

Sygn. akt KIO 1254/17

Sygn. akt: KIO 1254/17

**WYROK**  
z dnia 4 lipca 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Protokolant: Mateusz Zientak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 lipca 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 czerwca 2017 r. **przez odwołującego:** E. S. S.A. z siedzibą w K. ul. (...) w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym **przez zamawiającego:** Gmina M. ul. (...)

**przy udziale** wykonawcy P.H.U. K. Sp. z o.o. z siedzibą we W. ul. (...) zgłaszającego przystąpienie po stronie zamawiającego

orzeka

1. uwzględnia odwołanie oraz nakazuje zamawiającemu unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty i nakazuje unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego
  2. kosztami postępowania obciąża Gminę M. ul. (...)
- i
- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez E. S. S.A. z siedzibą w K. ul. (...) tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od Gminy M. ul. (...) kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz E. S. S.A. z siedzibą w K. ul. (...) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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

1

---

Sygn. akt KIO 1254/17

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu.

Przewodniczący: .....

**Uzasadnienie**

Odwołanie złożone zostało do Izby dnia 19 czerwca 2017 r.

2

---

Sygn. akt KIO 1254/17

Postępowanie dotyczy odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy M. na którym zamieszkują mieszkańcy z terminem realizacji 36 miesięcy od udzielenia zamówienia.

Odwołanie złożył E. S. SA z siedzibą w K. dalej jako „wykonawca” lub „odwołujący”, na podstawie art. 179 ust. 1 oraz art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) dalej jako „ustawa Pzp”.

Odwołanie wnoszone od czynności i zaniechań zamawiającego w tym na wybór oferty najkorzystniejszej.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 8 kwietnia 2017 r. pod numerem 22017/S 070-133591 z terminem składania ofert 23 maja 17r. godz.10.00.

Zachowanie terminu na wniesienie odwołania:

Odwołanie dotyczy wyboru najkorzystniejszej oferty w wykonawcy P.H.U. K. sp. z o.o. z siedzibą we W. dalej „K.». Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty pochodzi z dnia 8 czerwca 2017 r.

Zgodnie z art. 14 ust. 2 ustawy Pzp, jeśli koniec terminu do dokonania czynności wypada w niedzielę (18 czerwca 2017 r. stanowiąca niedziela), termin upływa dnia następnego po dniu lub po dniach wolnych od pracy, tj. w dniu 19 czerwca 2017 r. co skutkuje złożeniem odwołania w ustawowym terminie 10 dni.

Interes Wykonawcy w uzyskaniu zamówienia oraz szkoda

Odwołujący wskazuje, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp, bowiem wobec dokonania wskazanych niżej niezgodnych z prawem czynności i zaniechań zamawiającego oferta odwołującego nie została uznana za najkorzystniejszą lub nie doszło do unieważnienia postępowania, co umożliwiłoby wykonawcy ponownie ubieganie się o udzielenie zamówienia.

Wobec powyższego na skutek bezprawnych działań i zaniechań zamawiającego odwołujący poniósł szkodę w postaci braku możliwości uzyskania zamówienia, a ponadto - o czym będzie mowa niżej - na skutek pokrywania się zakresu obecnie realizowanej przez

3

---

Sygn. akt KIO 1254/17

wykonawcę umowy z Gminą M. oraz planowanego zawarcia przez zamawiającego umowy w sprawie zamówienia z firmą K., istnieje zagrożenie, że wykonawca nie uzyska wynagrodzenia za usługi zrealizowane w dniach 26-30 czerwca 2017 r.

W zakresie zarzutów ewentualnych odwołania, mając w szczególności na uwadze, że kwota, jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia przewyższa wartość oferty odwołującego, wykonawca podnosi, że posiada również interes w uzyskaniu zamówienia rozumianym jako usługa objęta przedmiotem zamówienia. Zamówienie to w przypadku unieważnienia postępowania będzie udzielone w ponownie ogłoszonym postępowaniu, w którym wykonawca będzie miał ponownie możliwość jego uzyskania.

W tym miejscu wykonawca powołuje się na orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej, które zostały wydane w dniu 5 września 2016 r. w sprawie KIO 1556/16 oraz w dniu 3 stycznia 2017 r., Sygn. akt 2395/15, gdzie Izba wyraźnie dopuściła możliwość wniesienia odwołania przez wykonawcę, którego skutkiem będzie unieważnienie postępowania. W tym ostatnim orzeczeniu Izba wskazała, że „wykonawca ma interes we wniesieniu odwołania oraz może ponieść szkodę skutkiem naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, nawet jeśli następstwem uwzględnienia odwołania byłoby unieważnienie postępowania.

Ponadto w orzeczeniu wydanym przez Trybunał Sprawiedliwości UE (dalej „TSUE”) w sprawie C- 689/13 (odwołującym się do wcześniejszego orzeczenia wydanego w sprawie C100/12) Trybunał wyraził pogląd, że wykonawcy są uprawnieni do wnoszenia środków ochrony prawnej nawet w sytuacji, gdy skutkiem uwzględnienia takiego środka miałyby być unieważnienia postępowania. Trybunał uznał, że wówczas wykonawcy mogą ubiegać się o to zamówienie publiczne w kolejnym postępowaniu, w którym każdy z oferentów mógłby wziąć udział i w ten sposób pośrednio otrzymać zamówienie. Istotą tego poglądu sprowadza się do utożsamiania zamówienia publicznego, jako umowy na określony przedmiot, przy przyjęciu, że uzyskanie tego zamówienia w tym postępowaniu, którego dotyczy odwołanie, ma charakter wtórny.

Polski system środków ochrony prawnej stanowi realizację postulatów dyrektywy odwoławczej i podstawowe pojęcia umożliwiające wykonawcom ochronę ich praw w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinny być interpretowane z uwzględnieniem wykładni proeuropejskiej. Omawiana wykładnia art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest prezentowana w orzecznictwie Izby (wyrok z 5 września 2016 r. wydany w sprawie KIO 1556/16 oraz z 22 listopada 2016 r. wydany w sprawie KIO 2099/16). Stosownie do uzasadnienia wyroku KIO

1556/16:

„Izba stwierdziła, że w świetle aktualnej wykładni prounijnej art. 179 ust. 1 ustawy w odniesieniu do art. 1 ust. 1 i 3 dyrektywy Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień

4

---

Sygn. akt KIO 1254/17

publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. U. i 395, s. 33), zmienionej dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. (Dz. U. L 335, s. 31) (zwanej dalej "dyrektywą 89/665") należy uznać, że pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być wykładane w ten sposób, że dane zamówienie publiczne nie oznacza konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ale odpowiada definicji zamówienia publicznego z art. 2 pkt 13 ustawy tj. należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym, a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Tym samym interes w uzyskaniu danego zamówienia trwa co najmniej do czasu zawarcia umowy (co najmniej, gdyż art. 182 ust. 4 ustawy dopuszcza wnoszenie środków ochrony prawnej także po zawarciu umowy), która dotyczy nabywanego przez zamawiającego przedmiotu zamówienia. Jeśli istnieje tożsamość przedmiotu zamówienia, to niezależnie od liczby postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, które są prowadzone przez tego samego zamawiającego, dopóki nie zostanie zawarta umowa, to jest to, ubieganie się o to samo - dane zamówienie publiczne i po tym wykonawca ma interes w jego uzyskaniu. Za taką wykładnią powyższego przepisu przemawia wykładnia poczyniona przez TSUE w motywie 27 i 28 wyroku TSUE z dnia 5 kwietnia 2016 r. w sprawie C-689/13 Puligenica Facility Esco. Popiera ją także motyw 49 opinii Rzecznika Generalnego Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 23 kwietnia 2015 r. w sprawie sygn. akt C 689/13 - odwołanie główne i odwołanie wzajemne tworzą uzasadniony interes w ponownym wszczęciu postępowania przetargowego oraz pkt 33 wyroku Fastweb C-100/12 (EU:C 2013:448), który stanowi że "odwołanie wzajemne wybranego oferenta nie może prowadzić do odrzucenia odwołania oferenta, w sytuacji gdy prawidłowość oferty każdego z podmiotów jest zakwestionowana w ramach tego samego postępowania i na takich samych podstawach", "[w] takiej sytuacji (...) każdy z konkurentów może powołać się na uzasadniony interes w postaci wykluczenia ofert innych, co może prowadzić instytucję zamawiającą do stwierdzenia niemożności dokonania wyboru prawidłowej oferty.

Niezależnie od powyższego wykonawca wskazuje, że jego interes wyraża się w tym, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzone zostało zgodnie z przepisami prawa.

Niniejszym odwołaniem zostają objęte następujące działania i zaniechania Zamawiającego:

1. dokonanie wyboru oferty wykonawcy K. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

5

---

Sygn. akt KIO 1254/17

posiadania zezwolenia na zbieranie i transport odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (punkt 5.1.1. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”);

dysponowania co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 1 pojazdem zapewniającym odbiór odpadów z miejsc o zabudowie zwartej z dojazdem drogami o szerokości min. 3m, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania zebranych odpadów wielkogabarytowych, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania zebranych odpadów wielkogabarytowych, co najmniej 1 pojazdem przystosowany do odbierania i opróżniania pojemników ogólnodostępnych tzw. „gniazd” - dzwonów. Firma K. nie wykazała również i nie oświadczyła, że w/w pojazdy muszą spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w

zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (punkt 5.1.3.2) b)c)f)e)f) SIWZ) i zamawiający poprzestał wyłącznie na oświadczeniu tego wykonawcy złożonym w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej „JEDZ”), przy czym nie zawarł w treści JEDZ i nie złożył wykazu, w którym wskazał rodzaj urządzeń i ich opis (punkt 6.1.A) SIWZ s. 11) oraz nie wskazał, że w/w pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (punkt 5.1.3.2) SIWZ).

dysponowania Kierownikiem Zespołu - osobą posiadającą wykształcenie co najmniej średnie, minimum roczne doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu zespołem ludzi i maszyn w zadaniu odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, minimum sześcioma kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania i obsługi pojazdów opisanych w punkcie 5.1.3. ppkt 2 lit. b-f SIWZ (punkt 5.1.3. 3) a) i b) 5WZ).

K. nie złożył żadnego wykazu, w którym wskazano by listę tych osób wraz z podaniem ich wykształcenia, opisu doświadczenia w kierowaniu i nadzorowaniu zespołem ludzi i maszyn w zadaniu odpowiadającym przedmiotowi zamówienia oraz wskazaniu uprawnień do kierowania i obsługi pojazdów opisanych w punkcie 5.1.3. ppkt 2 lit. b-f SIWZ (punkt 5.1.3.3) SIWZ).

zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego z uwagi na brak udzielenia przez K. wymaganej na s. 11 SIWZ (punkt 6.1. A) SIWZ) informacji nt. instalacji z aktualną decyzją o pozwoleniu na użytkowanie służącą do prowadzenia odzysku odpadów wyszczególnionych w rozdziale 3 pkt 3.2. W/w instalacja musi mieć możliwość odzysku odpadów w ilości nie mniejszej niż przewidziana przez zamawiającego do przekazania w ramach świadczonej usługi w Części IV lit. C wiersz dziewiąty (pkt 9 JEDZ).

6

---

Sygn. akt KIO 1254/17

2. zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty K. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w pkt 1 powyżej;

3. zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jako że wykonawca spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta jest zgodna z SIWZ;

Z ostrożności odwołujący wskazuje również na nieprawidłowości postępowania, które obarczone jest niemożliwymi do usunięcia wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i wobec powyższego, w ramach zarzutu ewentualnego (w razie nie uwzględnienia zarzutu nr 1 do nr 3) wskazuje następujące naruszenia zamawiającego:

4. Nie wskazanie w postępowaniu powyżej progów unijnych wszystkich dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawcy powinni przedłożyć w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje tym, że zamawiający nie ma obecnie podstaw w SIWZ do żądania tych dokumentów i oświadczeń, jednak przepisy ustawy Pzp wymagają ich przedłożenia;

Umowa zamawiającego, trwa do dnia 30 czerwca 2017 r. i nie może być wcześniej rozwiązana, co oznacza, że przez okres 4 dni występuje niemożliwość świadczenia zamówienia przez wykonawcę K.;

6. Wskazanie w SIWZ (wzór umowy) w §2 sztywnego terminu rozpoczęcia realizacji usługi (bez przewidzenia możliwości zmiany jako istotnego postanowienia umowy), co w razie rozstrzygnięcia odwołania w dniu 26 czerwca 2017 r. lub później uniemożliwia rozpoczęcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie i stanowi o częściowej niemożliwości świadczenia.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie:

(A) art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy PZP poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy K. pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie punktu 5.1.3. zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego i kadrowego (szczegółowo opisanych w pkt 1 -3 odwołania; działania i zaniechania Zamawiającego);

(B) art. 89 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy K. pomimo tego, że oferta wykonawcy, który podlega wykluczeniu, powinna zostać odrzucona (odnośnie działań i zaniechań opisanych w szczegółowo w pkt 1 -3 odwołania);  
(C) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego pomimo tego, że w postępowaniu jedynie odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego

7

---

Sygn. akt KIO 1254/17

oferta jest zgodna z SIWZ (odnośnie działań i zaniechań opisanych w szczegółowo w pkt 1 - 3 odwołania);

(D) art. 25 a ust. 1 pkt 1) ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 1 ustawy Pzp z uwagi na przestanie przez zamawiającego na oświadczeniach wykonawcy K. zawartych w JEDZ pomimo tego, że informacje zawarte w oświadczeniu JEDZ stanowią jedynie wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, które wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne miał obowiązek wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, czego nie uczynił (odnośnie działań i zaniechań opisanych w szczegółowo w pkt 1 - 3 odwołania);

W zakresie zarzutów ewentualnych (odnośnie działań i zaniechań opisanych w pkt 4-6 odwołania)

(E) art. 93 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp art. 146 ust. 6 ustawy PZP W zw. z art. 144 ustawy Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że postępowanie jest obciążone istotnymi wadami, które są niemożliwe do usunięcia na etapie postępowania po otwarciu ofert i które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako że zamawiający nie wskazał ani w SIWZ ani w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE oświadczeń i dokumentów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jakie wykonawcy powinni przedłożyć w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz zgodnie z art. 25 ust. 1 i ust. 2 ustawy Pzp i Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej „Rozporządzenie”). Powyższe skutkuje tym, że naruszona została uczciwa konkurencja w postępowaniu, gdyż nie ma możliwości poprawnie zweryfikować, czy wybrany wykonawcy (tu: K.) spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej. Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy Pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Nie ulega bowiem wątpliwości, że brak wskazania przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oznacza, że oświadczenia zawarte w JEDZ jako wstępne potwierdzenie nie mogą zostać potwierdzone przez przedłożenie wymaganych art. 25 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp

8

---

Sygn. akt KIO 1254/17

oświadczeń i dokumentów, skoro nie zostały one wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o Zamówieniu i SIWZ.

Odnosnie działań i zaniechań opisanych w pkt 5-6 odwołania należy wskazać, że przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia powinna zostać aneksowana, co nie jest w obecnym stanie faktycznym dopuszczalne, jako że ani SIWZ ani Ogłoszenie o zamówieniu nie przewidują możliwości zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia z uwagi na przedłużanie się postępowania lub częściowe pokrywanie się realizacji zamówienia z innym zamówieniem (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 144 ustawy Pzp). Oznacza to, że zmiana umowy w sprawie zamówienia dokonana przez zamawiającego i firmę K. będzie podlegała unieważnieniu na podstawie art. 144 ust. 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym postanowienie

umowne zmienione z naruszeniem ust. 1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Dotyczy to w szczególności zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, który gdyby znany był wykonawcom na etapie ogłoszenia postępowania, to mógłby wpłynąć na krąg wykonawców, który wzięli udział w przetargu.

Co więcej zgodnie z art. 144 ust. 3 ustawy Pzp zamawiający, który zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia (w tym termin rozpoczęcia realizacji zamówienia), które wykraczają poza zmiany umowy dopuszczalne zgodnie z ust. 1-1 b, 1d i 1 e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

Mając na uwadze powyższe, odwołujący wnosi o:

- uwzględnienie niniejszego odwołania jako uzasadnionego,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty wykonawcy K. jako oferty najkorzystniejszej,

- nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i weryfikacji (oceny) ofert, wykluczenia wykonawcy K., odrzucenia oferty wykonawcy K. i dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej;

ewentualnie - w razie nie uwzględnienia pkt 1-3 i zarzutów (A) do (D) odwołania - wnoszę o: uwzględnienie niniejszego odwołania jako uzasadnionego, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

### **W uzasadnieniu odwołania przedstawiona została następująca argumentacja formalna i prawna.**

(uzupełnienie faktyczne i prawne zarzutów odwołania)

I. Ogłoszeniem o zamówieniu z dnia 8 kwietnia 2017 r. zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów

9

---

Sygn. akt KIO 1254/17

komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy M., na której zamieszkują mieszkańcy.

Warunki udziału w postępowaniu określone i opisane zostały w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ (Rozdział 5). Wykaz oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu zostały również określone w Ogłoszeniu o zamówieniu oraz w SIWZ (Rozdział 6).

Warunki te oraz ich opis, a także wymagania w zakresie oświadczeń i dokumentów nie zostały zaskarżone w postępowaniu odwoławczym do Krajowej Izby Odwoławczej.

Powyższe oznacza, że wiążą one zamawiającego i wykonawców z zastrzeżeniem bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy Pzp, w tym obligujących zamawiającego do żądania dokumentów lub oświadczeń na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oraz obligujących zamawiającego - w przypadku ziszczenia się ustawowych przesłanek - do unieważnienia postępowania (art. 146 ustawy Pzp) oraz wszczęcia nowego postępowania (art. 144 ust. 3 ustawy Pzp).

II. Odnośnie konieczności wskazania informacji nt. instalacji z aktualną decyzją o pozwoleniu na użytkowanie (s. 11 SIWZ) Odwołujący dodatkowo wskazuje, że konieczność spełnienia tego wymogu była przedmiotem pytania nr 1 do SIWZ, gdzie jeden z wykonawców postulował jego usunięcie lub wyjaśnienie. Zamawiający w swojej odpowiedzi z dnia 8 maja 2017 r. uznał, że SIWZ określa wyraźnie, jakie są warunki udziału w postępowaniu i nie usunął tego wymogu. Pomimo tego, wykonawca K. nie przedłożył wymaganej informacji.

III. W zakresie obowiązku wskazania rodzaju urządzeń, ich opisu (s. 11 SIWZ)

Odwołujący uzupełniająco wskazuje, że wykonawca K. dokonał wyłącznie przepisania warunku udziału w zakresie pojazdów i nie zawarł w opisie żadnych danych odnośnie ich rodzaju oraz opisu, co umożliwiłoby Zamawiającemu weryfikację spełnienia warunku udziału w tym zakresie przez firmę K..

IV. W kwestii personelu należy podnieść, że firma K. nie przedłożyła wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia publicznego wraz z informacjami na temat ich doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonania zamówienia publicznego, co również uniemożliwia poprawną weryfikację spełnienia warunku udziału w tym zakresie przez tego wykonawcę. Przy czym w ocenie odwołującego zamawiający nie jest uprawniony żądać takiego wykazu na obecnym etapie postępowania, a brak wymogu przedłożenia

takiego wykazu w SIWZ powinien skutkować unieważnieniem postępowania. Jest to wada postępowania skutkująca niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia, wada ta ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania.

V. Przy czym za najistotniejsze i najbardziej niebezpieczne dla systemu zamówień publicznych naruszenie objęte niniejszym odwołaniem - stanowiące o wadzie postępowania, która skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie

10

---

Sygn. akt KIO 1254/17

zamówienia, jako że wada ta ma lub może mieć wpływ na wynik postępowania - należy uznać niezgodne z literalnym brzmieniem art. 25 ust. 1, art. 25a ust. 1, art. 26 ust. 1 ustawy Pzp oraz treścią Rozporządzenia działanie Zamawiającego polegające na przyznaniu treści oświadczeń zawartych w JEDZ waloru ostatecznego dowodu spełnienia opisanych w SIWZ i ogłoszeniu warunków udziału w Postępowaniu powyżej progów unijnych, W przypadku dopuszczenia przez Izbę takich nieprawidłowości w tego rodzaju postępowaniach, bardzo łatwo może dojść do pozbawienia jakiegokolwiek znaczenia kluczowych z punktu widzenia zasady uczciwej konkurencji wymogów zawartych we ww. przepisach.

VI. Na koniec wskazuję, że dowodem potwierdzającym opisane wyżej szczegółowo zarzuty i okoliczności faktyczne odwołania stanowi dokumentacja postępowania, która winna zostać przedłożona Krajowej Izbie Odwoławczej przez zamawiającego. Jednocześnie na dowód uzasadniający zarzut odwołania w zakresie pokrywania się okresów realizacji umowy z 29 czerwca 2015 r. nr ROŚ 6232.25- 0/2015 zawartej pomiędzy odwołującym a Gminą M. oraz umowy objętej postępowaniem, wykonawca załącza kopię tej umowy do niniejszego odwołania.

Mając powyższe na uwadze odwołanie jest w całości zasadne i wnoszę o jego uwzględnienie zgodnie z petitum odwołania.

#### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła co następuje**

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego na rozprawie, z udziałem stron i uczestnika, z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej do akt sprawy przez zamawiającego oraz dowodów złożonych przy odwołaniu jak i przy wniesionych pismach, jak i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła jak poniżej.

Przedmiotem postępowania jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy M. na których zamieszkują mieszkańcy.

Odwołanie zostało wniesione w terminie 10 dni od daty zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty (zawiadomienie z dnia 8 czerwca 2017 roku – odwołanie w dniu 19 czerwca 2017 roku – dokumentacja postępowania).

11

---

Sygn. akt KIO 1254/17

Wartość zamówienia wynosi 2.538.518,40 złotych co stanowi równowartość 608 042,92 euro to jest kwotę przewyższającą obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (paragraf 1 ust.2 lit. a Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Unii Europejskiej (Dz.U. 2016 r. poz. 1386).

Odwołujący zakwestionował następujące czynności zamawiającego:

1.dokonanie wyboru oferty, której wykonawca/ przystępujący w sprawie po stronie zamawiającego, nie wykazał spełnienia opisanych przez zamawiającego warunków udziału w postępowaniu w zakresie:

posiadania zezwolenia na zbieranie i transport odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (punkt 5.1.1. a) Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”). W tym zakresie należy wskazać, że na

rozprawie pełnomocnik odwołującego wycofał ten zarzut, ponieważ zamawiający wykazał, że pismem noszącym datę 06.06.2017 roku wezwał do przedstawienia zezwolenia na zbieranie i transport odpadów wydane na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012r. o odpadach ( Dz.U. z 2016 roku poz. 1987). Wykonawca wybrany w dniu 05.06.2017 roku przesłał za pośrednictwem maila szereg decyzji jakie zostały wydane na jego rzecz na przestrzeni 2014-2016 roku na zbieranie odpadów, magazynowanie oraz transportowanie. Pełnomocnik po zapoznaniu się z ich treścią cofnął w tym zakresie zarzut odwołania.

W pozostałym zakresie zarzuty odwołania zostały podtrzymane i tak:

Dysponowania: co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych, co najmniej 1 pojazdem zapewniającym odbiór odpadów z miejsc o zabudowie zwartej z dojazdem drogami o szerokości min. 3 m, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania zebranych odpadów wielkogabarytowych, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do odbierania zebranych odpadów wielkogabarytowych, co najmniej 1 pojazdem przystosowany do odbierania i opróżniania pojemników ogólnodostępnych tzw. „gniazd” - dzwonów. Firma wykonawcy wybranego nie wykazała również i nie oświadczyła, że w/w pojazdy muszą spełniać wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (punkt 5.1.3

12

---

Sygn. akt KIO 1254/17

2) b)c)f)e)f) SIWZ) i wykonawca ten wyłącznie w oświadczeniu złożonym w Jednolitym Europejskim Dokumencie Zamówienia (dalej „JEDZ”), przy czym nie zawarł w treści JEDZ i nie złożył wykazu, w którym wskazał rodzaj urządzeń i ich opis (punkt 6.1.A) SIWZ s. 11) oraz nie wskazał, że w/w pojazdy spełniają wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (punkt 5.1.3.2) SIWZ).

Izba w tym zakresie zważyła zarzut odwołania jak poniżej.

W związku z tak sformułowanym zarzutem oraz w wyniku dokonanych przez Izbę ustaleń na podstawie dokumentacji postępowania zamawiającego w tym oferty złożonej przez wykonawcę wybranego jak i postanowień siwz a wymienionych powyżej, Izba po pierwsze ustaliła, że w toku przedmiotowego postępowania wykonawca wybrany nie złożył dowodu potwierdzającego spełnienie, to jest posiadanie wyspecyfikowanego sprzętu do wykonania zamówienia. Wbrew temu co podnosił na rozprawie pełnomocnik przystępującego brak jest podstaw formalnych i prawnych wobec tak a nie inaczej sformułowanych postanowień siwz do wzywania złożenia wykazu sprzętu to jest pojazdów przewidzianych opisem siwz, w sytuacji przewidzienia takiego wezwania ani w ogłoszeniu o zamówieniu ani w siwz to jest wykazu posiadanego sprzętu. Zwłaszcza w sytuacji zamówienia nadprogowego, z jakim mamy do czynienia w tym postępowaniu, gdzie wymóg udowodnienia posiadania wymaganego sprzętu jest obligatoryjny, czyli nie należy do uznania zamawiającego, który nie może kształtować ewentualnie taki obowiązek w siwz w zamówieniach podprogowych. W samym jedz, w którym zresztą lokuje się tylko oświadczenia wstępne zgodnie z ustawą pzp, brak wskazania jakim to konkretnym (nr rej., marka, rodzaj, tonaż, rok prod. itd.) sprzętem będzie wykonawca wykonywał zamówienie, także dyskredytuje zaskarżoną ofertę. W ocenie Izby wbrew twierdzeniom zamawiającego i przystępującego, posiadania wykazanie odpowiedniego sprzętu nie może być wykonane tylko i wyłącznie przez powtórzenie postanowień siwz w jedz, bez konkretyzacji zadysponowanego sprzętu do wykonania zamówienia. Wykonawca zgodnie z ustawą pzp ma udowodnić posiadanie wymaganego sprzętu to jest wykazać, że sprzęt posiada i to sprzęt odpowiedni do wykonania przedmiotowych zadań. Wykonawca tę okoliczność powinien wykazać przez złożenie wykazu, w którym przedstawi stan posiadania określając jego cechy

identyfikacyjne takie jak numer rejestracyjny, rodzaj, marka sprzętu tak aby zamawiający mógł w razie potrzeby sprawdzić wiarygodność takiego oświadczenia.

13

---

Sygn. akt KIO 1254/17

Izba nie podziela poglądu reprezentowanego na rozprawie przez wykonawcę wybranego, że przedkładając szereg decyzji administracyjnych z lat poprzednich (2014-2016) na odbieranie, transport i przechowywanie odpadów komunalnych, w których wymienia się pojazdy w sposób je identyfikujący wykazał sprzęt wymagany w tym zakresie przez zamawiającego. Po pierwsze decyzje mają charakter historyczny to jest nieaktualny na dzień składania ofert a także wykonawca jak podnosił na posiedzeniu prowadzi działalność w zakresie odbioru odpadów na bieżąco realizując uzyskane zamówienia i fakt wymienienia w decyzji sprzętu nie oznacza, że wykonawca tym sprzętem dysponuje to tego zamówienia. Natomiast przywołując postanowienia siwz brak w nich przewidzianych regulacji, które mogłyby stanowić podstawę do wzywania wykonawców do przedstawienia wykazu zgodnie z obowiązującymi przepisami ustawy, ponieważ takie dokumenty czy oświadczenia powinny być określone już w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w siwz. Późniejsze sformułowanie takich warunków dla wykonawców to jest dopiero po złożeniu ofert jest zabronione i nieskuteczne. Tym samym ta okoliczność była jedną z szeregu które przesądziły o nakazaniu unieważnienia postępowania, ponieważ zawarta w umowa byłaby umową nieważną, bo naruszającą bezwzględnie obowiązujące przepisy ustawy pzp w zakresie udowodnienia zamawiającemu spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

W ocenie Izby jest to naruszenie przepisu ustawy pzp mające wpływ na wynik postępowania, ponieważ nie można skutecznie wezwać wykonawców o przedstawienie wykazu sprzętu opisanego w siwz, który świadczył by o spełnieniu warunku udziału w postępowaniu to jest posiadania wymaganego sprzętu opisanego w SIWZ a w konsekwencji wyboru najkorzystniejszej oferty spełniającej postanowienia SIWZ. Nie można na podstawie domysłów, intencji prawidłowego postępowania żądać dokumentów czy też oświadczeń wykonawców nie określonych w ogłoszeniu o zamówieniu czy też siwz i kształtować ich wymóg po otwarciu i złożeniu ofert.

Tym samym zarzut odwołania został wykazany i stanowił podstawę do nakazania unieważnienia postępowania.

Dysponowania: Kierownikiem Zespołu - osobą posiadającą wykształcenie co najmniej średnie, minimum roczne doświadczenie w kierowaniu i nadzorowaniu zespołem ludzi i maszyn w zadaniu odpowiadającym przedmiotowi zamówienia, minimum Sześcioma Kierowcami posiadającymi uprawnienia do kierowania i obsługi pojazdów opisanych w punkcie 5.1.3. ppkt 2 li. b-f SIWZ (punkt 5.1.3. 3) a) i b) SIWZ).

14

---

Sygn. akt KIO 1254/17

Na podstawie przeprowadzonych dowodów z dokumentacji postępowania w tym oferty wykonawcy wybranego i postanowień siwz potwierdziły się twierdzenia odwołującego, że wykonawca wybrany nie złożył żadnego wykazu, w którym wskazano by listę osób wraz z podaniem ich wykształcenia, opisu doświadczenia w kierowaniu i nadzorowaniu zespołem ludzi i maszyn w zadaniu odpowiadającym przedmiotowi zamówienia oraz wskazaniu uprawnień do kierowania i obsługi pojazdów opisanych w punkcie 5.1.3. ppkt 2 lit. b-f SIWZ (punkt 5.1.3.3) SIWZ). Również potwierdziły się zarzuty o braku podstaw do żądania takiego oświadczenia w formie wykazu, ponieważ siwz ogranicza się tylko do żądania potwierdzenia należytego wykonania a nie ma podstawy do żądania wykazu osób, które są przewidziane do wykonania zamówienia. W jedz nie ma żadnej informacji o osobach, ich kwalifikacjach, wykształceniu czy też wymaganym doświadczeniu, przy czym miałyby one również charakter wstępny oświadczenia a co nie zwalnia

zamawiającego do wezwania złożenia wykazu na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. Wobec powyższej wspomnianej konstrukcji siwz brak podstaw do wzywania do przedłożenia stosownego wykazu na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty. I tutaj jak przy sprzęcie- pojazdy, Izba nie podziela argumentacji przystępującego, że z decyzji administracyjnych zezwalających na odbiór, transport czy przechowanie odpadów komunalnych, złożonych na wezwanie zamawiającego można wywodzić dysponowanie np.: kierowcami z odpowiednimi uprawnieniami. Również Izba nie podziela poglądu przystępującego, że konkurencja na rynku o pozyskanie pracownika może stanowić podstawę do zwolnienia wykonawcy z obowiązku przedstawienia imion i nazwisk kierowców przeznaczonych do realizacji zamówienia.

Izba w tym zakresie zważyła zarzut odwołania jak poniżej.

Tak więc zarzut ten jak i zarzut odwołania odnoszący się do sprzętu a opisany powyżej również potwierdził się i wobec braku podstaw do wezwania wykonawcy do przedłożenia wykazu osób przeznaczonych do wykonania zamówienia powyższe skutkuje nieważnością zawartej tak umowy. Bowiem na etapie wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający w zamówieniu nadprogowym nie zapewnił sobie w postanowieniach siwz narzędzi wobec wykonawców do wezwania ich pod rygorem wykluczenia z postępowania udowodnienia wymagań siwz co do przedstawienia wykazu z nazwiskami i imionami kierownika i kierowców oraz ich wykształcenia, wiedzy i doświadczenia wymaganego w ogłoszeniu jak i w siwz.

15

---

#### Sygn. akt KIO 1254/17

Co do zdolności technicznej i zawodowej w zakresie potencjału technicznego z uwagi na brak udzielenia przez wykonawcę wybranego wymaganej na s. 11 SIWZ (punkt 6.1. A) SIWZ) informacji nt. instalacji z aktualną decyzją o pozwoleniu na użytkowanie służącą do prowadzenia odzysku odpadów wyszczególnionych w rozdziale 3 pkt 3.2. W/w instalacja musi mieć możliwość odzysku odpadów w ilości nie mniejszej niż przewidziana przez zamawiającego do przekazania w ramach świadczonej usługi w Części IV lit. C wiersz dziewiąty (pkt 9 JEDZ).

Izba w tym zakresie zważyła zarzut odwołania jak poniżej.

Zarzut potwierdził się jak powyżej. Postawiony wymóg nie posiada odpowiedniego w SIWZ zobowiązania wykonawcy do dostarczenia dowodu na powyższa okoliczność.

Odwołujący złożył w zaistniałym stanie rzeczy następujące żądania co do rozstrzygnięcia oprócz uwzględnienia odwołania: zaniechanie wykluczenia i w konsekwencji odrzucenia oferty wybranej pomimo tego, że wykonawca ten nie wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu wskazane w odwołaniu, zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, jako że warunki udziału w wykonawca spełnia wszystkie postępowaniu, nie podlega wykluczeniu, a jego oferta jest zgodna z SIWZ.

Z ostrożności odwołujący wskazał również na nieprawidłowości postępowania, które obarczone jest niemożliwością do usunięcia wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i wobec powyższego, w ramach zarzutu ewentualnego w razie nie uwzględnienia zarzutów powyżej wskazał następujące naruszenia zamawiającego.

To jest nie wskazanie w postępowaniu powyżej progów unijnych wszystkich dokumentów i oświadczeń, jakie wykonawcy powinni przedłożyć w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, co skutkuje tym, że zamawiający nie ma obecnie podstaw w siwz do żądania tych dokumentów i oświadczeń, jednak przepisy ustawy pzp wymagają ich przedłożenia;

Również odwołujący wskazał, że aktualna umowa zamawiającego, trwa do dnia 30 czerwca 2017 r. i nie może być wcześniej rozwiązana, co oznacza, że przez okres 4 dni występuje niemożliwość świadczenia zamówienia przez wykonawcę wybranego. Wskazanie w SIWZ (wzór umowy) w §2 sztywnego terminu rozpoczęcia realizacji

---

Sygn. akt KIO 1254/17

usługi (bez przewidzenia możliwości zmiany jako istotnego postanowienia umowy), co w razie rozstrzygnięcia odwołania w dniu 26 czerwca 2017 r. lub później uniemożliwia rozpoczęcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia publicznego w terminie i stanowi o częściowej niemożności świadczenia.

W tym stanie rzeczy potwierdziły się zarzuty odwołania co do naruszenia:

art. 25 a ust. 1 pkt 1) ustawy pzp oraz art. 26 ust. 1 ustawy pzp z uwagi na poprzestanie przez zamawiającego na oświadczeniach wykonawcy wybranego w jedz pomimo tego, że informacje zawarte w oświadczeniu jedz stanowią jedynie wstępne potwierdzenie, że wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu, natomiast zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed udzieleniem zamówienia, które wartość jest równa lub przekracza tzw. progi unijne miał obowiązek wezwać wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy pzp, czego nie uczynił art. 93 ust.1 pkt 7) ustawy Pzp w zw. z art. 7 ust.1 ustawy pzp art. 146 ust. 6 ustawy pzp. W zw. z art. 144 ustawy pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania pomimo tego, że postępowania jest obarczone istotnymi wadami, które są niemożliwe do usunięcia na etapie postępowania po otwarciu ofert i które uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako że zamawiający nie wskazał ani w siwz ani w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym UE oświadczeń i dokumentów w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, jakie wykonawcy powinni przedłożyć w celu potwierdzenia spełnienia tego warunku zgodnie z art. 26 ust. 1 ustawy pzp oraz zgodnie z art. 25 ust. 1 i ust. 2 ustawy pzp i Rozporządzeniem Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Powyższe skutkuje tym, że naruszona została uczciwa konkurencja w postępowaniu, gdyż nie ma możliwości poprawnie zweryfikować, czy wybrany wykonawcy spełnia warunek udziału w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie z art. 146 ust. 6 ustawy pzp Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania.

Brak wskazania przez zamawiającego oświadczeń i dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu oznacza, że oświadczenia zawarte w jedz jako wstępne potwierdzenie nie mogą zostać potwierdzone przez przedłożenie wymaganych art.

17

---

Sygn. akt KIO 1254/17

25 ust. 1 ustawy pzp w zw. z art. 26 ust. 1 ustawy pzp oświadczeń i dokumentów, skoro nie zostały one wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz.

Izba nie uwzględnia zarzutu przedstawionego poniżej a odnoszącego się do wyznaczonego terminu realizacji umowy, który według odwołującego wskazany został na dzień 26 czerwca 2017 roku.

Odwołujący podnosi konieczność aneksowania projektu umowy w sprawie zamówienia w związku z ustalonym terminem rozpoczęcia wykonywania umowy a co nie jest dopuszczalne, ponieważ ani siwz, ani ogłoszenie o zamówieniu nie przewidują możliwości zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia. Według niego jest ono konieczne z uwagi np. na przedłużanie się czy to samego postępowania o udzielenie zamówienia, czy to na częściowe pokrywanie się terminu realizacji zamówienia z dotychczasowym zamówieniem (przywołuje art. 38 ust. 4 ustawy Pzp oraz art. 144 ustawy Pzp). Tę sytuację odwołujący kwituje stwierdzeniem, że zmiana umowy w zakresie realizacji zamówienia dokonana przez

zamawiającego i firmę wybraną będzie podlegała unieważnieniu w myśl art. 144 ust. 2 ustawy pzp, zgodnie z którym postanowienie umowne zmienione z naruszeniem ust. 1b, 1d i 1e podlega unieważnieniu. Dotyczy to w szczególności zmiany terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia, który gdyby znany był wykonawcom na etapie ogłoszenia postępowania, to mógłby wpłynąć na krąg wykonawców, którzy wzięli udział w przetargu. Co więcej zgodnie z art. 144 ust. 3 ustawy pzp zamawiający, który zamierza zmienić warunki realizacji zamówienia (w tym termin rozpoczęcia realizacji zamówienia), które wykraczają poza zmiany umowy dopuszczalne zgodnie z ust. 1 -1 b, 1d i 1 e obowiązany jest przeprowadzić nowe postępowanie o udzielenie zamówienia.

W ocenie Izby zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ ogłoszenie o zamówieniu przewiduje termin realizacji zamówienia 36 miesięcy od daty powierzenia zamówienia czyli datą rozpoczęcia realizacji zamówienia nie jest 26 czerwca 2017 rok przynajmniej według ogłoszenia o zamówieniu. W istocie rzeczy choć istnieje rozbieżność między datą wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu i w projekcie umowy, który wskazuje na datę początkową 26 czerwca 2017 roku to nie ma podstaw do wskazania, że jednoznacznie obowiązuje data 26 czerwca 2017 r. to jest wbrew postanowieniom ogłoszenia o zamówieniu. Istnieje zatem co najmniej rozbieżność w dokumentach postępowania, która widocznie nie została dostrzeżona przez wykonawców na etapie składania ofert. Choć termin realizacji umowy stanowi istotny element umowy to wskutek istniejącej rozbieżności między ogłoszeniem o zamówieniu a projektem umowy pierwszeństwo należy przyznać ogłoszeniu o zamówieniu, który jako początkową datę wskazuje datę powierzenia zamówienia a nie datę 26 czerwca

18

---

Sygn. akt KIO 1254/17

2017 roku. W ocenie Izby zaistniała rozbieżność na tle całości dokumentów nie stanowi o zmianie warunków realizacji zamówienia czy też świadczeniu niemożliwym. W ocenie Izby z zaistniałej sytuacji nie można wywodzić, jak czyni to odwołujący, że miało to wpływ na krąg odbiorców, ponieważ pierwszy dokument z którym mogli się zapoznać to ogłoszenie o zamówieniu wskazujące jako datę początkową powierzenie (zdarzenie) a nie 26 czerwca 2017 roku. W razie wątpliwości stron przy zawieraniu umowy zdaje się, że nie należy obciążać wykonawcy rozbieżnością co do daty zawarcia umowy spowodowanej działaniami zamawiającego. Chociaż orzecznictwo Izby wielokrotnie wskazuje na potencjalną nieważność umowy w takich sytuacjach to w ocenie Izby przedstawiona powyżej rozbieżność nie może stanowić dowodu czy to na niemożność świadczenia, czy wpływ na krąg wykonawców.

W związku z powyższym Izba nie uwzględnia powyżej przedstawionego zarzutu co do nieważności umowy z racji terminu rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Mając na uwadze cały zgromadzony materiał w sprawie Izba orzekła jak w sentencji wyroku uwzględniając odwołanie nakazując unieważnienie wyboru najkorzystniejszej oferty jak i nakazując unieważnienie postępowania.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 192 ust.9 i 10 ustawy oraz § 3 pkt 1 lit) a w związku z § 5 ust.2 pkt 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (Dz. U. 2010r. nr 41 poz.238 zm. Dz.U. 2017r.) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego.

Przewodniczący: .....

19