

WYROK
z dnia 20 grudnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 grudnia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 grudnia 2017 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: EKOMBUD S.G. Sp. J. z siedzibą w Bochni, ul. Partyzantów 24 D, 32 - 700 Bochnia i Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 2, 32 - 700 Bochnia, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Drwinia, Drwinia 57, 32 - 709 Drwinia

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P. U. H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28-130 Stopnica i M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Trans - Bud M.G., ul. Kółkątą 12/19. 25-715 Kielce, zgłaszających swoje przystąpienie po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: EKOMBUD S.G. Sp. J., ul. Partyzantów 24 D, 32-700 Bochnia i Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Kazimierza Wielkiego 2, 32-700 Bochnia, i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę w wysokości 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez powyższych tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Tarnowie.

Przewodniczący:

.....

2

Uzasadnienie

do wyroku z dnia 20 grudnia 2017 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2585/17

Zamawiający – Gmina Drwinia - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Świadczenie usług odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Drwinia”, o numerze postępowania nadanym przez zamawiającego ZP.271.15.2017, o ogłoszeniu o zamówieniu nr 609917-N-2017 z dnia 31 października 2017 r., dalej jako „postępowanie”.

Izba ustaliła, że postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego o wartości poniżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 z dnia 29 stycznia r. publicznych ustawy 2004 Prawo zamówień (Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), dalej jako „p.z.p.”

W dniu 1 grudnia 2017 r. zamawiający przekazał wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, konsorcjum: K.W. prowadzącego

działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28 - 130 Stopnica i M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Trans - Bud M.G., ul. Kołłątaja 12/19, 25 - 715 Kielce (w treści odwołania wykonawca został określony jako „w/w Konsorcjum”). Zaś 6 grudnia 2017 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu wnieśli wykonawcy wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum: EKOMBUD S.G. Sp. J. z siedzibą w Bochni, ul. Partyzantów 24 D, 32 - 700 Bochnia i Bocheńskie Zakłady Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Bochni, ul. Kazimierza Wielkiego 2, 32 - 700 Bochnia, dalej zwani jako „odwołujący”.

Zgodnie z dyspozycją art. 180 ust. 3 p.z.p. w odwołaniu zarzucono zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 45 ust. 7 p.z.p. poprzez wybór oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, konsorcjum: K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28 - 130 Stopnica i M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Trans - Bud M.G., ul. Kołłątaja 12/19, 25 - 715 Kielce, jako oferty najkorzystniejszej, z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, a polegające na wyborze oferty najkorzystniejszej nie spośród ofert prawidłowo wniesionych i należycie zabezpieczonych prawidłowo wniesionym wadium,

3

- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawców wspólnie ubiegających się udzielenie zamówienia, konsorcjum: K.W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28 - 130 Stopnica i M.G. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Trans - Bud M.G., ul. Kołłątaja 12/19, 25 - 715 Kielce pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, co stanowiło też wadliwą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, którego dokonywano z kręgu ofert, które nie podlegały ocenie (zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu).

W związku z powyższym odwołujący wniósł o (pisownia oryginalna): uwzględnienie odwołania w całości oraz unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, nakazanie ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert i dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust.1 w związku z art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 b pzp w zw. z art. 45 ust. 7 pzp, w tym nakazanie czynności odrzucenia oferty konsorcjum z liderem: P.U.H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28 - 130 Stopnica, Partner: Trans - Bud M.G., ul. Kołłątaja 12/19, 25 - 715 Kielce; ewentualnie ponowną ocenę ofert i wykluczenie Konsorcjum z postępowania oraz odrzucenie jego oferty (w związku z niewykazaniem posiadania opłaconej polisy); orzeczenie o kosztach stosownie do wyniku postępowania, w tym przyznanie poniesionych przez Odwołującego kosztów w niniejszym postępowaniu odwoławczym.

Uzasadniając swoje stanowisko odwołujący wskazał, iż w jego ocenie wybór oferty złożonej przez w/w Konsorcjum jako oferty najkorzystniejszej zaistniał z naruszeniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych, które to naruszenie miało wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, odwołujący kwestionuje te czynności zamawiającego, ponieważ w przedmiotowym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej zamawiający dokonał nie spośród ofert prawidłowo wniesionych i należycie zabezpieczonych prawidłowo wniesionym wadium (a więc z naruszeniem art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b oraz art. 45 ust. 7 p.z.p. - niezgodnie z zasadą równego traktowania wykonawców i niezgodnie z zasadą legalizmu).

W ocenie odwołującego zamawiający wybrał ofertę w/w Konsorcjum pomimo tego, że oferta ta od samego początku, a zatem również w dacie dokonywana jej wyboru, nie była zabezpieczona prawidłowo wniesionym wadium, podczas gdy art. 89 ust. 1 pkt 7 b p.z.p. stanowi, że zamawiający odrzuca (obligatoryjnie) ofertę, co do której wadium zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium, zaś

art.

91 ust. 1 stanowi (w powiązaniu z pozostałymi przepisami zgrupowanymi w rozdziale 4 działu II p.z.p.), że ofertę najkorzystniejszą zamawiający wybiera wyłącznie spośród ofert

nie podlegających odrzuceniu (niniejszy zarzut zawiera w sobie również zarzut zaniechania odrzucenia oferty opatrzonej nieprawidłowo wniesionym wadium, czyli naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7 b p.z.p.).

Następnie wskazano, że zgodnie z pkt 13. 1 SIWZ zamawiający żądał wniesienia wadium w kwocie 15 000 PLN, a zgodnie z 13.3 lit. a SIWZ jeżeli wadium jest wnoszone w pieniądzu na rachunek zamawiającego, to musi to być uczynione przelewem. Tymczasem z materiału dowodowego sprawy, tj. mianowicie z pisemnej oferty złożonej przez w/w Konsorcjum wraz z załącznikiem wynika, iż wadium nie zostało uiszczone przelewem - dowód: pokwitowanie wpłaty gotówkowej 15 000 PLN datowane na 10 listopada 2017 (przy ofercie uznanej za najkorzystniejszą w dokumentacji postępowania).

W dalszej kolejności odwołujący podniósł, że w jego opinii wpłata gotówkowa nie jest przelewem, zaś akceptując wpłatę gotówkową zamawiający naruszył zatem zarówno postanowienie przygotowanej przez siebie SIWZ, jak i kolejny przepis ustawy, tj. mianowicie art. 45 ust. 7 p.z.p., w myśl którego wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Dodatkowo zaznaczono, że zamawiający powinien był wybierać ofertę najkorzystniejszą wyłącznie spośród takich, które nie podlegają odrzuceniu (nie powinien był wybierać oferty, którą uznał za najkorzystniejszą, ponieważ była ona opatrzona wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy - niezgodny zarówno z treścią SIWZ, jak i z treścią przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (art. 89 ust. 1 pkt 7 b p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 7 p.z.p. w zw. z art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.).

Ponadto odwołujący argumentował, iż skoro zamawiający wybierał ofertę najkorzystniejszą spośród nieprawidłowo ustalonego kręgu ofert, to doszło do naruszenia wskazanego przepisu ustawy, który ma zastosowanie obligatoryjne (art. 91 ust. 1 p.z.p. w związku z pozostałymi przepisami rozdziału 4 działu II p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7 b p.z.p. w zw. z art. 45 ust. 7 p.z.p. w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 p.z.p.). Prowadzi to do oczywistego, w opinii odwołującego, wniosku, że czynność wyboru oferty najkorzystniejszej przez zamawiającego była niezgodna z prawem i miała wpływ na wynik postępowania - gdyby zamawiający postąpił prawidłowo, to ofertę uznaną za najkorzystniejszą odrzuciłby i właściwie ustalił krąg ofert, spośród których wybiera ofertę najkorzystniejszą.

W zakresie tego zarzutu, w dalszej treści odwołania podniesiono, że zamawiający w przedmiotowym postępowaniu żądał zabezpieczenia ofert wadium wynoszącym 15 000,00 złotych, pokwitowaniem wpłaty gotówkowej datowanym na 10 listopada 2017 r. Konsorcjum, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą, wpłaciło na rachunek bankowy zamawiającego kwotę 15 000,00 złotych, w/w Konsorcjum nie zastosowało żadnego innego trybu uiszczenia wadium, w szczególności nie wniosło wadium przelewem, w/w Konsorcjum nie doprecyzowało na poczet, jakiego postępowania wnosi wpłatę.

Dowód: przesłuchanie stron, akta (dokumentacja) przedmiotowego postępowania, w tym SIWZ (pkt 13. 1 oraz 13. 3 lit. a na okoliczność treści); kwit zatytułowany: polecenie przelewu/wpłata gotówkowa datowany stemplem bankowym na 10 listopada 2017 r. (przy ofercie w/w Konsorcjum w dokumentacji postępowania na okoliczność treści oraz niewniesienia wadium przelewem); (oryginały dokumentów w posiadaniu zamawiającego – w tym w aktach (w dokumentacji przedmiotowego postępowania).

Stąd też, zdaniem odwołującego, okoliczność wyboru przez zamawiającego oferty opatrzonej wadium wniesionym w sposób nieprawidłowy jawi się jako wykazana i udowodniona. W ocenie odwołującego dokonywanie przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty, co do której wadium wniesiono w sposób sprzeczny (zarówno z SIWZ, jak i z przepisami p.z.p., w tym art. 45 ust. 7 p.z.p.) czyli wniesiono je w sposób nieprawidłowy - gotówką (a nie przelewem), jest niezgodne z zasadą legalizmu (art. 7 pkt 3 p.z.p. w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p.) oraz z zasadą równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 p.z.p.) oraz z przepisem art. 91 ust. 1 p.z.p. (interpretowanym systemowo).

Następnie odwołujący wskazał, iż nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców jest sytuacja, w której jeden z wykonawców (odwołujący) wnosi wadium w sposób prawidłowy (i zwykle ponosi związane z tym koszty prowizji oraz opłat, jak i koszty

utrzymania rachunku) zaś inny (konsorcjum, którego ofertę uznano za najkorzystniejszą) nie postępuje zgodnie z przepisami i uiszcza wadium gotówką (a nie, jak wymaga tego ustawa, przelewem). Powoduje to, w szczególności, konieczność podejmowania przez zamawiającego dodatkowych czynności sprawdzających (kiedy wpłynęło wadium, od kogo ono pochodzi itd.) i *de facto* wejście w rolę pełnomocnika, czy też podmiotu wspierającego jednego z wykonawców. Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający (w ślad za ustawodawcą) dopuścił wprawdzie wnoszenie wadium pieniądzem, ale wyłącznie przez przelew, a zatem w postaci bezgotówkowej (z rachunku bankowego Wykonawcy na rachunek bankowy zamawiającego).

Jest przy tym przyjęte w orzecznictwie, w twierdzeniach odwołującego, „że (np. w wyroku z dnia 26 lutego 2015 r., III SA/Wr 886/14) wykonawca, który wniósł wadium poprzez wpłatę na rachunek bankowy zamawiającego, a nie poprzez przelew wymagany przepisem art. 45 ust. 7 p.z.p., powinien być wykluczony. Sąd zwrócił również uwagę, że w art. 45 ust. 7 p.z.p. „Ustawodawca wyraźnie tu zastrzegł dla czynności wnoszenia wadium w pieniądzu - formę rozliczenia bezgotówkowego poprzez przekazanie określonej kwoty z rachunku bankowego wnoszącego wadium na wskazany przez zamawiającego rachunek bankowy. Imperatywne brzmienie przepisu nie pozostawia wątpliwości co do zamiaru legislatora. Zastrzeżenie to należy uznać za celowy wybór ustawodawcy w procedurze zamówień publicznych, jeżeli się generalnie zważy na konieczność zachowania przy obrocie

6

z udziałem jednostek sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych - zasad legalizmu i przejrzystości finansów, wyrażających się także w zamiśle dopuszczania przedsiębiorców (wykonawców) nie ukrywających przepływów finansowych w swej działalności gospodarczej, tudzież przeciwdziałaniu zjawiskom tzw. „prania brudnych pieniędzy” lub pozostawania w „szarej strefie”. Co przy tym istotne, w opinii odwołującego, w/w trend orzeczniczy (zaistniały w okresie przepisów w brzmieniu sprzed ostatniej noweli) został zdecydowanie podtrzymany w najnowszym orzecznictwie z zakresu zamówień publicznych (patrz: wyrok Sądu Okręgowego w Koninie z 4 kwietnia 2017 r. na skutek skargi Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych II Ca 51/17).”

W stosunku co do zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą w postępowaniu, naruszając przy tym art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., gdyż wykonawca ten, w ocenie odwołującego, nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, co zaowocowało również wadliwą czynnością wyboru najkorzystniejszej oferty, którego dokonywano z kręgu ofert, które nie podlegały ocenie (zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu), odwołujący wskazał jak niżej.

„Zgodnie z brzmieniem pkt. 6.2.1. Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia w przedmiotowym postępowaniu, Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą „dokumentu potwierdzającego, że Wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę 300tys zł”. Do złożonej polisy, Konsorcjum do nie łączyło dowodu jej opłacenia i tym samym nie wykazało, iż polisa ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej jest opłacona. Konsorcjum, dołączyło do oferty druk polisy, jednak nie można stwierdzić czy na dzień składania dokumentu polisa została przez Konsorcjum opłacona.”

Następnie odwołujący zacytował wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 sierpnia 2011 r. sygn. akt KIO 1623/11, po czym wskazał, że „Podsumowując, należy stwierdzić, iż to na Wykonawcy, zgodnie z art. 26 ust. 2a ustawy pzp ciąży obowiązek udowodnienia spełnienia wskazanych przez Zamawiającego warunków. W świetle przedstawionych dokumentów należy jednoznacznie stwierdzić, iż Wykonawca nie wykazał spełnienia warunku ubezpieczenia się na kwotę 300.000,00 zł w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia. Konsorcjum nie przedstawiło polisy Zamawiającemu, ponieważ nieopłacona polisa nie może być traktowana jak pełnoprawny dokument i poświadczać, że wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu.”

Na zakończenie odwołania również w zakresie zarzutu dotyczącego zdolności ekonomicznej lub finansowej, odwołujący podniósł, iż „fakt niedołączenia przez konsorcjum, którego oferta została wybrana dowodu opłacenia polisy potwierdzającej posiadanie ochrony

7

ubezpieczeniowej w zakresie związanym z przedmiotem nin. zamówienia także wynika z dowodów z dokumentów oraz z przesłuchania stron. Dowód: przesłuchanie stron, akta (dokumentacja) przedmiotowego postępowania, w tym SIWZ, oferta uznana za najkorzystniejszą wraz z załącznikami na okoliczność treści oraz niewniesienia dowodu opłacenia składki ubezpieczeniowej. (oryginały dokumentów w posiadaniu Zamawiającego

w tym w aktach (w dokumentacji przedmiotowego postępowania)."

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów dojazdu na rozprawę.

Tak określone na podstawie art. 180 ust. 3 p.z.p. zarzuty i stanowiska stron zakreśliły zakres sporu objętego kognicją Krajowej Izby Odwoławczej w ramach przedmiotowego postępowania. Zgodnie bowiem z art. 192 ust. 7 p.z.p. Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie zostały podniesione w odwołaniu, a zatem a contrario musi orzec co do tych zarzutów, które w odwołaniu zostały zawarte.

Izba jest zatem związana przedstawionymi zarzutami i co do zasady nie może orzekać w zakresie szerszym niż wskazano w odwołaniu, co jednak nie oznacza związania Izby podstawą prawną wskazaną przy dokonywaniu kwalifikacji naruszenia prawa przez zamawiającego. Izba jest zatem uprawniona do orzekania w sytuacji, gdy okoliczności faktyczne podniesione w zarzutach odwołania, a także opis czynności lub zaniechania Zamawiającego wskazują na faktyczne naruszenie przepisów ustawy i nie budzą jakichkolwiek wątpliwości (vide wyrok KIO z 26.04.2012 r., sygn. akt KIO 711/12).

Zakres kognicji Krajowej Izby Odwoławczej i związane go bezpośrednio z zarzutami, które odwołujący stawia zachowaniu zamawiającego był wielokrotnie potwierdzany przez orzecznictwo samej Izby (tak KIO w wyrokach: z 08.12.2015 r., sygn. akt KIO 2598/15; z 09.09.2016 r., sygn. akt KIO 1610/16) jak i Sądów powszechnych i Sądu Najwyższego (tak Sąd Najwyższy w Uchwale z dnia 17.02.2016 r. w sprawie o sygn. akt III CZP 111/15).

W toku postępowania odwoławczego do udziału w sprawie, wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 p.z.p. oraz braku zgłoszenia opozycji stron, dopuszczono do udziału w sprawie, po stronie zamawiającego, wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, konsorcjum: K.W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.U.H Eco Tech K.W., ul. Kościuszki 65c, 28 - 130 Stopnica i M.G. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Trans - Bud M.G., ul. Kołłątaja 12/19, 25 -

8

715 Kielce, (dalej jako "przystępujący"). Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania, jako całkowicie bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, konfrontując je z zebrany w sprawie materiałem dowodowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną w kopii uwierzytelnionej przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowieniami siwz, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, gdzie odwołujący i zamawiający podtrzymali stanowiska przedstawione pisemnie, zaś przystępujący poparł stanowisko zamawiającego, ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż niniejsza sprawa, w zakresie zarzutów podniesionych przez odwołującego, mieści się w zakresie przedmiotowym ustawy p.z.p. i że odwołanie, które ją zainicjowało zostało wniesione przez podmiot uprawniony i dotyczy materii określonej w art. 179 oraz art. 180 ust. 1 p.z.p., a więc podlega kognicji Krajowej Izby Odwoławczej. Ponadto Izba ustaliła, że odwołanie podlega rozpoznaniu na podstawie art. 187 ust. 1 p.z.p. i że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 p.z.p., a których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania

i odstąpieniem od badania meritum sprawy.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba zobowiązana była do oceny wypełnienia materialnoprawnych przesłanek z art. 179 ust. 1 p.z.p., co warunkuje możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej przez odwołującego.

Odwołujący wykazał, a zamawiający nie kwestionował interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p.

Jak podniósł odwołujący posiada on interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, zaś w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów p.z.p. może ponieść szkodę, gdyż przy prawidłowo ustalonym kręgu ofert spośród których należy dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej (w postępowaniu złożono dwie oferty), to oferta odwołującego jest najkorzystniejsza, a zatem odwołujący miał i ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i poniósł szkodę, nie uzyskując go w wyniku naruszenia przez zamawiającego poprzez opisane w zarzutach odwołania czynności zamawiającego naruszające bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych.

9

Izba dokonała oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., który stanowi, że: *"Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia"*, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy przedłożony przez strony, a opisany w dalszej części uzasadnienia, a także ustalenia poczynione na podstawie dokumentacji postępowania dostarczonej przez zamawiającego oraz zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba, w oparciu o obszerne uzasadnienie zarzutów odwołania oraz replikę zamawiającego, doprecyzowane w toku rozprawy, uznała że zarzuty odwołania sprowadzają problematykę sprawy do dwóch osi sporu w stosunku co do oferty wybranej, jako najkorzystniejsza w postępowaniu, tj. uznania oferty za prawidłowo zabezpieczoną wymaganym przez zamawiającego wadium oraz uznania, że wybrany wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności ekonomicznej i finansowej.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców – odwołujący i przystępujący, z tymże oferta tańsza – przystępującego, została wybrana jako najkorzystniejsza.

Izba ustaliła, że zamawiający zgodnie z pkt 13. 1 SIWZ wymagał zabezpieczenia oferty wadium w wysokości 15 000,00 zł, w pkt 13.2 wskazano, że wadium należy wnieść w terminie do dnia 10.11.2017 r. do godz. 14.00, zaś w pkt 13.3. zamawiający określił: *„Wadium może być wnoszone w jednej lub kilku następujących formach: a) pieniądzu: przelewem na rachunek bankowy Zamawiającego: KBS oddział Drwina (...).”* W pkt 13.5 SIWZ doprecyzowano, iż *„Wadium wnoszone w pieniądzu należy tak wnieść aby zostało uznane na koncie Zamawiającego określonego w pkt 13.3 lit. a najpóźniej w terminie określonym w pkt 13.2.”*

Bezsporne między stronami oraz potwierdzone dowodami złożonymi w sprawie, są okoliczności faktyczne, że wadium przystępującego zostało wpłacone w kwocie 15 000,00 zł jako wpłata gotówkowa w kasie banku KBS filia w Drwinia, na rachunek wskazany przez zamawiającego, w dniu 10.11.2017 r. o godz. 10.40, w tytule podano „WADIUM na przetarg odbiór odpadów komunalnych”. Kwota została wpłacona przez „ECOTECH K.W., TRANS-BUD M.G.”, przed terminem składania ofert, zgodnie z pkt 13.2 SIWZ.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, że wadium wpłacone przez przystępującego:
- zostało wniesione w dopuszczalnej formie pieniężnej - zgodnie z art. 45 ust. 6 p.z.p,
- zostało przekazane przez bank KBS na wskazany rachunek zamawiającego,

10

- zostało wniesione w terminie wyznaczonym przez zamawiającego, tj. przed złożeniem oferty,
- zostało wniesione w wymaganej kwocie.

Spór w sprawie sprowadzał się do twierdzenia przez odwołującego, że wadium wpłacone w taki sposób nie zostało skutecznie wniesione. Należy przy tym zauważyć, że zgodnie z art. 45 ust. 6 p.z.p., wadium może być wniesione m.in. w pieniądzu. Zaś zgodnie z art. 45 ust. 7 p.z.p. „*Wadium wnoszone w pieniądzu wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego.*”. Co oczywiste, ustawodawca posłużył się w tym przepisie funkcjonalną definicją przelewu – w odróżnieniu od definicji ustawowej, która dotyczy zupełnie innego instrumentu prawnego (art. 509 k.c.) oraz definicji systemowej (zbieżnej z potocznym rozumieniem „przelewu”), która wyraża się w rozumieniu przelewu jako transferu z jednego rachunku bankowego na drugi. Kluczowe jest tu posłużenie się przez ustawodawcę czasownikiem „wpłaca” – którego nie sposób odnieść do zdematerializowanej formy zapisu jakim jest uznanie lub obciążenie danego rachunku w księgach banku, które wyklucza „wpłatę”, ponieważ jest operacją księgową, nie zaś fizycznym depozytem jakichkolwiek zmaterializowanych środków.

Aby dokonać wykładni pojęcia przelewu w zakresie, w jakim zostało ono użyte w art. 45 ust. 7 p.z.p. należy z ostrożnością podchodzić do regulacji dotyczącej instrumentów płatniczych oraz finansowych, które są regulacjami zasadniczo wiążącymi jednostki sektora bankowego *sensu largo*, zaś podmiotów poza tym sektorem dotyczą w zakresie rejestracji i ewidencjonowania transakcji na potrzeby zapobiegania praniu pieniędzy, finansowaniu terroryzmu oraz operowaniu w tzw. „szarej strefie”.

Nie mniej jednak, przelew - jako sposób zapłaty, od wielu lat jest rozumiany jako działanie polegające na doprowadzeniu do uznania rachunku bankowego odbiorcy i aby wyjaśnić genezę sformułowania tego rozumienia można obecnie posiłkowo posłużyć się odwołaniem do ustawy z dnia 19 sierpnia 2011 r. o usługach płatniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 2003), która definiuje w art. 3 ust. 4 polecenie przelewu jako „*usługę płatniczą polegającą na uznaniu rachunku płatniczego odbiorcy, w przypadku gdy transakcja płatnicza z rachunku płatniczego płatnika jest dokonywana przez dostawcę usług płatniczych prowadzącego rachunek płatniczy płatnika na podstawie dyspozycji udzielonej przez płatnika*”. Definicja ta pokrywa się z tą zawartą w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 260/2012 z dnia 14 marca 2012 r. ustanawiającym wymogi techniczne i handlowe w odniesieniu do poleceń przelewu i poleceń zapłaty w euro oraz zmieniającym rozporządzenie (WE) nr 924/2009 (Dz. Urz. UE L 94 z 30.03.2012, str. 22, ze zm.), do którego zresztą ww. ustawa się wprost odwołuje. Zgodnie z art. 2 pkt 1 i 3 ww. rozporządzenia 260/2012, płatnik dokonujący zlecenia wykonania transakcji płatniczej

11

polegającej na uznaniu rachunku płatniczego odbiorcy („polecenie przelewu”) może, lecz nie musi dokonywać obciążenia własnego rachunku bankowego – wystarczające jest dokonanie zlecenia płatniczego na rachunek płatniczy odbiorcy (na podstawie art. 2 pkt 3 rozporządzenia 260/2012 „płatnik” oznacza osobę (...) która jest posiadaczem rachunku płatniczego (...) lub – w przypadku braku rachunku płatniczego płatnika – osobę (...), która składa zlecenie płatnicze na rachunek płatniczy odbiorcy).

Powyższe pokrywa się z definicją zawartą w art. 2 pkt 22 ustawy o usługach płatniczych, która status płatnika, niezbędny dla doprowadzenia do uznania rachunku odbiorcy, uzależnia od zdolności prawnej i złożenia zlecenia płatniczego, nie zaś od dokonania obciążenia, a nawet posiadania, własnego rachunku bankowego. Co więcej, art. 2 pkt 28 ustawy, jako transakcję płatniczą definiuje każdą zainicjowaną przez płatnika lub odbiorcę wpłatę, transfer lub wypłatę środków pieniężnych.

Tak więc w polskim systemie prawa, o ile nie zastrzeżono inaczej - tak jak np. w powoływanej w niniejszej sprawie przez odwołującego, ustawie z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, w której zawarte jest ograniczenie w przedmiocie dokonywania lub przyjmowania płatności związanych z wykonywaną działalnością gospodarczą gdzie następuje ono za pośrednictwem rachunku płatniczego przedsiębiorcy, w każdym przypadku, gdy jednorazowa wartość transakcji bez względu na liczbę wynikającej z niej płatności, przekracza równowartość 15 000,00 zł - dla dokonania „przelewu” w rozumieniu zrekonstruowanym na potrzeby art. 45 ust. 7 p.z.p. niezbędne jest wystąpienie skutku w postaci uznania rachunku odbiorcy. Nie jest zaś, dla skuteczności przekazania środków finansowych do dyspozycji odbiorcy, relewantne jakie to działania doprowadziły do tego uznania (czy była to wpłata w kasie banku i obciążenie rachunku technicznego, obciążenie rachunku płatnika, obciążenie limitu karty płatniczej czy też skorzystanie z jakiegokolwiek instrumentu finansowego). Nawet zatem rozszerzenie analizy prawnej

o przepisy regulujące transakcje bankowe i instrumenty płatnicze nie prowadzi do wniosku, że pojęcie „przelewu”, którym posługuje się art. 45 ust. 7 p.z.p. powinno być traktowane zawężająco, wbrew jego gospodarczemu celowi i systemowemu umiejscowieniu w systemie prawa.

Ponadto fakt funkcjonalnego, „skutkowego” definiowania przelewu w zakresie wadium, w polskim systemie zamówień publicznych, wielokrotnie podkreślała Krajowa Izba Odwoławcza oraz Sądy powszechne, uwypuklając nadrzędny - nawet przed wprowadzeniem do systemu prawa przywołanych powyżej regulacji krajowych i europejskich - cel wadium, jako instrumentu zmierzającego do zabezpieczenia interesu zamawiającego – tak też w wyrokach: sygn. akt KIO/UZP 980/10 z 08.06.2010 r., sygn. akt KIO/UZP 141/10 z 11.03.2010 r. czy Sądu Okręgowego we Wrocławiu sygn. akt X Ga 260/08 z 29.09.2009 r., i później np. w wyroku Sądu Okręgowego w Elblągu sygn. akt I Ca 235/14 z 26.02.2015 r.

12

Na kanwie obecnego brzmienia art. 45 ust. 7 oraz 89 ust. 1 pkt 7b p.z.p. Krajowa Izba Odwoławcza wypowiedziała się w wyroku sygn. akt KIO 217/17 z 13.02.2017 r., gdzie wskazano, iż „Brak wniesienia wadium przelewem, a dokonanie tego poprzez wpłatę gotówki na rachunek zamawiającego prowadzony w Banku (...) w okolicznościach tej sprawy

nie

mógł skutkować odrzuceniem oferty odwołującego z postępowania w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wadium nie zostało wniesione, lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy, jeżeli zamawiający żądał wniesienia wadium. W ocenie Izby przepis ten w odniesieniu do sformułowania „wniesione w sposób nieprawidłowy” - *stricte* będzie odnosił się do wszelkich odstępstw od koniecznej treści np. dokumentów gwarancji wadialnych - ubezpieczeniowych i bankowych, niezachowania formy przelewu bankowego, ale w kwotach mogących świadczyć o unikaniu nakazanej przepisami odrębnymi formy rozliczeń”, czy sygn. akt KIO 743/17 z 10.05.2017 r., gdzie słusznie argumentowano, że „W przypadku pieniężnej formy wadium, komentatorzy podstawowe znaczenie przypisują uznaniu rachunku bankowego wierzyciela należną kwotą wadium, co jest jednoznaczne z wywiązaniem się w ustalonym terminie z wniesienia wadium (tak SN w uchwałę z 4.01.1995 sygn. akt III CZP 164/94 (OSNC 1995/4/62) – spełnienie świadczenia bezgotówkowego następuje w dniu uznania rachunku bankowego wierzyciela, chyba że strony postanowiły inaczej. Zbliżone stanowisko zawiera komentarz do Prawa zamówień publicznych wydanie z 2007 r. pod redakcją T. Czajkowskiego, str. 199–200 „wadium może być wniesione w pieniądzu, przy czym ustawodawca wyłącza możliwość wniesienia wadium w gotówce. Wadium w pieniądzu wpłaca się na rachunek bankowy zamawiającego. Pieniądze muszą wpłynąć na rachunek wskazany w ogłoszeniu i w SIWZ.”” – por. również orzeczenia tam cytowane.

W konsekwencji Krajowa Izba Odwoławcza w składzie orzekającym w niniejszej sprawie uznała, iż na potrzeby art. 89 ust. 1 pkt 7b w zw. z art. 45 ust. 7 p.z.p., nie jest możliwe odrzucenie oferty z uwagi na nie wniesienie lub nieprawidłowe wniesienie wadium w sytuacji, w której wykonawca dokonuje jego wpłaty w ten sposób, że doprowadza do uznania rachunku bankowego zamawiającego w odpowiednim terminie kwotą w wymaganej wysokości niezależnie od tego jakie techniczne czynności doprowadziły do tego uznania, o ile czynności te nie prowadzą do naruszenia przepisów szczególnych dotyczących rejestrowania oraz ewidencjonowania transakcji finansowych.

Odwołujący zatem nie zakwestionował sposobu wniesienia wadium w sposób skuteczny i zarzut w tym zakresie jako bezzasadny należało oddalić mając na uwadze, że nie doszło po stronie zamawiającego do naruszenia przepisów ustawy, co więcej doszłoby do takiego naruszenia w sytuacji zachowania postulowanego przez odwołującego.

13

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. sformułowany przez odwołującego jako zaniechanie wykluczenia przystępującego, pomimo, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej, co stanowiło też wadliwą czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, którego dokonywano z kręgu ofert, które nie podlegały ocenie (zostały złożone przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu), w ocenie Izby również nie zasługuje na

uwzględnienie.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p. „Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia”.

Izba ustaliła, że na podstawie rozdziału III pkt 1 ppkt 2) ogłoszenia o zamówieniu (tożsamo rozdział 6 pkt 2 ppkt 1 SIWZ) warunek dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, zamawiający postawił w sposób następujący: „O udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki, dotyczące sytuacji ekonomicznej lub finansowej. Zamawiający uzna warunek za spełniony poprzez posiadanie przez Wykonawcę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną co najmniej 300 000 zł.” Zaś zgodnie z rozdziałem 8 pkt 8 ppkt 5 SIWZ w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć: „4) Ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej: Potwierdzenie, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego”.

Dokument wskazany przez zamawiającego na spełnienie przedmiotowego warunku jest zgodny z § 2 ust. 2 pkt 4) rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 27 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. poz. 1126), gdzie wskazano, iż dokumentem potwierdzającym sytuację ekonomiczną lub finansową wykonawcy jest dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na sumę gwarancyjną określoną przez zamawiającego.

Przystępujący na potwierdzenie spełnienia przedmiotowego warunku udziału w postępowaniu przedłożył zamawiającemu dwa dokumenty w postaci:

- a) Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej PZU nr 1015799721, na sumę gwarancyjną 500 000,00 zł, z okresem ubezpieczenia od 04.12.2016 r. do

14

03.12.2017 r., ubezpieczony - Trans - Bud M.G., podlegającej opłacie jednorazowej składki na rzecz ubezpieczyciela, dalej zwana jako „polisa Trans - Bud M.G.”

- b) Polisy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej PZU nr 1023177770, na sumę gwarancyjną 300 000,00 zł, z okresem ubezpieczenia od 20.09.2017 r. do 19.09.2018 r., ubezpieczony - P.U.H Eco Tech K.W., podlegającej ratalnej opłacie składek na rzecz ubezpieczyciela, dalej zwana jako „polisa P.U.H Eco Tech K.W.”. Zgodnie z art. 809 § 1 k.c. „ubezpieczyciel zobowiązany jest potwierdzić zawarcie umowy dokumentem ubezpieczenia”, przy czym umowę ubezpieczenia, uważa się, co do zasady, za zawartą z chwilą doręczenia ubezpieczającemu dokumentu ubezpieczenia (art. 809 § 2, art. 811 i nast. k.c.).

W stanie rzeczy ustalonym w niniejszym postępowaniu dokumentami ubezpieczenia potwierdzającymi zawarcie stosownych umów są dwie polisy PZU, zawierające oświadczenie woli ubezpieczyciela w kontekście zawarcia umowy ubezpieczenia.

W pierwszej kolejności stwierdzić należy, że termin na złożenie oferty został wyznaczony na dzień 10 listopada 2017 r., „polisa Trans - Bud M.G.” potwierdza zawarcie umowy ubezpieczenia od 4 grudnia 2016, na okres roku, co niewątpliwie wskazuje, że wykonawca ten posiadał na dzień składania ofert wymagane przez zamawiającego ubezpieczenie, podobnie „polisa P.U.H Eco Tech K.W.”, w swej treści potwierdzająca ubezpieczenie od 20 września 2017 r., na rok. Zamawiający dysponował więc nie jedną, a dwiema polisami, które potwierdzały spełnienie warunku posiadania zdolności ekonomicznej lub finansowej na wymaganą kwotę 300 000,00 złotych.

Na marginesie warto zauważyć, iż odwołujący nie sprecyzował w odwołaniu, którego z dokumentów polisy dotyczy zarzut, kilkakrotnie posłużono się liczbą pojedynczą słowa polisa, bez wskazania dokumentu, którego zarzut dotyczy.

Po wtóre nie wykazano w sposób skuteczny, że przystępujący nie posiadał wymaganego przez zamawiającego ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, w w terminie ustawą p.z.p. Odwołujący zarzucił szczególności wymaganym niesprecyzowanemu dokumentowi polisy, iż nie jest opłacony. Tak sformułowany zarzut nie

zasługiwał na uwzględnienie, gdyż nie wykazano ani tego faktu ani okoliczności, że konsorcjum nie posiada ochrony ubezpieczeniowej na podstawie przedłożonych dokumentów polis PZU, w szczególności w kontekście terminu okresu ubezpieczenia wskazanego w każdym z dokumentów ubezpieczenia, a zawierającego się w terminie na składanie ofert.

Odwołujący już w toku rozprawy wskazywał na odroczonej płatności za polisę Trans - Bud M.G. (termin płatności jednorazowej 19.12.2016, kwoty 1 083,68 zł) i ratalną płatność polisy P.U.H Eco Tech K.W. (trzy raty, na dzień składania ofert wymagalna rata pierwsza do

15

04.10.17 w kwocie 539,45 zł), jednakże nie wykazano, że wobec rat składek polis ochrona ubezpieczeniowa nie obowiązywała w dacie wskazanej przez ubezpieczyciela – okresie ubezpieczenia, czy w dniu składania ofert.

W toku postępowania odwoławczego w poczet materiału dowodowego dopuszczono dwa potwierdzenia realizacji przelewu:

- 1) z dnia 12.12.2017 r. banku BGZ BNP Paribas S.A. na kwotę 1 083,68 zł z datą księgowania (realizacji) 19.12.2016 r., szczegóły płatności – zapłata za polisę ubezpieczeniową nr 1015799721, od nadawcy G.M. TRANS-BUD
- 2) z dnia 12.12.2017 r. banku BGZ BNP Paribas S.A. na kwotę 539,45 zł z datą realizacji 13.10.2017 r., szczegóły płatności – OPŁATA POLISY UBEZPIECZENIOWEJ NR 1023177770, od nadawcy P.U.H ECOTECH K.W..

Powyższe potwierdzenia przelewu posiadają w swojej treści zastrzeżenie, iż zostały sporządzone na podstawie art. 7 ustawy Prawo Bankowe (Dz. U. nr 72 z 2002 r., poz. 665 ze zm.), są wygenerowane komputerowo i nie wymagają podpisu ani stempla.

Dowody te jednoznacznie wskazują, że obie polisy zostały opłacone, zgodnie z warunkami zawartych umów ubezpieczenia, w związku z czym niewątpliwym jest, że wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Konsorcjum P.U.H Eco Tech K.W. i Trans - Bud M.G., spełniają warunek posiadania ubezpieczenia o treści określonej przez zamawiającego, zaś podniesiony w tym zakresie zarzut okazał się bezzasadny, nawet w sytuacji, gdyby odwołujący wykazał, że skuteczność ochrony ubezpieczeniowej była w przypadku tych polis uzależniona od terminowej płatności.

W związku z tym, w świetle ustalenia, że przystępujący składkę ubezpieczeniową uregulowali, dowód złożony przez odwołującego – w postaci wydruku z ogólnych warunków ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej ogólnej ustalonych uchwałą UZ/429/2016 z dnia 24.10.2016 r. - okazał się nieprzydatny dla rozstrzygnięcia, w ramach zarzutów postawionych przez odwołującego, ponieważ nie mógł doprowadzić do skutecznego podważenia objęcia podmiotów wchodzących w skład Konsorcjum ochroną ubezpieczeniową.

Jedynie na marginesie Izba sygnalizuje, iż błędny jest pogląd odwołującego, iż przedstawienie dowodu opłaty polisy na rozprawie nie sanuje – ani w sposób formalny ani materialny – zaniechania zamawiającego, w tym nie ma wpływu na wynik postępowania odwoławczego. Pomijając, iż do zaniechania zamawiającego nie doszło, gdyż odwołujący nie wykazał, że bez dokumentów opłaty polisy nie stanowią dowodu na skuteczne objęcie ochroną ubezpieczeniową w warunkach i terminach w polisach wskazanych, to zaznaczyć należy, iż na kanwie art. 192 ust. 2 p.z.p. złożenie na rozprawie dowodów niewątpliwie może mieć wpływ na wynik postępowania odwoławczego.

16

Jak już wcześniej podniesiono Izba dokonuje oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 192 ust. 2 p.z.p., zgodnie z którym Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak słusznie wskazał Sąd Okręgowy w Łodzi w wyroku sygn. akt: XIII Ga 1094/16, „art. 192 ust 2 p.z.p. de iure wyznacza dodatkową przesłankę materialnoprawą odwołania – aby odwołanie mogło być uwzględnione naruszenie przepisów ustawy daną czynnością zamawiającego poprzez zaniechanie czynności obowiązkowej musiało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia”.

Izba w składzie orzekającym w niniejszej sprawie podziela stanowisko

zaprezentowane w wyroku z dnia 29.07.16 w sprawie sygn. akt: KIO 1270/16, KIO 1274/16, w którym wskazano, iż „Wynikiem postępowania, o którym mowa w przepisie jest podjęte z zachowaniem ustalonych zasad, rozstrzygnięcie będące następstwem prawidłowo przeprowadzonych przez zamawiającego czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Koncepcja wyniku postępowania przyjęta przez Izbę odnosi się do zgodnego z p.z.p. zakończenia postępowania, a nie wyniku obarczonego wadą. W ocenie składu orzekającego taki sposób rozumienia normy zawartej w art. 192 ust. 2 Ustawy umożliwia uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone naruszenie przepisów Ustawy uniemożliwia prawidłowe ustalenie wyniku postępowania, i wskazuje na konieczność korekty czynności podjętych w postępowaniu poprzez, np. ich unieważnienie lub przeprowadzenie czynności zaniechanych, a koniecznych dla poprawnej oceny ofert. Jeżeli naruszenie przepisów Ustawy, do jakich dopuścił się zamawiający w toku postępowania ostatecznie, nie doprowadziło do nieprawidłowej decyzji, tu o wyborze oferty najkorzystniejszej, to nie zachodzi konieczność powtórzenia czynności mających na celu ustalenie prawidłowego wyniku postępowania.”

Należy zatem jednoznacznie wskazać, że nie potwierdził się podniesiony w odniesieniu do dokumentu bliżej niesprecyzowanego polisy zarzut odwołania w przedmiocie błędnego przyjęcia przez zamawiającego tego dokumentu na dowód spełnienia warunków udziału w postępowaniu – w świetle zgromadzonego materiału dowodowego zastrzeżenia odwołującego co do czynności zamawiającego pozostały gołosłowne, nie poparte żadnymi okolicznościami faktycznymi, które mogłyby je uzasadniać.

Jak już wcześniej wskazano zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 p.z.p. Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została

17

wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 p.z.p., zatem mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie 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.) obciążając odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis.

Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kosztów dojazdu na rozprawę, gdyż nie przedłożono na okoliczność poniesienia tychże kosztów żadnego dokumentu.

Przewodniczący:

.....

18