów statutowych” (vide § 5 statutu). Ponadto, jak wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, fakt prowadzenia działalności gospodarczej nie wyklucza kwalifikacji podmiotu utworzonego w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym za podmiot prawa publicznego. *Utworzenie przedsiębiorstwa w celu zaspokajania takich potrzeb nie oznacza, że jedynym i wyłącznym przedmiotem jego działalności musi być pełnienie takiej funkcji. Obok realizacji zadań o charakterze publicznym może ono prowadzić działalność gospodarczą na ogólnych zasadach, przy czym nie jest istotne, w jakim rozmiarze działalność ta jest prowadzona w stosunku do działalności polegającej na zaspokajaniu potrzeb w interesie ogólnym. (...) Zdaniem Trybunału - wyrażonym w wyroku Mannesmann - uzależnienie uznania danej jednostki za podmiot prawa publicznego od stosunku pomiędzy zakresem prowadzonej działalności komercyjnej a zakresem zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym stanowiłoby interpretację niezgodną z zasadą prawnej pewności, która wymaga, by reguły prawa unijnego były jasne i przejrzyste, a ich zastosowanie było przewidywalne przez wszystkie podmioty, których dotyczą. (zob. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj Europejskie Prawo zamówień publicznych. Wolters Kluwer Warszawa 2016, 3. wydanie, s. 115-116).*

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że gołosłowne pozostały twierdzenia zamawiającego, jakoby inne podmioty prawa publicznego lub podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 lub art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp, bezpośrednio lub pośrednio, nie finansowały zamawiającego w ponad 50%. Z § 69 statutu złożonego przez zamawiającego wynikało jedynie, że przychody zamawiającego powstają z następujących źródeł:

- a) składki członkowskie,
- b) dotacje, darowizny, spadki, zapisy,
- c) dochody z własnej działalności gospodarczej,
- d) dochody z majątku Związku,
- e) dywidendy należne związkowi z tytułu uczestnictwa w spółkach kapitałowych,

- f) środków przekazanych przez instytucje ubezpieczeniowe i inne podmioty,
- g) ofiarności publicznej.

Zamawiający nie przedstawił jednak żadnych dokładniejszych danych czy źródła te nie pochodzą w ponad połowie choćby pośrednio od innych podmiotów prawa publicznego lub podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 Pzp.

Jak wskazuje się w doktrynie i orzecznictwie TS UE, *Kolejne wskazówki dotyczące sposobu interpretacji omawianego pojęcia można znaleźć w wyroku TSUE z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk i in. v. GEWA Gesellschaft für Gebäudereinigung und Wartung mbH, Zb. Orz. 2007, s. I-11173. Zadane pytanie prejudycjalne zmierzało do ustalenia, czy przesłanka finansowania jest spełniona, gdy działalność nadawców publicznych, utworzonych w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, jest finansowana w przeważającej części z opłat nałożonych, obliczanych i pobieranych od osób prywatnych według zasad określonych w prawie krajowym. Trybunał zważył, że finansowanie nie musi mieć charakteru bezpośredniego, czyli środki na działalność nie muszą być przekazywane wprost przez państwo lub inną jednostkę publiczną, a analizowana przesłanka powinna być interpretowana w sposób funkcjonalny. W pierwszej kolejności Trybunał wskazał, że podstawa omawianej opłaty, zapewniającej w przeważającej części finansowanie działalności nadawców, została ustanowiona w umowie państwowej dotyczącej działalności nadawczej, a zatem w akcie prawa publicznego. Została ona przewidziana oraz nałożona z mocy prawa i nie wynika ze stosunku umownego zawartego pomiędzy nadawcami a konsumentami. (...)*

*Pojęcie „finansowania” dotyczy przekazywania środków przez państwo lub innych zamawiających bez wzajemnego świadczenia. Przekazywane środki zapewniają zaspokajanie potrzeb w interesie ogólnym, a poprzez fakt ich przekazania - nawet pośredni - państwo lub inna instytucja zamawiająca zachowuje możliwość wpływu na daną jednostkę (zob. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj Europejskie Prawo zamówień publicznych. Wolters Kluwer Warszawa 2016, 3. wydanie).*

Biorąc pod uwagę powyższe poglądy doktryny i orzecznictwa TSUE, dostrzeżenia wymaga, że szeroko rozumiane Państwo, w drodze ustawy, nakazało zakładom ubezpieczeń przekazywanie Zarządowi Głównemu Związku Ochotniczych Straży Pożarnych 50% kwoty, stanowiącej 10% sumy wpływów uzyskanych z tytułu obowiązkowego ubezpieczenia od ognia. Co istotne, środki te mogą być przeznaczane wyłącznie na cele ochrony przeciwpożarowej. Powyższe wynika z art. 38 i art. 39 ustawy o ochronie przeciwpożarowej. Ponadto zamawiający sam przyznał, że finansowanie publiczne ma miejsce na poziomie ochotniczych straży pożarnych, będących członkami związku. Natomiast jednym ze źródeł finansowania zamawiającego są składki członkowskie ochotniczych straży pożarnych. W tym kontekście dostrzeżenia wymaga, że zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 14 ustawy o samorządzie

gminnym, jednym z zadań własnych gmin (będących podmiotami o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp) jest zapewnienie ochrony przeciwpożarowej. Z kolei z art. 32 ustawy o ochronie przeciwpożarowej wynika, że koszty wyposażenia, utrzymania, wyszkolenia i zapewnienia gotowości bojowej ochotniczej straży pożarnej ponosi gmina. Gmina ma również obowiązek:

- 1) bezpłatnego umundurowania członków ochotniczej straży pożarnej;
- 2) ubezpieczenia w instytucji ubezpieczeniowej członków ochotniczej straży;
- 3) ponoszenia kosztów okresowych badań lekarskich.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że co najmniej dwa główne źródła finansowania zamawiającego (przekazy od instytucji ubezpieczeniowych i składki członkowskie) pochodzą bezpośrednio lub pośrednio od podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 i pkt 2 Pzp. Nie zostało zaś wykazane, aby finansowanie to osiągnęło poziom poniżej 50%, gdyż zamawiający nie przedstawił Izbie żadnych dowodów, choć to on z tego faktu wywodził skutek prawny w postaci konieczności odrzucenia odwołania. Wobec powyższego Izba stwierdziła, w braku dowodu przeciwnego, że zamawiający jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp i art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy. W konsekwencji wniosek zamawiającego o odrzucenie odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp podlegał oddaleniu.

Izba stwierdziła, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący został sklasyfikowany na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał czynności wykluczenia odwołującego skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takiej czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Ustalono, że przedmiotem zamówienia jest zakup fabrycznie nowych, średnich samochodów pożarniczych.

W części III pkt 2 ppkt 1 lit. b) SIWZ zamawiający wskazał, że *o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który nie podlega wykluczeniu z postępowania, w okolicznościach, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 1, 2, 4 ustawy Pzp tzn.: wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1, 2 i 4 ustawy Pzp podlega wykonawca:*

*(...) - który w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą stosownych środków dowodowych,*

*- który, z przyczyn leżących po jego stronie, nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego lub umowę koncesji, zawartą z zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy Pzp, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania.*

W części III pkt 5 ppkt 1 SIWZ zastrzeżono, że w celu wstępnego potwierdzenia, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, z powodów określonych w pkt 2 ppkt 1 oraz spełnia warunki udziału w postępowaniu, o których mowa w pkt 3, wykonawca dołącza do oferty aktualne na dzień składania ofert oświadczenie w formie jednolitego dokumentu sporządzonego zgodnie z wzorem standardowego formularza określonego w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy 2014/24/UE oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy 2014/25/UE.

Do upływu terminu składania ofert swą ofertę złożył przystępujący i odwołujący.

Ustalono także, że przystępujący załączył do swej oferty m.in. oświadczenie JEDZ. W części III JEDZ (podstawy wykluczenia) w pkt C (podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi) w wierszu 3 wykonawca ten na pytanie „czy wykonawca jest winien poważnego wykroczenia zawodowego” zaznaczył odpowiedź „NIE”. W części VI (oświadczenia końcowe) przystępujący złożył oświadczenie „niżej podpisany oficjalnie oświadcza, że informacje podane wyżej w częściach II – V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd”.

Ustalono również, że zamawiający pismem z 10 maja 2017 r. przesłał odwołującemu zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego. Oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu.

Ustalono także, że 11 maja 2017 r. odwołujący przesłał zamawiającemu pismo, w którym informował, że przystępujący, jego zdaniem podlega wykluczeniu z postępowania w trybie art. 24 ust. 5 pkt 2 Pzp. W piśmie tym informował, że przystępujący w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nienależycie wykonał zamówienie, którego przedmiotem była „Dostawa 15 szt. samochodów ratowniczo-gaśniczych.” Numer referencyjny: ZP-1//2016. Zamawiającym we wskazywanej sprawie był Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego im. generała Stanisława Taczaka z siedzibą w P.

Na skutek wskazanego naruszenia, może dodatkowo dojść do szkody w majątku Zamawiającego w postaci wstrzymania dofinansowania przez Instytucje Pośredniczącą



*(Województwo Wielkopolskie). Zamówienie było realizowane w ramach projektu pn. Projekt RPWP.04.01.05-30-0035/15 pn. Wsparcie systemu ratownictwa chemiczno-ekologicznego i służb ratowniczych Województwa Wielkopolskiego na wypadek wystąpienia zjawisk katastrofalnych lub poważnych awarii poprzez zakup samochodów dla OSP w ramach KSRG - etap 1 (\*)*

*W ramach realizacji umowy Firma Stolarczyk zobowiązała się do dostarczenia 15 średnich samochodów ratowniczo - gaśniczych w nieprzekraczalnym terminie do dnia 31 grudnia 2016 roku. Zamówienie nie zostało zrealizowane należyście. Realizacja zamówienia nastąpiła dopiero pod koniec miesiąca stycznia 2017 roku. Umowa w sprawie przedmiotowego zamówienia nie przewidywała wprowadzania zmian w zakresie terminu realizacji. Nie było zatem formalnej możliwości przedłużenia terminu wykonania zamówienia. Powyższe wynikało także z umowy o dofinansowanie zawartej pomiędzy Zamawiającym (Oddziałem Wojewódzkim Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego) a Województwem Wielkopolskim.*

*Na skutek nieterminowej realizacji zamówienia przez Firmę Pana S., doszło do wstrzymania finansowania tego zamówienia przez Województwo Wielkopolskie. Na obecnym etapie, sprawę prowadzi Centralne Biuro Antykorupcyjne, które zabezpieczyło wszelkie dokumenty związane z przedmiotową sprawą. Jak się bowiem okazało, na skutek opóźnienia w dostawie pojazdów przez Firmę S., osoba funkcyjna ze strony Zamawiającego, dążąc do otrzymania dofinansowania, co było możliwe wyłącznie w przypadku, gdyby pojazdy dostarczono w terminie umownym to jest do 31 grudnia 2016 roku, poświadczyła nieprawdę w protokole przyjęcia wpisując datę z grudnia 2016 roku zamiast faktycznej daty odbioru pojazdów. Protokół ten został podpisany także przez przedstawiciela Firmy S.*

*Istotną dla oceny stopnia zawinienia Firmy S. okolicznością jest fakt, że znając termin realizacji zamówienia oraz wiedząc, że w treści umowy o realizację zamówienia nie zawarto klauzuli zmieniającej, która pozwoliłaby na późniejsze wykonanie dostawy w dniu 18 listopada 2016 roku złożył on ofertę. Stało się to ledwie na kilka tygodni przed końcowym terminem realizacji zamówienia. Oferta Firmy S. była jedyną ofertą złożoną, w postępowaniu. Oznacza to, że inni przedsiębiorcy działający na rynku pojazdów ratowniczo - gaśniczych, nie zdecydowali się na uczestnictwo w postępowaniu. Składając ofertę przewidującą realizację zamówienia na piętnaście pojazdów Pan S. winien był posiadać faktyczne i realne możliwości realizacji tego zamówienia w terminie umownym. Do zawarcia umowy doszło 8 grudnia 2016 roku. Będąc doświadczonym przedsiębiorcą oraz posiadając wiedzę że złożył jedyną ofertę, Pan S. powinien był zintensyfikować przygotowania do realizacji zamówienia. Uprawnionym jest pogląd, że Pan M. S. składając ofertę a także w konsekwencji tego zawierając umowę na realizację przedmiotowego zamówienia, działał w zamiarze ewentualnym nienależytego wykonania zamówienia. Co najmniej przyjmował taką*

ewentualność jako dopuszczalną. Jeżeli tak nie było, to oznacza że zlekceważył kwestię oceny ryzyka kontraktowego co oznacza niedbalstwo i rażącą niestaranność zawodową w omawianym zakresie. Doszło do opóźnień skutkujących nienależytym wykonaniem zamówienia.

Dowody w przedmiotowej sprawie powinien posiadać Zamawiający to jest Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego z siedzibą w Poznaniu. Ze swojej strony zwróciliśmy się do tego Podmiotu z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej a także z szeregiem pytań mających na celu wyjaśnienie zaistniałych faktów. W przypadku pozyskania następných informacji, będziemy Państwa zawiadamiać na bieżąco. Pozwalamy sobie zwrócić uwagę, że zatajając powyższe fakty, wykonawca M. S. wprowadził Państwa w błąd co do braku podstaw wykluczenia z postępowania. Wykonawca Firma S. winien był wskazać w JEDZ iż jest winien poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, co podważa jego uczciwość oraz za przepisem art. 24 ust. 8 ustawy pzp dokonać samooczyszczenia, przedstawiając dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody poprzez zadośćuczynienie pieniężne za doznaną krzywdę, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. Zamiast tego zataił obciążające go fakty. Powyższe aktualizuje przesłankę art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy pzp.

Do pisma załączono m.in. informację ze strony internetowej [gloswielkopolski.pl](http://gloswielkopolski.pl) zawierającą artykuł prasowy „Afera OSP: Strażak zawinił, S. zamrozili”. W artykule tym wskazano m.in., że w zeszłym roku wielkopolska OSP ogłosiła przetarg na dostawę 35 wozów. Do końca 2016 roku 15 tzw. samochodów średnich miała dostarczyć firma S. z K. 20 tzw. samochodów lekkich, na podwoziu P. przygotowywała firma z C. (...) Jaka jest prawda. Strażacy rzeczywiście odebrali sprzęt po 1 stycznia, ale niekoniecznie z winy obu firm. Przypomnijmy, że firma S. z K. miała dostarczyć do wielkopolskiego zarządu OSP 15 tzw. wozów średnich. Byliśmy gotowi na terminowe przekazanie 15 aut. 27 grudnia podpisaliśmy zresztą akt przekazania własności. Ale strażacy ociągali się z faktycznym odbiorem. Poszczególne komendy OSP, choć miały to zrobić, nie przekazywały swojego sprzętu do montażu. Gdy w styczniu w naszej firmie pojawili się funkcjonariusze CBA, zaraz wezwałem strażaków do fizycznego odbioru wozów – opowiada M. S., właściciel kieleckiego przedsiębiorstwa. Z kolei wynagrodzenia dla firm S. w dużej mierze miało pochodzić z dotacji unijnej. I choć do tej firmy nikt nie ma zastrzeżeń, ona stała się ofiarą zamieszania. Firma czeka na zapłatę ponad 11 mln zł. Wypłatę 9,7 mln zł, prawie całości kwoty, zablokował Urząd Marszałkowski rozdzielający unijne dotacje.

Do odwołania odwołujący załączył wydruk ogłoszenia o zamówieniu z 12 października 2016 r. (2016/S 197-354818) na dostawę 15 sztuk samochodów ratowniczo-gaśniczych (nr referencyjny ZP-1/2016 prowadzonego przez Oddział Wojewódzki Związku ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego. Z pkt II.2.7 ogłoszenia wynika, że okres obowiązywania zamówienia określono jako „koniec: 31/12.2016”. Z pkt II.2.13 ogłoszenia wynika, że zamówienie dotyczy projektu/programu finansowanego ze środków Unii Europejskiej nr projektu RPWP.04.01.05-30-0015/15. Z pkt IV.2.7 ogłoszenia wynika, że termin składania ofert ustalono na 18.11.2016 r.

Do odwołania załączono także SIWZ w ww. postępowaniu na dostawę 15 szt. Samochodów ratowniczo-gaśniczych z października 2016 r. Z rozdziału I pkt 3 SIWZ wynika, że zamówienie jest współfinansowane ze środków strukturalnych Unii Europejskiej. W rozdziale III tej SIWZ wskazano, że ostateczny termin wykonania zamówienia to 31 grudnia 2016 r. Z rozdziału X ww. SIWZ wynika, że termin składania ofert wyznaczono na 18 listopada 2016 r.

Do odwołania załączono także załącznik nr 4 do ww. SIWZ (wzór umowy). Wzór ten zawiera m.in. następujące postanowienia.

#### *§2 Przedmiot umowy*

- 1. Wykonawca zobowiązuje się przenieść na Użytkowników własność i wydać Użytkownikom 15 nowych średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem uterenowionym 4x4 ..... (marka, typ pojazdu). Szczegółowy opis techniczny samochodów znajduje się w załączniku nr 3 (opis parametrów techniczno-użytkowych zawartych w ofercie na dostawę) do SIWZ (załącznik nr 1 do nn. umowy), które stanowią jej integralną część oraz przeprowadzi szkolenie z zakresu obsługi sprzętu w swojej siedzibie dla Użytkowników*
- 2. Dostarczone pojazdy muszą być nowe i opatrzone przez producenta rokiem produkcji 2016.*
- 3. Zamawiający zobowiązuje się do odebrania wspólnie z Użytkownikami przedmiotu umowy i do zapłacenia Wykonawcy ceny określonej w § 3 nn. umowy*

#### *§ 4 Termin wykonania przedmiotu umowy*

- 1. Strony ustalają termin wykonania przedmiotu umowy do dnia ..... 2016 r.*
- 2. Przez termin wykonania przedmiotu umowy należy rozumieć datę faktycznego odbioru przedmiotu umowy.*

#### *§ 5 Odbiór techniczno-jakościowy, faktyczny, oraz szkolenie dotyczące przedmiotu umowy*

- 1. Wykonawca zawiadomi Zamawiającego pisemnie z odpowiednim wyprzedzeniem o dacie odbioru techniczno – jakościowego samochodu(ów). Termin, o którym mowa*

powyżej Wykonawca powinien wyznaczyć w taki sposób, aby Zamawiający mógł przystąpić do odbioru techniczno - jakościowego w ciągu 2 dni roboczych od daty zawiadomienia.

2. Upiływ 2 - dniowego okresu przystąpienia do odbioru, o którym mowa w ust. 1 nie może nastąpić później niż na 17 dni przed terminem wykonania przedmiotu umowy, o którym mowa w § 4. Strony dopuszczają zawiadomienie w formie faksu, przy czym wiążące jest zawiadomienie, jeśli odbiorca faksu niezwłocznie potwierdził jego otrzymanie również w formie faksu.
3. Odbiór techniczno – jakościowy samochodu(ów) odbędzie się w siedzibie Wykonawcy w terminie, o którym mowa w ust. 1.
4. Protokół odbioru techniczno – jakościowego poszczególnych samochodów zostanie sporządzony w 2 egzemplarzach, po jednym egzemplarzu dla Wykonawcy i Zamawiającego, wraz ze wskazaniem terminu dokonania odbioru faktycznego.
5. W przypadku stwierdzenia podczas odbioru techniczno – jakościowego usterek, Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego ich usunięcia lub wymiany samochodu na wolny od usterek. W takim przypadku zostanie sporządzony protokół o stwierdzonych usterekach w 2 egzemplarzach, po 1 egzemplarzu dla każdej ze stron i podpisany przez obie strony. Ustęp ten nie narusza postanowień dotyczących kar umownych i odstąpienia od umowy.
6. W przypadku stwierdzenia podczas odbioru techniczno – jakościowego, że przedstawiony samochód(y) nie odpowiadają opisowi zawartemu w załączniku nr 1 do niniejszej umowy Wykonawca zobowiązuje się do niezwłocznego dokonania zmian w pojeździe zgodnie z opisem. W takim przypadku zostanie sporządzony protokół o stwierdzonych odstępstwach od opisu zawartego w załączniku nr 1 do niniejszej umowy, w 2 egzemplarzach, po 1 egzemplarzu dla każdej ze stron i podpisany przez obie strony. Ustęp ten nie narusza postanowień dotyczących kar umownych i odstąpienia od umowy.
7. Odbioru techniczno – jakościowego dokona co najmniej 1 przedstawiciel Zamawiającego w obecności, co najmniej 1 przedstawiciela Wykonawcy.
8. Odbiór faktyczny samochodu(ów) odbędzie się w siedzibie Wykonawcy najpóźniej w terminie określonym w § 4. Odbioru faktycznego samochodu dokona co najmniej 1 przedstawiciel Zamawiającego i jeden przedstawiciel Użytkownika, w obecności, co najmniej 1 przedstawiciela Wykonawcy. Protokół odbioru faktycznego, podpisany przez obie strony, zostanie sporządzony w 3 egzemplarzach, po jednym egzemplarzu dla każdej ze stron.

1. Jeżeli Wykonawca:

- a) wykona przedmiot umowy z opóźnieniem w stosunku do terminu wykonania umowy określonego w § 4 umowy,
- b) nie przystąpi w terminie do przeprowadzenia odbioru techniczno – jakościowego,
- c) nie przystąpi w terminie do przeprowadzenia odbioru faktycznego i szkolenia,
- d) nie dostarczy w terminie któregośkolwiek dokumentu wymaganego zgodnie z treścią § 6 umowy;
- e) nie przystąpi w terminie do wykonywania napraw, zgodnie z zapisami § 7 ust. 4 umowy,
- f) nie wykona napraw w terminie wskazanym w § 7 ust. 4 umowy,

Wykonawca zapłaci Zamawiającemu kary umowne w wysokości 0,15 % wartości brutto pojazdów, których wydanie, odbiór, bądź naprawa dotyczy, za każdy dzień opóźnienia.

2. Jeżeli zwłoka Wykonawcy w dotrzymaniu terminów, o których mowa w ust. 1 lit. a- d przekroczy 3 dni, Zamawiający ma prawo odstąpić od umowy.

3. W przypadku określonym w ust. 2 Wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną w wysokości 30% ceny brutto wskazanej w § 3 ust. 2 umowy.

Do odwołania załączono ogłoszenie o udzieleniu zamówienia z 13 grudnia 2016 r. nr 2016/S 240-437321 dot. ww. postępowania. Z pkt V.2.3. ogłoszenia wynika, że zamówienia udzielono przystępującemu.

Do odwołania załączono wydruk ze strony internetowej remiza.com, zawierający artykuł „Marszałek wstrzymał dotacje dla Wielkopolskiej OSP”. Jak wynika z treści tego artykułu, został napisany na podstawie „Głos Wielkopolski”. W artykule tym poinformowano m.in., że Marszałek Województwa Wielkopolskiego wstrzymał dotację dla Wielkopolskiej OSP. Chodzi o postępowania przetargowe Oddziału Wojewódzkiego ZOSP RP województwa wielkopolskiego na zakup piętnastu średnich i dwudziestu lekkich samochodów ratowniczo-gaśniczych, dostarczone zostały przez firmę S. i I.-C. Jak się okazało doszło do fałszerstwa w dokumentacji. Z papierów wynika, że strażacy odebrali samochody pod koniec 2016 roku, tak jednak nie było, samochody średnie fizycznie zostały odebrane dopiero pod koniec stycznia, a lekkie w lutym br. Do kłamstwa przyznał się A. J. Dyrektor Zarządu Wykonawczego ZOSP Rp w P. Nie będę ukrywał: poświadczyłem nieprawdę w dokumentach, że te auta dojechały w terminie. Gdybym tego nie zrobił, przepadłaby dotacja – powiedział dziennikarzom Głosu Wielkopolskiego.

Do odwołania załączono także wydruk ze strony internetowej gazetaprawna.pl, zawierający artykuł prasowy z 16 stycznia 2017 r. zatytułowany „Poznań: CBA bada sprawę zakupu wozów strażackich dla OSP w Wielkopolsce”, napisany na podstawie źródła PAP. W treści tego artykułu napisano.

*W śledztwie poznańskiej prokuratury CBA bada sprawę zakupu wozów strażackich, które miały trafić do wielkopolskich remiz OSP, ale dotąd nie zostały nabyte. Według CBA, Skarb Państwa narażono na szkodę znacznych rozmiarów i stracono kontrolę nad realizacją zamówień. Wydział Komunikacji Społecznej CBA podał w poniedziałek, że do OSP w regionie miały trafić samochody ratowniczo gaśnicze: 20 sztuk lekkich i 15 średnich wozów o łącznej wartości ponad 16 mln zł. Biuro podało, że choć termin dostawy minął, samochody nie zostały wykonane i dostarczone, a za rzekomo wykonane zamówienie wypłacono ok. 3 mln zł. CBA ustaliło, że urząd marszałkowski zdążył wstrzymać wypłatę 13 mln zł. Zdaniem CBA, Skarb Państwa został narażony na szkodę znacznych rozmiarów, stracono kontrolę nad realizacją zamówień i możliwością nałożenia na wykonawców umownych kar finansowych z tytułu niedotrzymania terminów. Śledztwo prowadzone jest przez poznańską delegaturę Biura pod nadzorem Prokuratury Regionalnej w Poznaniu. Dotyczy ono wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu publicznym dysponowanym przez Oddział Wojewódzkiego Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP Województwa Wielkopolskiego oraz przedłożenia poświadczającej nieprawdę dokumentacji dotyczącej realizacji zamówień publicznych.*

*Rzecznik prasowy Prokuratury Regionalnej w Poznaniu prok. Jacek Pawlak powiedział w poniedziałek PAP, że śledztwo wszczęto 10 stycznia. "Postępowanie jest w tej chwili na wstępnym etapie. Podstawą do jego wszczęcia były materiały własne CBA. Trwa gromadzenie dokumentacji. Na razie nie udzielamy szerszych informacji, są planowane dalsze czynności procesowe" - powiedział PAP prok. Pawlak. Poznańscy agenci Centralnego Biura Antykorupcyjnego przeszukali i zabezpieczyli dokumenty w 35 wielkopolskich remizach OSP, do których miały trafić specjalistyczne samochody. Dokumentacje dotyczącą tego zamówienia zabezpieczono w instytucjach współorganizujących i finansujących zakup pojazdów, w tym m.in. w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Wielkopolskiego, oraz w firmach zajmujących się produkcją specjalistycznych samochodów strażackich.*

W trakcie posiedzenia Izby odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej cba.gov.pl z 16 stycznia 2017 r. „Badamy sprawę zakupu wozów strażackich w Wielkopolsce”. W jego treści można było wyczytać, co następuje:

*Ponad 16 mln kosztują wozy ratowniczo-gaśnicze, które miały trafić do wielkopolskich remiz OSP. Terminy minęły, samochodów strażackich nie ma, pieniądze wypłacono. Skarb Państwa został narażony na szkodę znacznych rozmiarów i stracono kontrolę nad realizacją zamówień. Śledztwo pod nadzorem Prokuratury Regionalnej w Poznaniu w sprawie wyrządzenia znacznej szkody majątkowej w mieniu publicznym dysponowanym przez Oddział Wojewódzkiego Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP Województwa*

Wielkopolskiego oraz przedłożenia poświadczającej nieprawdę dokumentacji dotyczącej realizacji zamówień publicznych prowadzi Delegatura CBA w Poznaniu na podstawie własnych ustaleń. Do wielkopolskich remiz OSP miały trafić samochody ratowniczo gaśnicze - 20 sztuk lekkich i 15 średnich wozów. Mimo, iż termin dostawy minął i samochody nie zostały wykonane i dostarczone, to jednak ok. 3 mln zł zapłata za rzekomo już wykonane zamówienie została wypłacona. W wyniku działań i ustaleń CBA urząd marszałkowski zdążył wstrzymać wypłatę 13 mln zł. Skarb Państwa został narażony na szkodę znacznych rozmiarów, stracono kontrolę nad realizacją zamówień i możliwości nałożenia na wykonawców umownych kar finansowych z tytułu niedotrzymania terminów. Poznańscy agenci Centralnego Biura Antykorupcyjnego przeszukali i zabezpieczyli dokumenty w 35 wielkopolskich remizach OSP, do których miały trafić specjalistyczne samochody. Dokumentację dotyczącą tego zamówienia zabezpieczono w instytucjach współorganizujących i finansujących zakup pojazdów-w Urzędzie Marszałkowskim Województwa Wielkopolskiego, Wojewódzkim Funduszu Ochrony Środowiska i Gospodarki Wodnej w Poznaniu, Zarządzie Wykonawczym Oddziału Związku OSP w Poznaniu, a także w firmach zajmujących się produkcją specjalistycznych samochodów strażackich. To początkowy etap śledztwa CBA, sprawa jest rozwojowa. Wydział Komunikacji Społecznej CBA.

Odwołujący złożył także wydruk ze strony internetowej naszawielkopolska.pl z 22 stycznia 2017 r. „Wielkopolscy drухowie z Ochotniczych Straży Pożarnych odebrali nowe samochody”. W jego treści można było wyczytać, co następuje.

Pod koniec tygodnia w dniach 19-20 stycznia 2017 roku, nastąpił oczekiwany przez Ochotnicze Straże Pożarne w Wielkopolsce faktyczny odbiór 15 wozów strażackich marki M. sfinansowanych z projektu „Wsparcie systemu ratownictwa chemiczno-ekologicznego i służb ratowniczych Województwa Wielkopolskiego na wypadek wystąpienia zjawisk katastrofalnych lub poważnych awarii” (KSRG-etap I nr RPWP.04.01.05-30-0015/15-00). Podstawą wozów jest M. (...), którego zabudowano i wyposażono m.in. zbiorniki na wodę oraz środek pianotwórczy, pompę o wydajności 4500 litrów na minutę przy ciśnieniu 8 bar, działko wodno-pianowe, maszt oświetleniowy oraz linia szybkiego natarcia, a wartość każdego z aut to 1 mln 131 tys. złotych z czego 85% to środki unijne. Wozy w piątkowy wieczór trafiły do Ochotniczych Straży Pożarnych włączonych do Krajowego Systemu Ratowniczo – Gaśniczego w miejscowościach: C., G., J., K., K.(2), K.(3), K.(4), M., M.(2), O., P., R., S., T. i W. Przypomnijmy, że sprawę zakupu 20 sztuk lekkich i 15 średnich wozów dla Wielkopolskich OSP jest badana przez CBA.

Odwołujący złożył także wnioski o udostępnienie informacji publicznej kierowane do Oddziału Wielkopolskiego ZOSP, do Urzędu Marszałkowskiego w Poznaniu i do CBA.

W trakcie posiedzenia Izby przystępujący złożył list referencyjny wystawiony dla przystępującego przez Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych RP Województwa Wielkopolskiego z 15 maja 2017 r., podpisany przez dyrektora Oddziału A. J. W jego treści zleceniodawca oświadcza, że przystępujący *wykonał z należytą starannością dostawę 15 sztuk nowych, średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych z napędem 4x4 na kwotę brutto 16.970.033,25 PLN, zgodnie z naszym zamówieniem publicznym ZP-1/2016 w ramach projektu RPWP 04.01.05-30-0015/15.*

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba oddaliła odwołanie, gdyż nie potwierdziły się zarzuty przedstawione w odwołaniu. Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 16 Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z powodu złożenia przez niego nieprawdziwego oświadczenia. Zdaniem odwołującego przystępujący złożył w dokumencie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ) niezgodne z rzeczywistością informacje, że nie jest winien poważnego wykroczenia zawodowego. Odwołujący podniósł w odwołaniu, że przystępujący miał nienależycie wykonać umowę nr ZP- 1/2016, której przedmiotem była dostawa 15 sztuk średnich samochodów ratowniczo-gaśniczych. Odbiorcą samochodów miał być Oddział Wojewódzki Związku Ochotniczych Straży Pożarnych Rzeczypospolitej Polskiej Województwa Wielkopolskiego im. generała Stanisława Taczaka z siedzibą w P. Odwołujący wywiódł, że nienależyte wykonanie umowy miało polegać na niedotrzymaniu umownego terminu dostawy wyznaczonego na 31 grudnia 2016 r., co miało narazić zleceniodawcę na utratę dofinansowania unijnego. Odwołujący argumentował także, że Wielkopolski ZOSP miał wspólnie z przystępującym antydatować protokół odbioru, gdyż faktyczny odbiór samochodów miał nastąpić dopiero w miesiącu styczniu 2017 r.

Zamawiający i przystępujący po jego stronie zaprzeczyli twierdzeniom odwołującego. Zamawiający i przystępujący powołali się na dowód - dokument referencyjny wystawiony przez Wielkopolski ZOSP potwierdzający fakt należytego wykonania przez przystępującego umowy nr ZP-1/2016 na zakup 15 samochodów średnich. Wywiedli, że umowa nr ZP 1-2016 została wykonana należycie, a protokół faktycznego odbioru samochodów został podpisany 27 grudnia 2016 r., zgodnie ze stanem faktycznym. Zamawiający przyznał wprawdzie, że dyrektor Wielkopolskiego ZOSP A. J. poświadczył nieprawdę antydatując protokół odbioru samochodów, jednakże fakt ten dotyczył innego postępowania prowadzonego przez ZOSP w P., a mianowicie postępowania na zakup 20 sztuk samochodów lekkich, realizowanego przez inną firmę. Zamawiający zaprzeczył natomiast, aby poświadczenie nieprawdy



dotyczyło również protokołu odbioru 15 samochodów średnich, dostarczanych przez przystępującego. Wskazał, że przystępujący wykonał zobowiązanie w sposób należyty. Wyjaśnił przy tym, że przedmiotem umowy ZP 1/2016 było dostarczenie samochodów w pewnym standardzie. Natomiast samochody były doposażane w styczniu 2017 r., już po odbiorze faktycznym ze strony Wielkopolskiego ZOSP. Informował bowiem, że oprócz wyposażenia umownego samochody te zostały doposażone w inne wyposażenie, dostarczane przez poszczególne OSP (końcowych użytkowników samochodów), co jednak nie było już objęte treścią umowy z Wielkopolskim ZOSP.

Z kolei przystępujący oświadczył, że protokół odbioru faktycznego samochodów strony podpisał 27.12.2016 r., zaś do tego czasu pojazdy były już zarejestrowane. Przyznał, że samochody znajdowały się w posiadaniu przystępującego jeszcze do połowy stycznia 2017 r., co było wyrazem jego dobrej woli. Przystępujący zgodził się bowiem na nieodpłatne doposażenie pojazdów dla poszczególnych OSP. Powyższe doposażenie było już dokonywane poza obowiązkami umownymi wynikającymi z umowy ZP-1/2016. Argumentował, że poszczególne OSP we własnym zakresie przywoziły elementy, w które miały być dodatkowo wyposażone poszczególne pojazdy, a przystępujący, w ramach dobrej współpracy, takie czynności wykonywał. Przystępujący argumentował również, że to firma z Częstochowy miała nie wykonać w terminie innego zamówienia na 20 sztuk samochodów lekkich.

Izba stwierdziła, skoro odwołujący utrzymywał, iż sporne oświadczenie przystępującego nie odpowiada rzeczywistości to powinien swe twierdzenia udowodnić. Zgodnie bowiem z art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp, ciężar wykazania danego faktu spoczywa na tym, kto z faktu tego wywodzi skutek prawny. W ocenie Izby materiał dowodowy jaki zgromadzono w sprawie, w szczególności dowody, jakie Izba przeprowadziła na wniosek odwołującego, były niewystarczające do ustalenia tych faktów.

Odwołujący powołał się przede wszystkim na kilka wydruków ze stron internetowych zawierających artykuły prasowe (wydruk ze strony internetowej Wydziału Komunikacji Społecznej CBA z 16.01.2017 r., wydruk ze strony internetowej naszawielkopolska.pl z 07.06.2017 r., wydruk ze strony internetowej gloswielkopolski.pl zawierający artykuł prasowy „*Afera OSP: Strażak zawinił, S. zamrozili*”, wydruk ze strony internetowej remiza.com, zawierający artykuł „*Marszałek wstrzymał dotacje dla Wielkopolskiej OSP*”, wydruk ze strony internetowej gazetaprawna.pl, zawierający artykuł prasowy z 16 stycznia 2017 r. zatytułowany „*Poznań: CBA bada sprawę zakupu wozów strażackich dla OSP w Wielkopolsce*”).

W ocenie Izby ww. artykuły prasowe nie stanowiły wystarczającego materiału dowodowego, na podstawie którego można było uznać sporne fakty za udowodnione. Wzięto pod uwagę, że większość artykułów miała charakter lakoniczny, stanowiąc de facto jedynie

krótką wzmiankę o sprawie, a ponadto publikacje te sporządzano na podstawie jeszcze innych, dalszych źródeł. Co więcej, niektóre z artykułów złożonych przez samego odwołującego zdawały się potwierdzać tezy przystępującego i zamawiającego. W najbardziej obszernym artykule ze strony [gloswielopolski.pl](http://gloswielopolski.pl) pt. *Afera OSP. Strażak zawinił, S. zamrozili*, wyraźnie wskazano, że firma S., choć dostarczyła 15 wozów dla wielkopolskich strażaków, od kilku miesięcy nie może się doprosić zapłaty ponad 11 milionów złotych. Strażacy wręcz przyznają w tym artykule, że firma cierpi za nieswoje błędy. W dalszej części publikacji, pan A. J. z Wielopolskiej ZOSP oświadcza, że firma S. ma rację domagając się zapłaty, gdyż nic złego nie zrobiła. Dostrzeżenia wymaga, że z artykułu tego wynika nawet, że 27 grudnia 2016 r. został podpisany akt przekazania własności wozów strażackich, a strażacy mieli ociągać się z odbiorem. Dopiero w dalszej części artykułu, poświęconej przebiegowi dostawy 20 sztuk samochodów lekkich z firmy I. C. z C., pan A. J. przyznał się do poświadczenia nieprawdy co do okoliczności, że auta dojechały w terminie. W artykule tym znalazły się twierdzenia, że w stosunku do firmy przystępującego nie ma zastrzeżeń i że stała się ona ofiarą zamieszania.

Wydruk ze strony internetowej [remiza.com](http://remiza.com), zawierający artykuł *„Marszałek wstrzymał dotacje dla Wielkopolskiej OSP”* okazał się o wiele bardziej lakoniczny. Co więcej, z treści tego artykułu wynikało, został sporządzony na podstawie źródła jakim jest gazeta „Głos Wielkopolski”, która przedstawiła o wiele więcej szczegółów sprawy, a zatem walor dowodowy tej publikacji jest znikomy. I w tym artykule jest ogólnie mowa o przyznaniu się przez A. J. do kłamstwa w dokumentach.

Z kolei z artykułu ze strony internetowej [nasza.wielkopolska.pl](http://nasza.wielkopolska.pl) pt. *„Wielkopolscy druhowie z Ochotniczych Straży Pożarnych odebrali nowe samochody”* z 22 stycznia 2017 r. wynikało m.in., że pod koniec tygodnia w dniach 19-20 stycznia 2017 r. nastąpił oczekiwany przez OSP w Wielkopolsce faktyczny odbiór 15 wozów strażackich marki M. Wozy w piątkowy wieczór trafiły do Ochotniczych Straży Pożarnych w wymienionych miejscowościach.

W ocenie Izby, z lakonicznego artykułu zdawało się wynikać, że jest w nim mowa o dniach 19-20 stycznia 2017 r. jako o dacie wejścia poszczególnych OSP w posiadanie pojazdów. Z artykułu można było bowiem wywnioskować, że wozy już wtedy trafiły do tych jednostek. Tymczasem faktyczny odbiór, w rozumieniu postanowień umowy ZP – 1/2016, nie był tożsamy z datą fizycznego wydania tych pojazdów do poszczególnych użytkowników końcowych, czyli OSP. Jak wynikało z § 5 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 4 do SIWZ w postępowaniu nr ZP-1/2016, faktyczny odbiór wozów miał polegać na podpisaniu protokołu odbioru przez strony w siedzibie przystępującego. Dostrzeżenia wymagało, że stroną umowy był Wielkopolski ZOSP, a nie poszczególne OSP, które – na gruncie tej umowy, były jedynie końcowymi użytkownikami pojazdów (por. § 1 ust. 2 lit. a wzoru umowy

w sprawie ZP-1/2016). Protokół odbioru faktycznego mieli podpisać zatem jedynie przystępujący i zamawiający, co nie musiało być równoznaczne z fizycznym wydaniem pojazdów poszczególnym OSP. Wobec powyższego artykuł ten nie był sprzeczny z twierdzeniami zamawiającego i przystępującego i nie dowodził tezy odwołującego, że faktyczny odbiór przedmiotu umowy, w rozumieniu postanowień § 5 umowy, miał miejsce po 31 grudnia 2016 r.

Z kolei z wydruku ze strony internetowej cba.gov.pl z 16 stycznia 2017 r. zatytułowanego „*Badamy sprawę zakupu wozów strażackich w Wielkopolsce*” wynikało rzeczywiście, że CBA analizuje sprawę w kierunku wyrządzenia szkody w mieniu dysponowanym przez Oddział Wojewódzki Związku OSP RP i złożenia dokumentacji poświadczającej nieprawdę w dokumentacji dotyczącej realizacji zamówień publicznych. W artykule tym, w dwóch zdaniach jest mowa o tym, że sprawa dotyczy 20 sztuk samochodów lekkich i 15 sztuk samochodów średnich. Jednakże, że z tego samego wydruku można było wywnioskować, że jest to komunikat dotyczący początkowej fazy śledztwa, a sprawa jest „rozwojowa”. W ocenie Izby wykazanie przez odwołującego samego faktu wszczęcia śledztwa, które jest w początkowej fazie, przy czym dotyczy większej liczby zamówień, to za mało aby uznać twierdzenia odwołującego na udowodnione.

Natomiast artykuł ze strony internetowej gazetaprawna.pl zatytułowany „*Poznań: CBA bada sprawę zakupu wozów strażackich dla OSP w Wielkopolsce*” nie wnosił żadnych nowych okoliczności do sprawy, gdyż z analizy jego treści wynikało, że opiera się o dane zamieszczone w artykule ze strony cba.gov.pl.

Izba uznała za udowodniony jedynie fakt, że nastąpiło wstrzymanie dofinansowania przez Wielkopolski Urząd Marszałkowski. Była to bowiem okoliczność niesporna pomiędzy stronami. Powyższe nie świadczyło jednak o nienależytym wykonaniu zamówienia przez przystępującego. Oczywistym jest, że w razie powzięcia podejrzeń co do realizacji wszystkich umów na dostawę samochodów dla Wielkopolskiego ZOSP w 2016 r., organ ten mógł podjąć czynności sprawdzające w takim zakresie i zawiesić wypłatę należnych kwot. Działania organu mogły być spowodowane także śledztwem CBA, wszczętym również co do całości zamówień na dostawę samochodów dla Wielkopolskiego ZOSP w 2016 r.

Reasumując, w ocenie Izby zgromadzony w sprawie materiał dowodowy okazał się zbyt ubogi, aby na jego podstawie można było uznać za udowodnione tezy odwołującego o sfalszowaniu protokołu odbioru i o dostarczeniu samochodów po umownym terminie realizacji. Izba nie może oprzeć swojego orzeczenia na niedostatecznym materiale dowodowym, sprowadzającym się de facto do kilku artykułów prasowych, sporządzonych niekiedy na podstawie jeszcze innych źródeł, a więc bez dostępu autorów do materiałów sprawy. Ponadto dowody te częściowo zdawały się potwierdzać przeciwne twierdzenia zamawiającego i przystępującego. Izba dostrzegła, że odwołujący usiłował pozyskać szerszy

materiał w sprawie. Odwołujący przedstawił pisma, z których wynikało, że podjął próby zdobycia kolejnych dowodów zwracając się z wnioskami o udostępnienie informacji publicznej do Wielkopolskiego ZOSP, Urzędu Marszałkowskiego w Poznaniu i CBA. Jednakże z różnych przyczyn odwołujący takich informacji nie uzyskał i nie przedstawił Izbie. Izba nie może ustalić spornych faktów na podstawie jedynie próby pozyskania dowodów przez odwołującego.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, nie zostało wykazane aby sporne oświadczenia przystępującego przedstawione w dokumencie JEDZ były nieprawdziwe. Zatem zarzuty odwołania należało uznać za chybione, a odwołanie podlegało oddaleniu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów nie miało miejsca w analizowanej sprawie.*

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego.* Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że *„obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według*

*której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)” Jarosław Jerzykowski, Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI. W analizowanej sprawie, odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący, dlatego to tę stronę Izba obciążyła całością kosztów postępowania.*

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 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 ze zm).

**Przewodniczący:** .....

**Członkowie:** .....

.....