Sygn. akt: KIO 245/15
Sygn. akt: KIO 305/15

WYROK
z dnia 4 marca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Sylwester Kuchnio

Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 marca 2015 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:
A. w dniu 9 lutego 2015 r. przez MT Recykling Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Legacz 1 (sygn. akt: KIO 245/15),
B. w dniu 16 lutego 2015 r. przez TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (sygn. akt: KIO 305/15),
w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce,

przy udziale TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającej przystąpienie − do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 245/15 po stronie Zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego,
przy udziale MT Recykling Sp. z o.o. Sp.k. z siedzibą w Legacz 1 zgłaszającej − przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt: KIO 305/15 po stronie Zamawiającego i wnoszącej sprzeciw względem uwzględnienia odwołania przez Zamawiającego;

orzeka:

1. A. uwzględnia odwołanie KIO 245/15 - uwzględnia zarzut braku wykazania przez wykonawcę TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia w dostawie klasyfikatora powietrznego do segregacji odpadów, opisanych w pkt 8.1.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nakazuje Przedsiębiorstwu Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w

---

Hajnówce powtórzenie oceny ofert w postępowaniu pn. „Dostawa fabrycznie nowego jedno-wałowego rozdrabniacza końcowego, klasyfikatora powietrznego do separacji frakcji lekkie w ramach Projektu Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Hajnówce" i nakazuje wezwanie TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w wyżej wskazanym zakresie, oddala pozostałe zarzuty odwołania,
B. oddala odwołanie KIO 305/15,

2. kosztami postępowania obciąża TEKOpro Sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez MT Recykling Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Legacz 1 i kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie – tytułem wpisów od odwołań,
   2.2. zasądza od TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie kwotę 22 200 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia dwa tysiące dwieście złotych zero groszy) na rzecz MT Recykling Sp. z o. o. Sp. k. z siedzibą w Legacz 1 stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania i kosztów zastępstwa procesowego w sprawach o sygn. akt KIO 245/15 i KIO 305/15.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 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 Białymstoku.

Sygn. akt: KIO 245/15
Sygn. akt: KIO 305/15

UZASADNIENIE

Zamawiający, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o. z siedzibą w Hajnówce, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa fabrycznie nowego jedno-wałowego rozdrabniacza końcowego, klasyfikatora powietrznego do separacji frakcji lekkie w ramach Projektu Rozbudowa Zakładu Zagospodarowania Odpadów w Hajnówce".

Szacunkowa wartość przedmiotowego zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11. ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w dniu 13 sierpnia 2014 r. w Dz. Urz. UE Nr 2014-163760.

W dniu 5 lutego 2015 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o jego wynikach.

Sygn. akt: KIO 245/15

W dniu 9 lutego 2015 r. MT Recykling Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Legacz 1 wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania oznaczone sygnaturą akt Izby KIO 245/15.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy:

1) art. 24 ust. 2 pkt 4 poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy zgodnie z art. 26 ust. 1 i 22 ust. 1 pkt 2 Pzp oraz punktem 8.1. podpunkt 2 SIWZ, wymagane było udokumentowanie przez wykonawców wiedzy i doświadczenia w zakresie dostaw klasyfikatora powietrznego do

separacji odpadów, a wykonawca TEKOpro sp. z o.o. tego nie udokumentował,
2) art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 poprzez jego niezastosowanie w sytuacji, gdy zaistniały przesłanki do jego zastosowania, gdyż firma TEKOpro sp. z o.o., której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie udokumentowała, zgodnie z wymogiem określonym w SIWZ w punkcie 8.1 podpunkt 2, wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia na dostawy, której przedmiotem była dostawa klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów,
3) art. 7 ust. 1 Pzp poprzez brak przeprowadzenia przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia, w wyniku wskazanych wyżej naruszeń, w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców i ostatecznie wybranie Wykonawcy, który nie udokumentował wiedzy i doświadczenia z zakresu dostawy klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów.

Odwołujący wniósł o:
uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności − oceny ofert i wykluczenie z postępowania o udzielenie ww. zamówienia wykonawcy TEKOpro sp. z o.o. wobec niewykazania spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, a w konsekwencji uznanie oferty TEKOpro sp. z o.o. za odrzuconą zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy,
nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny oferty i wyboru − oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu odwołania wskazano m.in.:
„[…]
W specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), Zamawiający w punkcie 8 określił warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny

spełniania tych warunków. Zamawiający wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, który spełniają warunki dotyczące posiadania wiedzy i doświadczenia, przez co należy rozumieć obowiązek Wykonawcy udokumentowania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, co najmniej jednego zamówienia na dostawy, której przedmiotem była dostawa rozdrabniacza do produkcji paliw oraz dostawa klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów. Zamawiający podkreślił, iż jest to jeden z czterech minimalnych warunków, których spełnienia wymaga od wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie. Zamawiający określił sposób dokonania oceny spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wg formuły: „spełnia - nie spełnia" na podstawie wymaganych dokumentów i oświadczeń.
Zgodnie z art. 22 ust. 1 pkt 2 w zw. z ust. 5 zdanie pierwsze, udokumentowanie posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji zamówienia oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełnienia ma na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia.

Odwołujący wskazuje, że pomimo powyższego obowiązku, Wykonawca TEKOpro sp. z o.o., którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie udokumentował posiadania wiedzy i doświadczenia w zakresie dostawy klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów. SIWZ zawiera precyzyjny i jednoznaczny zapis, że wykonawca powinien udokumentować wykonanie co najmniej jednego zamówienia na dostawę rozdrabniacza do produkcji paliw oraz co najmniej jednego zamówienia na dostawę klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów. „Oraz" jest spójnikiem łączącym słowa i zdania równorzędne, wskazując je jako występujące równocześnie. Z uwagi na przedmiot zamówienia, który obejmuje dostawę zarówno rozdrabniacza, jak i klasyfikatora, wykazanie doświadczenia i wiedzy musi dotyczyć obydwu urządzeń, zgodnie zresztą z art. 26 ust. 1 uPZP. Wartość przedmiotowego zamówienia przekraczał bowiem kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPZP, zatem Zamawiający zgodnie ze swoim obowiązkiem umieścił w SIWZ wymóg dostarczenia dokumentów potwierdzających kwalifikacje zarówno w zakresie dostaw rozdrabniaczy, jak też w zakresie dostaw klasyfikatorów. Nie jest wystarczające załączenie referencji dotyczących wykonania dostawy jedynie

w zakresie rozdrabniacza. Tak też wskazuje norma prawna zawarta w art. 22 ust. 4 uPZP. Opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków powinien być związany z przedmiotem zamówienia.
TEKOpro sp. z o.o. złożyła ofertę na dostawę fabrycznie nowego jednowałowego rozdrabniacza końcowego z dociskiem hydraulicznym do wytwarzania paliw alternatywnych typ WEIMA WPL oraz na dostawę klasyfikatora powietrznego do separacji frakcji lekkiej ze strumienia odpadów komunalnych po rozdrobnieniu i sicie bębnowym typu WESTERIA WS2.
Jedyne referencje załączone do oferty TEKOpro sp. z o.o. dotyczą rozdrabniacza model WPL 3000 oraz rozdrabniacza model WPL 2500. Potwierdzenie dostawy i instalacji maszyny wystawiła Weima Maschinenbau Gmbh.

Dowód: - confirmation of delivery 2015-01-20 w zakresie modelu WPL 3000, str. 42 oferty TEKOpro sp. z o.o.,
- potwierdzenie z 15.01.2015 r„ że WEIMA Mashinenbau GmbH wyprodukowała i dostarczyła rozdrabniacze WPL 2500 klientom wymienionym w referencjach, str. 55 oferty TEKOpro sp. z o.o.
W wykazie wykonanych dostaw na stronie oferty Wykonawcy TEKOpro sp. z o.o. od numeru 32 do 42, brak jest jakichkolwiek informacji na temat wykonanych dostaw klasyfikatora w okresie ostatnich 3 lat lub w kresie prowadzenia działalności gospodarczej, co mogłoby wskazywać na posiadanie przez tego Wykonawcę wiedzy i doświadczenia w tym zakresie. Dowód: - kompletna oferta TEKOpro sp. z o.o. dostępna u Zamawiającego w ramach dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.
Pełnomocnik Odwołującego wskazuje, że rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. 2013.231) precyzuje, że Zamawiający może żądać wykazu wykonanych dostaw wraz z załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.
Zgodnie z §1 ust. 2 wymienionego rozporządzenia dowodami potwierdzającymi należyte wykonanie dostawy jest poświadczenie. Zgodnie z art. 26 ust. 1 uPZP w przypadku zamówień, których wartość przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 uPZP Zamawiający ma obowiązek żądać ww. dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu.

W wyroku KIO 1390/14 z 18.07.2014 r., Izba wypowiedziała się, że „oświadczenie samego wykonawcy zamówienia jest dopuszczone w przepisach rozporządzenia z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2013 r., poz. 231) jako wyjątek od zasady, w szczególnych okolicznościach. Okoliczności takie jako wyjątkowe powinny być udowodnione przez wykonawcę (w tym przypadku podmiot trzeci). W treści oferty lub w uzupełnieniu dokumentów wykonawca musiałby wykazać istnienie obiektywnych przesłanek, które wskazywałyby na to, że podmiot trzeci nie mógł uzyskać dokumentu poświadczenia od podmiotu, na rzecz którego zamówienie było realizowane, np. z powodu nieistnienia (likwidacji) tego podmiotu, czy nieuzasadnionej odmowy wydania takiego dokumentu."
Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że TEKOpro sp. z o.o. nie załączyła do oferty na dostawę jednowałowego rozdrabniacza końcowego oraz klasyfikatora powietrznego do separacji frakcji ani oświadczenia o wykonaniu dostaw w zakresie obydwu urządzeń w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert lub w okresie prowadzenia działalności, ani referencji potwierdzających wykonanie takich dostaw. Nie wykazała więc wiedzy i doświadczenia pozwalających jej na wykonanie dostaw w ramach ww. zamówienia publicznego w sposób rzetelny i należyty.
Przy tym należy zaznaczyć, że Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych. Oferta wybranego wykonawcy powinna więc spełniać wymogi SIWZ zarówno w zakresie rozdrabniacza jednowałowego, jak też w zakresie klasyfikatora powietrznego do separacji frakcji lekkie.
[…]”

Sygn. akt: KIO 305/15

W dniu 16 lutego 2015 r. TEKOpro Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie wniosła do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie względem wyniku postępowania oznaczone sygnaturą akt Izby KIO 305/15.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 24 ust. 2 pkt 2) oraz art. 45 ust. 7 Pzp z uwagi na fakt, że wykonawca MTR wniósł wadium w pieniądzu w sposób inny, niż przewidują przepisy ustawy oraz postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia - wadium zostało wniesione gotówką do kasy Zamawiającego,
2) art. 24 ust. 2 pkt 3) ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy MTR, który złożył w ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie oferowanego produktu - w treści oferty pojawiają się nieprawdziwe informacje nt. parametrów urządzeń, a także dostępności serwisu,
3) art. 24 ust. 2 pkt 4) w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 7 Pzp oraz § 3 ust. 1 pkt 5) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (dalej jako „rozporządzenie w sprawie dokumentów") poprzez zaniechanie dokonania czynności wykluczenia Wykonawcy MTR pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu - nie udowodnił, że nie jest wykonawcą podlegającym wykluczeniu z Postępowania. Alternatywnie Odwołujący podnosi zarzut w zakresie naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 Pzp,
4) art. 24 ust. 4 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 2), art. 24 ust. 2 pkt 3) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4) ustawy poprzez zaniechanie czynności odrzucenia oferty wykonawcy MTR podlegającego wykluczeniu,
5) art. 89 ust 1 pkt 2) w zw. z art. 83 ust. 3 ustawy poprzez zaniechanie dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy MTR w sytuacji, gdy treść złożonej przez niego oferty wraz z załącznikami wskazuje, że oferowany przedmiot dostawy nie spełnia wymagań określonych w postanowieniach specyfikacji istotnych warunków zamówienia (w treści również jako „SIWZ"),
6) art. 87 ust. 1 Pzp poprzez prowadzenie między Zamawiającym a wykonawcą MTR negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz dokonanie zmiany w treści oferty MTR,

7) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nierówne traktowanie Wykonawców biorących udział w Postępowaniu poprzez dokonywanie czynności niezgodnych z przepisami ustawy Pzp lub zaniechaniu dokonaniu określonych przepisami ustawy Pzp czynności selektywnych i niekonsekwentnych, w wyniku czego wykonawca, który podlega wykluczeniu, nie został wykluczony, a jego oferta - pomimo podleganiu odrzuceniu, nie została odrzucona; naruszenia przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający dopuścił się w szczególności w związku z naruszeniem powyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o:
1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynności oceny, a także badania ofert, w szczególności oferty złożonej przez MTR;
2) dokonania powtórnego badania ofert, a w konsekwencji - wykluczenia z Postępowania wykonawcy MTR oraz odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę;
3) dokonania powtórnej oceny ofert, a z uwagi na fakt odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę MTR - powtórnej oceny wyłącznie oferty złożonej przez Odwołującego;
4) uznania oferty złożonej przez Odwołującego jako jedynej oferty w Postępowaniu która nie podlega odrzuceniu;
5) ponownego uznania za najkorzystniejszą oferty złożonej przez Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania, odnośnie uprawnienia Odwołującego do korzystania ze środków ochrony prawnej, wskazano:
„[…]
W niniejszym Postępowaniu oferta złożona przez Odwołującego została uznana przez Zamawiającego za ofertę najkorzystniejszą, jednak z uwagi na skorzystanie ze środka ochrony prawnej (w postaci odwołania) przez drugiego wykonawcę - MT Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa - który

9

---

wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 09 lutego 2015 roku, Odwołujący ma interes we wniesieniu przedmiotowego odwołania, gdyż brak reakcji ze strony Odwołującego na naruszenia poczynione przez Zamawiającego w Postępowaniu doprowadzi do sytuacji faktycznej, w której Odwołujący nie będzie mógł już ich podnieść w ramach środków ochrony prawnej. Zakładając niekorzystny dla Odwołującego finał wniesionego w Postępowaniu odwołania, skutkujący odrzuceniem oferty Odwołującego, Odwołujący skutecznie zostanie pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a co za tym idzie - zakładanego zysku.
Interes wykonawcy, którego oferta została wybrana, aktualizuje się z chwilą gdy odwołanie kwestionujące taki wybór złoży co najmniej jeden inny wykonawca biorący udział w postępowaniu. W takiej bowiem sytuacji interes wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, nie będzie mógł być w pełni zabezpieczony jedynie w drodze dokonanego zgłoszenia przystąpienia po stronie zamawiającego.
Za uznaniem posiadania interesu Odwołującego, mimo wyboru jego oferty, przemawia obowiązek po stronie Zamawiającego rozpatrzenia wszystkich ofert z uwzględnieniem obowiązujących przepisów, w tym obligujących go do wykluczenia wykonawcy lub odrzucenia oferty oraz wynikającą z nich zasadą koncentracji środków odwoławczych.
Zasada koncentracji środków ochrony prawnej wymaga także od wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, podnoszenia zarzutów wobec czynności zamawiającego w pierwszym możliwym terminie. W szczególności powinno się to przejawiać w tym, by zamawiający dysponował pełną wiedzą co do ewentualnych zarzutów w stosunku do podjętych przez siebie decyzji w możliwie najwcześniejszym momencie. Odwołanie dotyczy bowiem czynności Zamawiającego, które podejmuje on w postępowaniu w stosunku do biorących udział wykonawców. Decyzje te muszą być podejmowane zawsze zgodnie z przepisami ustawy Pzp, a jeśli jest lub może być inaczej, informacja/zarzut w tym zakresie i rozstrzygnięcie zarzutów przez Izbę powinno się odbywać zgodnie z zasadą koncentracji na najwcześniejszym etapie.
W przypadku, gdyby uznać, że Odwołujący nie ma interesu we wniesieniu odwołania na obecnym etapie, istnieją uzasadnione obawy, że zarzuty postawione przez niego na późniejszym etapie postępowania zostaną uznane za spóźnione, a odwołanie będzie podlegało odrzuceniu na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

10

Odmówienie Odwołującemu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia i brak merytorycznego rozpoznania podnoszonych zarzutów odnoszących się do oferty MTR prowadziłoby do sytuacji, w której tylko dlatego, że jego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, pozbawiony byłby prawa dostępu do środków ochrony prawnej zagwarantowanych każdemu wykonawcy. Skutkowałoby to tym, że ewentualne uwzględnienie odwołania wykonawcy, który zajął drugie miejsce w rankingu ofert, mogłoby powodować konieczność wyboru oferty, której nikt poza zamawiającym nie może kwestionować.
Warto w tym miejscu wskazać na wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach w którym sąd uznał, że „w sytuacji gdy chociażby jeden z pozostałych uczestników postępowania skorzystał ze środka odwoławczego, wówczas interes wykonawcy, którego oferta została wybrana, realizuje się poprzez wniesienie odwołania będącego formą obrony przed środkiem odwoławczym konkurenta."

Wykonawca oświadcza w tym miejscu, że zapoznał się z informacją o wyniku Postępowania w dniu 5ego lutego 2015r., a 10ty dzień liczony od daty zapoznania zapoznania się z tymi dokumentami mija w niedzielę, dnia 15 lutego 2015 roku. W świetle obowiązujących przepisów możliwe jest, że po dokonaniu ponownego badania i oceny ofert w wyniku ewentualnego niekorzystnego dla TEKOpro Sp. z o.o. rozstrzygnięcia odwołania, Odwołujący nie będzie miał możliwości wniesienia odwołania w świetle przepisu art. 189 ust. 1 pkt 3) oraz pkt 5) ustawy Pzp.
Zgodnie bowiem z przepisem art. 182 ust. 1 ustawy Pzp, odwołanie wnosi się w terminie 10 dni od dnia przesłania informacji o czynności Zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Skoro Odwołujący w dniu 5 lutego 2015 r. został poinformowany o zakończeniu procedury badania złożonych ofert mając wiedzę o nieprawidłowościach i naruszeniach Zamawiającego w dokonanym badaniu ofert, w związku z zawitymi terminami na korzystanie ze środków ochrony prawnej musi przedmiotowe odwołanie złożyć najpóźniej do dnia 16 lutego br.
Brak wniesienia odwołania w terminach określonych w art. 182 ustawy Pzp skutkuje brakiem możliwości podnoszenia zastrzeżeń zgłaszanych w niniejszym Odwołaniu na późniejszym etapie prowadzonego Postępowania co powoduje, iż obecne naruszenia nie będą mogły zostać skorygowane w późniejszym etapie Postępowania.

11

Co więcej, Odwołujący TEKOpro, który zgłosił swój akces w postępowaniu odwoławczym zainicjowanym przez MTR nie może podnosić zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę MTR, bowiem wykracza to za zakres jego uprawnień przysługujących mu jako Przystępującemu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.
Istotnym i znamiennym dla niniejszej sprawy jest fakt, że w Postępowaniu zostały złożone wyłącznie dwie oferty: oferta Odwołującego oraz oferta złożona przez MT Recykling spółka z ograniczoną odpowiedzialnością spółka komandytowa. Oznacza to, że w przypadku niekorzystnego dla Odwołującego rozstrzygnięcia odwołania wniesionego przez MTR oferta Odwołującego mogłaby nie zostać uznana za najkorzystniejszą, a wręcz zostać odrzucona. W takim przypadku, jedyną ofertą „pozostającą" w postępowaniu jako ważna i podlegająca ocenia byłaby oferta złożona przez wykonawcę MTR, a zatem musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą. Z takim obrotem sprawy Odwołujący pogodzić się nie może, bowiem wybór oferty złożonej przez MTR zostałby dokonany z rażącym naruszeniem przepisów ustawy Pzp i spowodowałby utratę planowanego przez Odwołującego zysku. Uzasadnienie tego twierdzenia znajduje się poniżej.
W przedmiotowym postępowaniu może więc zaistnieć sytuacja, w której Zamawiający, przy rażącym naruszeniu przepisów ustawy Pzp uniemożliwi Odwołującemu uzyskanie niniejszego zamówienia, uchybiając jednocześnie zasadzie równego traktowania wykonawców ubiegających się o niniejsze zamówienie.
Powyższe dowodzi naruszeniu interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym przepisem art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.
Ochrona interesu w uzyskaniu zamówienia sprowadza się również do sytuacji, w której w wyniku odrzucenia oferty złożonej przez MTR oraz uwzględnienia odwołania tego wykonawcy, obaj wykonawcy uczestniczący w niniejszym postępowaniu będą mieli równe szanse do ubiegania się o przedmiotowe zamówienie w nowo ogłoszonym postępowaniu.
[…]”

Uwzględniając treść dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia przekazanej przez Zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron

12

---

złożone w pismach procesowych i na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Sygn. akt: KIO 245/15

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Podając, zgodnie z art. 196 ust. 4 ustawy, podstawę prawną rozstrzygnięcia, wskazać należy, iż zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu.

Ponadto zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.

Okoliczność, iż do swojej oferty wykonawca TEKOpro Sp. z o.o. nie załączył żadnych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu opisanego w pkt w pkt 8.1.2) specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) dotyczącego doświadczenia w dostawie klasyfikatora powietrznego do separacji odpadów, a tym samym nie wykazał spełniania warunku udziału w postępowaniu w ww. zakresie – jest między stronami bezsporna. Przystępujący - TEKOpro Sp. z o.o., podnosił natomiast, że spełnianie ww. warunku udziału w postępowaniu wykazał w ramach uzupełnienia dokumentów załączonych do oferty, którego dokonał pismem z dnia 27 stycznia 2015 r.

Bezsporna pomiędzy stronami była również okoliczność faktyczna, iż Zamawiający nie wzywał Przystępującego do uzupełnienia dokumentów dostawę klasyfikatora (wzywał jedynie do potwierdzających powietrznego przedłożenia tłumaczeń dokumentów do oferty załączonych), a dokumenty dodatkowe, odnoszące się do takiego doświadczenia, wykonawca przedstawił z własnej inicjatywy.

Wyżej wymienionego, dokonanego przez Przystępującego z własnej inicjatywy, uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający nie udostępnił Odwołującemu (udostępnił jedynie tłumaczenia dokumentów załączonych do oferty), ani go o nich nie poinformował.

Zarzutami odwołania nie objęto dokumentów uzupełnionych.

W świetle powyższych okoliczności na rozstrzygnięciu odwołania ważyło rozstrzygnięcie kwestii czy samodzielne uzupełnienie dokumentów dokonane przez Przystępującego powinno zostać wzięte w tym przypadku pod uwagę.

Na tak sformułowane pytanie należało udzielić odpowiedzi negatywnej. Przy czym Izba zaznacza i podkreśla, iż kwestia ta została rozstrzygnięta w odniesieniu do konkretnych okoliczności danej sprawy, z uwzględnieniem ich konsekwencji i specyfiki. Izba nie zamierza natomiast formułować w tym miejscu żadnych doktrynalnych stanowisk ogólnych na temat absolutnej niemożliwości samodzielnego uzupełniania dokumentów podmiotowych przez wykonawców. Przeciwnie, nie wyklucza np. sytuacji prostych i oczywistych, wiadomych wszystkim uczestnikom postępowania, czytelnych i łatwych do zidentyfikowania oraz zakwalifikowania, gdzie mnożenie kolejnych czynności zamawiającego i postulowanie uzupełnienia ocenić jako zbędny formalizmem dokumentów uzupełnionych, należałoby postępowania i prowadziło do jego przewlekłości, a kłóciłoby się z jego racjonalnością i ekonomią… etc. Natomiast z pewnością z tego typu sytuacją nie mamy do czynienia w przypadku przedmiotowego postępowania.

W rozpatrywanej sytuacji należało z całą stanowczością stanąć przy ścisłym realizacji procedury opisanej w przepisach ustawy. To Zamawiający z pełną transparencją powinien dokonać oceny oferty i zgodnie z dyspozycją art. 26 ust. 3 Pzp wezwać wykonawcę (Przystępującego) do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W odpowiedzi na tego typu wezwanie określające dokładny obszar wymaganego uzupełnienia,

wykonawca będzie mógł przedstawić dokumenty, które uznaje za potwierdzające spełnianie warunków na datę składania ofert, i którymi może dysponować. Zamawiający zaś będzie mógł takie uzupełnienie ocenić, a pozostali wykonawcy będąc świadomymi wszystkich elementów procedury dotyczącej badania i weryfikacji spełniania warunków udziału w postępowaniu, będą mogli zadecydować o zakwestionowaniu jej prawidłowości w ramach środków ochrony prawnej.

Procedura uzupełniania dokumentów na wezwanie zamawiającego wynika z bezwzględnie obowiązujących przepisów ustawy i wszelkie odstępstwa i modyfikacje jej stosowania powinny być jak najbardziej ograniczone. W szczególności nie mogą prowadzić do naruszenia zasad ogólnych ustawy dotyczących równego traktowania wykonawców i przejrzystości postępowania. Nie mogą np. prowadzić do niejasności po stronie innych wykonawców jakie czynności w postępowaniu zostały w rzeczywistości podjęte przez zamawiającego oraz na jakich czynnościach i dokumentach zamawiający opierał się w trakcie oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Samodzielne uzupełnianie dokumentów nie może również prowadzić do *de facto* wielokrotnych uzupełnień dokumentów przez niektórych wykonawców (najpierw samodzielnie, a potem na wezwanie zamawiającego, w przypadku gdy pierwsze uzupełnienie zostałoby przyjęte, ocenione i uznane z niepotwierdzające spełniania warunków udziału w postępowaniu).

Z opisanych wyżej powodów, samodzielne uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu dokonane przez Przystępującego zostało pominięte przez Izbę i nie powinno być również brane pod uwagę przez Zamawiającego – winno zostać uznane za niebyłe czy raczej za niewywierające żadnych skutków pranych dla postępowania o udzielenie zamówienia. W związku z powyższym oraz z uwagi na brak potwierdzenia spełniania warunku udziału w postępowaniu dot. klasyfikatora powietrznego wraz z ofertą, zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp uznano za zasadny i nakazano wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu w tym zakresie.

Sprawą Przystępującego pozostaje w jaki sposób na ww. wezwanie Zamawiającego odpowie i jak wymagane warunki udziału w postępowaniu potwierdzi (czy będą to okoliczności i dokumenty zupełnie nowe, czy takie, którymi już usiłował się posługiwać).

Sygn. akt: KIO 305/15

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że Odwołujący nie legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp, według którego środki ochrony prawnej określone w ustawie przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy.

Przedmiotowe odwołanie dotyczy oferty sklasyfikowanej jako mniej korzystna od oferty Odwołującego. Pozostawanie tej oferty w postępowaniu nie stoi więc na przeszkodzie i nie zagraża możliwościom uzyskania przedmiotowego zamówienia przez Odwołującego. Po stronie Odwołującego nie występuje więc żadna ewentualna szkoda związana z naruszeniem przepisów, które w odwołaniu jest podnoszone. Innymi słowy, to nie tego typu, ewentualne naruszenie przepisów przez Zamawiającego prowadzi do strat materialnych po stronie Odwołującego

polegających na nieuzyskaniu zamówienia.

Odwołujący nie wykazał więc żadnej konkretnej szkody materialnej, którą może ponieść w wyniku zaniechania odrzucenia przez Zamawiającego oferty droższej od oferty Odwołującego. Ponadto potwierdzenie zarzutów przedmiotowego odwołania nie miałoby żadnego wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia (wynik rozpatrywany na gruncie tego postępowania odwoławczego, czyli przez wpływ tego postępowania odwoławczego na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, a nie krzyżowo, przez wpływ rozstrzygnięć innych postępowań odwoławczych na wynik zamówienia).

Dla poparcia swojego stanowiska Izba powołuje ugruntowane orzecznictwo sądów okręgowych oraz własne (np. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt: V Ca 3270/12, albo wyrok Izby z dnia 14 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1325/14).

W konsekwencji Odwołujący powinien skupić się na obronie prawidłowości swojej oferty w innych postępowaniach odwoławczych, a nie dokonywać generalnej weryfikacji prawidłowości postępowania prowadzonego przez Zamawiającego.

16

Biorąc pod uwagę powyższe należało stwierdzić, iż Odwołujący nie wykazał przesłanki szkody związanej z naruszeniem przepisów, które podnosi w odwołaniu, i tym samym nie posiada legitymacji do skorzystania ze środków ochrony prawnej, o której mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Powyższe skutkowało koniecznością oddalenia odwołania bez rozpoznania jego zarzutów

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowań orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp 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).

17