Sygn. akt KIO 2144/15

WYROK
z dnia 20 października 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 października 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 października 2015 r. przez wykonawcę: **Zakład Robót Sanitarnych SANATOR Sp. z o.o., Rąbień, ul. Pańska 68/70, 95-070 Aleksandrów Łódzki**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Aleksandrów Łódzki, pl. Kościuszki 2, 95-070 Aleksandrów Łódzki**

przy udziale wykonawcy: **S. P.** prowadzący działalność gospodarczą pod firmą **Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART-BUD S. P., ul. Piłsudskiego 6/8, 95-070 Aleksandrów Łódzki**

orzeka:

1) oddala odwołanie;
2) kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Zakład Robót Sanitarnych SANATOR Sp. z o.o., Rąbień, ul. Pańska 68/70, 95-070 Aleksandrów Łódzki, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: Zakład Robót Sanitarnych SANATOR Sp. z o.o., Rąbień, ul. Pańska 68/70, 95-070 Aleksandrów Łódzki, tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy: Zakład Robót Sanitarnych SANATOR Sp. z o.o., Rąbień, ul. Pańska 68/70, 95-070 Aleksandrów Łódzki na rzecz zamawiającego: Gmina Aleksandrów Łódzki, pl. Kościuszki 2, 95-070 Aleksandrów Łódzki, kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013, poz. 907, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Łodzi.**

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 2144/15

Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Aleksandrów Łódzki - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *„Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”* nr ref. ZP.271.29.2015, na podstawie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej „Pzp”, „ustawa” lub „ustawa Pzp”.

Wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwotę wskazaną w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Suplemencie do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej 4 sierpnia 2015 r., nr 273992-2015-PL.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia „SIWZ”, została zamieszczona na stronie internetowej zamawiającego w dniu 4 sierpnia 2015 r.

Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej została doręczona wykonawcom w dniu 23 września 2015 r. drogą elektroniczną.

Wykonawca Zakład Robót Sanitarnych SANATOR sp. z o.o. z siedzibą w Rąbieniu - odwołujący - wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy czynności/zaniechania czynności przez zamawiającego - w zakresie części I i II zamówienia.

I. II. Odwołujący zarzucił zamawiającemu niezgodne z przepisami wymienione niżej czynności i zaniechania zamawiającego, powodujące naruszenie przepisów Pzp i ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. z 2003 r., Nr 153, poz. 1503, z późn. zm.), zwanej „uznk":

1) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART-BUD S. P. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim, zwanego „S. P.", „wykonawca S. P." lub „wykonawca", złożonej na I i II część zamówienia, zwanego „zamówieniem", na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, pomimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z art. 8 ust. 1 i ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp;
2) zaniechanie odrzucenia tej oferty, pomimo że oferta jako rażąco naruszająca zasadę jawności, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk przez zaniechanie jego zastosowania;
3) zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zwanej „SIWZ", wobec nie wskazania jaką część

zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie art. 87 ust. 1 Pzp jako niezgodne z przepisami zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom;
4) zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo że jej treść nie odpowiada treści SIWZ, wobec zaoferowania przez wykonawcę wykonywania zamówienia przy użyciu bazy transportowo-magazynowej niespełniającej wymagań zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 44 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym, pomimo że nie dysponuje bazą magazynowo-transportową wymaganą przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122);
5) jako zarzut ewentualny - zaniechanie wezwania S. P. do uzupełnienia dokumentów: wykazu wykonanych usług oraz wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, które to wykazy nie zostały przez wykonawcę podpisane, a jedynie parafowane, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 Pzp;
6) wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, a najkorzystniejszą ofertą dla zamówienia niepodlegającą odrzuceniu jest oferta odwołującego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 Pzp.

III. Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty S. P.;
2) odrzucenia oferty tego wykonawcy;
3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert z pominięciem oferty S. P.

oraz

zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów poniesionych jako wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

IV. Odwołujący wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z:

1. zeznań świadków:
   1) G. D., zam. ul. Cedrowa 18, Rąbień, 95-070 Aleksandrów Łódzki, na okoliczność tego, że baza transportowo-magazynowa wykonawcy S. P. nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego;
2) D. L., zam. ul. Cedrowa 3/5, Rąbień, 95-070 Aleksandrów Łódzki, na okoliczność, że baza transportowo-magazynowa wykonawcy S. P. nie spełnia wymagań postawionych przez

zamawiającego;
2. dokumentów w postaci:
1) informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców KRS odwołującego na okoliczność ustalenia osób upoważnionych do reprezentowania odwołującego;
2) informacji z dnia 23 września 2015 r. o wyborze oferty najkorzystniejszej dla części I i II zamówienia na okoliczność interesu odwołującego we wniesieniu odwołania;
3) protokołu postępowania i załączników do niego, w szczególności oferty S. P. na okoliczność zastrzeżenia przez wykonawcę S. P. w ofercie jako tajemnicy przedsiębiorstwa całej oferty, w tym informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp; niepodpisania wykazu wykonanych/wykonywanych usług, niewskazania części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom, zaoferowania przez wykonawcę użyciu bazy wykonywania zamówienia przy transportowo-magazynowej nie spełniającej wymagań zamawiającego;
4) ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania;
3. zdjęć załączonych do odwołania na okoliczność, że baza transportowo-magazynowa wykonawcy S. P. nie spełnia wymagań postawionych przez zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że zachował termin do wniesienia odwołania, przekazał kopię odwołania zamawiającemu oraz, że przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego ustawy Pzp.

Odwołujący w dalszej części podniósł. W postępowaniu wpłynęły 3 oferty. Odwołujący złożył drugą, co do korzystności ofertę zarówno na I jak i na II część zamówienia. Gdyby w stosunku do S. P. zamawiający podjął wszystkie wymagane przepisami ustawy Pzp czynności i odrzucił jego ofertę jako niezgodną z ustawą, oferta odwołującego byłaby ofertą najkorzystniejszą. Odwołujący skarżąc zaniechanie czynności w postępowaniu i wybór oferty najkorzystniejszej zmierza do wyeliminowania wykonawcy S. P. z postępowania i uzyskania zamówienia.

Przy czym fakt złożenia przez odwołującego oferty cenowej przekraczającej budżet zamawiającego nie pozbawia odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia - wyrok KIO z dnia 12 lutego 2013 r., KIO 193/13; wyrok KIO z dnia 7 stycznia 2013 r., KIO 2819/12.

Podobnie, za przyznaniem odwołującemu interesu w uzyskaniu zamówienia, pomimo oświadczenia zamawiającego o braku zamiaru podniesienia kwoty środków finansowych na realizację zamówienia w stosunku do kwoty ogłoszonej przed otwarciem ofert, Krajowa Izba Odwoławcza opowiedziała się m.in. w wyrokach: z dnia 7 sierpnia 2012 r., KIO 1610/12;

z dnia 29 września 2014 r., KIO 1911/14; z dnia 7 kwietnia 2011 r., KIO 638/11, z dnia 3 września 2013 r., KIO 2024/13; z dnia 15 czerwca 2012 r., KIO 1138/12; z dnia 24 października 2013 r., KIO 2332/13; KIO 2333/13; z dnia 29 października 2013 r., KIO 2423/13; z dnia 29 października 2013 r., KIO 2416/13; z dnia 10 września 2014 r., KIO 1774/14; z dnia 24 czerwca 2010 r., KIO/UZP 1012/10; KIO/UZP 1060/10; z dnia 14 sierpnia 2013 r., KIO 1866/13.

Uzasadnienie zarzutów.

Zamawiający wybrał jako najkorzystniejszą dla części I i II zamówienia ofertę złożoną przez S. P. . W toku badania oferty S. P., wykonawca został wezwany jedynie do złożenia pierwotnej decyzji zezwalającej na transport odpadów z dnia 9 kwietnia 2013 r. nr BS.6233.11.2013.KS/2. Innych wezwań zamawiający do wykonawcy nie wystosował.

Ad 1. Dotyczy zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta jest niezgodna z ustawą.

W formularzu ofertowym na 2 stronie oferty w pkt 11 S. P. zawarł następujące oświadczenie: *„Niniejszym informujemy, że informacje składające się na ofertę, zawarte na stronach od 1 do 50 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być ogólnodostępne.”*

Wykonawca zastrzegł w swojej ofercie jako stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa karty od 1 do 50, tj. całą ofertę, a zatem także informacje, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp (nazwę wykonawcy, adres, cenę, termin wykonania zamówienia), tj. informacje, które

zgodnie z art. 8 ust. 3 Pzp są bezwzględnie jawne. Nie ma przy tym znaczenia, że wykonawca nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa ani to, że zamawiający na wniosek odwołującego przekazał *scany* kart całej oferty S. P. . Skuteczność zastrzeżenia nie ma znaczenia w obliczu treści art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 8 ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 86 ust. 4 Pzp.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp ma charakter obligatoryjny, zatem zaistnienie okoliczności wskazanej w przepisie musi skutkować odrzuceniem oferty. Zastrzeżenie jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji wskazanych w art. 86 ust. 4 Pzp stanowiące uchybienie zasadzie jawności musi bezwzględnie skutkować odrzuceniem oferty jako niezgodnej z ustawą. Ewentualne poprawianie oferty w tym zakresie nie ma oparcia w przepisach Pzp.

Wypowiedzi doktryny Prawa zamówień publicznych są w tym zakresie zgodne i zgodnie krytykują stanowisko SN z uchwały z dnia 21.10.2005 r. W przekonaniu odwołującego krytyka tego rozstrzygnięcia jest o tyle zbędna, że uchwała dotyczy zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa informacji innych niż bezwzględnie jawne

---

wskazane w art. 86 ust. 4 Pzp. Odwołujący powołał się na stanowiska - *J.Pieróg, Komentarz do art. 89 Pzp [w:] J.Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2015 r., s. 344-345,Legalis i W.Dzierżanowski, Komentarz do art. 89 Pzp [w:] Dzierżanowski, J.Jerzykowski, M.Stachowiak, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa, 2014, LEX.*

Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy S. P. winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Ad 2. Dotyczy zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta jako rażąco naruszająca zasadę jawności, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Zarzut jest pochodną poprzedniego zarzutu. Uznanie zastrzeżenia jako tajemnicy przedsiębiorstwa wszystkich informacji zawartych w ofercie, a zatem zastrzeżenie tajemnicy całej oferty, tylko za bezskuteczne w połączeniu z ujawnieniem wyodrębnionej informacji jest niewystarczające, jeśli zachowanie oferenta spełnia warunki czynu nieuczciwej konkurencji.

Za uznaniem, że skutkiem zastrzeżenia tajemnicy odnośnie całej oferty przez wykonawcę S. P. było nie tylko złożenie oferty niezgodnej z ustawą ale też stanowiącej czyn nieuczciwej konkurencji świadczą również okoliczności sprawy.
W poprzednim postępowaniu prowadzonym przez Gminę Aleksandrów Łódzki o udzielenie zamówienia na *„Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu Gminy Aleksandrów Łódzki”* nr ref. ZP.271.14.2015, KIO uwzględniając odwołanie w sprawie o sygn. KIO 1391/15 nakazała odrzucić ofertę S. P. jako zawierającą rażąco niską cenę. Po odrzuceniu oferty S. P. Gmina Aleksandrów Łódzki unieważniła postępowanie. Obecnie toczące się postępowanie jest drugą próbą udzielenia tego zamówienia. Wykonawca S. P. po przegranej przed Krajową Izbą Odwoławczą w postępowaniu KIO 1391/15, usiłując uniknąć weryfikacji swojej oferty przez konkurentów zastrzegł zatem niejawność całej oferty. Nie pokusił się nawet o próbę wyjaśnienia podstaw zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa. Utajnił całą ofertę próbując chronić się przed analizą jej opisów przez pozostałych wykonawców i zmierzając do uniknięcia kolejnego podważenia wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

W przekonaniu odwołującego powyższe okoliczności wskazują, że złożona przez S. P. w tym postępowaniu oferta stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Ad 3. Dotyczy zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P. jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec nie wskazania jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, ewentualnie zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Pkt VI 2 SIWZ - zamawiający wymagał wskazania przez wykonawcę w ofercie *„części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z tabelą w „Formularzu oferty” (załącznik nr 9 do SIWZ)”.*

Wykonawca S. P. wskazał w formularzu ofertowym, że zamierza powierzyć część

zamówienia podwykonawcom, natomiast w miejscu wskazania jakie czynności zamierza powierzyć podwykonawcom, wykonawca S. P. wskazał jedynie nazwę: *„Remondis sp. z o.o.”*

Oświadczenie dotyczące podwykonawstwa nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie jest oświadczeniem wymienionym w art. 25 ust. 1 ustawy. Stanowi ono element oferty (wskazuje na to zarówno treść art. 36 ust. 4 Pzp - *zamawiający żąda podania w ofercie części zamówienia, którą zamierza powierzyć podwykonawcom)* - przepis uchylony - jak i treść SIWZ w sprawie - oświadczenie zostało zamieszczone w formularzu ofertowym, a także wymagany był wykaz odnoszący się do zakresu podwykonawstwa. Jego zamieszczenie w ofercie ma wymiar merytoryczny - dotyczy bowiem sposobu wykonania zamówienia. Braki w odniesieniu do tego oświadczenia nie mogą podlegać uzupełnieniu. Informacja o procentowym udziale podwykonawców czy wartości powierzanych im robót nie ma wymiaru ściśle merytorycznego, stąd brak takiego wykazu przy prawidłowej treści oświadczenia w formularzu ofertowym mógłby być uznany za uchybienie formalne i nie stanowiłby o niezgodności oferty z treścią SIWZ podważającej byt oferty (wyrok KIO z dnia 25 marca 2011 r., sygn. KIO 510/11). Zamawiający żądał jednak w postępowaniu wskazania, wymienienia powierzonych czynności.

W ocenie odwołującego niezgodność z treścią SIWZ zachodzi także wtedy, gdy zamawiający wymagał wskazania w ofercie części zamówienia, które wykonawca powierzy podwykonawcom, a wykonawca w ofercie tego nie uczynił.

W stanie faktycznym sprawy nawet gdyby uznać, że tego typu błąd wykonawcy mógłby zostać zakwalifikowany jako inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z treścią SIWZ, brak jest możliwości jego poprawienia, ponieważ zmiana w tym zakresie winna być oceniana jako powodująca istotną zmianę treści oferty. Obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom jest obowiązkiem ustawowym, co wskazuje na istotny charakter oświadczenia w tym zakresie.

W przekonaniu odwołującego, zamawiający winien odrzucić ofertę wykonawcy S. P. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako, że usunięcie braku w ofercie odwołującego przez wskazanie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, nie może nastąpić w następstwie złożenia wyjaśnień, ale wymagałoby niedopuszczalnej, bo nie mieszczącej się w ramach poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ zmiany treści oferty (wyrok KIO z dnia 14 października 2014 r., sygn. KIO 2012/14).

Jako ewentualny w tym zakresie zarzut, odwołujący podniósł zaniechanie wezwania wykonawcy S. P. do wyjaśnień w tym zakresie. W orzecznictwie wskazuje się, że biorąc pod uwagę obowiązek rzetelnego przeprowadzenia postępowania i prawidłowej oceny ofert, art. 87 ust. 1 ustawy Pzp należy odczytywać nie tylko jako uprawnienie zamawiającego zależne od jego uznania, co raczej kompetencję, tj. prawo do żądania wyjaśnień powiązane z obowiązkiem ich zażądania w celu dochowania wymaganej staranności w procedurze badania I oceny ofert. Odwołujący podniósł powyższe jednak jako zarzut ewentualny z uwagi na to, że trudno tu mówić o wątpliwościach w zakresie interpretacji oświadczenia wykonawcy, o niejasności oświadczenia, o potrzebie wykładni. Oświadczenia w zakresie części zamówienia planowanych do powierzenia podwykonawcom po prostu w ofercie wykonawcy brak.

Ad 4. dotyczy zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec zaoferowania przez wykonawcę wykonywania zamówienia przy użyciu bazy transportowo-magazynowej nie spełniającej wymagań zamawiającego, ewentualnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym pomimo, że nie dysponuje bazą magazynowo-transportową wymaganą przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Zgodnie z pkt 1.3.29 SIWZ w cz. II. SIWZ poświęconej Opisowi przedmiotu zamówienia, zamawiający wskazał, że:

„Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania bazą magazynowo-transportową na terenie Gminy Aleksandrów Łódzki lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Aleksandrów Łódzki; baza powinna być usytuowana na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny; teren bazy magazynowo-transportowej musi być zabezpieczony

w sposób uniemożliwiający wstęp osobom nieupoważnionym; baza magazynowo-transportowa musi być wyposażona w:
- miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów;
- pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób;
- miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych;
- legalizowaną samochodową wagę najazdową - w przypadku gdy na terenie bazy następuje magazynowanie odpadów; miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów muszą być zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu; miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów komunalnych muszą być zabezpieczone przed emisją

zanieczyszczeń do gruntu oraz zabezpieczone przed działaniem czynników atmosferycznych; bazy musi być wyposażony teren magazynowo-transportowej w urządzenia lub systemy zapewniające zagospodarowanie wód opadowych i ścieków *przemysłowych, pochodzących z terenu bazy zgodnie z wymaganiami określonymi przepisami ustawy Prawo wodne.*
Ponadto na terenie bazy magazynowo-transportowej powinny znajdować się także:
- punkt bieżącej konserwacji i napraw pojazdów,
- miejsce do mycia i dezynfekcji pojazdów,
o ile czynności te nie są wykonywane przez uprawnione podmioty zewnętrzne poza terenem bazy magazynowo - transportowej.
Na terenie bazy magazynowo-transportowej muszą znajdować się również urządzenia do selektywnego gromadzenia odpadów komunalnych przed ich transportem do miejsc przetwarzania."

Wykonawca S. P. zgodnie z załączonym do oferty wydrukiem z CEIDG dysponuje bazą transportowo-magazynową położoną w Rąbieniu przy ul. Okrężnej, 95-070 Aleksandrów Łódzki. Baza transportowo-magazynowa wykonawcy nie spełnia większości z postawionych przez zamawiającego wymogów:
a) nie ma miejsca przeznaczonego do parkowania pojazdów, które byłoby zabezpieczone przed emisją zanieczyszczeń do gruntu; b) nie ma pomieszczeń socjalnych dla pracowników odpowiadających liczbie zatrudnionych osób; c) nie ma miejsca do magazynowania selektywnie zebranych odpadów z grupy odpadów komunalnych; d) nie ma legalizowanej samochodowej wagi najazdowej - dowód: zdjęcia, zeznania świadków.
Stąd też oferując wykonanie zamówienia przy wykorzystaniu tej bazy, wykonawca złożył ofertę niezgodną w swej treści z treścią SIWZ.

W związku z powyższym baza transportowo-magazynowa wykonawcy S. P. nie spełnia także wymagań postawionych przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Wykonawca składając oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym na karcie nr 4 oferty poświadczył nieprawdę, złożył informacje nieprawdziwe mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Jako ewentualny zarzut odwołujący stawia zatem w tym zakresie zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy S. P.z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Ad 5. Dotyczy zarzutu zaniechania wezwania wykonawcy S. P. do uzupełnienia dokumentów: wykazu wykonanych usług oraz wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, które to wykazy nie zostały przez

wykonawcę odpisane, a jedynie parafowane.

Wykonawca S. P. nie złożył podpisu pod wykazem sprzętu oraz wykazem wykonanych usług. Wykazy zostały opatrzone jedynie parafami. Zamawiający winien wezwać wykonawcę do uzupełnienia tych dokumentów na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, pod rygorem wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zaniechał jednak tego obowiązku.

Ad 6. Dotyczy zarzutu niezgodne z przepisami Pzp wybrania jako najkorzystniejszej dla części I i II zamówienia oferty wykonawcy S. P., podczas gdy podlega ona odrzuceniu wobec jej niezgodności z ustawą Pzp, a najkorzystniejszą ofertą dla części

I i II zamówienia niepodlegającą odrzuceniu jest oferta odwołującego Zarzut jest pochodną pozostałych zarzutów odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł jak na wstępie.

Zamawiający.

W odpowiedzi na odwołanie wniesionej faksem i na piśmie złożonej na posiedzeniu Izby w dniu 15 października 2015 r., zamawiający wniósł o oddalenie odwołania. W uzasadnieniu pisma przedstawił następującą argumentację.

Odnośnie zarzutów nr 1 i 2. Art. 8 ust. 3 Pzp w brzmieniu obowiązującym w terminie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi, że nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeśli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert, jednocześnie: -zastrzegł poufność informacji zawartych w ofercie; oraz -wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca nie może zastrzec informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

Interpretacja przepisu art. 8 ust. 3 Pzp prowadzi do wniosku, że z zastrzeżeniem poufności informacji zawartych w ofercie mamy do czynienia tylko wtedy, jeśli wykonawca złożył oświadczenie o zastrzeżeniu wskazanych informacji do wiadomości zamawiającego i jednocześnie wykazał, iż zastrzeżone informacje mają wartość gospodarczą. Brak chociażby jednego z wymienionych w art. 8 ust. 3 Pzp elementów powoduje ten skutek, że takiego zastrzeżenia *de facto* nie sformułowano.

Na stronie 2 wybranej oferty w pkt 11 wybrany wykonawca ograniczył się wyłącznie do oświadczenia o zastrzeżeniu poufności oferty, lecz nie wykazał, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Tym samym *de facto* nie zastrzegł poufności złożonej oferty w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp i nie może domagać się od zamawiającego zabezpieczenia treści złożonej oferty przed dostępem osób trzecich. Wyrazem tego stanu rzeczy są bezwarunkowo wykonane przez zamawiającego czynności:

- odczytania z tej oferty wszystkich informacji wymaganych przepisem art. 86 ust. 4 Pzp,
- udostępnienia całej wybranej oferty odwołującemu.

Argumentacja odwołującego dotyczy sytuacji, gdy w ofercie zawarto zastrzeżenie poufności, które w starym stanie prawnym nie wymagało wykazania jego zasadności, a mimo to wiązało zamawiającego. W obecnym stanie prawnym zastrzeżenie poufności bez wykazania jego zasadności w ogóle nie może być traktowane jako zastrzeżenie poufności oferty składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Odnosząc się do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, zamawiający stwierdził, że:
- przepisy art. 7-10 Pzp określające zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są adresowane przede wszystkim do zamawiającego;
- każdy wykonawca jest uprawniony z mocy ustawy do zastrzeżenia poufności treści oferty, zatem skorzystanie z tego uprawnienia nie może być podstawą do stawiania zarzutu o utrudnianiu uczciwej konkurencji.

Wśród okoliczności świadczących o działaniu podejmowanym celem utrudnienia uczciwej konkurencji, które wyliczono w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie ma czynu polegającego na zastrzeżeniu przez wykonawcę poufności informacji zawartych w jego i własnej ofercie składanej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

W świetle publicznego odczytania informacji zawartych w ofertach po ich otwarciu, zgodnie z art. 86 ust. 4 Pzp i w związku z brakiem zastrzeżenia w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp oraz w świetle udostępnienia całej oferty odwołującemu, zarzut ten nie może się ostać.

W związku z tym zamawiający wniósł o oddalenie tych dwóch zarzutów odwołania.

Odnośnie zarzutu nr 3. Zgodnie z art. 36b ust. 1 Pzp wykonawca na żądanie zamawiającego (sformułowane zresztą w rozdz. VI pkt *1* (2) SIWZ):
- wskazuje część zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy; albo
- podaje podwykonawców, na których zasoby powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b Pzp.

W wybranej ofercie wykonawca wymienił z nazwy podmiot trzeci - REMONDIS sp. z o.o., chociaż z dokumentów dołączonych do oferty bezspornie wynika zdolność wykonawcy do samodzielnego wykonania zamówienia. Świadczy o tym między innymi fakt, że wybrany wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie powołuje się na zasoby innych podmiotów.

Wpisanie do tabeli w pkt 12 formularza ofertowego nazwy innego podmiotu, zamiast nazw powierzanych czynności, nie świadczy o woli zlecenia podwykonawstwa innym podmiotom w rozumieniu art. 36b ust. 1 Pzp, a jedynie o zamiarze ewentualnym.

Zamawiający podkreślił, że co do zasady, wykonawca ma prawo realizować zamówienie przy pomocy podwykonawców - o ile nie zostanie to ograniczone przez

zamawiającego, przy czym ustawa ogranicza prawo zamawiającego do ingerowania w zakres podwykonawstwa.

Ratio legis obowiązku określania udziału podwykonawców oraz zakresu podwykonawstwa stanowi konieczność weryfikacji zdolności podmiotowych wykonawcy realizującego zamówienie publiczne. Chodzi o gwarancję należytego wykonania zamówienia i każdej jego części, w tym części powierzanych podwykonawcom. W sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, jest jasnym, że posiada kwalifikacje niezbędne do należytego wykonania zamówienia, a w takiej sytuacji ani osoba podwykonawcy, ani zakres podwykonawstwa nie muszą być znane zamawiającemu. Więcej, poza sytuacją określoną w art. 36b ust. 2, z którą bez wątpienia nie mamy do czynienia, wykonawca może w trakcie realizacji zamówienia dowolnie zmieniać zarówno zakres podwykonawstwa, jak i osoby podwykonawców. W tej sytuacji brak jest jakichkolwiek podstaw do wykluczenia wybranego wykonawcy z postępowania lub odrzucenia jego oferty.

Sytuacja ta - w świetle brzmienia przepisu art. 36b ust. 1 Pzp i w świetle samodzielnego spełniania przez wybranego wykonawcę warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia - nie uprawnia zamawiającego do występowania o wyjaśnienie treści złożonej oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp. Zamawiający wniósł o oddalenie tego zarzutu odwołania.

Odnośnie zarzutu nr 4. Zgodnie z pkt 1.3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) o obowiązkach wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji umowy dla części I i II, wykonawca jest zobowiązany dysponować odpowiednią bazą dopiero przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji umowy, a nie na etapie składania ofert i przed rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia.

Fakt ten znajduje potwierdzenie również w warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, w szczególności w warunku dotyczącym dysponowania potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, który brzmi: *„O udzielenie Zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy: (...) dysponują odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia: co najmniej 3 pojazdami przystosowanymi do zbierania zmieszanych odpadów komunalnych z funkcją kompaktującą o pojemności min. 20m ^{3}, co najmniej 2 pojazdami przystosowanymi do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych o dopuszczalnej masie całkowitej min. 3,5 t bez funkcji kompaktującej, co najmniej 1 pojazdem z mechanizmem umożliwiającym opróżnianie pojemników i dzwonów do zbiórki odpadów selektywnych, co najmniej 1 pojazdem przystosowanym do zbierania odpadów komunalnych z trudno dostępnego terenu (np. wąskie ulice); (...).”*

W świetle tych postanowień SIWZ zarzut nie może się ostać - zamawiający nie

wymagał potwierdzenia dysponowania bazą na etapie składania ofert.

Na marginesie zamawiający wskazał na przepis art. 44 Pzp, z którego wynika, że wykonawca z ofertą składa oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, które na podstawie art. 41 pkt 7 Pzp zostały opublikowane w ogłoszeniu o zamówieniu i na podstawie art. 36 ust. 1 pkt 5 Pzp powtórzone w SIWZ. Oświadczenie to nie odnosi się do innych wymagań zamawiającego, w szczególności egzekwowanych od wybranego wykonawcy po zakończeniu postępowania o udzielenie zamówienia. W tej sytuacji zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 2 pkt 3 Pzp jest bezprzedmiotowy. W związku z tym zamawiający wniósł o oddalenie tego zarzutu odwołania.

Odnośnie zarzutu nr 5. Zgodnie z art. 78 § 1 Kodeksu cywilnego do zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Do zawarcia umowy wystarcza wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron, lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze

stron i jest przez nią podpisany.

Zamawiający powołał się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 17 czerwca 2009 r., sygn. akt IV CSK 78/09, LEX nr 512010, wskazując, że w świetle tego postanowienia to, co odwołujący uznał za parafę, należy traktować jako podpis skrócony, złożony z pierwszych liter nazwiska i pierwszej litery imienia, nie w pełni czytelny ale powtarzalny, charakterystyczny i umożliwiający identyfikację osoby, która go złożyła. Wskazał, że przy każdym pełnym podpisie występuje podpis skrócony, złożony z identycznych liter, dzięki czemu możliwa jest identyfikacja podpisującego dokumenty.

Przez parafę uznaje się natomiast w szczególności inicjały, inny znak charakterystyczny, niekoniecznie związany z nazwiskiem, nadmierny skrót nazwiska uniemożliwiający identyfikację osoby składającej parafę.

Na marginesie zamawiający stwierdził, że nie ma żadnych wątpliwości, kto podpisał wszystkie dokumenty oferty i załączniki do niej. Brak pełnego podpisu pod wykazem wykonanych świadczeń nie przesądza o braku podpisu w ogóle - jest nim podpis skrócony posiadający wszystkie cechy wymienione w przywołanym postanowieniu Sądu Najwyższego.

Zamawiający stwierdził jednocześnie, że ewentualne wezwanie do uzupełnienia wykazu opatrzonego pełnym podpisem nie wpłynie na wynik postępowania, ponieważ dotyczy podpisanego podpisem skróconym dokumentu, który potwierdza spełnianie warunku wiedzy i doświadczenia przez wybranego wykonawcę.

W związku z tym wniósł o oddalenie tego zarzutu odwołania.

Odnośnie zarzutu nr 6. Z uwagi na niezasadność zarzutów od 1 do 5, zamawiający wniósł o oddalenie zarzutu nr 6.

Wykonawca: S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART-BUD S. P., w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, wniósł o oddalenie odwołania i obciążenie odwołującego kosztami postępowania.

W zakresie wniosków dowodowych wniósł o dopuszczenie następujących dowodów:

1. z zeznań wykonawcy S. P. na okoliczność zgodności bazy transportowej z SIWZ oraz niezgodności bazy odwołującego z SIWZ;

2. z zeznań świadka M. L. (wezwanie na adres: wykonawcy S. P.) na okoliczność zgodności bazy transportowej z SIWZ;

3. zobowiązanie zamawiającego do złożenia do akt sprawy akt postępowania na *„Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu gminy Aleksandrów Łódzki”* nr ref. ZP.271.11.2013 na okoliczność sposobu sformułowania w SIWZ udziału podwykonawcy oraz sposobu w jaki ten udział został opisany w ofercie wykonawcy S. P. i odwołującego jako konsorcjantów.

Nadto, wniósł o:

1. oddalenie wniosku o przesłuchanie w charakterze świadków osób wskazanych przez odwołującego z uwagi na to, że mają być oni przesłuchani na okoliczności, które nie mogą być wykazane za pomocą dowodu z przesłuchania świadków, gdyż wymagają wiedzy specjalnej.

W uzasadnieniu pisma wskazał.

Odwołanie nie jest zasadne z następujących powodów.

Ad - zarzut niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta ta jest niezgodna z Pzp (p. I.1. odwołania).

Odwołujący stwierdził, że oświadczenie wykonawcy S. P. dotyczące objęcia tajemnicą przedsiębiorstwa całej oferty może mieć skutek w stosunku do danych, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp. Taki pogląd jest niezasadny. Po pierwsze, należy zwrócić uwagę, że zamawiający podczas otwarcia ofert podał nazwę wykonawcy – S. P., jego adres, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności zawartych w jego ofercie. Oznacza to, że nie doszło do naruszenia zasady jawności, gdyż odwołujący otrzymał informacje dotyczące wykonawcy S. P. .

Zastrzeżenie przez wykonawcę S. P. tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp było po prostu nieskuteczne.

Nie można zgodzić się z odwołującym, że pogląd Sądu Najwyższego wyrażony w uchwale z 21 października 2005 r. (III CZP 74/05, OSNC 2006, Nr 7-8, poz. 122)

dotyczący bezskuteczności zastrzeżenia tajemnicy jest krytykowany. Znalazł on zastosowanie w szeregu wyroków Krajowej Izby Odwoławczej, jak choćby: KIO 680/15, KIO 660/15, KIO 270/15.
Ad - zarzut niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta jako rażąco naruszająca zasadę jawności, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji (p.I.2).

Nie sposób zgodzić się z tak sformułowanym zarzutem. Nie może stanowić czynu nieuczciwej konkurencji złożenie oferty z zastrzeżeniem jej tajności, w sytuacji kiedy z mocy 86 ust. 4 Pzp zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa w zakresie nazwy i adresu wykonawcy oraz ceny zawartej w ofercie jest nieskuteczne. W pozostałym zakresie przepis art. 8 ust. 3 Pzp wprost dopuszcza możliwość nieujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa.

Odwołujący, poza gołosłownym stwierdzeniem, że oferta wykonawcy S. P. stanowi czyn nieuczciwej konkurencji z tego powodu, że zastrzegł on nieujawnianie informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, nie podał żadnych dodatkowych argumentów.

Na marginesie wykonawca wskazał, że zastrzegł w ofercie tajemnicę przedsiębiorstwa z uwagi na następujące okoliczności. Do chwili obecnej odpady komunalne są przez S. P. i Sanator sp. z o.o. odbierane jako konsorcjantów.
W związku z tym Sanator sp. z o.o. dysponował dokumentami handlowymi związanymi ze wspólnie prowadzoną działalnością. W przetargu na odbiór odpadów nowo ogłoszonym przez zamawiającego w 2015 r. brały udział te same podmioty co obecnie.
W zakresie jednej z części oferta wykonawcy została uznana za najkorzystniejszą. Odwołanie od tej czynności zamawiającego złożył Remondis sp. z o.o. W odwołaniu wnosił o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków - osób pracujących w Sanator sp. z o.o. Do odwołania załączył również dokumenty otrzymane od swojego rzekomego konkurenta - Sanator sp. z o.o. Dlatego też S. P. obawiając się zmowy tych podmiotów podjął decyzję o objęcie oferty tajemnicą przedsiębiorstwa.

Dowód: zeznania S. P., M. L. .
Ad - zarzut niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P. jako, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec nie wskazania jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, ewentualnie zarzut niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

Nie sposób uznać, że oświadczenie o podwykonawcy zostało złożone w sposób nieprawidłowy. S. P. zaznaczył bowiem, że i przy 1 i 2 części udział będzie brał Remondis sp. z o.o. Przy takim zamówieniu jakim jest odbiór odpadów z terenu miasta

i Gminy Aleksandrów Łódzki nie sposób precyzyjniej wskazać jaka część zamówienia będzie wykonana przez podwykonawcę. Czy zdaniem odwołującego S. P. miał sporządzić wykaz ulic, które będzie obsługiwał on, a które podwykonawca? Wszystkie czynności, które są do wykonania w ramach przedmiotowego zamówienia mają ten sam charakter. Realizacja zamówienia nie składa się z etapów. Przedmiotem zamówienia
w sprawie KIO 510/11 była budowa kanalizacji deszczowej, a problem z podwykonawcą dotyczył wykonania dokumentacji projektowej w oparciu, o którą kanalizacja miałaby być wybudowana. Już na pierwszy rzut oka widać, że przy takim zamówieniu można wprost napisać, którą część (czynność) wykona podwykonawca. Natomiast przy zamówieniu na odbiór odpadów takie wydzielenie jest trudniejsze.

Ponadto, należy zauważyć na niekonsekwencję w działaniu odwołującego.
W przetargu ogłoszonym przez zamawiającego na *„Odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych z terenu gminy Aleksandrów Łódzki”* nr ref. ZP.271.11.2013, odwołujący działał jako konsorcjant z wykonawcą S. P. . W SIWZ tego postępowania zapis dotyczący udziału podwykonawcy był sformułowany w taki sam sposób. W taki sam sposób został przez odwołującego i wykonawcę określony udział podwykonawcy Remondis sp. z o.o. Skoro w poprzednim postępowaniu odwołujący w taki sam sposób określił udział podwykonawcy Remondis sp. z o.o., nie może w tym postępowaniu podnosić tego sposobu jako nieprawidłowego.

Dowód: dokumentacja postępowania na *„Odbiór i zagospodarowanie stałych*

odpadów komunalnych z terenu gminy Aleksandrów Łódzki" nr ref. ZP.271.11.2013 (w posiadaniu zamawiającego).

Niezależnie od powyższego wykonawca stwierdził, że zamawiający wystosował wezwanie do S. P. o nadesłanie dodatkowych wyjaśnień w toku postępowania m.in. do złożenia decyzji z 2013 roku w przedmiocie transportu odpadów. Również przedmiotem dodatkowych wyjaśnień był sposób określenia zakresu prac, które będą realizowane przez podwykonawcę. Zamawiający został poinformowany, że na etapie postępowania przetargowego nie jest możliwe bardziej precyzyjne określenie zakresu prac realizowanych przez i podwykonawcę że taka sytuacja miała już w postępowaniu miejsce o udzielenie zamówienia w 2013 roku. Dopiero umowa między wykonawcą a podwykonawcą może precyzyjnie określić zakres powierzanych prac.

W związku z powyższym nie można stawiać zarzutu niedostatecznej określoności prac powierzanych podwykonawcy.

Dowód: zeznania S. P., M. L. .

Ad - zarzut niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec zaoferowania przez

---

wykonawcę wykonywania zamówienia przy użyciu bazy transportowo-magazynowej nie spełniającej wymagań zamawiającego, ewentualnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym pomimo, że nie dysponuje bazą magazynową (p. I.4)

Zarzut ten jest zupełnie nieuzasadniony. Dla jego potwierdzenia odwołujący załączył wybiórczą dokumentację zdjęciową mającą pokazać braki bazy transportowej oraz zeznania osób, które nie mają w tym zakresie żadnej wiedzy.

Do niniejszego pisma S. P. załączył dokumentację zdjęciową z zaznaczeniem wszystkich punktów, które są wymagane zgodnie z SIWZ. Ponadto, z protokołu z PIP wyraźnie wynika, że baza jest wyposażona w odpowiednie zaplecze socjalne i sanitarne.

Dowód: dokumentacja zdjęciowa, protokół z PIP, akt notarialny własności, zeznania S. P. .

Ponadto, wykonawca S. P. posiada zawartą umowę z 7 stycznia 2014 r. na korzystanie z wagi najazdowej na terenie GS-u przy ul. 11-go Listopada 93/37 w Aleksandrowie Łódzkim. Waga znajduje się obok terenu, na który jest wydana decyzja na zbieranie odpadów, tj. ul. 11 Listopada 105/107 w Aleksandrowie Łódzkim.

Dowód: umowa z dnia 7.01.2014 r.

Oprócz ogrzewanej bazy transportowo-magazynowej przy ul. Orężnej 15 w Rąbieniu (obiektu, którego dotyczy dokumentacja zdjęciowa oraz protokół z PIP), wykonawca S. P. dzierżawi teren o pow. 2000 m^2 z zadaszoną wiatą stalową o powierzchni 131m^2, przy którym jest teren z legalizowaną wagą najazdową.

Dowód: umowa i aneks z dnia 23.09.2014 r. z Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o., dokumentacja zdjęciowa.

Wykonawca dysponuje również własną myjnią samochodową, na której myje samochody przy ul. Pabianickiej 107 w Aleksandrowie Łódzkim

Dowód: dokumentacja zdjęciowa, akt notarialny własności.

Na marginesie, wykonawca zwrócił uwagę na to, że odwołujący na swojej bazie w Rąbieniu przy ul. Pańskiej nie posiada zezwolenia na zbieranie odpadów, mimo to cały przeładunek i zbieranie odpadów odbywa się na ul. Pańskiej 68/70.

Dowód: dokumentacja zdjęciowa, zeznania S. P. .

Odwołujący posiada zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie Aleksandrowa Łódzkiego przy ul. 11 Listopada 89/91, gdzie mieści się firma skupująca surowce.

Resumując, wykonawca stwierdził, że to odwołujący nie dysponuje odpowiednimi zezwoleniami na terenie bazy transportowo-magazynowej przy ul. Pańskiej 68/70 w Rąbieniu, które podał w ofercie. Dodatkowo, baza - garaże odwołującego to odkryte wiaty

---

samochodowe bez kanałów naprawczych, bez ogrzewania.

Dowód: dokumentacja zdjęciowa, zeznania S. P. .

Ad - zarzut zaniechania wezwania wykonawcy S. P. do uzupełnienia dokumentów: wykazu

wykonanych usług oraz wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, które to wykazy nie zostały przez wykonawcę odpisane, a jedynie parafowane (p. I.5. odwołania).

Zgodnie z p. XI.4. SIWZ, oferta powinna być sporządzona w języku polskim, na maszynie do pisania, komputerze lub inną trwałą, czytelną techniką, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Wszystkie kartki oferty powinny być trwale spięte. Wszystkie zapisane stronice oferty powinny być ponumerowane oraz zaparafowane lub podpisane przez osoby uprawnione. Ewentualne poprawki w tekście oferty muszą być naniesione w czytelny sposób i parafowane przez osoby uprawnione. Oznacza to, że wykonawca ma dowolność w wyborze rodzaju uwierzytelnienia, że dany dokument od niego pochodzi. Dodatkowo, wykonawca zwrócił uwagę na to, że załącznik zawierający wykaz usług wykonanych oraz załącznik zawierający wykaz narzędzi i urządzeń technicznych, nie zawierają specjalnej rubryki na złożenie podpisu, jak to ma miejsce w odniesieniu do niektórych innych załączników np. *„Formularz oferty”* czy *„Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia”.* Oznacza to, że sam zamawiający zakładał, że załączniki te będą parafowane. W tym stanie rzeczy zarzut ten jest nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, wykonawca stwierdził, że odwołanie nie ma uzasadnionych podstaw i winno ulec oddaleniu.

W załączeniu przedłożył: -wiadomość mailową od zamawiającego z 5.10.2015 r.; -dokumentację zdjęciową; -akty notarialne własności bazy i myjni; -umowę z 7.01.2014 r.; -umowę z Przedsiębiorstwem Budowy Dróg i Mostów sp. z o.o.; dokumentację zdjęciową; -protokół z PIP.

W *„Piśmie pełnomocników przystępującego do postępowania odwoławczego”* z dnia 14 października 2015 r., złożonym na posiedzeniu Izby, pełnomocnicy działający w imieniu wykonawcy podtrzymali wnioski i argumentację zawartą w piśmie przystępującego z dnia 6 października 2015 r.

Dodatkowo, odnosząc się do poszczególnych zarzutów odwołującego zawartych w odwołaniu z dnia 2 października 2015 r., podnieśli, co następuje.

Ad zarzut I. 1. odwołania - niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta wykonawcy jest niezgodna z Pzp - dotyczy zawartego w formularzu oferty oświadczenia wykonawcy w zakresie zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji wymienionych w przepisie art. 86 ust. 4 Pzp.

W pierwszej kolejności pełnomocnicy zaznaczyli, że zgodnie z przepisem art. 8 ust. 3 ustawy Pzp, w brzmieniu po nowelizacji, nie ujawnia się informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Wykonawca S. P. ograniczył się jedynie do oświadczenia o zastrzeżeniu poufności oferty, lecz nie wykazał, że zastrzeżone informację stanowią tajemnice przedsiębiorstwa.

Na marginesie dodali, odnosząc się do stanowiska odwołującego, że zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem przedstawicieli doktryny oraz utrwalonym orzecznictwem, ocena, czy określona informacja sklasyfikowana przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa rzeczywiście nią jest, należy do zamawiającego (wyroki KIO: z 18 stycznia 2012 r., KIO 59/12, z 11 lutego 2013 r., KIO 180/13, z 22 marca 2013 r., KIO 537/13). Zacytowali stanowisko: *M.Lechna, A.Prigan, H.Drynkorn, Prawo zamówień publicznych, Lexis Nexis, wyd. 1.*

Zgodnie z treścią wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 października 2013 r., KIO 2398/13, nawet negatywna weryfikacja prawdziwości stanowiska wykonawcy w przedmiocie statusu zastrzeżonych informacji nie stanowi sama w sobie podstawy do odrzucenia oferty.

Zacytowali stanowisko z opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. (http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;679;tajemnica przedsiebiorstwa.html)

Wykonawca S. P. nie kwestionuje tego, że informacje, o których stanowi art. 86 ust. 4 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp, nie mogą zostać objęte zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, ale sam takiego zastrzeżenia nie dokonał. Nie można bowiem uznać, że ograniczenie się do oświadczenia o zastrzeżeniu poufności oferty stanowi zastrzeżenie tajemnicy

przedsiębiorstwa, skoro wykonawca nie wykazał, że informacje objęte ofertą stanowią taką tajemnicę. Zamawiający prawidłowo podjął czynności polegające na odczytaniu z oferty wszystkich informacji wynikających z przepisu art. 86 ust. 4 oraz udostępnieniu całej oferty odwołującemu.
Ad zarzut I. 2. odwołania - niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że oferta wykonawcy, jako rażąco naruszająca zasadę jawności, stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do powołanego wyżej zarzutu również pełnomocnicy podnieśli, że jest on niezasadny. Odwołujący prawidłowo wskazał, że z samej ustawy Pzp wynika niemożność zastrzeżenia tajemnicą przedsiębiorstwa informacji, o których stanowi art. 86 ust. 4 w zw. żart. 8 ust. 3 ustawy. Jak wykazano powyżej, wykonawca nie dokonał zastrzeżenia

tajemnicą złożonej przez siebie oferty, gdyż nie wykazał, że informacje objęte ofertą stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa. Nie sposób zatem przyjąć, że oświadczenie wykonawcy stanowi czyn nieuczciwej konkurencji.

Pełnomocnicy jeszcze raz przytoczyli fragment publikacji autorstwa Mirelli Lechna, Anny Prigan, Hanny Drynkorn, Prawo Zamówień Publicznych, LexisNexis, wyd. 1.
Ad zarzut I 3. odwołania - niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec niewskazania jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, ewentualnie zarzutu niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania wezwania wykonawcy do wyjaśnień jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.

W pierwszej kolejności pełnomocnicy podnieśli, że powoływany przez odwołującego przepis art. 36 ust. 4 Pzp został uchylony przez art. 1 pkt 2 lit. b ustawy z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U.2013.1473). Uwzględniając jednak orzecznictwo wydane przed wejściem w życie powołanej ustawy zmieniającej, wskazali, że podanie lub brak informacji o zakresie podwykonawstwa, poza walorem informacyjnym, nie rodzi żadnego skutku zobowiązaniowego co do sposobu wykonania zamówienia określonego w ofercie. Powyższe mogłoby zostać osiągnięte jedynie w przypadku, gdyby zamawiający wyraźnie określił tego typu zobowiązanie w SIWZ lub zapisał je w umowie jako wiążące strony w trakcie realizacji tej umowy (wyrok KIO UZP z 14 czerwca 2010 r., KIO/UZP 954/10, LexPolonica nr 2340238, LexisNexis nr 2340238). W wyroku z dnia 23 stycznia 2009 r., KIO/UZP 43/09, wskazano, że art. 36 ust. 4 jest adresowany do zamawiającego i nie wskazuje on konsekwencji braku wskazania przez wykonawcę tych podwykonawców (LexPolonica nr 2058092, LexisNexis nr 2058092). Oświadczenie o częściach zamówienia, które wykonają podwykonawcy, jest częścią oferty i nie jest oświadczeniem, o którym mowa w art. 25 ust. 1, a także elementem wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 pkt 2 (wyrok KIO/UZP z 27 lipca 2009 r., KIO/UZP 867/09, LexPolonica nr 2233727, LexisNexis nr 2233727).

Zgodnie z treścią art. 36b ust. 1 Pzp, wprowadzonego ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. (Dz.U.2013.1473), zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1. Pełnomocnicy podnieśli, że wykonawca S. P. samodzielnie spełnił warunki do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie powoływał się na zasoby innych podmiotów. Zamawiający nie wyłączył żadnego zakresu realizacji dla podwykonawców, a zatem brak jest zagrożenia dla realizacji zamówienia.

Biorąc pod uwagę sytuację wykonawcy trudno wymagać, by wskazał w tabeli pkt 12 formularza oferty czynności, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom. Na etapie składania oferty wykonawca przewidział jedynie ewentualną możliwość współpracy, w zakresie realizacji części 1 i 2 zamówienia, ze spółką Remondis Sp. z o.o., ale owa ewentualna współpraca byłaby zależna od warunków stawianych przez potencjalnego podwykonawcę oraz potrzeb wykonawcy. Z całą stanowczością pełnomocnicy podnieśli, że wykonawca S. P. na etapie składania oferty nie mógł bezpośrednio zamierzać, że powierzy podwykonawcy określone części zamówienia. Wykonawca, który samodzielnie spełnia

warunki udziału w postępowaniu mógł jedynie przewidzieć ewentualną współpracę z potencjalnym podwykonawcą, zaś warunki współpracy mogłyby ulec skonkretyzowaniu na etapie rozmów podjętych z podwykonawcą i podpisania
z nim umowy. Dlatego też wykonawca wskazał jedynie firmę potencjalnego podwykonawcy, z którego usług ewentualnie mógłby skorzystać. Zamiar wykonawcy na etapie składania oferty był zamiarem ewentualnym. Nie sposób zatem uznać, że oferta złożona przez wykonawcę jest sprzeczna z treścią SIWZ: *„Zamawiający wymaga wskazania przez Wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z tabelą w „formularzu oferty" (załącznik nr 9 do SiWZ)".* Próżno szukać po stronie wykonawcy skonkretyzowanego, bezpośredniego zamiaru współpracy z podwykonawcą w ściśle określonym zakresie. Wpis podwykonawcy nie ma dla zgodności oferty z SIWZ żadnego znaczenia. Zawiera on jedynie nieskonkretyzowany zamiar ewentualny, który sam w sobie nie wywołuje skutków prawnych. Zgodnie z treścią uzasadnienia wyroku z dnia 25 lipca 2014 roku, KIO 1434/14, który został następnie utrzymany w mocy wyrokiem Sądu Okręgowego Warszawa-Praga w Warszawie, sygn. akt IV Ca 1246/14, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że harmonogram rzeczowo finansowy, w którym konsorcjanci (wykonawca i podwykonawcy) zamieszczają szczegółowe rozliczenie - procentową wartość robót, nie jest treścią oferty. Trudno zatem wymagać od zamawiającego aby stworzył taki harmonogram skoro zamiar posłużenia się podwykonawcą był ewentualny. Ponadto stwierdza się: *"Przepis art. 26 ust. 2 b ustawy został zatem przez ustawodawcę potraktowany jako element mechanizmu służącego wykazywaniu spełnienia warunku udziału w postępowaniu".*

Pełnomocnicy zacytowali fragment *Komentarza do Prawa zamówień publicznych Pawła Graneckiego Rok wydania: 2014 Wydawnictwo: C.H.Beck.*

Mając na uwadze powyższe pełnomocnicy uznali, że zarzut odwołującego, nie zasługuje na uwzględnienie.

Ad zarzut l. 4. odwołania - niezgodnego z przepisami Pzp zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy S. P., pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji wobec zaoferowania

przez wykonawcę wykonywania zamówienia przy użyciu bazy transportowo-magazynowej nie spełniającej wymagań zamawiającego, ewentualnie zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy, który złożył oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym, pomimo, że nie dysponuje bazą transportowo-magazynową wymaganą przepisami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

Obowiązki wymienione przez zamawiającego w punktach 1.3.1 i następne w SIWZ, stanowią o obowiązkach wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji umowy, a nie na etapie składania ofert i przed rozstrzygnięciem postępowania o udzielenie zamówienia. Obowiązek dysponowania odpowiednią bazą transportowo-magazynową nie wynika również z warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Tym niemniej pełnomocnicy podkreślili, że wykonawca dysponuje bazą transportowo-magazynową, do której posiada tytuł prawny, spełniającą wszelkie warunki określone w punkcie 1.3.29 SIWZ. Nie sposób zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że oferta wykonawcy jest niezgodna z treścią SIWZ, warto jednak podkreślić, iż w tym zakresie mija się on z prawdą.

Ad zarzut l. 5. odwołania - zaniechania wezwania wykonawcy S. P. do uzupełnienia dokumentów: wykazu wykonanych usług oraz wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, które to wykazy nie zostały przez wykonawcę podpisane, a jedynie parafowane.

Odnosząc się do powołanego wyżej zarzutu pełnomocnicy wskazali, że wykonawca S. P. spełnił określone w punkcie XI.4. SIWZ wymagania. Dokumenty, na które powołuje się odwołujący, zostały opatrzone przez wykonawcę podpisem skróconym, powtarzalnym, zawierającym cechy indywidualne, umożliwiającym identyfikację wykonawcy, w żadnym miejscu oferty nie zachodzi wątpliwość co identyfikowalności osoby, która ją podpisała.

W konsekwencji powołanej wyżej argumentacji, pełnomocnicy uznali, że zarzut z punktu l. 6. odwołania, również nie zasługuje na uwzględnienie.

Reasumując, pełnomocnicy wnieśli o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba odwoławcza, po rozpoznaniu odwołania na rozprawie, ustaliła

i zważyła, co następuje.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i wykonawcy – S. P. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości Stałych i Płynnych PROFESSIONAL PHU ART-BUD S. P. z siedzibą w Aleksandrowie Łódzkim -zgłaszającego

przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, Izba uznała skuteczność przystąpienia wobec spełnienia przesłanek ustawowych. Wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Na rozprawie Izba uznała, że odwołujący spełnia przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp, jest wykonawcą, który złożył ofertę drugą w kolejności pod względem uzyskanych punktów w wyniku oceny ofert, zatem jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Odwołanie - rozpoznane w granicach zarzutów przedstawionych w odwołaniu (art. 192 ust. 7 Pzp) - podlega oddaleniu, z uwagi na nie uwzględnienie żadnego z zarzutów.

Ad 1. i Ad 2. *Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy S. P. na I i II część zamówienia (sektor I i II): - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1, pomimo* że *oferta wykonawcy jest niezgodna z art. 8 ust. 1 i ust. 3 zd. 2 w zw. z art. 86 ust. 4 oraz, pomimo* że *oferta jako rażąco naruszająca zasadę jawności, jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 8 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 4 uznk, przez zaniechanie jego zastosowania.*

Przepis art. 8 Pzp usytuowany w rozdziale dotyczącym zasad udzielania zamówień, ustanawia: -zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia (ust. 1), -prawo zamawiającego do ograniczenia dostępu do informacji związanych z postępowaniem tylko do przypadków określonych w ustawie (ust. 2) -oraz zakaz ujawniania informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane oraz wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa, a także - wyłączenie możliwości zastrzeżenia informacji, o których mowa w art. 86 ust. 4 (ust. 3).

Treść przepisu jednoznacznie wskazuje, że jego adresatem jest zamawiający. To na nim spoczywa obowiązek zapewnia -jawności postępowania, -nie ujawnienia informacji zastrzeżonych przez wykonawcę w odpowiednim czasie i we właściwy sposób, nie respektowania zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, które nie spełnia przesłanek wynikających z przepisu. Z mocy ustawy zamawiający zobowiązany jest do ujawnienia informacji niepodlegających zastrzeżeniu, wskazanych w art. 86 ust. 4 Pzp *(podczas otwarcia ofert podaje się nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności w ofertach).*

Przepisy ustawy nie wskazują negatywnego skutku dla wykonawcy w związku z nieuzasadnionym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa, poza tym, że bezpodstawnie zastrzeżone informacje podlegają ujawnieniu. Po podjęciu przez Sąd Najwyższy uchwały z dnia z dnia 21 października 2005 r., sygn. akt III CZP 74/05 o treści (teza): *„W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający bada skuteczność dokonanego przez oferenta - na podstawie art. 96 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. Nr 19, poz. 177 ze zm.) - zastrzeżenia dotyczącego zakazu udostępniania informacji potwierdzających spełnienie wymagań wynikających ze specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Następstwem stwierdzenia bezskuteczności zastrzeżenia, o którym mowa w art. 96 ust. 4 tej ustawy, jest wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji."* - orzecznictwo w sprawie zamówień publicznych, zarówno wcześniejsze arbitrażowe, jak i obecne Krajowej Izby Odwoławczej oraz sądów okręgowych rozpoznających skargi na orzeczenia Izby, jest jednolite - oferta z niewłaściwym zastrzeżeniem tajemnicy przedsiębiorstwa nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

W zamieszczonej na stronie internetowej UZP www.uzp.gov. pl opinii prawnej pt. *„Tajemnica przedsiębiorstwa w świetle przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych po nowelizacji z dnia 29 sierpnia 2014 r.”* - podkreślającej uregulowania dotyczące zasady jawności postępowania, przy przestrzeganiu prawa wykonawcy do zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, a zatem nie ujawniania określonych informacji zamieszczonych w ofercie - wskazano m.in., że *„Nowelizacja art. 8 ust. 3 ustawy Pzp miała na celu wyeliminowanie nadużywania przez wykonawców tajemnicy przedsiębiorstwa w celu utrudnienia dostępu do treści oferty innym wykonawcom. Zamawiający uzyskał w szczególności możliwość ujawnienia (odtajnienia) informacji zastrzeżonych przez wykonawcę, które ze swojej istoty tajemnicą przedsiębiorstwa nie są. (….) Wykazanie przez wykonawcę, że zastrzegane informacje posiadają walor tajemnicy przedsiębiorstwa, powinno polegać na złożeniu dowodów mających postać np. oświadczenia uzasadniającego, dlaczego określone informacje mają przymiot tajemnicy przedsiębiorstwa, np. wyciągu z umów z kontrahentami zawierających postanowienia o zachowaniu określonych okoliczności w poufności. (…) Zastrzeżenie przez wykonawcę określonych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa powoduje każdorazowo obowiązek dokonania przez zamawiającego oceny zasadności powyższego zastrzeżenia w oparciu o przepisy u.z.n.k. Ocena zamawiającego w powyższym przedmiocie odbywa się w oparciu o dowody, jakie wykonawca przedłożył do upływu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Jeżeli jednak wykonawca poprzestanie na zastrzeżeniu w ofercie danych informacji jako tajemnicy przedsiębiorstwa, bez wykazania skuteczności ich utajnienia w świetle przepisów u.z.n.k.,*

zamawiający nie jest związany zakazem ujawniania tych informacji, wynikającym z art. 8 ust. 3 ustawy Pzp.”

Reasumpcję powyższego wywodu stanowi stwierdzenie, że w przypadku nie wykazania, iż zastrzeżone przez wykonawcę informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zachodzi wyłączenie zakazu ujawniania zastrzeżonych informacji, które zamawiający zobowiązany jest ujawnić.

Przystępujący zamieścił w pkt 11 formularza ofertowego (załącznik nr 9 do SIWZ) informację o treści *(…) „informacje składające się na ofertę, zawarte na stronach od 1 do 50 stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji i jako takie nie mogą być ogólnodostępne”,* nie wykazując w rozumieniu art. 8 ust. 3 Pzp, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Zamawiający ujawnił informacje, które z mocy ustawy nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa. Podczas otwarcia ofert w dniu 15 września 2015 r., w obecności reprezentantów trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu, podał dane zamieszczone w ofercie przystępującego str. 1-2 formularza oferty, o których mowa w art. 86 ust. 4 Pzp.

Na wniosek odwołującego, zamawiający przekazał mu w dniu 17 września 2015 r. kopię pełnej oferty przystępującego. Przekazał również pozostałym wykonawcom kopie ofert w ten sposób, że każdy z wykonawców posiadał kopie ofert swoich konkurentów.

Wybór najkorzystniejszej oferty nastąpił w dniu 23 września 2015 r.

Niezasadne jest żądanie odwołującego odrzucenia oferty przystępującego z powodu nieprawidłowego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa, wobec jawności oferty tego wykonawcy od dnia jej otwarcia. Samo zastrzeżenie informacji, o których stanowi przepis art. 86 ust. 4 Pzp, nie stanowi o niezgodności oferty z ustawą (art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp), wobec faktu, że podmiotem zapewniającym dostęp do informacji związanych z postępowaniem i zobowiązanym do ujawniania informacji bezpodstawnie zastrzeżonych lub takich, co do których nie wykazano w ofercie zasadności zastrzeżenia, jest zamawiający. Niezależnie od zakresu zastrzeżenia, czy są to informacje, o których stanowi przepis art. 86 ust. 4 Pzp, czy pozostałe informacje zamieszczone w ofercie, zamawiający jest zobowiązany do ujawnienia informacji bezpodstawnie i niezasadnie zastrzeżonych, a nie do odrzucenia oferty. Przywoływane w uzasadnieniu odwołania stanowisko doktryny wskazuje bardziej na aspekt odpowiedzialności karnej zamawiającego (art. 23 ust. 1 i 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji) w razie ujawnienia informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, jeżeli wyrządza to poważną szkodę przedsiębiorcy.

W świetle powyższego niezasadne jest też żądanie odrzucenia oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp, jako złożonej w okolicznościach stanowiących czyn nieuczciwej konkurencji, wobec naruszenia zasady jawności.

W myśl art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp *„Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji".* Natomiast *„czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta"* (art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji - uznk).

Niezależnie od klauzuli generalnej ujętej w art. 3 ust. 1 uznk, w rozdziale 2, w art. 5 - 17d tej ustawy, wyszczególniono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji.

W orzecznictwie poddano analizie stosunek przepisów ustawy, w których określono poszczególne czyny nieuczciwej konkurencji do klauzuli generalnej z art. 3 ust. 1 uznk, w której ujęto ogólną definicję czynu nieuczciwej konkurencji. W związku z tym, w oparciu o wybrane orzecznictwo sądowe wyróżnia się następujące zasady dotyczące relacji przepisów.

Po pierwsze, czyny konkurencyjne powinny być badane przede wszystkim w świetle przesłanek określonych w przepisach art. 5-17d uznk, i dopiero, gdy nie mieszczą się w dyspozycji któregokolwiek z tych przepisów, podlegają ocenie według klauzuli generalnej z art. 3 uznk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 19 grudnia 2007 r., sygn. I ACa 209/06).

Po drugie, pomiędzy przepisami art. 5-17d i art. 3 ust. 1 uznk nie zachodzi relacja *lex specialis-lex generalis*. Przy czym wyliczenie czynów nieuczciwej konkurencji w art. 5-17d ustawy jest *„wyczerpujące - w tym sensie, że dopiero w braku możliwości zakwalifikowania zachowania przypisywanego pozwanemu zaskarżonym wyrokiem do któregokolwiek z nazwanych czynów nieuczciwej konkurencji istniałaby możliwość oceny tego zachowania przez pryzmat klauzuli generalnej art. 3 ust. 1 uznk".*

Ponadto, w każdym przypadku, także w razie stosowania przepisów rozdziału 2 uznk niezbędne jest wykazanie ogólnych przesłanek odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji, które są określone w art. 3 ust. 1 uznk (wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 5 grudnia 2007 r., sygn. I ACa 1053/07).

Wskazywano również, że klauzula generalna z art. 3 uznk pełni nie tylko funkcję uzupełniającą, lecz także korygującą *„względem innych przepisów ustawy. Innymi słowy, jeżeli określony czyn co prawda wypełnia hipotezę normy wynikającej z przepisu rozdziału 2 ustawy, jednakże nie wystąpi zarazem określona w art. 3 ust. 1 uznk przesłanka zagrożenia lub naruszenia interesu innego przedsiębiorcy, to uznać należy, że nie stanowi on czynu nieuczciwej konkurencji"* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 20 lipca 2007 r.,

sygn. I ACa 682/07).

Odwołujący nie wskazał w zarzutach podstawy prawnej czynu nieuczciwej konkurencji, poza przywołaniem art. 89 ust. 1 pkt 3 Pzp. W uzasadnieniu odwołania powołując się na klauzulę generalną z art. 3 ust. 1 uznk *(P. Wiśniewski, Zasady zamówień publicznych - wybrane zagadnienia, Pzp 2008, Nr 1)* zasugerował, że czynem nieuczciwej konkurencji jest *„ograniczenie pozostałych wykonawców w realizacji przysługujących im praw do weryfikacji prawidłowości złożonych ofert".*

Zastrzeżenie informacji w ofercie przystępującego, mimo że bezpodstawne, bo dotyczące zakresu nie podlegającego zastrzeżeniu, zaś w pozostałej części nie wykazane jako spełniające przesłanki z art. 11 ust. 4 uznk, nie ograniczyło odwołującego, jak również trzeciego wykonawcy w realizacji przysługujących im praw do weryfikacji prawidłowości złożonej oferty. Odwołujący dysponował pełną kopią oferty przystępującego w odpowiednim czasie i miał nieograniczone prawo do jej weryfikacji, czego dowodem jest wniesione odwołanie.

Izba wskazuje, że w orzecznictwie ugruntowano stanowisko, w kontekście oceny legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, że wykonawca nie ma interesu występując na rzecz innych wykonawców, czy tzw. interesu publicznego. Uprawnienie z art. 179 ust. 1 Pzp może być realizowane wyłącznie w interesie wykonawcy-odwołującego (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 7 grudnia 2011 r., sygn. akt V Ca 1973/11: „Postępowanie *odwoławcze ma jedynie na celu ochronę interesów osoby wnoszącej* środki *ochrony*

prawnej, o których mowa w tym artykule. Konstatacja taka płynie nie tylko z treści przywołanego przepisu, gdzie mowa wyraźnie o „interesie w uzyskaniu zamówienia" oraz o „szkodzie", ale z konstrukcji całego postępowania odwoławczego. Wystarczy prześledzić poszczególne rozwiązania legislacyjne przyjęte w kolejnych przepisach ustawy by przekonać się, że postępowanie odwoławcze i skargowe nakierowane są na ochronę interesów uczestników i potencjalnych uczestników procedury wyboru kontrahenta, nie zaś na ochronę interesu publicznego.").

Ad 3. *Zaniechanie odrzucenia oferty, pomimo że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wobec nie wskazania jaką część zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie art. 87 ust. 1 jako niezgodne z przepisami zaniechanie wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień: jakie części zamówienia wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom.*

Zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp, wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Z kolei, w myśl art. 36b ust. 1 Pzp, zamawiający może żądać

wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcy, lub podania przez wykonawcę nazw (firm) podwykonawców, na których zasoby wykonawca powołuje się na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu, o których mowa w art. 22 ust. 1 Pzp. Wykładania literalna przepisu art. 36b ust. 1 Pzp wskazuje, że podanie nazw (firm) podwykonawców dotyczy sytuacji, gdy wykonawca powołuje się na ich zasoby w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu - co w rozpoznawanej sprawie nie miało miejsca. Sytuacji, gdy wykonawca samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu dotyczy natomiast art. 36b ust. 1 Pzp *in principio* - zgodnie z którym zamawiający może żądać wskazania przez wykonawcę części zamówienia, której wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom. Przywołane przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych nie uzależniają dopuszczalności powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom od powołania się przez wykonawcę na zasoby podmiotów trzecich zgodnie z art. 26 ust. 2b Pzp, w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawca, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu, zgodnie z art. 22 ust. 1 Pzp, może więc zastrzec powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, zgodnie z art. 36a ust. 1 Pzp i nie dochodzi w takiej sytuacji do korzystania z zasobów podmiotu trzeciego w rozumieniu art. 26 ust. 2b Pzp (Opinia prawna „Stosowanie *art. 36 ust. 5 w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp - podwykonawstwo a dysponowanie zasobami podmiotu trzeciego",* Informator Urzędu Zamówień Publicznych, styczeń 2012 r. - odnosząca się do poprzedniego stanu prawnego, jednak zachowująca, w ocenie Izby, swoją aktualność także na gruncie zmian wprowadzonych ustawą z dnia 8 listopada 2013 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 poz.1473), gdzie w uzasadnieniu ustawy nowelizującej wskazano m.in., że zmiany w zakresie podwykonawstwa należy ocenić jako nieistotne, w przypadku gdy są dokonywane przez wykonawcę, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu) - na podstawie wyroku Izby z dnia 22 kwietnia 2014 r., sygn. akt 695/14.

Zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części, stanowiąc w pkt II. „Opis *przedmiotu zamówienia",* na str. 3 SIWZ, że dwie części zamówienia, to: „- *część I obejmująca odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości z sektora I; - część II obejmująca odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych od właścicieli zamieszkałych nieruchomości z sektora II".*

Obie części zamówienia zostały nazwane w identyczny sposób, jedyną różnicę stanowi to, że część I odpowiada sektorowi I, część II sektorowi II.

W rozdziale VI SIWZ - „Dodatkowe *zobowiązania wykonawcy",* w pkt 2 zamawiający zamieścił wymaganie: *„Zamawiający wymaga wskazania przez Wykonawcę w ofercie części*

zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z tabelą w „Formularzu oferty" (załącznik nr 9 do SIWZ)"

W formularzu oferty (załącznik nr 9 do SIWZ) w pkt 12 zamawiający zamieścił opis:

„Zamówienie zrealizujemy przy pomocy podwykonawców (niepotrzebne skreślić):
a) TAK , wykaz części zamówienia, których wykonanie Wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom", pod tekstem została zamieszczona tabela z trzema kolumnami i dwoma wierszami; kolumny oznaczono *„L.p.", „Powierzane czynności", „Uwagi";* natomiast wiersze: *„1", „2";*
pod tabelą:
„b) NIE, zrealizujemy zamówienie sami ."

Przystępujący, spełniający samodzielnie warunki udziału w postępowaniu, skreślając w formularzu oferty alternatywny opis: „NIE, *zrealizujemy zamówienie sami ."* oświadczył, że będzie korzystał z podwykonawców. W tabeli w wierszach 1 i 2 wpisał tę samą nazwę podmiotu: *„Remondis Sp. z o.o."*

Oceniając powyższe w granicach zarzutu zaniechania: -odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp *(treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp),* ewentualnie -wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień jakie części zamówienia zamierza podwykonawcom (art. 87 ust. 1 Pzp), Izba uznała, że przy tak sformułowanym zarzucie, wymaganiach opisanych przez zamawiającego i złożeniu oświadczenia w pkt 12 formularza oferty o treści tam zamieszczonej, ponadto na podstawie oceny oświadczeń złożonych w dwóch pozostałych ofertach - odwołującego i wykonawcy Remondis sp. z o.o.

- brak jest podstaw do uwzględnienia żądania odwołującego, tj. uznania oferty za podlegającą odrzuceniu na podstawie wskazanego przepisu.

Po pierwsze, zamawiający podzielił przedmiot zamówienia na 2 części (część I i część II), nadając im, co do zasady, takie samy nazwy opisowe, po drugie, w rozdziale VI pkt 2 SIWZ wymagał wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom, zgodnie z tabelą w formularzu oferty - załącznik nr 9 do SIWZ; po trzecie, w treści pkt 12 formularza oferty - przy opcji a) - zamawiający wymagał podania *„części zamówienia",* natomiast w tabeli w drugiej kolumnie, wymagał podania *„powierzanych czynności".*

Żaden z trzech wykonawców, mimo wskazania podwykonawstwa przez każdego nich, nie wypełnił tabeli zgodnie z nazwą drugiej kolumny - nie zamieścił *„powierzanych czynności"* podwykonawcom, w rozumieniu rodzaju poszczególnych czynności wchodzących w zakres części I, czy II przedmiotu zamówienia. Obaj wykonawcy, poza przystępującym, wpisali odpowiednio w wierszach 1 i 2 tabeli częściowe nazwy (tytuły) części I i II zamówienia oraz

wskazali procentowe udziały podwykonawstwa - odwołujący do 40% w obu częściach zamówienia; wykonawca Remondis sp. z o.o. do 85% Sektora I i do 65% Sektora II.

Wobec niespójności opisu w SIWZ i załączniku nr 9 (tabela), należy przyjąć prymat opisu zamieszczonego w rozdziale VI pkt 2 oraz w pkt 12 nad tabelą - zamawiający żądał podania w tabeli składającej się z dwóch pozycji (wierszy) - części zamówienia, które w zamiarze wykonawcy zostaną powierzone podwykonawcy.

Przystępujący nie wpisał części zamówienia przez podanie chociażby częściowej nazwy zamówień (tytułów), jak pozostali wykonawcy (którzy wskazali obok częściowych nazw, wyłącznie procentowy udział podwykonawstwa w częściach I i II zamówienia), lecz w pozycjach 1 i 2 (numeracja odpowiadająca częściom zamówienia I i II) wpisał nazwę podwykonawcy, co literalnie odczytując może wskazywać zamierzenie powierzenia podwykonawcy części I i II zamówienia bez wskazania ograniczeń (co w stanie faktycznym sprawy jest dopuszczalne).

Ustalenie *„powierzanych czynności"* podwykonawcom wymagałoby sprecyzowania tych czynności przez wszystkich trzech wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Izba podzieliła stanowisko przedstawione przez pełnomocników przystępującego, że *„Ze względu na fakt, że informacje udzielane przez wykonawcę w zakresie podwykonawstwa dotyczą jedynie jego zamierzeń, jak również ze względu na zmiany okoliczności gospodarczych, jakie mogą wystąpić w trakcie długotrwałych zamówień, umożliwiono wykonawcom dokonanie modyfikacji złożonych deklaracji w zakresie podwykonawstwa. (…) W przypadku gdy wykonawca samodzielnie wykazywał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, zmiany ww. zakresie uważa się za nieistotne."* (komentarz do Prawa zamówień publicznych Pawła Graneckiego, Rok wydania: 2014 Wydawnictwo: C.H.Beck) oraz przedstawione w przywołanym wyroku Izby sygn. akt KIO 695/14: zmiany w zakresie podwykonawstwa należy ocenić jako nieistotne, w przypadku gdy są dokonywane przez

wykonawcę, który samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Reasumując, należy podkreślić, że wbrew stanowisku odwołującego, obowiązek żądania od wykonawców wskazania części zamówienia powierzanych podwykonawcom nie jest obowiązkiem ustawowym w aktualnym stanie prawnym, art. 36b ust. 1 Pzp stanowi wyłącznie o uprawnieniu zamawiającego.

W orzecznictwie wskazanym w odwołaniu - po nowelizacji ustawy w zakresie podwykonawstwa, w sprawie zakończonej wyrokiem z 14 października 2014 r., sygn. akt KIO 2012/14 - znaczenie miało nie spełnianie przez wykonawcę samodzielnie warunków udziału w postępowaniu.

W okolicznościach sprawy (mając na uwadze, że wszelkie niejasności opisu SIWZ należy interpretować na korzyść wykonawcy), Izba nie miała podstaw do nakazania

zamawiającemu odrzucenia oferty i nie znalazła też podstaw do nakazania zamawiającemu wykonania czynności - żądania od wykonawcy wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, w sytuacji gdy przepis ten oznacza uprawnienie zamawiającego a nie obowiązek wynikający z ustawy (art. 180 ust. 1 Pzp - odwołanie przysługuje od czynności lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy).

Wykonanie czynności wskazanych w zarzucie przedstawionym w pkt 3 i żądań odpowiednio w pkt 3, przy uwzględnieniu oświadczeń złożonych przez pozostałych wykonawców w tabelach w pkt 12 formularzy ofertowych, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania wykonawców - art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad 4. *Zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, pomimo* że *jej treść nie odpowiada treści SIWZ, wobec zaoferowania przez wykonawcę wykonywania zamówienia przy użyciu bazy transportowo-magazynowej niespełniającej wymagań zamawiającego, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, ewentualnie naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 44 Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył oświadczenie o dysponowaniu odpowiednim potencjałem technicznym, pomimo* że *nie dysponuje bazą magazynowo-transportową wymaganą przepisami rozporządzenia Ministra* Środowiska *z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.*

Zamawiający zamieścił w SIWZ w rozdziale II. „Opis *przedmiotu zamówienia"* w pkt 1.3. „Obowiązki *Wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji umowy dla części I i II."* W pkt 1.3.29 zamieścił wymóg, że *„Wykonawca zobowiązany jest do dysponowania bazą magazynowo-transportową na ternie Gminy Aleksandrów Łódzki (…)",* opisując w dalszej części szczegółowe wymagania co do bazy.

Wymagania odnośnie bazy dotyczyły obowiązku wykonawcy wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, związanego z rozpoczęciem i realizacją umowy. Nie stanowiły warunków udziału wykonawcy w postępowaniu, o których stanowi art. 22 ust. 1 Pzp, w szczególności pkt 3 - dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym.

Na rozprawie zgodnie potwierdzono, że wykonawcy nie byli zobowiązani do dysponowania bazą w dacie upływu terminu składania ofert. Żaden z wykonawców nie zamieszczał w ofercie informacji na temat posiadania bazy. Wymaganie to, dotyczące etapu następującego po zawarciu umowy i przystąpieniu do realizacji zamówienia, nie stanowiło przedmiotu badania i oceny ofert i nie miało żadnego wpływu na wybór oferty. W związku z tym, odwołujący i przystępujący zrezygnowali z przeprowadzenia dowodów z dokumentów, zdjęć załączonych do odwołania i zgłoszenia przystąpienia, na okoliczność dysponowania bazą transportowo-magazynową oraz zeznań świadków i przesłuchania strony (wniosek

przystępującego).

Spełniane wymagania dysponowania bazą nie było przedmiotem oceny zamawiającego w toku badania i oceny ofert, nie mogło też stanowić przedmiotu oceny w postępowaniu odwoławczym.

Ad 5. *Jako zarzut ewentualny - zaniechanie wezwania S. P. do uzupełnienia dokumentów: wykazu wykonanych usług oraz wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia, które to wykazy nie zostały przez*

wykonawcę podpisane, a jedynie parafowane, co stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1.

Sposób złożenia podpisu i treść własnoręcznego podpisu (wymienionego w art. 78 § 1 Kc stosowanego w związku z art. 14 Pzp), jako oświadczenia woli nie zostały zdefiniowane w aktach prawnych: ustawie Pzp, Kodeksie cywilnym.

Wszelkie rozważania na temat podpisu oraz wnioski z tego wynikające, są wynikiem judykatury i doktryny. Brak jest w aktach prawnych podstaw do rozróżnienia podpisów na podpisy czytelne, nieczytelne, czy parafy, faksymile.

W wyroku z dnia 8 maja 1997 r., II CKN 153/97, Sąd Najwyższy orzekł: *„1. Dla zachowania pisemnej formy czynności prawnej wystarcza złożenie własnoręcznego podpisu na dokumencie obejmującym treść oświadczenia woli. Przepis art. 78 kc skorelowany jest z art. 245 kpc, z którego wynika, że dokument prywatny stanowi dowód tego, że osoba, która go podpisała, złożyła oświadczenie zawarte w dokumencie. 2. Określenia "własnoręczny" nie zawarto wprawdzie w art. 245 kpc, jest ono jednak expressis verbis użyte w art. 78 kc. Konieczność własnoręczności podpisu wynika z tego, że przy podpisie chodzi o udokumentowanie nie tylko brzmienia nazwiska, ale także i charakteru pisma, by w ten sposób ułatwić orientację w rozpoznaniu osoby. Jest to zatem wymaganie niezbędne dla bezpieczeństwa obrotu."*

Pogląd Trybunału Konstytucyjnego wyrażony w postanowieniu z dnia 1 lipca 2008 r., sygn. akt Ts 270/07: *„W doktrynie prawa cywilnego nie budzi wątpliwości, że dyrektywy językowe i funkcja nadana podpisowi wymagają, aby wskazywał on jego autora i dane, które go indywidualizują. Należą do nich przede wszystkim imię i nazwisko, przy czym funkcję indywidualizującą pełni głownie nazwisko - podpis, zatem powinien zawierać imię i nazwisko lub co najmniej nazwisko podpisującego, w sposób niekoniecznie czytelny, z możliwością opuszczenia kilku liter, lecz charakterystyczny dla osoby podpisanej".*

W uchwale z dnia 30 grudnia 1993 r., III CZP 146/93 (dotyczącej podpisu na wekslu) Sąd Najwyższy w ogólnych rozważaniach na temat podpisu uznał: podpis musi stanowić wytwór pisania, którym jest wyłącznie znak napisany; tylko własnoręczny podpis, który

zawiera w sobie osobiste cech charakteru pisma podpisującego (ukształtowanie liter, ich łączenie itp.) pozwala na stwierdzenie - za pomocą graficznej ekspertyzy pisma - że jest on autentyczny; podpis oznacza *„nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały napisane zwykle własnoręcznie", natomiast podpisać się „to „napisać własnoręcznie swoje nazwisko (imię), rzadziej godło, inicjały; zaświadczyć, stwierdzić coś swym podpisem".*

W wyroku z dnia 5 października 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 1196/09, Izba orzekła, że *„(…) podpis jest charakterystycznym dla danej osoby znakiem graficznym wywodzącym się z jego imienia i nazwiska, niebędący koniecznie pełnym imieniem i nazwiskiem, pozwalający na ustalenie tożsamości osoby, która go złożyła (patrz: A.Kidyba (red.), K.Kopaczyńska-Pieczniak, E.Niezbecka, Z.Gawlik, A.Janiak, A.Jedliński, T.Sokołowski, Kodeks cywilny. Komentarz. Tom I. Część ogólna, 2009 r.). Dodatkowo, jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2006 r., podpis w rozumieniu art. 78 kodeksu cywilnego nie musi być czytelny (sygn. akt II FSK 1144/05)."*

Na podstawie powyższego należy przyjąć, że podpis to taki układ liter czy znaków graficznych, którymi posługuje się osoba składająca podpis. Podstawową funkcją podpisu jest identyfikacja osoby składającej oświadczenie woli oraz potwierdzenie faktu złożenia oświadczenia określonej treści. Istotne jest, by podpis był rozpoznawalny, co oznacza, by adresat oświadczenia woli był przekonany, że podpis złożyła osoba uprawniona do złożenia oświadczenia woli, pod którym się podpisała.

W rozdziale XI SIWZ *„Opis sposobu przygotowania oferty",* zamawiający opisał w pkt 3, że *„Oferta winna być sporządzona według wzoru FORMULARZA OFERTY (załącznik nr 9 do SIWZ) i podpisana przez osobę (osoby) uprawnioną do występowania w imieniu Wykonawcy (dalej „Osoby Uprawnione")."* W pkt 4 zd. 3 wskazał, że *„Wszystkie zapisane stronice oferty powinny być ponumerowane oraz zaparafowane lub podpisane przez Osoby Uprawnione."*

Z powyższego wynika, że oferta w rozumieniu opisu pkt 3, to wyłącznie formularz oferty (załącznik nr 9), liczący 2 strony nr 26 i 27 SIWZ. Załączniki do SIWZ: nr 5 - wykaz wykonanych usług (…) oraz nr 7 - wykaz narzędzi i urządzeń technicznych (…),to dalsze załączniki - z literalnego opisu sądząc, niestanowiące oferty w ścisłym rozumieniu tego znaczenia.

W pkt 5 tego rozdziału zamawiający wyszczególnił m.in. dokumenty składające się na ofertę - ppkt 5.3 *wskazane w punkcie V SIWZ* - w istocie jest to rozdział V - ppkt 1.4 i ppkt 1.7 - kwestionowane wykazy stanowiące załączniki nr 5 i nr 7.

Przystępujący podpisał formularz oferty (załącznik nr 9) -3 strony oraz oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu -1 strona, oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia -1 strona, pełnym nazwiskiem i pierwszą literą imienia. Załączniki nr 5 i 7

---

podpisał skróconym nazwiskiem i pierwszą literą imienia, w których to podpisach czytelne są, co najmniej 3 litery nazwiska.

Wskazane załączniki są oświadczeniami oryginalnymi, co czyni bezzasadnym dodatkową argumentację odwołującego podniesioną na rozprawie w nawiązaniu do przepisów rozporządzenie 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, § 7 ust. 1 o treści: *„Dokumenty są składane w oryginale lub kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem przez wykonawcę".*

Zatem, mając na uwadze orzecznictwo co do sposobu złożenia podpisu, Izba uznała zarzut kwestionujący złożony podpis, w sytuacji gdy żaden przepis prawny mający zastosowanie w sprawie, nie określa treści podpisu, za nieuzasadniony.
Odwołujący nie poddał w wątpliwość podpisu wobec jego skróconej wersji jako złożonego przez osobę nieuprawnioną, nie zarzucił niemożności identyfikacji osoby, która złożyła podpis, w sytuacji gdy zamawiający, będący adresatem oświadczenia woli wykonawcy, nie miał żadnej wątpliwości co do tożsamości osoby podpisującej. Zatem, nie występują okoliczności uzasadniające zastosowanie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, wobec ewentualności przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Ad 6. *Wybranie jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, a najkorzystniejszą ofertą dla zamówienia niepodlegającą odrzuceniu jest oferta odwołującego, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1.*

Zarzut stanowi konsekwencję zarzutów wskazanych w pkt 1-5, zatem wobec nie uwzględnienia powyższych zarzutów, ten zarzut nie znajduje uzasadnienia.

Zważywszy na powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 oraz 10 Pzp, obciążając kosztami odwołującego stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła - zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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) - koszty wpisu uiszczonego przez odwołującego w kwocie 15 000,00 zł oraz uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: ……