

Sygn. akt: KIO 156/18	
KIO 157/18	
KIO 158/18	
KIO 159/18	
KIO 160/18	WYROK
KIO 161/18	z dnia 9 lutego 2018 r.
Krajowa Izba Odwoławcza	- w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Członkowie: Ewa Sikorska

Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 lutego 2018 r. w Warszawie odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2018 r. przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu,

w postępowaniu prowadzonym przez Związek Międzygminny „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań,

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia konsorcjum firm: Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu - lider konsorcjum, Suez Zachód sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu - partner konsorcjum, Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych A. Z., Środa Wielkopolska - partner konsorcjum, EKO - TOM Turguła Spółka Jawna, Poznań - partner konsorcjum, Przedsiębiorstwo Komunalno - Transportowe „Ordo Poznań” sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu - partner konsorcjum, Przedsiębiorstwo Usług Komunalno - Transportowych VIKOM I. K. i R. K. Spółka Jawna, Poznań - partner konsorcjum, KDS sp. z o.o., z siedzibą w Poznaniu - partner konsorcjum, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 156/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we

Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

3. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 157/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

4. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 158/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

4.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

5. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 159/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

5.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

5.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu

kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

6. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 160/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

6.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

6.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

7. Kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt: KIO 161/18 obciąża odwołującego

Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu

i:

7.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Handlowo - Usługowe Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania;

7.2. zasądza od odwołującego Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Związku Międzygminnego „Gospodarka Odpadami Aglomeracji Poznańskiej”, Poznań kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów poniesionych przez pełnomocnika zamawiającego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego

doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Poznaniu.

Przewodniczący:

Członkowie:

Sygn. akt: KIO 156/18
KIO 157/18
KIO 158/18
KIO 159/18
KIO 160/18

UZASADNIENIE

W dniu 29 stycznia 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęły odwołania wykonawcy Przedsiębiorstwa Handlowo - Usługowego Komunalnik sp. z o.o., z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”) zarzucając zamawiającemu Związkowi Międzygminnemu „Gospodarka Odpadami Aglomeracji”, Poznań (dalej „Zamawiający”) prowadzącemu postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na świadczenie usługi „Usługa odbioru i transportu zmieszanych odpadów komunalnych i odpadów ulegających biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów oraz odbioru, transportu i zagospodarowania pozostałych odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne”:

- Sektor I ZM GOAP (znak: ZRP.271.22.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 160/18,
- sektor VIII ZM GOAP (znak: ZRP.271.17.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 158/18;
- Sektor IX ZM GOAP (znak: ZRPs271.18.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 157/18;
- Sektor XII ZM GOAP (znak: ZRP.271.25.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 159/18;
- Sektor XIII ZM GOAP (znak: ZRP.271.19.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 156/18;
- Sektor XV ZM GOAP (znak: ZRP.271.21 „2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 161/18.

naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty

Odwołującego z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy transportowo - magazynowej, gdy tymczasem Odwołujący wykazał, że jest w posiadaniu odpowiedniej bazy transportowo - magazynowej;

- 2) naruszenie art 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego z powodu uznania, że podlega on wykluczeniu, gdyż wprowadził Zamawiającego w błąd w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu i niepodlegania wykluczeniu lub w błąd mogący wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego, gdy tymczasem informacje przekazywane przez Odwołującego w postępowaniu były prawdziwe i potwierdzały dysponowanie przez niego odpowiednim potencjałem w zakresie bazy transportowo - magazynowej oraz pojazdów

- 3) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp poprzez uznanie, że Odwołujący nie wniósł właściwego wadium w postępowaniu, gdy tymczasem z wniesionego przez niego wadium w postaci gwarancji ubezpieczeniowej jednoznacznie wynika, że gwarancja ta zabezpiecza działania odwołującego;

- 4) naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty podmiotu konsorcjum firm z liderem Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu, który zaproponował wyższą niż Odwołujący cenę.

Mając na uwadze powyższe zarzuty Odwołujący wniósł o: (i) unieważnienie dokonanej przez

zamawiającego oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty konsorcjum firm z liderem Remondis Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu; (ii) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego i czynności wykluczenia odwołującego z postępowania; (iii) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert; (iv) nakazanie Zamawiającemu wybrania oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący we wszystkich odwołaniach przedstawił tą samą argumentację. Wskazał, że zgodnie z pkt 5.3.b SIWZ, Zamawiający wymagał posiadania na etapie udzielania zamówienia, jak i w trakcie jego realizacji zdolności technicznej w zakresie bazy transportowo - magazynowej, która miała odpowiadać wymaganiom określonym w § 2 rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 122).

Aby potwierdzić powyższy warunek wykonawcy mieli wykazać (poza przedłożeniem JEDZ) poprzez złożenie wykazu baz magazynowo - transportowych z informacją o tytule prawnym posiadanym do terenu przez cały okres obowiązywania umowy (np. wykaz potwierdzający prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, użytkowanie, dzierżawę, najem, itp.) - tak

pkt 6.2.2.db SIWZ;

W pkt 5.3.a SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali na etapie udzielania zamówienia, jak i w trakcie jego realizacji zdolności technicznej w zakresie pojazdów do odbierania odpadów komunalnych.

Potwierdzenie spełnienia tego warunku wykonawcy mieli wykazać (poza przedłożeniem JEDZ) poprzez złożenie wykazu pojazdów wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi pojazdami - tak pkt 6.2.2.da SIWZ. Ponadto Zamawiający celem wzięcia udziału w postępowaniu wymagał wniesienia wadium.

W ocenie Odwołującego złożył on wszystkie wymagane dokumenty. W szczególności Odwołujący przedłożył wykaz baz magazynowo - transportowych obejmujący dwie dzierżawione przez niego bazy, jedną w Jasinie i drugą w Pobiedziskach oraz wykazów pojazdów.

Odwołujący wskazał, że toku badania i oceny ofert Zamawiający zwrócił się do Odwołującego wezwaniem z dnia 4 stycznia 2018 r. do uzupełnienia oraz wyjaśnienia dokumentów i oświadczeń potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy Pzp, tj. dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. W treści wezwania zamawiający zażądał od Odwołującego wyjaśnień dotyczących przedłożonego przez Odwołującego do oferty wykazu baz magazynowo - transportowych, który według Zamawiającego nie odpowiada wymaganiom SIWZ. Zamawiający w swoim wezwaniu wyszczególnił także konieczność wyjaśnienia przedłożonego przez Odwołującego do oferty wykazu pojazdów, w zakresie możliwości wykorzystania przez Odwołującego wykazanych pojazdów do innych przedsięwzięć gospodarczych. Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie (pismem z dnia 9 stycznia 2018 r.) odniósł się do wszystkich wątpliwości Zamawiającego.

Odnosnie wykazu baz magazynowo - transportowych Odwołujący wskazał na brak okoliczności uzasadniających zarzucanie przez Zamawiającego braku dokumentów potwierdzających spełnianie warunków uszczegółowionych w wezwaniu, bowiem w odniesieniu do treści zawartych w Załączniku nr 9 do SIWZ (wykaz baz), wykonawca zawarł oświadczenie o spełnianiu przez wskazane bazy magazynowo - transportowe wymogów zgodnie z wolą Zamawiającego. W ocenie Odwołującego ugruntowane orzecznictwo jednoznacznie wskazuje, iż składane przez wykonawcę oświadczenie w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu jest wstępnym dowodem na to potwierdzenie, a od Zamawiającego zależy czy dla wnikliwszej analizy wezwie wykonawcę do złożenia szczegółowych dowodów, a tego Zamawiający nie uczynił. Niemniej jednak z daleko idącej ostrożności oraz czyniąc zadość wezwaniu Zamawiającego odwołujący przekazał wraz z pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. poprawiony wykaz baz magazynowo - transportowych.

Odnosnie wykazu pojazdów Odwołujący wyjaśnił, że pojazdy przedstawione w wykazie nie będą zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze w trakcie realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego. Odwołujący wskazał, mimo iż pierwotnie wskazywał dwie bazy magazynowo - transportowe, ostatecznie jednak przyjął, że tylko jedna z nich będzie faktycznie wykorzystywana do realizacji zamówienia - baza w Jasinie. Stąd też tylko w zakresie tej bazy Odwołujący zagwarantował sobie prawo do jej dzierżawy na czas nieoznaczony. Co się zaś tyczy drugiej z baz (bazy w Pobiedziskach), to baza ta była dzierżawiona (także na czas nieoznaczony) od spółki komunalnej - Zakładu Komunalnego w Pobiedziskach sp. z o.o. Niemniej jednak z uwagi na niejasne relacje tej spółki z jej właścicielem (Gminą Pobiedziska), który jest jednocześnie uczestnikiem związku międzygminnego „GOAP” (Zamawiającego) i niepewność co do możliwości faktycznego wykorzystywania rzeczonoj bazy w przyszłości, odwołujący ostatecznie zrezygnował z jej dzierżawy. Tym samym na dalszym etapie postępowania przetargowego Odwołujący zaprzestał już odnoszenia się do tej bazy.

Na marginesie, Odwołujący wskazał, że Zamawiający ze szczególną skrupulatnością, ale przy tym z przekroczeniem swoich kompetencji poddał kontroli bazę magazynowo - transportową w Jasinie. Po pierwsze, Zamawiający kwestionując spełnianie przez rzeczonoj bazę warunków przywołanego wcześniej rozporządzenia pozostaje w opozycji do stanowiska Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska w Poznaniu, który potwierdził prawidłowość bazy pod względem uwarunkowań środowiskowych. Odwołujący dodał, że WIOŚ dokonał kontroli bazy z inicjatywy Zamawiającego. Po drugie, Zamawiający kwestionując prawidłowość sposobu użytkowania obiektu budowlanego na terenie bazy wchodzi w kompetencje organów nadzoru budowlanego, które nigdy nie podjęły czynności zmierzających do stwierdzenia rzekomego niewłaściwego sposobu użytkowania tego obiektu.

W zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej (sygn. akt: KIO 160/18), Odwołujący wskazał, że to w następstwie wezwania go przez Zamawiającego do wyjaśnień, przedstawił Zamawiającemu porozumienie, które zawarł z podmiotem trzecim (A. Z. prowadzącą działalność pod firmą Zuzper Recykling A. Z.). W świetle tego porozumienia (porozumienia z dnia 25 października 2017 r.) oraz aneksu do niego (aneksu z dnia 8 stycznia 2018r.) podmiot trzeci zobowiązał się wobec Odwołującego do udostępniania mu swojego potencjału ekonomiczno - finansowego w zakresie obrotu, w szczególności za rok 2014 (w latach 2015 i 2016 niekwestionowalnym było bowiem, że Odwołujący samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu). Dla realności udostępnienia tego zasobu strony porozumienia przewidziały wyraźnie w jakim zakresie i w jaki sposób podmiot trzeci będzie powiązany organizacyjnie i kapitałowo z Odwołującym w ramach realizacji zamówienia, objętego przedmiotowym postępowaniem. Podmiot trzeci miał bowiem uczestniczyć w realizacji tej części zamówienia (samodzielnie sfinansować ją), która odpowiadała wielkości udostępnionego obrotu do obrotu wymaganego przez zamawiającego (tak § 2 porozumienia). Co więcej, w razie gdyby z jakichkolwiek powodów podmiot trzeci nie mógł uczestniczyć w realizacji zamówienia, zobowiązał się do udzielenia wsparcia finansowego odwołującemu w tym samym stosunku (tak § 1 ust. 2 aneksu do porozumienia).

W zakresie gwarancji ubezpieczeniowej (wadium), Odwołujący wskazał, że faktycznie brakuje w jej treści określenia formy prawnej w jakiej działa Odwołujący. Odwołujący podkreślił jednak, że we Wrocławiu, a tym bardziej pod wskazanym adresem zarejestrowany jest tylko jeden podmiot pod nazwą „Komunalnik” (i to zarówno w KRS, jak i CEIDG). Co więcej, Odwołujący przedkładał Zamawiającemu zawsze gwarancję ubezpieczeniową właśnie tak określającą podmiot na rzecz którego została ona wystawiona. Zarówno we wcześniejszych postępowaniach prowadzonych przez Zamawiającego na odbiór odpadów, jak i na wcześniejszych etapach tego postępowania, zamawiający nigdy nie kwestionował prawidłowości wniesienia wadium. Odwołujący tym samym zaskoczony jest nagłą zmianą stanowiska Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym nie sposób uznać postępowania Zamawiającego za prawidłowe. Dopuścił się on nie jednego, lecz kilku istotnych naruszeń przepisów ustawy Pzp, które wpłynęły na wynik postępowania. W ocenie Odwołującego działanie Zamawiającego znacząco wybiega poza ramy przewidzianego przepisami prawa badania i oceny ofert złożonych w przedmiotowym postępowaniu. Zamawiający nie skupia się bowiem na badaniu tego, czy Odwołujący spełnia określone w SIWZ warunki udziału w postępowaniu, a wręcz wybiega już na etap realizacji zamówienia i na siłę stara się wykazać przez ten pryzmat (niemożności prawidłowego wykonania usługi przez Odwołującego) zasadność odrzucenia oferty odwołującego. Szczególne zdziwienie może budzić wyjątkowa

skrupulatność kontroli wszystkich dokumentów i wyjaśnień Odwołującego, w przypadku gdy w stosunku do pozostałych oferentów zamawiający, ani w tym, ani w poprzednich postępowaniach nie przejawiał takiej postawy.

Ponadto Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zdaje się pomijać całkowicie ugruntowane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, mówiące o tym, że wszelkie niejasności, braki dokumentacji przetargowej (w szczególności SIWZ) należy interpretować na korzyść wykonawców. Zamawiający wszelkie wątpliwości, które wynikają z przygotowanych przez niego dokumentów (choćby te związane z kwestią rozumienia rocznego obrotu jako obrotu brutto, a nie netto) rozstrzygał na niekorzyść odwołującego. Obie te okoliczności należy mieć na uwadze, przy przedstawionym poniżej stanowisku Odwołującego względem poszczególnych naruszeń powołanych w petitum odwołania.

W zakresie dysponowania bazą transportowo - magazynową, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w ramach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie ma kompetencji do oceny tego, czy baza transportowo - magazynowo spełniania wymagania przewidziane w przepisach przywołanego już rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. Ocena bazy w tym aspekcie jest wszakże elementem wpisu do rejestru działalności regulowanej podmiotów odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości (dokonywanego na podstawie art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach).

Co więcej, niezależnie od powyższego, Odwołujący zwrócił uwagę, że w następstwie inicjatywy Zamawiającego Wojewódzki Inspektor Ochrony Środowiska w Poznaniu przeprowadził kontrolę bazy magazynowo - transportowej Odwołującego w Jasinie uznając, że spełnia ona wszelkie wymagania środowiskowe. W ocenie Odwołującego kwestionowanie prawidłowości funkcjonowania bazy magazynowo - transportowej pod względem budowlanym także wykracza poza kompetencje Zamawiającego. W tym zakresie właściwe pozostają organy architektoniczno - budowlane, które nie prowadzą wobec Odwołującego żadnego postępowania, co do nieprawidłowości wykorzystywanych obiektów budowlanych zlokalizowanych na terenie bazy.

W ocenie Odwołującego absurdalny jest także zarzut Zamawiającego, że do terenu bazy mają dostęp osoby nieupoważnione. Odwołujący podkreślił, że na terenie bazy mogą przebywać wyłącznie osoby wobec których Odwołujący wyraził na to zgodę, a więc osoby upoważnione (uregulowanie dostępu do bazy przez podmiot trzeci w sposób prawny, czyli stosowną umową - powoduje uzyskanie przez ten podmiot statusu osoby upoważnionej). Odwołujący zaznaczył przy tym, że upoważnienia do korzystania z terenu bazy osoby trzecie, tylko w takim zakresie w jakim nie będzie kolidowało to z realizacją zamówienia.

W zakresie zarzutu jakoby Odwołujący nie posiada prawa do dysponowania bazą przez cały potencjalny okres realizacji zamówienia, w pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że umowa dzierżawy terenu na czas nieokreślony spełnia wymagania stawiane w SIWZ. Zamawiający nie zastrzegł przecież w SIWZ, że wykonawca musi zawrzeć umowę dzierżawy, czy inną umowę na czas oznaczony, bez możliwości jej wcześniejszego rozwiązania (na co stara się teraz powołać). Co więcej stawianie takiego warunku byłoby sprzeczne z zasadą konkurencji. W ocenie Odwołującego umowa dzierżawy na czas nieokreślony jest powszechnie stosowną w obrocie gospodarczym praktyką pozyskania tytułu prawnego do rzeczy, w tym do potencjału potrzebnego do wykonywania zamówień publicznych. Zawarcie w tej umowie klauzuli umożliwiającej jej rozwiązanie przez wydzierżawiającego nie może niweczyć prawnej skuteczności takiej umowy, jak i nie uzasadnia przyjęcia założenia, że umowa ta będzie obowiązywać przez krótszy czas niż czas realizacji zamówienia (np. wyłącznie przez okres wypowiedzenia).

Założenie takie jest absurdalne i prowadzi do konkluzji, że nie da się w ogóle wykazać spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu. W naszym porządku prawnym nie ma bowiem praw bezwzględnych, tj. trwałych po wsze czasy. Nawet w przypadku prawa własności (tutaj nieruchomości z bazą) prawo takie może wbrew woli właściciela być unicestwione, czy to w następstwie wywłaszczenia, czy też choćby egzekucji komorniczej. A więc nawet w przypadku prawa własności zamawiający mógłby uznać, że nie

gwarantuje ono dysponowania bazą przez cały okres realizacji zamówienia.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Zamawiający przewidział możliwość utraty przez wykonawcę bazy magazynowo - transportowej (w ramach utraty wpisu do rejestru działalności regulowanej). W takim przypadku wykonawca może nadal zrealizować kontrakt musi jedynie uzyskać prawo do nowej bazy (nowy wpis do rejestru). Stanowi o tym pkt 2.1.3 wzoru

umowy.

W świetle przedstawionej powyżej argumentacji, w ocenie Odwołującego, nie ma podstaw do stawiania zarzutu wprowadzenia Zamawiającego w błąd. Odwołujący wykazał wszakże, iż spełniania warunki udziału w postępowaniu wbrew twierdzeniom Zamawiającego. W zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową skoro baza w Jasinie spełnia stawiane jej prawem wymagania, nie może być mowy o wprowadzeniu w błąd Zamawiającego poprzez umieszczenie przez Odwołującego w wykazie baz informacji o dysponowaniu bazą w Pobiedziskach. Zaznaczyć należy, że dla spełniania warunku udziału w postępowaniu wystarczyło wykazanie dysponowania jedną bazą. Chybiony jest również, w ocenie Odwołującego, zarzut świadomego wprowadzenia w błąd Zamawiającego przekazując oświadczenie o dysponowaniu bazą w Pobiedziskach na cały okres realizacji umowy. Odwołujący nie posiadał wiedzy, ani też nie miał podstaw do „sprawdzania” jednostki podlegającej Gminie Pobiedziska w zakresie czasu, na jaki Zakład Komunalny w Pobiedziskach sp. z o.o. ma prawo do korzystania z nieruchomości. Ponadto zauważyć należy, iż Odwołujący w wyniku niejasnej działalności Gminy Pobiedziska (który jest członkiem zgromadzenia ZM GOAP - zamawiającego), czyli przekazywania informacji Zamawiającemu na temat umowy między Gminą a spółką komunalną, a także tą spółką komunalną i Odwołującym, wycofał się z oświadczenia jakoby teren dzierżawiony od Zakładu Komunalnego w Pobiedziskach sp. z o.o. miałby być wykorzystywany przez Odwołującego jako baza magazynowo - transportowa. W ocenie Odwołującego w sposób jasny i wyraźny wyjaśnił Zamawiającemu kwestię zakresu w jakim wykorzystywany byłby ten teren przy realizacji zadania na rzecz Zamawiającego.

W kwestii dysponowania bazą magazynowo - transportową w Jasinie, w ocenie Odwołującego, nie może być mowy o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd, bowiem tę kwestię również Odwołujący wyjaśnił. Przedłożono Zamawiającemu aneks, w którym zawarty został czas dzierżawy jako nieokreślony. Ugruntowane orzecznictwo (zob. choćby wyrok KIO 2709/14) określa wprost, iż umowa, która oddaje nieruchomość do dyspozycji wykonawcy z chwilą uzyskania zamówienia, stanowi wystarczający tytuł prawny pozwalający stwierdzić, że wykonawca wykazał na dzień składania dysponowanie wymagane przez Zamawiającego potencjałem, w sposób, który umożliwi mu realizację zamówienia.

W zakresie dysponowania pojazdami zgodnie z wymaganiami SIWZ Odwołujący wskazał, iż istnieje różnica między spełnianiem warunków udziału w postępowaniu (który odnosi się do wymogów SIWZ), a wyjaśnieniami do zaoferowanej ceny (w których odwołujący przedstawiał kalkulację na podstawie, której obliczył cenę ofertową). Różnica w wykazanych w tym dokumencie pojazdach, nie jest wprowadzaniem Zamawiającego w błąd, ponieważ zarówno w wykazie składanym do oferty jak również w wyjaśnieniach Odwołujący wykazał pojazdy, którymi dysponuje. W ocenie Odwołującego nie miał obowiązku deklarować na tym etapie którymi dokładnie pojazdami będzie faktycznie realizował usługę. Zgodnie bowiem z odpowiedziami Zamawiającego na pytania wykonawców do SIWZ, Odwołujący miał prawo wykazywać do oferty te same pojazdy w różnych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu (Pytanie 3. dotyczy: SIWZ pkt. 5.3.a). Ponadto sam Zamawiający w odpowiedzi na Pytanie 25. (dotyczy: SOPZ pkt. 3.9.2.) dopuszcza możliwość wykorzystywania pojazdów świadczących usługę na danym sektorze do realizacji usługi na innych sektorach jak również na rzecz innych podmiotów z którymi wykonawca ma podpisaną umowę w ramach wolnych mocy przerobowych.

W ocenie Odwołującego mając na uwadze powyższe należy stwierdzić, że nie ma w tym przypadku mowy o wprowadzaniu Zamawiającego w błąd, a w świetle braku uzasadnienia do żądania od Odwołującego deklaracji na temat zaangażowania wykazanego potencjału w inne przedsięwzięcia gospodarcze, Zamawiający zdaje się zapominać o swoich ustaleniach na etapie tworzenia SIWZ. Zamawiający zdaje się nie rozumieć kwestii spełnienia warunków udziału w postępowaniu, która dotyczy dysponowania określonym potencjałem na dzień składania oferty, co zostało udowodnione przez odwołującego. Zamawiający nie może

wywodzić tezy o niespełnianiu tych warunków poprzez uzyskanie informacji o wykorzystywaniu przez odwołującego, w trakcie trwania postępowania przetargowego, wykazywanych pojazdów na terenach innych jednostek samorządowych.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający ustalił w dokumentacji przetargowej, że wykonawca powinien przekazać ostateczny wykaz pojazdów, którym faktycznie będzie realizował usługę - na 30 dni przez jej rozpoczęciem, dlatego tym bardziej niezrozumiałe jest zarzucanie Odwołującemu wprowadzanie zamawiającego w błąd.

Odnosnie zarzutu braku posiadania zezwolenia na transport dla części z wykazanych pojazdów, Odwołujący wskazał, iż przedstawiając ostateczny wykaz pojazdów na 30 dni przez rozpoczęciem świadczenia usługi będzie legitymował się zezwoleniem na transport uzupełnionym o wskazane pojazdy lub wykaże pojazdy, które zostały już w tej decyzji ujęte. Odwołujący jako profesjonalny podmiot ma świadomość konieczności przestrzegania ustawy o odpadach i nie podjąłby się prowadzenia działalności pojazdami nie spełniającymi tych wymogów. Zamawiający nie może na tym etapie zarzucać braku możliwości prowadzenia usługi zgodnie z prawem bowiem nie może na dzień dzisiejszy twierdzić, po pierwsze, jakimi pojazdami konkretnie odwołujący prowadziłby usługę, a po drugie w jakim zakresie na wniosek Odwołującego - Prezydent Miasta Wrocławia - uzupełni zezwolenie na transport.

Co do wadium Odwołujący wskazał, że kwestia prawidłowości wadium winna zostać zweryfikowana przez Zamawiającego na etapie sprawdzania oferty. Wskazał również, że w poprzednich etapach postępowania Zamawiający nie miał wątpliwości co do prawidłowości gwarancji, co potwierdzają wezwania do uzupełnienia dokumentów do oferty, jak również wezwania do wyjaśnień jej poszczególnych elementów. W żadnym z tych wezwań Zamawiający nie poruszał kwestii wniesionego przez Odwołującego wadium, dlatego zarzut nie może zostać uwzględniony na tym etapie. Ponadto sam Zamawiający wezwał Odwołującego do przedłużenia związania ofertą - co jednoznacznie wskazuje, że nie miał on wątpliwości co do prawidłowości przedłożonej gwarancji.

Odwołujący wskazał, że również w trakcie wcześniejszych postępowań Zamawiający nie podważał prawidłowości przedkładanych przez Odwołującego gwarancji ubezpieczeniowych. Gwarancje te w zakresie podmiotu na który zostają wydane były określone w tożsamy sposób.

Ponadto zarzut rzekomych problemów Zamawiającego z prawidłową identyfikacją podmiotu dającego zlecenie wystawienia gwarancji jest bezzasadny, bowiem zamawiający zaprzecza w tym momencie własnym decyzjom. Zamawiający wzywając Odwołującego do przedłużenia terminu związania ofertą odnosi się bezpośrednio do złożonej przez Odwołującego gwarancji, jednocześnie mając świadomość (jako profesjonalny podmiot), że przedmiotowe wezwanie niezbędne jest do wydania przez gwaranta takowego dokumentu.

W ocenie Odwołującego chybione jest również twierdzenie jakoby pominięcie w nazwie informacji o formie prawnej działalności podmiotu miało uniemożliwić Zamawiającemu identyfikację tego podmiotu. Pod podanym adresem siedziby Odwołującego nie zarejestrowano żadnego innego podmiotu pod podobną nazwą. Pod tą nazwą nie zarejestrowano nie tylko pod rzeczoną adres, ale również w całym Wrocławiu innego podmiotu. Wystarczającym do stwierdzenia tej okoliczności jest skorzystanie z dostępnych elektronicznie (przez Internet) baz danych KRS i CEIDG.

Odwołujący odwołał się do ugruntowanego w jego ocenie pogląd, iż wadium jako dokument podlega interpretacji, tak jak każde inne oświadczenie woli. Interpretację tę dokonuje się zgodnie z art. 65 Kodeksu cywilnego, co oznacza, że oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. Przy uwzględnieniu tych warunków, w świetle zaistniałego stanu rzeczy nie może być wątpliwości, że gwarancja ubezpieczeniowa przedłożona przez odwołującego zabezpiecza jego zachowanie.

W zakresie zarzutu dotyczącego udostępnienia obrotu (sygn. akt: KIO 160/18)

Odwołujący wskazał, że odniósł się do tej kwestii w wyczerpujący sposób w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień z dnia 4 stycznia 2018 r. Odwołujący wyjaśnił tam, iż samodzielnie spełnia stawiany w tym zakresie warunek, gdyż łączny przychód z prowadzonej działalności w tym okresie wyniósł 7.458.650,34 zł brutto. Na potwierdzenie tego przedłożono zaktualizowany Załącznik nr 10 do dokumentacji przetargowej (oświadczenie o obrocie) wraz z deklaracjami dla podatku od towarów i usług (VAT-7) za poszczególne miesiące 2014 r.

W ocenie Odwołującego skoro Zamawiający zrezygnował z określania co należy rozumieć pod pojęciem obrotu, uznał że w tej materii będzie obowiązywało bardziej liberalne podejście zapewniające większą konkurencyjność, a więc że obrót to przychód brutto. Teza ta ma oparcie w ugruntowanym od lat orzecznictwie sądów powszechnych, Krajowej izby Odwoławczej i jednolitym stanowisku doktryny, uznającym że wszelkie niejasności dokumentacji przetargowej należy tłumaczyć z korzyścią dla oferentów (wykonawców) i dla jak najpełniejszego zrealizowania zasady konkurencyjności. Dla przykładu w wyroku KIO 2549/17 wskazano, że „Niejednoznaczność czy brak precyzji brzmienia warunku udziału, zgodnie z utrwalonym poglądem Izby, nie może rodzić negatywnych konsekwencji dla wykonawcy, który składając ofertę w postępowaniu stara się wykazać jego spełnienie

W ocenie Odwołującego nie sposób również zgodzić się z Zamawiającym, że żądanie sprawozdań finansowych oznaczało, iż warunek ten odnosi się do obrotu rocznego netto, bowiem sprawozdania finansowe były jednym z kilku rodzajów dokumentów, którymi miał wykazać się wykonawca w celu spełnienia warunku. Innym dokumentem było oświadczenie wykonawcy o osiągniętym rocznym obrocie za ostatnie 3 lata, co w świetle składanych również sprawozdań finansowych nie miałoby żadnego uzasadnienia - oświadczenie, które odnosi się do informacji zawartych w sprawozdaniu finansowym. Złożone oświadczenie jest uzupełnieniem informacji zawartych w tym sprawozdaniu. Z tego względu dla rozwiania wątpliwości Zamawiającego, Odwołujący załączył do wyjaśnień deklaracje VAT.

Z daleko idącej ostrożności Odwołujący wskazał w swoich wyjaśnieniach z dnia 9 stycznia 2018 r. (co również wynikało z wyjaśnień z dnia 27 listopada 2017 r.), że zamierza korzystać z potencjału podmiotu trzeciego w zakresie umożliwiającym wykorzystanie rocznego obrotu tego podmiotu. Z tego względu potencjał, którym dysponuje Odwołujący oraz potencjał z którego korzysta wykazuje się łącznie. Zgodnie bowiem z dominującym stanowiskiem (zob. choćby uchwałę KIO z dnia 23 lipca 2014 r., KIO/KU 62/14) zamawiający nie może wymagać posiadania zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia w całości przez jednego członka konsorcjum lub podmiot trzeci, ponieważ nie tylko ograniczałoby to swobodę tworzenia konsorcjum oraz korzystania z potencjału podmiotu trzeciego, ale także sprzeciwiałoby się istocie i celowi zawierania konsorcjum oraz polegania na zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uznaje nadto, że opisanie przez zamawiającego warunku udziału w postępowaniu w taki sposób, że jeden z wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia lub jeden z innych podmiotów, o których mowa w art. 26 ust. 2b ustawy Pzp musi samodzielnie spełniać warunek dotyczący zdolności ekonomicznej oraz wiedzy i doświadczenia narusza art. 22 ust. 4 ustawy Pzp w związku z art. 7 ust. 1 Pzp. Wymóg ten jest ponadto sprzeczny z istotą i celem tworzenia konsorcjum oraz korzystaniem z potencjału podmiotu trzeciego, a tym samym stanowi naruszenie odpowiednio art. 23 ust. 3 oraz art. 26 ust. 2b Pzp.

W ocenie Odwołującego Zamawiający przy tworzeniu przedmiotowego zarzutu zdaje się nie rozumieć pojęcia „korzystania z potencjału podmiotu trzeciego”. Odwołujący zamierza bowiem skorzystać z podmiotu trzeciego (tj. Zuzper A. Z.) tylko w zakresie hipotetycznie brakującego mu samodzielnie potencjału (tj. ok. 100.000 zł obrotu w 2014 r.). Odwołujący samodzielnie wszakże posiada wymagany (nawet przy interpretacji zamawiającego) obrót roczny w latach 2015 - 2016.

Odwołujący wskazał, że porozumienie, które zostało przekazane Zamawiającemu (między odwołującym a podmiotem udostępniającym potencjał) spełnia wbrew twierdzeniom Zamawiającego wszystkie warunki stawiane w orzecznictwie KIO dla skutecznego udostępnienia potencjału przez podmiot trzeci, tj. określa kto jest podmiotem przyjmującym zasoby, jaki jest zakres zobowiązania podmiotu trzeciego (przyjęto, że Zuzper sfinansuje części kosztów realizacji zamówienia w stosunku w jakim powołujemy się na jego potencjał), czego konkretnie dotyczy zobowiązanie (wskazano wyraźnie zakres obowiązków Zuzper), w jaki sposób będzie ono wykonane (określono wyraźnie na czym będzie polegać realizacja obowiązków na etapie wykonywania zamówienia) oraz jakiego okresu dotyczy. Co więcej

porozumienie to wprost przesądza, iż firma Zuzper A. Z. będzie faktycznie zaangażowana w realizację zamówienia (co w myśl orzecznictwa dodatkowo potwierdza realność udostępniania potencjału), a gdyby z jakichkolwiek względów do tego nie doszło, zobowiązała się ona sfinansować część realizacji zamówienia.

Izba ustaliła co następuje:

Izba postanowiła dopuścić w poczet materiału dowodowego następujące dokumenty: (i) Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”) wraz z załącznikami na okoliczność ustalenia przedmiotu zamówień oraz warunków udziału w Postępowaniach (zgodnie z definicją poniżej); (ii) protokoły Postępowań przetargowego na okoliczność ustalenia przebiegu Postępowań; (iii) ofertę Odwołującego na okoliczność ustalenia jej treści; wezwania Zamawiającego skierowana do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy

Pzp z dnia 17 listopada 2017 r., 27 listopada 2017 r., oraz 4 stycznia 2018 r. oraz odpowiedzi Odwołującego z dnia 20 listopada, 2017 r., 30 listopada 2017 r., oraz 9 stycznia 2018 r. wraz ze złożonymi dokumentami na okoliczność ustalenia treści wezwań oraz odpowiedzi Odwołującego; (iv) wezwania Zamawiającego z dnia 1 grudnia 2017 r. dotyczące wyjaśnienia elementów ceny ofert Odwołującego wraz z odpowiedziami Odwołującego z dnia 7 grudnia 2017 r. na okoliczność ustalenia czy Odwołujący spełnia warunki udziału w Postępowaniu w zakresie zdolności technicznej; (v) protokół kontroli Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r. dotyczący bazy w Pobiedziskach na okoliczność ustalenia czy obiekt spełnia wymagania Rozporządzenia; (v) umowę dzierżawy nieruchomości z dnia 14 lutego 2017 r. zawartą pomiędzy Gminą Pobiedziska a Zakładem Komunalnym w Pobiedziskach sp. z o.o., umowę najmu z dnia 26 czerwca 2017 r. zawartą pomiędzy Zakładem Komunalnym w Pobiedziskach sp. z o.o., a Odwołującym, wraz z aneksem z dnia 19 października 2017 r. oraz aneksem nr 1 z dnia 9 stycznia 2018 r., pismo Urzędu Miasta i Gminy w Pobiedziskach z dnia 8 grudnia 2017 r., wraz z pokwitowaniem odbioru przez Odwołującego - na okoliczność ustalenia podstawy prawnej dysponowania przez Odwołującego bazą magazynowo - transportową w Pobiedziskach; (vi) porównanie pojazdów zadeklarowanych przez Odwołującego w wykazie pojazdów i wymienionych w decyzjach o pozwolenie na transport odpadów wraz z korespondencją z gmin, w których Odwołujący obecnie realizuje usługę odbioru odpadów na okoliczność wykazania, iż na dzień składania ofert Odwołujący nie spełniał warunków udziału w Postępowaniach w zakresie potencjału technicznego; (vii) protokół kontroli bazy w Jasinie z dnia 18 stycznia 2018 r. dokonanej przez Zamawiającego wraz z załącznikami do protokołu, protokół kontroli bazy w Jasinie z dnia 9 stycznia 2018 r. dokonanej przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska, pismo ZUZPER Recykling A. Z. z dnia 5 stycznia 2018 r. pismo Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w

Poznaniu z dnia 6 lutego 2018 r., pismo Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego z dnia 5 stycznia 2018 r. - na okoliczność ustalenia czy baza w Jasinie spełnia wymagania wskazane w Rozporządzeniu; (viii) dwie umowy najmu powierzchni w budynku biurowo - magazynowym CM Jasin z dnia 26 maja 2017 r. zawartą pomiędzy BUD - RENTAL sp. z o.o. sp.k. a Odwołującym, Porozumienie nr 1 do umowy najmu z dnia 20 września 2017 r., aneks nr 1 z dnia 24 listopada 2017 r., aneks z dnia 2 października 2017 r. wraz z umocowaniem p. J. I., mapę obrazującą rozmieszczenie pojazdów w hali w Jasinie - na okoliczność ustalenia spełnienia warunków udziału w Postępowaniach w zakresie potencjału technicznego; (ix) pismo Zamawiającego z dnia 5 lutego 2018 r. o wszczęciu postępowania w sprawie wykreślenia Odwołującego z rejestru działalności regulowanej; (x) listę podmiotów zarejestrowanych w KRS i CEiDG, które posiadają w firmie określenie „Komunalnik” na okoliczność wykazania, że Odwołujący nie wniósł skutecznie wadium w Postępowaniach.

Na podstawie powyższych dokumentów Izba ustaliła, że Odwołujący złożył odwołania w następujących postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na: odbiór, transport (odpady zmieszane i ulegające biodegradacji) oraz odbiór, transport i zagospodarowanie (pozostałe odpady zbierane selektywnie) odpadów komunalnych:

- Sektor I ZM GOAP (znak: ZRP.271.22.2017), które jest przedmiotem postępowania

odwoławczego o sygn. KIO 160/18,

- sektor VIII ZM GOAP (znak: ZRP.271.17.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 158/18;
- Sektor IX ZM GOAP (znak: ZRPs271.18.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 157/18;
- Sektor XII ZM GOAP (znak: ZRP.271.25.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 159/18;
- Sektor XIII ZM GOAP (znak: ZRP.271.19.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 156/18;
- Sektor XV ZM GOAP (znak: ZRP.271.21.2017), które jest przedmiotem postępowania odwoławczego o sygn. KIO 161/18.

W dalszej części uzasadnienia powyższe postępowania będą określane łącznie jako „Postępowania”.

Izba ustaliła, że wszystkie odwołania będące przedmiotem rozpoznania Izby złożono w odniesieniu do formalnie odrębnych Postępowań przetargowych i formalnie odrębnych decyzji Zamawiającego podjętych w dniu 19 stycznia 2018 r. Poza odmiennym sektorem realizacji usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, przedmiot każdego Postępowania jest taki sam (składa się z tych samych elementów, obejmuje te same usługi i dotyczy tych samych rodzajów odpadów komunalnych), stąd też dokumentacja przetargowa została sporządzona przez Zamawiającego dla wszystkich Postępowań wskazanych powyżej i prowadzonych równolegle, w oparciu o ten sam wzorzec, jednolite warunki udziału wykonawców w postępowaniu oraz zasady realizacji zamówienia. Różnice dotyczą zaś jedynie poziomów wymaganych zdolności wykonawców finansowej i ekonomicznej oraz technicznej i zawodowej.

Izba ustaliła, że Odwołujący złożył odrębne oferty na każdy sektor, sporządzając je jednak w identyczny sposób, a także udzielając Zamawiającemu w toku Postępowań analogicznych wyjaśnień/uzupełnień, odwołujących się do tych samych założeń przyjętych przy sporządzaniu oferty. Izba ustaliła, że chociaż odwołania Odwołującego dotyczą formalnie odrębnych Postępowań, to jednak zawierają one tożsame w swej treści zarzuty opierające się na analogicznych podstawach faktycznych oraz prawnych niezależnie od Postępowania. W konsekwencji stanowisko Izby zarówno w zakresie ustaleń faktycznych jak i rozstrzygnięcia odnosi się do wszystkich Postępowań. W przypadku sprawy o sygn. akt: KIO 160/18, w której Odwołujący zakwestionował zasadność wykluczenia go z postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego sytuacji finansowo - ekonomicznej, co nie miało miejsca w innych Postępowaniach, Izba dokonała odrębnych ustaleń faktycznych oraz prawnych, zaznaczając w treści uzasadniania tą okoliczność, poprzez wskazanie sygnatury sprawy - KIO 160/18.

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 6.1 SIWZ w zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (pkt 5 SIWZ) oraz, że nie podlega wykluczeniu z postępowania wykonawcy mieli obowiązek złożenia Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówień (dalej „JEDZ”).

Izba ustaliła, że zgodnie z pkt 5.3.b SIWZ, Zamawiający wymagał posiadania na etapie udzielania zamówienia, jak i w trakcie jego realizacji zdolności technicznej w zakresie bazy transportowo - magazynowej, która miała odpowiadać wymaganiom określonym w rozporządzeniu Ministra Środowiska w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 11 stycznia 2013 r. (Dz. U. z 2013 r. poz. 122) (dalej „Rozporządzenie”).

Aby potwierdzić powyższy warunek wykonawcy mieli złożyć (poza przedłożeniem JEDZ) - wykaz baz magazynowo - transportowych z informacją o tytule prawnym posiadanym do terenu przez cały okres obowiązywania umowy (np. wykaz potwierdzający prawo własności, prawo użytkowania wieczystego, użytkowanie, dzierżawę, najem, itp.) - tak pkt 6.2.2.db SIWZ, zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 8 do SIWZ.

W pkt 5.3.a SIWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawcy posiadali na etapie udzielania zamówienia, jak i w trakcie jego realizacji określoną dla każdego Postępowania liczbę pojazdów do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych, odpadów komunalnych zbieranych w sposób selektywny oraz pojazdów bez funkcji kompaktowych. Pojazdy winny spełniać wymagania wskazane w Rozporządzeniu. Aby potwierdzić spełnienie tego warunku wykonawcy mieli złożyć (poza przedłożeniem JEDZ) wykaz pojazdów - tak pkt 6.2.2.da SIWZ, zgodnie ze wzorem zawartym w Załączniku nr 9.

W zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej w postępowaniu dla Sektora I (sygn. akt: KIO 160/18) Zamawiający wymagał, że wykonawca wykazał, że posiada minimalny obrót roczny na poziomie 6 870 000 zł (słownie: sześć milionów osiemset siedemdziesiąt tysięcy złotych 00/100) za okres ostatnich 3 lat obrotowych, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy, za ten okres. Na potwierdzenie powyższego warunku Zamawiający wymagał złożenia sprawozdań finansowych albo ich części za okres ostatnich 3 lat obrotowych oraz aktualnego na dzień złożenia oferty oświadczenia wykonawcy o rocznym obrocie wykonawcy za okres nie dłuższy niż 3 lata obrotowe, zgodnie z Załącznikiem nr 10 do SIWZ (pkt. 6.2.2 ba i bb SIWZ).

Zgodnie z pkt 6.6 SIWZ wykonawca, który powołuje się na zasoby innych podmiotów, w celu wykazania braku podstaw do wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu składa także oświadczenie, o którym mowa w pkt 6.1 SIWZ (JEDZ) dotyczący tych podmiotów.

Izba ustaliła, że w zakresie zaskarżonych Postępowań Odwołujący na wykazanie spełnienia warunku, o którym mowa w pkt 5.3. (b) SIWZ oświadczył, że dysponuje dwoma bazami magazynowo - transportowymi spełniającymi wymogi Rozporządzenia tj. bazą magazynowo - transportową w Pobiedziskach oraz w Jasinie. Odwołujący oświadczył, że dysponuje nimi na podstawie umów dzierżawy. W zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt 5.3. (a) SIWZ Odwołujący wskazał w każdym Postępowaniu odrębne pojazdy, z identyfikacją pojazdów poprzez wskazanie nr rejestracyjnych.

Sektor I - Izba ustaliła, że pismem z dnia 17 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie JEDZ. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 6.1.1 SIWZ tj. w zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych określonych w pkt 5.2 SIWZ, związanych z wymaganym potencjałem technicznym, obejmującym Część IV Kryteria kwalifikacji, sekcja C oraz pkt 9 Odwołujący złożył JEDZ, który nie został wypełniony w części IV Sekcja C pkt 3 i 9. Zamawiający wskazał, że Odwołujący polega na zdolnościach innych podmiotów, jednakże wbrew treści art. 25a ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp oraz pkt 6.6 akapit drugi SIWZ nie złożył wraz z ofertą odrębnych JEDZ dla tych podmiotów w celu wykazania braku istnienia po ich stronie podstaw do wykluczenia. Izba ustaliła, że pismem z dnia 20 listopada 2017 r. Odwołujący złożył brakujące dokumenty tj. uzupełniony dokument JEDZ, umowę o współpracy z dnia 25 października 2017 r. zawartą z p. A. Z. prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą „Zuzper Recykling A. Z.” (dalej „Porozumienie”), wraz z JEDZ dla tego podmiotu. Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 27 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów i oświadczeń, w tym m.in. sprawozdań finansowych za ostatnie 3 lata obrotowe, oświadczenia o wysokości obrotów za trzy ostatnie lata obrotowe, wykaz pojazdów oraz wykaz baz magazynowo - transportowych. Pismem z dnia 30 listopada 2017 r. Odwołujący złożył w/w dokumenty. Pismem z dnia 29 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia dokumentów dotyczących podmiotu trzeciego na zasobach, którego wykonawca polega, zgodnie z pkt 6.2.1 SIWZ. W odpowiedzi z dnia 7 grudnia 2017 r. Odwołujący złożył dokumenty. Pismem z dnia 1 grudnia Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia Odwołujący złożył w dniu 7 grudnia 2017 r. Dalej Izba ustaliła, że pismem z dnia 4 stycznia 2018 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, wskazując, iż wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomiczno - finansowej za rok 2014. Zamawiający wezwał Odwołującego do wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu dot. pkt 5.2 lit. 2) SIWZ. Zamawiający wezwał również Odwołującego do opisu baz magazynowo - transportowych w sposób umożliwiający weryfikację czy spełnia ona wymagania Rozporządzenia oraz określenia na jaki czas zostały zawarte umowy dzierżawy baz. W zakresie wykazu pojazdów Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczenia czy pojazdy te będą zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze podczas realizacji zamówienia na rzecz Zamawiającego.

Pismem z dnia 9 stycznia 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Odwołujący wskazał, iż samodzielnie spełnia ww. warunek, w szczególności w odniesieniu do roku 2014 r. gdyż „łączny przychód z prowadzonej działalności w tym okresie wyniósł 7.458.650,34 zł., na potwierdzenie czego Odwołujący załączył kopie deklaracji VAT-7 za okres styczeń — grudzień 2014, jak również nowe oświadczenie o obrocie sporządzone na wzorcu określonym w Załączniku nr 10 do SIWZ, w którym w odniesieniu do roku 2014 wskazał obrót brutto w wysokości 7.458.650,34 zł.

W zakresie sektora VIII, IX, XII, XIII, XV Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 17 listopada 2017 r. wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów w zakresie JEDZ. Zamawiający wskazał, że zgodnie z pkt 6.1.1 SIWZ tj. w zakresie wstępnego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących zdolności technicznych lub zawodowych określonych w pkt 5.2 SIWZ, związanych z wymaganym potencjałem technicznym, obejmującym Część IV Kryteria kwalifikacji, sekcja C oraz pkt 9 Odwołujący złożył JEDZ, który nie został wypełniony w części IV Sekcja C pkt 3 i 9. Izba ustaliła, że pismami z dnia 30 listopada 2017 r. Odwołujący złożył uzupełniony JEDZ. Dalej Izba ustaliła, że pismami z dnia 27 listopada 2017 r. Zamawiający wezwał Odwołującego w zakresie każdego z powyższych Postępowań do złożenia m.in. wykazu pojazdów wg. załącznika nr 8 do SIWZ przystosowanych do realizacji zamówienia zgodnie z wymaganiami wskazanymi w pkt 5.3 lit. a) SIWZ oraz wykazu baz magazynowo - transportowych z informacją o tytule prawnym na czas realizacji zamówienia, wraz ze sprawozdaniami finansowymi i oświadczeniem o rocznym obrocie za ostatnie trzy lata obrotowe. Pismami z dnia 27 listopada 2017 r. Odwołujący złożył powyższe dokumenty. Odwołujący wskazał dwie bazy: w Pobiedziskach oraz w Jasinie. Pismem z dnia 1 grudnia Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oferty i zaoferowanej ceny. Wyjaśnienia Odwołujący złożył w dniu 7 grudnia 2017 r. Dalej Izba ustaliła, że Zamawiający pismami z dnia 4 stycznia 2018 r. wezwał Odwołującego do złożenia wykazu baz magazynowo - transportowych zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ - wskazania na jaki okres przysługuje Odwołującemu prawo dzierżawy oraz dokonanie opisu bazy w sposób umożliwiający Zamawiającemu ocenę czy spełnia ona wymagania Rozporządzenia jak również złożenia oświadczenia czy bazy będą zaangażowane w inne przedsięwzięcia gospodarcze w trakcie realizacji zamówienia lub jakkolwiek inny podmiot, i w jakim zakresie. W zakresie wykazu pojazdów Zamawiający wezwał Odwołującego do złożenia oświadczenia czy wskazane przez niego pojazdy będą wykorzystywane w trakcie realizacji zamówienia w inne przedsięwzięcia gospodarcze.

Dalej Izba ustaliła, że pismami z dnia 9 stycznia 2018 r. Odwołujący złożył wyjaśnienia. Wskazał m.in. w zakresie wykazu baz magazynowo - transportowych, że zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ złożył oświadczenie, iż bazy spełniają wymagania Rozporządzenia. Z ostrożności wykonawca złożył poprawione oświadczenie stanowiące załącznik nr 9 do SIWZ - Wykaz baz, w którym wskazał na dwie bazy w Pobiedziskach (Baza dodatkowa) oraz w Jasinie (Baza główna). Przekazał również aneks nr 1 z dnia 24 listopada 2017 r. to umowy najmu z dnia 26 czerwca 2017 r. bazy magazynowo transportowej w Jasinie, zgodnie z którym strony ustaliły, że umowa została zawarta na czas nieoznaczony. Wskazał, że wykonawca nie miał obowiązku załączyć dokumentów potwierdzających posiadanie tytułu prawnego do dysponowania bazą. Wskazał również, że bazy nie będą wykorzystywane w inne przedsięwzięcia gospodarcze ani wykorzystywane przez inny podmiot. Załączył również protokół kontroli dotyczący bazy w Pobiedziskach oraz w Jasinie. Podkreślił, że zgodnie z SIWZ Zamawiający nie wymagał, aby przedłożyć wraz z ofertą dowody potwierdzające tytuł prawny do baz, zgodnie z odpowiedzią na pytanie nr 4 do SIWZ z strona 10 z dnia 12 grudnia 2017 r.

Izba ustaliła, że zgodnie z pismem Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2018 r. Odwołujący został wykluczony z Postępowań na podstawie: (i) art. 24 ust. 1 pkt 12) ustawy Pzp — Odwołujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego rocznego obrotu za okres ostatnich 3 lat obrotowych (pkt 5.2. lit. a) SIWZ), jak

również w zakresie posiadania bazy magazynowo - transportowej spełniającej wymagania stawiane przez Zamawiającego w SIWZ (pkt 5.3. lit. b) SIWZ); (ii) art. 24 ust. 1 pkt 16) oraz pkt 17) ustawy Pzp - Odwołujący przedstawił informacje wprowadzające Zamawiającego w błąd co do okoliczności związanych z wykazywaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jak również mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane w postępowaniu przez Zamawiającego; (iii) oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp - wadium żądane przez Zamawiającego zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

Izba zważyła co następuje:

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została spełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań w trybie art. 189 ust. 1 Pzp, a Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołań w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku uznania przez Izbę, że Zamawiający naruszył przepisy Pzp oferty Odwołującego mogłaby być uznane za najkorzystniejsze. Odwołujący może również ponieść szkodę w postaci utraty korzyści finansowych wynikających z możliwości realizacji zamówień.

W ocenie Izby wszystkie odwołania podlegają oddaleniu.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp

W ocenie Izby brak jest podstaw do uznania, iż Zamawiający naruszył powyższy przepis ustawy Pzp wykluczając Odwołującego z Postępowania z powodu braku wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniach.

Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia. Nie budzi w piśmiennictwie sporu, iż określenie przez zamawiającego warunków udziału w danym postępowaniu przetargowym ma na celu ocenę zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, tak aby zminimalizować ryzyko nienależytego wykonania zamówienia. Określając warunki udziału w zamówieniu zamawiający zawsze zobowiązany jest przestrzegać zasad wynikających z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp tj. warunki udziału w postępowaniu muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. Takie bowiem określenie warunków udziału w postępowaniu umożliwia otwarcie rynku dla wykonawców, którzy swoimi właściwościami gwarantują pewność, co do rzetelnego i prawidłowego wykonania zamówienia.

Baza magazynowo - transportowa

W ocenie Izby literalna wykładnia pkt 5.3.b SIWZ nakładała na wykonawcę obowiązek wykazania zarówno na etapie udzielania zamówienia jak i na etapie jego realizacji, iż dysponuje lub będzie dysponował bazą magazynowo - transportową, która spełnia wymagania określone w Rozporządzeniu. Tym samym Odwołujący składając wykaz zgodnie z załącznikiem nr 9 do SIWZ winien wskazać w jego treści taką bazę lub bazy magazynowo - transportowe, którymi dysponuje lub będzie mógł dysponować na etapie udzielenia zamówienia i realizacji zamówienia i które spełniają wymagania wskazane w Rozporządzeniu. Tego zaś, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, co uzasadniało jego wykluczenie na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż nie było sporne pomiędzy stronami, że w pierwotnej wersji wykazu baz magazynowo - transportowych złożonego przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 27 listopada 2017 r. wykonawca wskazał dwie bazy: bazę w

Pobiedziskach oraz bazę w Jasinie, oświadczając jednocześnie, iż obie bazy spełniają wymagania zawarte w SIWZ. Spór pomiędzy stronami dotyczył zaś tego czy Odwołujący zrezygnował z korzystania z bazy w Pobiedziskach. W ocenie Izby wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w treści odwołania oraz złożonym podczas rozprawy, z żadnego dokumentu złożonego Zamawiającemu w toku badania i oceny ofert nie wynika, iż Odwołujący zrezygnował z bazy w Pobiedziskach. Przeciwnie, w piśmie jakie Odwołujący skierował do Zamawiającego w dniu 9 stycznia 2018 r. baza w Pobiedziskach jest nadal wskazana w wykazie baz magazynowo- transportowych, z adnotacją, iż jest to „Baza dodatkowa”. Wpisanie bazy w Pobiedziskach w skorygowanym wykazie (załącznik nr 9) i dodanie określenie „Baza dodatkowa”, oznacza nic innego jak to, że wykonawca nadal

deklaruje, iż będzie wykonywał zamówienie z pomocą powyższego obiektu, tyle tylko, że ma on charakter subsydiarny, pomocniczy. Odwołujący nie zawarł oświadczenia jak należy rozumieć powyższy zwrot, przyjąć więc należy rozumienie powszechne - iż baza ta może być wykorzystana w realizacji zamówienia np. w przypadku, gdy z jakichś powodów baza główna w Jasinie nie będzie mogła być wykorzystywana w trakcie realizacji zamówienia. Tym sama Izba uznała, iż z dokumentów i oświadczeń, jakie Odwołujący złożył Zamawiającemu w trakcie badania i oceny ofert wynika, iż wykonawca będzie realizował zamówienie również z pomocą bazy w Pobiedziskach. Oświadczenie Odwołującego złożone w odwołaniu oraz podczas rozprawy, iż zrezygnował z bazy w Pobiedziskach jest bez znaczenia dla sprawy. Zamawiający bowiem ocenia dokumenty i oświadczenia złożone wraz z ofertą oraz w toku jej oceny, późniejsze zaś twierdzenia Odwołującego nie mające odzwierciedlenia w dokumentacji ofertowej wykonawcy nie mają wpływu na rozstrzygnięcie o prawidłowości decyzji Zamawiającego co do wykluczenia Odwołującego z Postępowania.

Dalej należało ustalić, czy Odwołujący wykazał, że baza w Pobiedziskach spełnia wymagania Rozporządzenia oraz czy wykonawca posiada tytuł prawny do dysponowania powyższą bazą na czas realizacji zamówienia. W ocenie Izby Odwołujący nie wykazał spełnienia obu z powyższych warunków. Izba uznała za wiarygodny dowód złożony przez Zamawiającego w postaci protokołu kontroli przeprowadzonej przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska z dnia 9 stycznia 2018 r., z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynika, iż z uwagi na to, iż na terenie bazy Zakład Komunalny Pobiedziska sp. z o.o. prowadzi składowisko odpadów, a zgodnie z przepisami ustawy o odpadach (art. 124 ust. 1 ustawy) zarządzający składowiskiem odpadów zobowiązany jest posiadać tytuł prawny do całej nieruchomości, to na terenie składowiska nie może być zlokalizowana baza magazynowo - transportowa służąca do odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Wobec braku złożenia przez Odwołującego jakiegokolwiek wiarygodnego dowodu przeciwnego, Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, że baza magazynowo - transportowa w Pobiedziskach spełniała wymagania Rozporządzenia, a tym samym, aby mogła być wykorzystywana jako Baza dodatkowa w trakcie realizacji zamówienia.

Co zaś się tyczy wymogu dysponowania bazą magazynowo - transportową w całym okresie realizacji zamówienia, to wskazać należy, iż w złożonym wykazie oraz wyjaśnieniach Odwołujący oświadczył, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i dysponuje bazą w Pobiedziskach na podstawie umowy najmu zawartej z Zakładem Komunalnym w Pobiedziskach z dnia 26 czerwca 2017 r. Umowa została zawarta na czas nieoznaczony. Zgromadzony jednak podczas postępowania odwoławczego materiał dowodowy nie pozwala na uznanie, iż Odwołujący zapewnił sobie prawo dysponowania w/w bazą w Pobiedziskach na czas realizacji zamówienia. Izba uznała bowiem za wiarygodny dowód w postaci pisma Urzędu Miasta i Gminy w Pobiedziskach z dnia 8 grudnia 2017 r., z którego wynika, że gmina zawarła umowę najmu w/w nieruchomości w Pobiedziskach z Zakładem Komunalnym w Pobiedziskach do dnia 31 grudnia 2018 r. Potwierdza to również umowa dzierżawy nieruchomości z dnia 14 lutego 2017 r. zawarta pomiędzy Gminą Pobiedziska oraz Zakładem Komunalnym Pobiedziska na czas oznaczony do dnia 31 grudnia 2018 r. Tym samym Zakład Komunalny w Pobiedziskach nie mógł zawrzeć z Odwołującym umowy najmu bazy w Pobiedziskach na czas realizacji zamówienia tj. do dnia 30 września 2021 r., gdyż w tym okresie podmiot ten nie miał prawa dysponowania przedmiotem najmu.

Dalej rozstrzygnąć należało czy druga ze wskazanych przez Odwołującego baz magazynowo - transportowych tj. baza w Jasinie spełnia warunki określone w SIWZ. W ocenie Izby, materiał dowodowy zgromadzony w trakcie postępowania odwoławczego nie pozwala na przyjęcie, iż powyższa baza spełnia wymagania zawarte w SIWZ. Po pierwsze, z dokumentów przedłożonych Izbie w sposób niebudzący wątpliwości wynika, że hala obejmująca teren bazy w Jasinie została zaprojektowana i zbudowana z przeznaczeniem na cele magazynowe, nie zaś jako parking dla samochodów ciężarowych używanych w związku z odbiorem i transportem odpadów komunalnych. Świadczy o tym pismo złożone do akt sprawy z dnia 5 lutego 2018 r. Powiatowego Inspektora Nadzoru Budowlanego, z którego wynika, że powierzchnia ta nie może być wykorzystywana w sposób jaki życzyłby sobie Odwołujący bez zmiany sposobu użytkowania. Okoliczności powyższe potwierdza również pismo z Wydziału Administracji Architektoniczno - Budowlanej Powiatu Poznańskiego, gdzie jednoznacznie wskazano, iż zgodnie z zatwierdzonym projektem budowlanym obiekt w Jasinie przeznaczony był na magazyn materiałów instalacyjnych firmy WEBA lub innych materiałów budowlanych jak również pismo Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska z dnia 6 lutego 2018 r., w którym organ ten stwierdza, że hala nie może być wykorzystywana jako baza magazynowo - transportowa wobec braku spełnienia wymagań dotyczących budynku hali bazy zawartych w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane. Podobne wnioski zostały zawarte w protokole kontroli bazy w Jasinie z dnia 18

stycznia 2018 r. przeprowadzonej przez Zamawiającego. Z powyższego protokołu wynika, iż zgodnie z decyzją o pozwoleniu na budowę hala zlokalizowana w Jasinie jest halą magazynową, co wynika z wydanego pozwolenia na budowę nr AB-XIII-7351/6/269/01 z dnia 23.07.2001 r. Zgodnie z dokumentacją techniczną inwestor przewidział na przedmiotowej nieruchomości realizację hali magazynowej, nie zaś hali postojowej dla samochodów ciężarowych. Podkreślić w tym miejscu należy, że Odwołujący nie przedłożył Zamawiającemu w ramach badania i oceny ofert żadnych dokumentów, z których wynikałoby, że powziął kroki mające na celu zmianę takiego sposobu użytkowania i że taka zmiana nastąpi przed udzieleniem zamówienia publicznego. Odwołujący w żaden sposób nie wyjaśnił czy ma zamiar podjąć takie działania i czy rzeczywiście możliwa jest zmiana sposobu użytkowania, nie uprawdopodobnił żadnych czynności zamierzających do zmiany sposobu użytkowania.

Dalej zaznaczyć należy, że z protokołu kontroli przeprowadzonej przez Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. wynika szereg innych nieprawidłowości, które, w ocenie organu kontrolującego, nie pozwalają na przyjęcie, iż baza w Jasinie spełnia wymagania Rozporządzenia. Chodzi tu, m.in. o dostęp osób nieupoważnionych do terenu bazy, wskazanie tej samej bazy przez dwa podmioty tj. przez Odwołującego oraz Zuzper Recycling A. Z., spełnianie wymogów dotyczących emisji zanieczyszczeń. Uchybienia te nie zostały jednakże stwierdzone podczas kontroli przeprowadzonej przez Wielkopolskiego Wojewódzkiego Inspektorat Ochrony Środowiska. W protokole przedłożonym Izbie z dnia 9 stycznia 2018 r. organ ten nie stwierdził żadnych nieprawidłowości, zawarł jedynie pewne spostrzeżenia co do poziomu emisji zanieczyszczeń przez samochody ciężarowe. Zaznaczyć jednakże w tym miejscu należy, że wobec stwierdzenia przez Izbę, że przedmiotowy teren nie może być przeznaczony na bazę magazynowo - transportową, z uwagi na brak stosownego zezwolenia na użytkowanie w tym zakresie, nieprawidłowości wynikające z protokołu z dnia 18 stycznia 2018 r. nie mają znaczenia na obecnym etapie postępowania. Trudno bowiem rozstrzygać o spełnieniu bądź nie określonych i szczegółowych wymogów zawartych w Rozporządzeniu skoro pierwsza i najdalej idąca z przesłanek wymaganych do uznania przedmiotowej hali za bazę magazynową - transportową nie jest spełniona. Na marginesie jednak Izba wskazuje, że nie można odmówić zasadności uchybień stwierdzonych przez Zamawiającego w protokole kontroli z dnia 18 stycznia 2018 r. Nie ulega wątpliwości, iż na podstawie art. 379 i 380 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o ochronie środowiska to marszałek województwa, starosta oraz wójt, burmistrz lub prezydent miasta sprawują kontrolę nad przestrzeganiem i stosowaniem ustawy o ochronie środowiska w zakresie objętym właściwością tych organów. Tym samym to organy wykonawcze gmin obarczone zostały obowiązkiem kontrolowania działalności rejestrowej, w tym działalności objętej przedmiotem zamówienia. Oczywiście powyższe przepisy nie wykluczają możliwości podejmowania działań kontrolnych przez Wojewódzkie Inspektoraty Ochrony Środowiska, jednakże, w ocenie Izby, to na organy wykonawcze gmin nałożony jest pierwszorzędny obowiązek kontrolowania działalności rejestrowej. Podkreślić również należy, że zakres kontroli przeprowadzonej przez oba podmioty, w tym zakres dostępnych materiałów jak i ramy czasowe były odmienne. Zamawiający prowadził kontrolę bazy w dłuższym okresie, w trakcie której pozyskał dokumenty i informacje inne, niż Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska — dodatkowe, poszerzone w stosunku do zgromadzonych przez organ inspekcji środowiskowej — w zakresie kluczowych kwestii związanych m.in. z zapewnieniem odpowiedniego zabezpieczenia terenu bazy przed dostępem osób nieupoważnionych, co mogło doprowadzić do odmiennych wniosków w zakresie spełniania przez bazę wymogów Rozporządzenia. W końcu podkreślić należy, że uchybienia zawarte w protokole kontroli Zamawiającego z dnia 18 stycznia 2018 r. zostały przyjęte bez zastrzeżeń przez Odwołującego i tym samym uznać należy, że swoim działaniem zgodził się z opinią organu kontrolującego. Nie sposób więc na obecnym etapie postępowania przetargowego kwestionować zasadność wyników kontroli Zamawiającego, gdyż Odwołujący miał możliwość ich kwestionowania przed właściwym organem, czego jednak nie uczynił.

Dalej Izba wskazuje, iż nie podziela stanowiska prezentowanego przez Odwołującego podczas rozprawy. Po pierwsze niezasadne jest przyjęcie przez wykonawcę, że Zamawiający nie miał prawa szczegółowo badać spełnienia warunków przez bazę w Jasinie, gdyż w udzielonych odpowiedziach na pytanie wykonawcy, Zamawiający oświadczył, iż nie będzie prowadził żadnych kontroli obiektów wskazanych w wykazie. W ocenie Izby Odwołujący nadinterpretuje odpowiedź udzieloną przez Zamawiającego do pytania nr 4 z dnia 12 października 2017 r. Analiza udzielonej odpowiedzi prowadzi jedynie do wniosku, iż w ocenie Zamawiającego zapisy SIWZ w zakresie wymagań dotyczących bazy magazynowo - transportowej były jasne i Zamawiający nie widział potrzeby wprowadzania dodatkowych zapisów. W żadnym miejscu Zamawiający nie oświadczył, iż nie będzie weryfikował prawdziwości twierdzeń poszczególnych wykonawców. Takiego oświadczenia nie mógł złożyć, gdyż, w ocenie Izby, obowiązkiem Zamawiającego jest szczegółowe sprawdzenie czy wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jako dysponent środków publicznych

Zamawiający musi wykazać się szczególną ostrożnością w procesie wyboru wykonawcy realizującego zamówienie, co wiąże się z badaniem prawdziwości oświadczeń wykonawców. Zamawiający ma prawo oceny i weryfikowania treści otrzymanych ofert, jest to wręcz jego obowiązek, którego rzetelna realizacja pozwala na przeprowadzenie postępowania w sposób uczciwy i zgodny z zasadami równości wykonawców i uczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że Zamawiający ma obowiązek podawania w treści specyfikacji lub w odpowiedziach na pytania wykonawców, jakie działania będzie podejmował, gdy przykładowo uzna możliwość złożenia przez oferenta nieprawdziwych informacji. Nie sposób też przyjąć, że jeżeli określone działania, w tym przypadku przeprowadzenie kontroli, nie zostały w treści specyfikacji przewidziane, to tym samym Zamawiający nie może na etapie prowadzonego postępowania ich podejmować w celu weryfikacji prawdziwości oświadczeń wykonawcy oraz, by dowody uzyskane z tych czynności były dowodami niedopuszczalnymi, które czy to Zamawiający, czy Izba, miałyby obowiązek pomijać przy rozstrzygnięciu sprawy.

Po drugie, za niezasadny uznać należy argument Odwołującego jakoby Zamawiający nie miał prawa kontroli bazy w Jasinie, gdyż swoim działaniem wkraczałby w zakres kompetencji organów nadzoru budowlanego. Upoważnienie takie wynika z art. 9u ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, art. 379 i 380 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o ochronie środowiska w zw. z art. 268 kodeksu postępowania administracyjnego. Odwołujący nie odniósł się w żaden sposób do powyższego umocowania, ograniczając się do gołosłownych twierdzeń. Odwołujący nie uzasadnił w żaden sposób w jakim zakresie Zamawiający narusza i wkracza w zakres kontroli Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska czy organów nadzoru budowlanego. Nie sposób więc odnieść się do niczym nieopartych twierdzeń Odwołującego i uznać jest za wiarygodny dowód w sprawie.

Dalej rozstrzygnięcia wymagała kwestia wykazania przez wykonawcę, że zapewnił sobie prawo dysponowania terenem bazy przez cały czas realizacji zamówienia. Wskazać należy, że Odwołujący złożył Zamawiającemu umowę najmu przedmiotowej nieruchomości w Jasinie z dnia 26 maja 2017 r. Zgodnie z postanowieniami powyższej umowy została ona zawarta na czas oznaczony, jednakże Odwołujący zakrył pierwotny okres obowiązywania umowy. Przedłożył natomiast Aneks nr 1 do umowy z dnia 24 listopada 2017 r., a więc już po terminie składania ofert oraz oświadczeń JEDZ, z którego wynika, iż strony postanowiły zmienić czas obowiązywania umowy, określając, iż zostaje ona zawarta na czas nieoznaczony. Aneks został Zamawiającemu przedłożony wraz z umową z dnia 26 maja 2017 r. jako załączniki do pisma Odwołującego z dnia 9 stycznia 2018 r. Na podstawie jednak pełnej wersji ww. umowy najmu złożonej przez Odwołującego wraz wyjaśnieniami dotyczącymi treści oferty z dnia 7 grudnia 2017 r. Izba ustaliła, że pierwotny okres najmu upływał już dnia 31 sierpnia 2018 r., a więc był zdecydowanie krótszy niż wymagał tego Zamawiający w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, iż w dniu składania ofert, który dla 4 sektorów objętych niniejszym postępowaniem odwoławczym przypadł w dniu 19 października 2017 r., zaś dla kolejnych 2 sektorów odpowiednio w dniu 30 października (sektor I) oraz 15 listopada 2017 r. (sektor XII) — Odwołujący nie posiadał tytułu prawnego do dysponowania bazą w Jasinie na cały okres realizacji zamówienia. Pomimo tego, Odwołujący w JEDZ złożonych przez siebie wraz z ofertami oświadczał, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ. Podkreślić należy, że warunki udziału w postępowaniu muszą być spełnione najpóźniej na dzień składania ofert i niedopuszczalne jest pozyskiwanie przez wykonawcę wymaganego potencjału dopiero w związku z wezwaniem otrzymanym od zamawiającego, co miało miejsce w przypadku Odwołującego. Złożony przez Odwołującego podczas rozprawy dowód w postaci aneksu do umowy najmu z dnia 2 października 2017 r. Izba uznała za dowód spóźniony i niewiarygodny. Po pierwsze, Izba ocenia czynności Zamawiającego - w przedmiotowym postępowaniu czynność wykluczenia Odwołującego z Postępowania. Jak wynika z akt Postępowania, Zamawiający wielokrotnie wzywał Odwołującego do złożenia dokumentów i wyjaśnienia dotyczących kwestii obowiązywania umowy najmu bazy w Jasinie. Pomimo tych wezwań dokument złożony podczas rozprawy tj. aneks z dnia 2 października 2017 r. nie został złożony Zamawiającemu przed podjęciem ostatecznej decyzji o rozstrzygnięciu wyników Postępowania. Nie został również przedłożony w ramach kontroli bazy przeprowadzonej przez Zamawiającego oraz Wojewódzki Inspektorat Ochrony Środowiska. Z przyczyn nieznanых pojawił się wyłącznie w toku rozprawy przed Izbą, w kopi, nie zaś oryginale, którego Odwołujący nie posiadał. Powyższe okoliczności skłaniają Izbę do przyjęcia, iż powyższy aneks został przygotowany na potrzeby postępowania odwoławczego i nie może stanowić wiarygodnego dowodu w sprawie.

Podkreślić w tym miejscu należy, że z przyczyn nieznanych Izbie i niewyjaśnionych przez Odwołującego w trakcie postępowania odwoławczego w aktach Postępowania znajdują się

dwie umowy najmu powierzchni w budynku biurowo - magazynowym w Jasieniu, gdzie

miała być zlokalizowana baza magazynowo - transportowa. Obie umowy opatrzone są tą samą datą. Różnią się zaś brzmieniem §3 - Przeznaczenie Przedmiotu Najmu. W jednej umowie strony postanowiły, iż przedmiot najmu będzie wykorzystywany wyłącznie przez najemcę na cele swojej działalności gospodarczej tj. parkowanie pojazdów (na placu zewnętrznym), a drugiej zaś umowie brak już jest określenia „na placu zewnętrznym”. Jedna umowa została podpisana przez Prezesa Zarządu Odwołującego, druga przez przedstawiciela Odwołującego, tego samego, którego nazwisko widnieje na aneksie, o którym mowa powyżej. Jedna z umów została przedłożona Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie dotyczące wyjaśnienia elementów ceny z dnia 1 grudnia 2017 r. druga zaś w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dotyczące prawa do dysponowania bazą w Jasieniu. Przedłożenie przez Odwołującego w toku badania i oceny ofert dwóch dokumentów dotyczących tego samego przedmiotu najmu, opatrzonych tą samą datą, bez jakiegokolwiek uzasadnienia jest, w ocenie Izby, niedopuszczalne i w sposób nie budzący wątpliwości wprowadzające w błąd Zamawiającego. Odwołujący nie wyjaśnił, która z umów jest wiążąca i dlaczego powstały dwa prawie identyczne dokumenty, dotyczące tego samego przedmiotu najmu. Takie działanie Odwołującego stawia pod znakiem zapytania rzetelność i autentyczność dokumentów przygotowanych w trakcie postępowania przetargowego.

Izba mając na uwadze wskazane powyżej uchybienia Odwołującego uznała, że nie wykazał on spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania bazą magazynowo - transportową spełniającą wymogi Rozporządzenia, a tym samym został on zasadnie wykluczony z Postępowania przez Zamawiającego. Dodać również należy, że Odwołujący przyjął błędne założenie, iż na etapie składania oferty nie musi dysponować czy też spełniać wszystkich warunków udziału w postępowaniu, gdyż będą one przez niego spełnione w momencie rozpoczęcia realizacji zamówienia. Takie założenie czyniłoby weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu przez Zamawiającego za bezcelową. Weryfikacja bowiem ograniczałaby się wyłącznie do formalnego i „papierowego” zadeklarowania przez wykonawcę na etapie składania ofert do przyszłego spełniania warunków udziału w postępowaniu. Tym samym na etapie składania oferty wykonawca nie musiałby posiadać żadnego zaplecza technicznego, osobowego czy finansowego. Takie podejście z żaden sposób nie gwarantowałoby wyłonienia wykonawcy dającego rękojmię należytego wykonania zamówienia. Nie może również ująć na uwadze, że sam ustawodawca w Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U. poz. 1126) uprawnił zamawiających do żądania od wykonawców w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia. Sposób interpretacji przepisów prawnych dotyczących wykazania warunków udziału w postępowaniu prezentowany przez Odwołującego eliminowałby z przebiegu postępowania przetargowego niezbędny i bardzo istotny element weryfikacji zasobów technicznych wykonawcy na dzień składania ofert. Oczywistym przy tym jest, że zasoby te stanowią wyłącznie reprezentatywną dla Zamawiającego część zdolności technicznych wykonawców, które jedynie uprawdopodobniają, iż realizacją zamówienia nastąpi w sposób poprawny i niezakłócony.

Odrębną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest ustalenie skutecznego tytułu prawnego do nieruchomości na której miały być zlokalizowane bazy w Jasieniu oraz Pobiedziskach. W pierwszej kolejności Izba wskazuje, iż błędne jest stanowisko Zamawiającego' jakoby tytuł prawny w formie umowy dzierżawy na czas nieokreślony w sposób niewystarczający zapewniał wykonawcy prawo dysponowania bazą na czas realizacji zamówienia. Po pierwsze, prezentowanego w decyzji o wykluczeniu Odwołującego stanowiska Zamawiającego nie sposób odnaleźć w SIWZ. Przywołane przez Izbę powyżej odpowiednie postanowienia SIWZ wskazują, iż wykonawca miał wykazać, iż posiada tytuł prawny do bazy na czas realizacji zamówienia np. własność, najem, dzierżawa. Brak jest jednak określenia, iż mają być to umowy na czas oznaczony bez prawa wypowiedzenia. Prezentowana obecnie przez Zamawiającego interpretacja postanowień SIWZ jest w ocenie Izby niedopuszczalna. Po drugie Izba stoi na stanowisku, iż umowa dzierżawy zawarta na czas nieoznaczony, przewidująca możliwość jej wypowiedzenia, wypełnia wymagania wskazane w SIWZ. Wskazać należy, że w ramach swobody stosunków cywilnoprawnych strony mogą w dowolny sposób, z zachowaniem reguł ujętych w treści³⁵³ ustawy Kodeks cywilny, modyfikować te stosunki. W ocenie Izby dysponowanie potencjałem technicznym na zasadzie umowy cywilnoprawnej (czy to umowy najmu lub dzierżawy) powoduje, iż przedmiot tej umowy znajduje się we władaniu strony tej umowy, pozwala na korzystanie z rzeczy i pobieranie z rzeczy pożytków stanowiąc prawo zależne zbliżone w swojej treści do własności. Okoliczność, iż strony przewidziały możliwość jej wypowiedzenia nie powoduje, w

ocenie Izby, braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie prawa do dysponowania bazą we wskazanym okresie. Każda umowa może być rozwiązana, chociażby poprzez wydanie stosowanego orzeczenia sądowego. Powoływanie się przez Zamawiającego na hipotetyczną możliwość rozwiązania umowy najmu w trakcie jej obowiązywania jako przesłankę skutkującą niespełnieniem warunków udziału w postępowaniu jest, w ocenie Izby, działaniem nieuprawnionym i stoi w sprzeczności z zasadą proporcjonalności wyrażoną w art. 7 ustawy Pzp.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z Postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 ustawy Pzp. Zgodnie z przywołaną regulacją Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawcę: (i) który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej „kryteriami selekcji”, lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów (pkt 16) oraz (ii) wykonawcę,

który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Celem powyższych przepisów jest ochrona zamawiającego przed nieuczciwym jak również nieprofesjonalnym działaniem wykonawców, którzy decydując się na udział w postępowaniu winni dołożyć należytej staranności w weryfikacji składanych dokumentów, szczególnie tych, które otrzymują od osób trzecich.

Izba wskazuje, że przepis art. 24 ust. 1 pkt 16 ustawy Pzp zawiera w swojej treści kilka elementów, których spełnienie jest wymagane do stwierdzenia naruszenia tego przepisu. Po pierwsze należy wykazać, iż wykonawca wprowadził zamawiającego w błąd; po drugie wprowadzenie zamawiającego w błąd było wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub w wyniku zatajenia określonych informacji; po trzecie należy wykazać, że działanie wykonawcy było wynikiem zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 16 może być zastosowana wtedy, gdy wykonawca zamierza wprowadzić zamawiającego w błąd, a więc jego działanie cechuje wina umyślna, zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i ewentualnym. Zamiar bezpośredni występuje wtedy, gdy wykonawcę chce wprowadzić zamawiającego w błąd, natomiast zamiar ewentualny wtedy, gdy nie chce, ale przewidując możliwość wprowadzenia w błąd, godzi się na to. Poza tym ta podstawa wykluczenia może być zastosowana także wtedy, gdy działanie wykonawcy charakteryzuje rażące niedbalstwo. Nie jest to już wina umyślna, lecz kwalifikowana postać winy nieumyślnej zakładająca, że osoba podejmująca określone działania powinna przewidzieć ich skutki. Od zwykłej winy nieumyślnej różni się tym, że przewidzenie było tak oczywiste, iż graniczy z celowym działaniem.

Z kolei ustawodawca w pkt 17 art. 24 ust. 1 wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy następuje w przypadku, gdy spełnione są następujące przesłanki: po pierwsze zostanie wykazane, iż wykonawca przekazał w toku postępowania przetargowego informacje wprowadzające zamawiającego w błąd; po drugie działanie takie było wynikiem co najmniej lekkomyślności lub niedbalstwa wykonawcy; po trzecie takie działanie winno mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Podstawa wykluczenia określona w art. 24 ust. 1 pkt 17 może być zastosowana wtedy, gdy działanie wykonawcy cechuje wina nieumyślna. Należy brać pod uwagę obydwie postaci winy nieumyślnej, czyli niedbalstwo i lekkomyślność. Z niedbalstwem mamy do czynienia wtedy, gdy podejmująca działania osoba nie przewiduje skutków swoich działań, chociaż powinna i mogła je przewidzieć. Natomiast lekkomyślność występuje wtedy, gdy dana osoba przewiduje skutki swoich działań, ale bezpodstawnie przypuszcza, że ich uniknie.

Wykazanie wykonawcy niedbalstwa czyli niedołożenia należytej staranności przy podawaniu zamawiającemu wprowadzających w błąd informacji należy mieć na uwadze art. 355 § 1 kc, zgodnie z którym dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (należyta staranność). Przypisanie określonej osobie niedbalstwa jest uzasadnione tylko wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności (por. uzasadnienie

wyroku Sądu Najwyższego z 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03). Przy czym wzorzec należytej staranności ma charakter obiektywny i abstrakcyjny, jest ustalany niezależnie od osobistych przymiotów i cech konkretnej osoby, a jednocześnie na poziomie obowiązków dających się wyegzekwować w świetle ogólnego doświadczenia życiowego oraz konkretnych okoliczności (por. uzasadnienie wyroku Sądu Najwyższego z 23 października 2003 r., sygn. akt V CK 311/02). Dodatkowo w stosunku do profesjonalistów miernik ten ulega podwyższeniu, gdyż art. 355 § 2 kc precyzuje, że należyta staranność dłużnika w zakresie prowadzonej przez niego działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Za takiego profesjonalistę należy również uznać, co do zasady, wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Należyta staranność profesjonalisty nakłada na wykonawcę, który składa ofertę, dokumenty i oświadczenia we własnym imieniu, aby upewnił się, czy deklarowany w nich stan rzeczy odpowiada rzeczywistości. Podkreślić należy, że pojęcie należytej staranności implikuje element działania, podejmowania pewnych czynności, jakich można się spodziewać od uczestnika obrotu profesjonalnego.

Przenosząc powyższe rozważania na analizowany stan faktyczny wskazać należy, iż spełnione zostały przesłanki wynikające zarówno z art. 24 ust. 1 pkt 16 jak i 17 ustawy Pzp. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę następujące działania Odwołującego:

W celu wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie bazy magazynowo — transportowej Odwołujący podał nie tylko bazę w Jasinie, lecz również w Pobiedziskach, i to wielokrotnie w różnych dokumentach — tj. w treści oferty, w JEDZ, w pierwotnie złożonym wykazie baz, jak również w wykazie uzupełnianym na wezwanie Zamawiającego. Tym samym obie bazy były poddane weryfikacji przez Zamawiającego pod kątem spełnienia wymogów zawartych w SIWZ, gdyż w tym celu zostały przez Odwołującego wskazane. Jak Izba wskazała powyżej, wbrew twierdzeniom Odwołującego zawartym w treści odwołania jak i złożonym podczas rozprawy, z żadnego dokumentu złożonego Zamawiającemu w toku badania i oceny ofert nie wynika, iż Odwołujący zrezygnował z bazy w Pobiedziskach. Baza magazynowo — transportowa jest kluczowym zasobem niezbędnym do świadczenia usług odbioru odpadów komunalnych, wymaganym od wykonawców i badanym również w ramach wymaganych zdolności, stąd też wszelkie informacje podawane w tym zakresie przez wykonawców mają wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego.

Po drugie, jak jednoznacznie wynika z treści odwołań, Odwołujący sam nie był pewien „co do możliwości faktycznego wykorzystania rzeczonoj bazy w przyszłości” i nawet nie próbował ustalić, czy Zakład Komunalny Pobiedziska ma prawo do dalszego wydzierżawienia/wynajęcia przedmiotowego terenu na rzecz Odwołującego i na jaki okres, zasłaniając się rzekomym brakiem podstaw do sprawdzania tego typu informacji. Tymczasem jako profesjonalista, Odwołujący powinien te zasadniczej wagi kwestie zweryfikować, zważywszy na to, iż uzyskiwał tytuł prawny do bazy od podmiotu, który nie był jego właścicielem, lecz jedynie ten teren dzierżawił od Gminy Pobiedziska. Zaznaczyć przy tym należy, iż na powyższą weryfikację Odwołujący miał wystarczająco dużo czasu i o ograniczonym czasowo prawie Zakładów Komunalnych Pobiedziska do dysponowania przedmiotowym terenem Odwołujący dowiedział się najpóźniej w grudniu 2017 r., z pisma kierowanego w tym zakresie przez Gminę Pobiedziska do Zamawiającego, które otrzymał do wiadomości (w aktach sprawy dowód w postaci potwierdzenia odbioru pisma). Mimo świadomości powyższych uwarunkowań, a także zakończonej kontroli Wojewódzkiego Inspektoratu Ochrony Środowiska w odniesieniu do tej bazy, która jednoznacznie potwierdzała brak możliwości prowadzenia na tym terenie bazy magazynowo - transportowej, w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 r. Odwołujący nadal wskazał obiekt w Pobiedziskach jako ten, na którym zlokalizował bazę magazynowo transportową, przy pomocy której zamierzał realizować zamówienie. Powyższe okoliczności świadczą, w ocenie Izby, co najmniej o rażącym niedbalstwie Odwołującego tj. rażącego braku staranności w dopełnieniu obowiązków profesjonalnego przedsiębiorcy uczestniczącego w przetargu.

Ponadto wskazać należy, że Odwołujący dodatkowo oświadczył, że baza w Pobiedziskach nie będzie zaangażowana w inne przedsięwzięcie gospodarcze, ani wykorzystywana przez inny podmiot. W ocenie Izby, Odwołujący wiedział, chociażby poprzez zapoznanie się z treścią pisma z dnia 5 grudnia 2017 r., że na terenie bazy w Pobiedziskach prowadzone jest składowisko odpadów, i stwierdzenie, iż teren ten nie będzie wykorzystywany przez inny podmiot jest przekazaniem Zamawiającemu nieprawdziwych informacji. Działaniu takiemu przypisać należy winę umyśłą. Wykonawca bowiem z pełną świadomością wprowadził Zamawiającego w błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Niezależnie od powyższego, wprowadzenie Zamawiającego w błąd dotyczyło również drugiej bazy magazynowo — transportowej wskazanej przez Odwołującego celem spełnienia warunków udziału w postępowaniach, tj. bazy w Jasinie. Jak wskazano w decyzji Zamawiającego z dnia 19 stycznia 2018 r. i co bezspornie wynika z dokumentów składanych w trakcie postępowań przez samego Odwołującego oraz w trakcie kontroli bazy prowadzonej przez Zamawiającego, nie posiadał on tytułu prawnego do dysponowania bazą w Jasinie na cały okres realizacji zamówienia zgodnie z wymogami SIWZ, pomimo tego świadomie złożył w JEDZ nieprawdziwie oświadczenie, że spełnia wszystkie warunki udziału w postępowaniu określone w SIWZ, chociaż prawo do dysponowania tym terenem na czas nieoznaczony uzyskał dopiero w dniu 24 listopada 2017 r. w wyniku aneksu nr 1. W ocenie Izby Odwołujący celowo i świadomie ukrywał fragment umowy wskazujący na jej pierwotne obowiązujące wyłącznie do dnia 31 sierpnia 2017 r. i przedstawiając aneks nr 1 nie wyjaśnił zaistniałych okoliczności, pomimo wyraźnego pytania Zamawiającego w tym zakresie, co wskazuje na świadome działanie Odwołującego ukierunkowane na zatajenie informacji mającej kluczowe znaczenie dla oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Ponadto Odwołujący ukrył przed Zamawiającym, iż przedmiotowa baza została podnájęta podmiotowi trzeciemu również na potrzeby prowadzenia przez niego w tym miejscu bazy magazynowo — transportowej, jednocześnie zamieszczając w piśmie z dnia 9 stycznia 2018 r. nieprawdziwe oświadczenie, iż baza w Jasinie nie będzie zaangażowana w inne przedsięwzięcia, ani wykorzystywana przez inne podmioty. Nie sposób przyjąć, iż Odwołujący nie miał wiedzy o działaniu ZUZPER Recykling A. Z. skoro, jak sam oświadczył podczas rozprawy, współpracuje z tym podmiotem od 8 miesięcy, a co więcej podmiot ten zobowiązał się (choć nieskutecznie) udostępnić Odwołującemu swój potencjał finansowy.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, iż przedstawienie nieprawdziwych informacji wprowadzających Zamawiającego w błąd miało miejsce również w odniesieniu do pojazdów służących do odbioru odpadów, wskazanych przez Odwołującego w Wykazie pojazdów (Załącznik nr 8 do SIWZ), złożonym odrębnie dla każdego sektora w ramach prowadzonych postępowań. Wykaz ten zawierać miał pojazdy, jakimi dysponuje wykonawca w celu realizacji zamówienia (pora pkt. 6.2.2 lit. da) SIWZ w zw. z warunkiem udziału w postępowaniu, o którym mowa w pkt. 5.3 lit. a) SIWZ. Z wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2017 r. złożonych przez Odwołującego na wezwanie Zamawiającego dotyczących treści oferty oraz zaofiarowanej ceny wynika, iż Odwołujący przedstawił w ww. wykazie pojazdów samochody, których wcale nie zamierzał używać do realizacji zamówienia. Wręcz przeciwnie w ww. wyjaśnieniach dotyczących rażąco niskiej ceny (str. 4) wskazuje, że przedstawia „wstępny wykaz pojazdów”, jaki zamierza wykorzystać do realizacji poszczególnych zamówień, jednocześnie podkreślając, że „pojazdy, które zostały wykazane na etapie przetargu mogą różnić się od pojazdów, które będą faktycznie świadczyć usługę, dlatego że na dzień składania ofert wykonawca nie dysponował n/w pojazdami. Nie można zgodzić się z Odwołującym, że wyjaśnienia złożone w toku badania rażąco niskiej ceny nie mają znaczenia dla oceny spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania odpowiednich pojazdów. Dokumenty składane przez wykonawcę w ramach danego postępowania tworzą nierozdzielalną całość i zawsze winny być analizowane łącznie, nie zaś fragmentarycznie. Gdyby przyjąć stanowisko Odwołującego za prawidłowe, wykonawcy mogliby swobodnie manipulować treścią składanych oświadczeń, w zależności od sytuacji i konieczności wykazania warunków udziału w postępowaniu. Takie działanie jest w ocenie Izby niedopuszczalne. Ponadto, w ocenie Izby Odwołujący błędnie założył, że wystarczające będzie dysponowanie wymaganymi pojazdami na 30 dni przed rozpoczęciem realizacji usługi i że rzekomo są to pojazdy inne niż te, które wykonawcy przedstawiają do oceny w trakcie przetargu. Błędnie Odwołujący wywodzi, że „nie miał obowiązku deklarować na tym etapie, którymi dokładnie pojazdami będzie faktycznie realizował usługę”, gdyż właśnie tego wymagał Zamawiający w SIWZ oraz we wzorze Wykazu pojazdów przedstawionym w Załączniku nr 8 do SIWZ. Zamawiający wymagał szczegółowego wskazania pojazdów, wraz z odpowiednią ich identyfikacją w celu weryfikacji potencjału technicznego służącemu wykonawcy do realizacji zamówienia. Założenia zaś poczynione przez Odwołującego są niedopuszczalne i opierają się na błędnym twierdzeniu (niezgodnym z SIWZ i przepisami ustawy Pzp) jakoby spełnienie warunku polegać miało jedynie na wykazaniu, że wykonawca formalnie dysponuje danym potencjałem na dzień składania oferty, w całkowitym oderwaniu od etapu realizacji zamówienia. Gdyby tak przyjąć, to Odwołujący swobodnie mógłby zmieniać bazy magazynowo - transportowe, personel czy też inne istotne elementy zaplecza służące do realizacji zamówienia, pierwotnie wskazane w treści oferty.

Ponadto przychylić się należy do stanowiska Zamawiającego oraz Przystępującego, potwierdzonego złożonym materiałem dowodowym w postaci wykazu pojazdów Odwołującego oraz stosownych decyzji administracyjnych, iż duża część ze wskazanych w Wykazie pojazdów w ogóle nie może być używana do transportu odpadów, bowiem nie są

one objęte właściwymi decyzjami zezwalającymi na transport odpadów uzyskanymi w tym celu przez Odwołującego, czemu Odwołujący nie zaprzeczył tłumacząc jedynie, iż takie decyzje będą uzyskane przed rozpoczęciem wykonywania zamówienia. Zamieszczanie takich pojazdów w wykazie było, w ocenie Izby, celowym wprowadzeniem Zamawiającego błąd co do spełnienia warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby Odwołujący składając wykaz wiedział, iż część pojazdów tam ujętych nie może być używana przy realizacji zamówienia, a pomimo to zdecydował się zamieścić je w wykazie. Działanie takie było celowe i świadome. Założenie Odwołującego, iż na etapie przetargu celem spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego potencjału technicznego może przedstawiać Zamawiającemu do oceny jakiegokolwiek dowolne pojazdy, również te, przy pomocy których Odwołujący nie może aktualnie zgodnie z prawem transportować odpadów (gdyż nie zostały one ujęte we właściwych decyzjach zezwalających na transport), co jest założeniem niedopuszczalnym, gdyż czyni weryfikację spełniania warunków udziału w postępowaniu czysto iluzoryczną.

Zarzut braku udostępnienia potencjału finansowego i ekonomicznego (sygn. akt: KIO

160/18)

W ocenie Izby Zamawiający zasadnie wykluczył Odwołującego z postępowania w sprawie o

sygn. akt: KIO 160/18 z powodu braku wykazania minimalnego rocznego obrotu, zgodnie z wymaganiem wskazanym w pkt 5.2 lit. a SIWZ (Sektor I).

Wskazać należy na wstępie, iż zgodnie z art. 22a ust. 1 ustawy Pzp wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków prawnych.

Potencjał ekonomiczno - finansowy ma za zadanie umożliwić wykonawcy prawidłową i terminową realizację przedmiotu zamówienia do chwili uzyskania od zamawiającego płatności lub płatności częściowej. W praktyce chodzi zatem o to, aby wykonawca realizujący zamówienie publiczne dysponował środkami finansowymi lub zdolnością kredytową umożliwiającą zakup materiałów, wynajem sprzętu czy opłacenie ludzi zaangażowanych w realizację przedmiotu zamówienia.

Realne udostępnienie potencjału ekonomiczno - finansowego może rodzić trudności praktyczne. Zadać bowiem można sobie pytanie w jaki sposób udostępnić wykonawcy brakującą część przychodów w danym roku obrotowym, aby spełnić warunki udziału w postępowaniu. I nie chodzi tu z pewnością o proste zsumowanie przychodów dwóch podmiotów za dany rok obrotowy, które prowadziłyby jedynie do formalnego i „papierowego” wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ale o wykazanie realnego przekazania potencjału ekonomiczno - finansowego, który wspomógłby wykonawcę w trakcie realizacji zamówienia. Dla przykładu jednym z najprostszych i przejrzystych sposobów udostępnienia potencjału ekonomiczno - finansowego podmiotu trzeciego jest umowa

pożyczki/kredytu, określającą kwotę pożyczki oraz cel, w jakim środki finansowe zostają przekazane przez podmiot trzeci na rzecz wykonawcy.

W analizowanym stanie faktycznym za sporny 2014 r. Odwołujący w przedłożonym sprawozdaniu finansowym wykazał osiągnięcie przychodu na poziomie 6.784.640,34 netto (7.458.650,34 zł. brutto). Przychód ten był zatem niższy niż wymagany w pkt 5.2 lit. a SIWZ tj. 6.870.000 zł. Izba nie podziela stanowiska Odwołującego, iż w SIWZ Zamawiający nie sprecyzował czy chodzi o przychód brutto czy netto, a tym samym dopuścić należy możliwość powoływania się przez wykonawców na przychód brutto w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu. Po pierwsze wątpliwości takich Odwołujący nie podniósł składając pierwotne oświadczenie o rocznym obrocie za okres ostatnich trzech lat obrotowych. Odwołujący za wszystkie trzy lata powołał się na przychód netto i nie zgłaszał

Zamawiającemu żadnych wątpliwości co do sposobu rozumienia określenia „obróć”. Dopiero po zakwestionowaniu przez Zamawiającego sposobu udostępnienia zasobów finansowo - ekonomicznych przez podmiot trzeci przedstawił subiektywną interpretację określenia „obróć” powołując się na nieprecyzyjność SIWZ. Działania Odwołującego jest, w ocenie Izby, wyłącznie próbą dopasowania brzmienia SIWZ do własnych potrzeb.

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego iż pojęcie „obróć” winno być interpretowane jako przychód wykonawcy netto. Już z samej definicji zawartej w Słowniku Języka Polskiego PWN wynika, że pojęcie obróć podatkowy należy rozumieć jako „kwotę stanowiącą podstawę ustalenia podatku od towarów i usług”. Wynika z tego jednoznacznie, że skoro obróć to kwota, na podstawie której dopiero ustala się podatek od towarów i usług, to odnosi się on do przychodu netto danego przedsiębiorcy. Znajduje to również potwierdzenie w ustawie o rachunkowości z dnia 29 września 1994 r. która posługuje się pojęciem „przychodów netto” jako jednej z kategorii Rachunku zysków i strat, stanowiącego element Załącznika nr 1 do powyższej ustawy. Również zgodnie też z obowiązującym aktualnie art. 29a ust. 1 ustawy o podatku od towarów i usług (dalej „UVAT”), podstawą opodatkowania jest wszystko, co stanowi zapłatę, którą dokonujący dostawy towarów lub usługodawca otrzymał lub ma otrzymać z tytułu sprzedaży od nabywcy, usługobiorcy lub osoby trzeciej, włącznie z otrzymanymi dotacjami, subwencjami i innymi dopłatami o podobnym charakterze mającymi bezpośredni wpływ na cenę towarów dostarczanych lub usług świadczonych przez podatnika, z zastrzeżeniem jednak art. 29a ust. 6 pkt 1 UVAT, zgodnie z którym podstawa opodatkowania obejmuje „podatki, cła, opłaty i inne należności o podobnym charakterze, z wyjątkiem kwoty podatku. W doktrynie prawa podatkowego nie budzi wątpliwości, że przywołane przepisy wskazują na obróć rozumiany jako przychód netto. Słusznie wskazał Zamawiający, że przed uszczegółowieniem przepisów dotyczących ustalania podstawy opodatkowania podatkiem od towarów i usług w UVAT obowiązywał art. 29 ust. 1 zawierający wprost definicję obrotu. Jest to o tyle istotne, że przyjęty wówczas w definicji sposób rozumienia pojęcia obróć, zgodnie z którym: „obrotem jest kwota należna z tytułu sprzedaży, pomniejszona o kwotę należnego podatku” jednoznacznie wskazywał, że jest on pomniejszany o podatek VAT i takie rozumienie „obrotu” nadal funkcjonuje również na

gruncie nowego art. 29a UVAT (tak np. A. B., Komentarz do art. 29a, (w:) VAT. Komentarz, LEX 2018, wskazując, że użyte w nowym art. 29a ust. 1 UVAT pojęcie „wszystkiego, co stanowi zapłatę, mniej więcej odpowiada pojęciu obrotu, który był rozumiany jako całość kwoty należnej.” Sam zaś Odwołujący na pytanie Izby na jakiej podstawie przyjął definicję „obrotu” jako kwoty brutto, nie potrafił sprecyzować żadnej konkretnej podstawy prawnej. Tym samym nie sposób przyjąć, iż subiektywna interpretacja pojęć zawartych w SIWZ, w oderwaniu od regulacji prawnych, do których Odwołujący musi odwoływać się przygotowując sprawozdania finansowe, mogłaby być przyjęta przez Izbę.

Dalej wskazać należy, że Odwołujący z ostrożności przyjął, iż w przypadku uznania przez Zamawiającego, iż nie spełnia on samodzielnie warunku udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji finansowo - ekonomicznej za rok 2014 r., to wówczas skorzysta on z potencjału podmiotu trzeciego tj. z potencjału p. A. Z. prowadzącej działalność gospodarczą po firmą „Zuzper Recycling A. Z”. Jak wskazał w treści odwołania, skorzystanie z potencjału miało nastąpić do wysokości brakującej kwoty tj. 100.000 zł. Odwołujący na wezwanie Zamawiającego złożył Porozumienie w sprawie współpracy w realizacji zamówienia z dnia 25 października 2017 r. Analiza przedłożonego dokumentu prowadzi jednak do wniosku, że na jego podstawie nie sposób przyjąć, iż nastąpi realne udostępnienie zasobów ekonomiczno - finansowych p. A. Z. na rzecz Odwołującego.

Z Porozumienia z dnia 25 października 2017 r. wynika, że p. A. Z. zobowiązała się udostępnić swój potencjał ekonomiczno - finansowy w zakresie rocznego obrotu na poziomie 3.386.199,75 zł w okresie za rok 2014, który służyć będzie częściowemu zabezpieczeniu sfinansowania usługi. W dalszej części, strony ustalają, celem zapewnienia realnego wparcia wykonawcy, partner zobowiązuje się do realizacji części usługi, w następującym zakresie: (a) mycie i dezynfekcja pojemników i kontenerów po odpadach albo rozstawianie na rzecz wykonawców pojemników i kontenerów, w liczbie, rodzaju i terminie określonym w załączniku nr 1; (b) obsługa administracyjna w części związanej z zadaniami wskazanymi w pkt (a). Strony przewidziały również, iż w razie udzielenia zamówienia zawrą umowę o podwykonawstwo, określającą szczegółowe zasady współpracy. Analiza zapisów porozumienia skłania Izbę do przyjęcia, iż z jego treści wynika po pierwsze, iż p. A. Z. zobowiązała się do udostępnienia potencjału finansowo - ekonomicznego; po drugie zaś zobowiązała się do realizacji części przedmiotu zamówienia, w zakresie określonym w §2 Porozumienia. Jeśli chodzi o udostępnienie zasobów finansowo - ekonomicznych, to z treści Porozumienia nie sposób wywieść co tak naprawdę zostało udostępnione i na jakich zasadach, to zaś jest niezbędne do wykazania realności i dostępności zasobów podmiotu

trzeciego. Co bowiem oznacza zwrot użyty w treści Porozumienia „udostępnienie rocznego obrotu na poziomie 3.386.199,75”? Czy p. A. Z. prowadzącej działalność gospodarczą po firmą „Zuzper Recykling A. Z.” udzieliła pożyczki Odwołującemu o wartości równej udostępnionemu obrotowi? Z treści Porozumienia nie sposób tego wyinterpretować. Nie sposób również odnaleźć w treści Porozumienia twierdzeń Odwołującego jakoby udostępnienia nastąpiło tylko do kwoty 100.000 zł. Strony zaś Porozumienia realność udostępnienia zasobów finansowo - ekonomicznych starają się wykazać poprzez powierzenie podmiotowi trzeciemu realizacji części zamówienia. W takim jednak przypadku nie mamy do czynienia z zasobem finansowo - ekonomicznym. Co więcej analiza dokumentów złożonych przez Odwołującego w trakcie badania i oceny ofert, w szczególności wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny z dnia 7 grudnia 2017 r. zaprzecza ustaleniom stron w zakresie powierzenia p. A. Z. realizacji części zamówienia określonej w §2 Porozumienia. Jak wynika bowiem z oświadczenia złożonego na str. 9 i 12 wyjaśnień z dnia 7 grudnia 2017 r. mycie pojemników oraz mycie i dezynfekcja pojazdów będzie dokonywana przez firmę zewnętrzną tj. Komunal Group sp. z o.o. oraz C-Trace sp. z o.o., odpowiednio. Tym samym ustalenia stron z Porozumienia są co najmniej wątpliwe, tym bardziej, że w treści oferty Odwołujący nie wskazał, iż zamierza powierzyć podwykonawcy realizację części zamówienia.

Dalej wskazać należy, że zgodnie z pkt 6.6 SIWZ wykonawca, który powołuje się na zasoby podmiotów trzecich zobowiązany był przedłożyć dla tych podmiotów wypełniony JEDZ, wraz z dokumentami o, których mowa w pkt 6.2.1 SIWZ. Nie było sporne pomiędzy stronami, że choć Odwołujący wskazał w swoim JEDZ, iż będzie polegał za zasobach podmiotu trzeciego nie złożył wraz z ofertą dokumentów określonych powyżej. Dopiero na wezwanie Zamawiającego z dnia 17 listopada 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawca złożył Porozumienia oraz JEDZ. Jednakże dokument ten w części IV nie został w ogóle wypełniony, a tym samym nie można uznać, iż został złożony w sposób odpowiadający wymaganiom wskazanym w SIWZ. Udostępnienie zasobu finansowo - ekonomicznego było zatem nieskuteczne chociażby ze względu na fakt, że Odwołujący nie wykazał niezbędnymi dokumentami, że podmiot ten spełnia warunki udziału w postępowaniu. Ponowne wezwanie Odwołującego do uzupełnienia tego samego dokumentu byłoby niedopuszczalne w świetle przyjętej zasady jednokrotnego wzywania wykonawców do uzupełnienia lub poprawienia tego samego dokumentu. Ponadto wskazać należy, że Aneks z dnia 8 stycznia 2018 r. do

Porozumienia został opatrzony datą przypadającą po terminie składania ofert i w związku z tym nie ma żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia zarzutu. Mając na uwadze w/w okoliczności Izba uznała jak powyżej.

Zarzut niezasadnego wykluczenia Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b

ustawy Pzp

W ocenie Izby Odwołujący skutecznie wniósł wadium w Postępowaniach, a co za tym idzie Zamawiający niesłusznie odrzucił oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp. Wskazać należy na wstępie, że zgodnie z przywołaną regulacją, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, który nie wniósł wadium lub wniósł wadium w sposób nieprawidłowy. W analizowanym stanie faktycznym Odwołujący ustanowił wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. Nie było sporne pomiędzy stronami, iż w dokumencie tym nie została wskazana forma prawna Odwołującego. Należało więc rozstrzygnąć czy powyższe uchybienie winno skutkować nieskutecznym wniesieniem wadium przez Odwołującego.

Nie ulega wątpliwości, że w wadium wnoszonym w formie gwarancji ubezpieczeniowej czy bankowej nie mogą istnieć jakiegokolwiek wątpliwości, co do tego, w jakich okolicznościach, kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i za kogo odpowiada. Wadium stanowi bowiem zabezpieczenie zamawiającego i musi być skuteczne. Tak wskazał m.in. Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 20 września 2013 roku o sygnaturze II CSK 670/12 gwarancja występująca we współczesnym obrocie prawnym jest umową i jak każda umowa powinna zawierać precyzyjnie określone elementy przedmiotowo istotne, które nie będą dawały jej stronom, czyli beneficjentowi i gwarantowi, pola do interpretacji, także co do jej strony podmiotowej. Niewątpliwie dokument gwarancji wadliwej jest dokumentem, którego nie można uzupełnić na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czy poddawać interpretacji w jej kluczowych elementach oświadczeniami. Stwierdzenie wadliwości dokumentu gwarancyjnego w zakresie przedmiotowo istotnego elementu skutkuje uznaniem, że wykonawca nie spełnił warunków udziału w postępowaniu i stanowi przesłankę odrzucenia

oferty wykonawcy na podstawie art. 89 ust.1 pkt 7b ustawy Pzp.

Jednakże, w ocenie Izby, nie mamy do czynienia z żadną z powyższych sytuacji w przedmiotowym postępowaniu. Analiza gwarancji ubezpieczeniowych złożonych przez Odwołującego we wszystkich Postępowaniach pozwala na określenie kto, wobec kogo, do jakiej wysokości i w jakich okolicznościach odpowiada. W treści gwarancji w sposób prawidłowy została wskazana nazwa Odwołującego jak i adres jego siedziby. Jak wskazał Odwołujący pod adresem rejestrowym wykonawcy nie jest zarejestrowany żaden inny podmiot o tej samej nazwie. Dowód złożony przez Zamawiającego w postaci wykazu podmiotów mających w swojej nazwie określenie „Komunalnik” jest bez znaczenia dla sprawy, gdyż Zamawiający pominął w wykazie najistotniejszą okoliczność tj. adresy rejestrowe podmiotów tam wskazanych. Dalej wskazać należy, że Zamawiający nie złożył żadnych dowodów na wykazanie braku możliwości zaspokojenia ewentualnych roszczeń z gwarancji ubezpieczeniowych złożonych przez Odwołującego, chociażby w postaci pisma od ubezpieczyciela kwestionującego możliwość realizacji uprawnień z gwarancji z powodu niewskazania w jej treści formy prawnej Odwołującego. Co więcej w dokumencie gwarancji została zamieszczona pieczęć Odwołującego, w treści której wskazana jest pełna nazwa podmiotu wraz z formą prawną. Mając na uwadze powyższe okoliczności, w ocenie Izby, sposób określenia Odwołującego w treści gwarancji ubezpieczeniowych pozwala na jednoznaczne zidentyfikowanie Odwołującego i brak jest podstaw do uznania, iż ziszczy się przesłanki zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 7b ustawy Pzp.

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

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 3 ust. 2 w zw. z § 5 ust. 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).

Przewodniczący:

Członkowie: