

WYROK

z dnia 14 kwietnia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata
Członkowie: Lubomira Matczuk-Mazuś
Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2017 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2017 r. przez wykonawcę **K. O. sp. z o. o., (...)**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Związek Gmin Regionu Ostródzko-Iławskiego „Czyste Środowisko”, (...)**,

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie sektora III, unieważnienia czynności wykluczenia K. O. sp. z o. o., (...) w zakresie sektora III, ponowne badanie i ocenę ofert w zakresie sektora III.**
2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Związek Gmin Regionu Ostródzko-Iławskiego „Czyste Środowisko”, (...)** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **K. O. sp. z o.o., (...)**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od zamawiającego **Związek Gmin Regionu Ostródzko-Iławskiego „Czyste Środowisko”, (...)** na rzecz **K. O. sp. z o.o., (...)**, kwotę **18 998 zł 40 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy dziewięćset dziewięćdziesiąt osiem złotych, czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, kosztu dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Elblągu**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Związek Gmin Regionu Ostródzko-Iławskiego „Czyste Środowisko”, (...) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, z terenu Sektora III położonego na terenie Związku Gmin Regionu Ostródzko-Iławskiego „Czyste Środowisko” z siedzibą w O., transport odebranych odpadów komunalnych i ich przekazanie do właściwej instalacji oraz świadczenie innych usług*”.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 212-386944.

Dnia 21 marca 2017 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 30 marca 2017 roku wykonawca K. O. sp. z o.o., (...) (dalej „*Odwołujący lub K.*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu, polegających na:

- wykluczeniu odwołującego z postępowania, z powodu niespełnienia warunku udziału w postępowaniu, określonego w s.i.w.z. rozdział 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.3. (dotyczącego bazy magazynowo-transportowej), pomimo iż odwołujący wykazał spełnienie tego warunku,
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, wyjaśnień co do konkretnych okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego,
- unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, ze względu na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza kwotę jaką zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia, w sytuacji gdy oferta odwołującego, niesłusznie wykluczonego z postępowania, która powinna zostać uznana za najkorzystniejszą mieściła się w kwocie jaką przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 1 pkt 12 oraz art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez wykluczenie z postępowania odwołującego, pomimo iż ten wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu,
2. art 26 ust 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia w trybie art 26 ust 4 ustawy Pzp, wyjaśnień co do konkretnych okoliczności budzących wątpliwości zamawiającego,
3. art 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, poprzez unieważnienie postępowania pomimo, iż oferta odwołującego, niesłusznie wykluczonego z postępowania, która powinna zostać

uznana za najkorzystniejszą mieściła się w kwocie jaką przeznaczył zamawiający na realizację zamówienia.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania, nakazanie zamawiającemu: unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Odwołujący wskazał, iż na tym etapie postępowania zamawiający nie mógł korzystać z innych środków (takich jak dodatkowy formularz oraz wizja lokalna) zmierzających do zbadania czy odwołujący spełnia warunki udziału w postępowaniu, niż te które przewidział w s.i.w.z. (tj. określonych w rozdziale 6 s.i.w.z.). Działania zamawiającego prowadzą do naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Przechodząc do analizy argumentów zamawiającego wynikających z pisma - rozstrzygnięcie postępowania, z części „uzasadnienie faktyczne wykluczenia wykonawcy”, które legły u podstaw decyzji o wykluczeniu odwołującego z postępowania odwołujący zauważył, że zamawiający stawia następujące zarzuty odwołującemu i swoje oczekiwania względem bazy:

- „z przedstawionej przez Odwołującego umowy bazy magazynowo- transportowej w D., wynika, że baza jest w stanie pomieścić co najmniej 5 pojazdów komunalnych, czyli niezgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ, który przewidział do realizacji zamówienia co najmniej 11 pojazdów.”

Argumentacja przytoczona przez zamawiającego, w której przywołuje on ilość pojazdów jaką przewidział w s.i.w.z. do realizacji zamówienia i stwierdza, że ilość miejsc na bazie nie pozwala na zaparkowanie wymaganej ilości pojazdów, pokazuje jak bardzo zamawiający w swoich rozważaniach oddala się od treści warunku udziału w postępowaniu, określonego w s.i.w.z., którego niespełnienie zarzuca odwołującemu. W warunku tym zamawiający wymagał, aby baza była zgodna z rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., a ten akt prawny wymaga, aby na bazie były miejsca do parkowania pojazdów (§2 ust. 2 pkt 5 lit a rozporządzenia), nie stanowi zatem o ilości tych miejsc. W § 3 ust. 1 rozporządzenia określono minimalną ilość pojazdów (5 szt.), które powinien posiadać przedsiębiorca odbierający odpady komunalne. Niezależnie od powyższego odwołujący podniósł, że z postanowień umowy najmu bazy wynika, że na bazie musi być miejsce na co najmniej 5 pojazdów, co oczywiście nie wyklucza że może być ich także 11, jak oczekuje tego zamawiający. Odwołujący wskazał, że na jego bazie pomieści się więcej niż 11 pojazdów i w przygotowanym przez zamawiającego formularzu oświadczył, że miejsc do parkowania pojazdów jest co najmniej 11. Skoro zamawiający dopuszcza się analizy miejsc

parkingowych na bazie odwołującego, bardziej miarodajnym byłoby odwołanie się do faktycznej ilości tych miejsc w terenie (a to umożliwiła zamawiającemu dokonana wizja lokalna) niż dokonywanie analizy postanowień umowy najmu. Biegły nie miał zastrzeżeń, co do ilości miejsc parkingowych, a jedynie do braku pojazdów na bazie (dowód: pismo z 24.01.2017 r. wraz z wypełnionym formularzem - szczegółowym oświadczeniem dotyczącym bazy magazynowo-transportowej).

- „dostarczone przez Odwołującego dokumenty (w tym m.in. umowa najmu nieruchomości, umowa najmu pojazdów itd.) nie są dokumentami oryginalnymi ani też nie są potwierdzone za zgodność z oryginałem.”

Zamawiający wskazując fakt, iż przedłożone przez odwołującego dokumenty dotyczące bazy nie są w oryginale ani też kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem, nie wywodzi z tego żadnego skutku dla sytuacji odwołującego. Zdaniem odwołującego okoliczność ta nie ma żadnego znaczenia w sprawie, ponieważ nie mają one charakteru dokumentów z rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia i nie muszą być składane w formie przewidzianej w tym akcie prawnym.

- „celem zawarcia umowy najmu terenu pod bazę magazynowo-transportową jest obowiązek posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej, a tym samym możliwość przystąpienia Najemcy (Wykonawcy) do przetargu na odbiór i transport odpadów komunalnych, w związku z tym warunki określone w umowie powinny gwarantować Najemcy (Wykonawcy) spełnienie wymagań określonych Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.”

Odwołujący wskazał, iż stopień zawiłości tego fragmentu wypowiedzi zamawiającego nie pozwala odszyfrować co zamawiający zamierzał przekazać. Odwołujący podtrzymuje, że baza magazynowo-transportowa, której podstawą dysponowania jest umowa najmu, spełnia warunki rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r.

- „umowa najmu bazy powinna zawierać zapis o tym, że baza magazynowo-transportowa jest wyposażona w pomieszczenia socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób.”

Odwołujący wskazał, że zamawiający zdaje się nie dostrzegać, że przedłożona mu umowa najmu nieruchomości z dnia 1.12.2016 r. zawiera zapis w §1 ust. 3 lit b, który brzmi:

„3. Baza magazynowo-transportowa, będąca przedmiotem niniejszej umowy obejmuje:
(...) b) pomieszczenia socjalne dla pracowników Najemcy, względnie teren na którym Najemca posadowi kontener socjalny.”

Kopią powyższej umowy zamawiający dysponował, dlatego niezrozumiałe są jego zastrzeżenia w tym zakresie. Na przedmiotowej bazie takowe pomieszczenia się znajdują (co też stwierdził biegły w terenie, choć miał wątpliwości czy pomieszczenia te przysługują odwołującemu). Odwołujący dostał zamawiającemu pismem z dnia 3 marca 2017 r. oświadczenie właściciela nieruchomości oraz wynajmującego, że znajdujące się na bazie pomieszczenia socjalne wchodzi w zakres umowy i pozostają do dyspozycji odwołującego (dowód: umowa dzierżawy bazy, umowa najmu nieruchomości, pismo z dnia 3 marca 2017 r. wraz z oświadczeniami).

- „zdaniem Zamawiającego: „zaspokoiliby jego oczekiwania względem bazy, gdyby Odwołujący „napisał, że w przypadku wyboru przez Zamawiającego jego firmy do realizacji przedmiotu zamówienia:

- Wykonawca zatrudni taką to a taką liczbę osób, co przekłada się na wymagania Zamawiającego i wymagania rozporządzenia co do wynajętych pomieszczeń socjalnych,
- Wykonawca zapewni miejsca przeznaczone do parkowania pojazdów, w liczbie odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, czyli dla co najmniej 11 sztuk pojazdów
- itd.”

Powyższe oczekiwania zamawiającego nie znajdują podstaw w s.i.w.z. jak i ustawie Pzp. Odwołujący podniósł, że zamawiający odbiega od sformułowanych przez siebie warunków udziału w postępowaniu. W żadnym miejscu w s.i.w.z., nie ustanowiono ani warunku zatrudnienia określonej liczby osób do realizacji zamówienia ani też warunku posiadania miejsc parkingowych dla pojazdów w liczbie co najmniej 11.

Niezależnie od powyższego odwołujący oświadczał już, że zamierza zatrudnić co najmniej dwadzieścia osób, a także że na bazie znajdują się miejsca parkingowe na co najmniej 11 pojazdów. Powyższe oświadczenia odwołującego znalazły się w szczegółowym formularzu dotyczącym bazy, przygotowanym przez zamawiającego (złożonym z pismem z dnia 24 stycznia 2017 r.). Wydaje się zatem, że odwołujący w swoich twierdzeniach „zaspokoiliby oczekiwania Zamawiającego względem bazy”, gdyby zamawiający dostrzegł je w dokumentacji przetargowej.

Zdaniem odwołującego, niesłusznie biegły dopatruje się niespełnienia przez bazę magazynowo- transportową wykonawcy wymagania określonego w § 2 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, tylko z tego powodu, że część ogrodzenia bazy jest mobilna (tzn. nie jest trwale związana z gruntem).

Niewątpliwie zastosowane przez odwołującego ogrodzenie realizuje cel, o którym mowa w powoływanym przepisie bowiem zabezpiecza przed dostaniem się na bazę osób

nieupoważnionych. Zastosowane w części ogrodzenie mobilne, pełni taką samą rolę jak te trwale związane z gruntem. Mobilność ogrodzenia wcale nie oznacza, że osoba postronna może je dowolnie przesunąć i tym samym bez przeszkód wejść na bazę, bowiem przesła ogrodzenia są ze sobą trwale skrócone i jako jednolita całość uniemożliwiają swobodne pokonanie tego zabezpieczenia. W tym miejscu odwołujący wyjaśnił, że ww ogrodzenie nie jest jedynym sposobem zabezpieczenia bazy przed wstępem osób nieupoważnionych bowiem ten cel realizuje również monitoring bazy oraz ochrona. Nie ma również racji biegły twierdząc, iż z faktu braku zatrudnienia przez wykonawcę pracowników do realizacji przedmiotowego zamówienia (odwołujący planuje dopiero zatrudnić pracowników po uzyskaniu zamówienia) można wywieść, iż baza nie spełnia wymagania określonego w § 2 ust. 2 pkt 5 lit b rozporządzenia zgodnie z którym baza magazynowo-transportowa powinna być wyposażona w: (...) *b) pomieszczenie socjalne dla pracowników odpowiadające liczbie zatrudnionych osób.*

Z przepisu tego nie wynika, że odwołujący powinien zatrudniać pracowników. Przepis ten jedynie nakłada obowiązek posiadania zaplecza socjalnego dla pracowników w odpowiedniej ilości. W tym przypadku odwołujący posiada zaplecze socjalne (okazane biegłemu w trakcie wizji lokalnej) w zakresie odpowiednim do planowanego zatrudnienia. W kwestii zaś wątpliwości biegłego, co do tego czy wykonawca posiada tytuł prawny do okazanych pomieszczeń socjalnych, przedstawiciel odwołującego oświadczył biegłemu w trakcie wizji lokalnej, że najem pomieszczeń socjalnych wchodzi w zakres umowy najmu bazy, a tym samym wykonawca dysponuje tytułem prawnym do tych pomieszczeń, co zostało dodatkowo potwierdzone oświadczeniami właściciela nieruchomości oraz wynajmującego złożonymi zamawiającemu pismem z dnia 3 marca 2017 r.

Z powyższych okoliczności wynika, że niesłusznie zamawiający uznał, że baza magazynowo-transportowa odwołującego nie spełnia wymagań określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. Analiza wezwań kierowanych przez zamawiającego prowadzi również do wniosku, że nie przedstawiał on odwołującemu swoich wątpliwości, celem wyjaśnienia ich przez odwołującego. Zamawiający w ramach wezwania w trybie art. 26 ust 4 zażądał od odwołującego wypełnienia jedynie, przygotowanego szczegółowego formularza co do poszczególnych elementów bazy. Nieuprawnionym jest zatem podawanie przez zamawiającego, że odwołujący nie wyjaśnił jego wątpliwości, skoro te nie zostały przez niego przedstawione.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że przysługuje mu uprawnienie do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust 1 ustawy Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy prawo

zamówień publicznych, jeśli podniesione w odwołaniu zarzuty się potwierdzą, oferta odwołującego będzie najkorzystniejsza w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, iż powołany przez zamawiającego biegły, w wyniku przeprowadzonej w dniu 5 lutego 2017 roku, wizji lokalnej bazy magazynowo-transportowej zgłoszonej przez odwołującego, jednoznacznie stwierdził, że ww. baza nie spełnia wymagań, o których mowa w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r., w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości oraz nie spełnia wymagania określonego w § 2 ust. 2 pkt 5 lit b rozporządzenia - brak zatrudnienia - wykonawca planuje zatrudnienie, przekazano pomieszczenia bez możliwości sprawdzenia do kogo należą, nie spełnia wymagania określonego w § 1 pkt 1 oraz § 3 pkt 1 rozporządzenia - brak kompletu pojazdów (zgodnie z pkt. 5.3.3. s.i.w.z. - Wykonawcą powinien dysponować co najmniej 11 pojazdami).

Po przeprowadzeniu wizji lokalnej bazy zamawiający wezwał wykonawcę w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do uzupełnienia oświadczenia o posiadaniu bazy magazynowo - transportowej usytuowanej w odległości nie większej niż 60 km od granicy (liczoną wg wskazań licznika samochodu) Sektora III, spełniającej wymogi rozporządzenia, tj. załącznika Nr 7 do s.i.w.z. oraz w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących załącznika nr 7 do s.i.w.z. uzupełnianego w odpowiedzi na to wezwanie. Złożenie wyjaśnień miało odbyć się poprzez udzielenie odpowiedzi na pytania zawarte w załączonym do wezwania formularzu. Zdaniem zamawiającego, zarówno wizja lokalna, jak i oświadczenie założone przez odwołującego, nie potwierdziły w sposób jednoznaczny spełnienia warunku przez odwołującego.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający 28 grudnia 2016 roku poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu o wyborze najkorzystniejszej oferty - oferty odwołującego. Przed dokonaniem tej czynności zamawiający nie wystąpił do odwołującego o nadesłanie dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp. Odwołujący drogą mailową (dnia 2 stycznia 2017 r.) zwrócił uwagę zamawiającemu, że zaniechał realizacji tego obowiązku. Dnia 3 stycznia 2017 roku, zamawiający wezwał odwołującego do złożenia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 ustawy Pzp.

W dniu 4 stycznia 2017 roku, do zamawiającego wpłynęło pismo jednego z wykonawców z argumentacją ukierunkowaną na to, że baza magazynowo-transportowa odwołującego nie spełnia wymagań rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, a tym samym odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu, określonego w s.i.w.z. rozdział 5 pkt 5.3 ppkt 5.3.3.

Zamawiający pismem z dnia 5 stycznia 2017 roku, zawiadomił wykonawców o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Następnie zamawiający podejmował liczne działania zmierzające do zbadania czy baza magazynowo-transportowa odwołującego spełnia wymagania ww rozporządzenia. Na tym etapie postępowania zamawiający stworzył formularz (szczegółowe oświadczenie dotyczące bazy magazynowo-transportowej), nieprzewidziany w s.i.w.z. i powołując się na art 26 ust 2f pismem z dnia 11 stycznia 2017 roku, zobowiązał odwołującego do jego wypełnienia.

Zamawiający nie poprzestał na złożonym przez odwołującego szczegółowym formularzu dotyczącym bazy magazynowo-transportowej i pismem z dnia 26 stycznia 2017 roku poinformował odwołującego, że jego baza położona w D., (...) w dniu 6 lutego 2017 r. będzie kontrolowana przez powołanego przez zamawiającego biegłego.

Odwołujący udostępnił biegłemu bazę oraz udzielił wszelkich wyjaśnień i przekazał kopię dokumentów potwierdzających złożone wyjaśnienia.

Pismem z dnia 28 lutego 2017 roku, zamawiający przedstawił zastrzeżenia biegłego, co do bazy magazynowo-transportowej odwołującego i w związku, z tym powołując się na art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał odwołującego do złożenia oświadczenia - załącznika nr 7 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (złożonego już wcześniej przez odwołującego) i jednocześnie zamawiający, w tym samym piśmie wezwał odwołującego na podstawie art.

26 ust 4 ustawy Pzp, do złożenia wyjaśnień dotyczących (składanego na nowo) załącznika nr 7 do s.i.w.z., poprzez wypełnienie formularza (szczegółowego oświadczenia dotyczącego bazy magazynowo-transportowej).

W odpowiedzi pismem z dnia 2 marca 2017 roku, odwołujący ponownie złożył oświadczenie zgodnie z załącznikiem nr 7 do s.i.w.z., podtrzymał twierdzenie, że baza magazynowo-transportowa odwołującego spełnia wymagania rozporządzeń przywołanych w s.i.w.z. Odwołujący jednocześnie ustosunkował się do zastrzeżeń biegłego (dowód: pismo odwołującego z dnia 2 marca 2017 roku).

Pismem z dnia 20 marca 2017 roku, zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania informując, że wykluczył z postępowania odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, stwierdzając, że: *„udzielone przez Wykonawcę odpowiedzi nie potwierdzają spełniania przez Wykonawcę K. warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednią bazą magazynowo- transportową”* oraz *„udzielone odpowiedzi nie rozwiały wątpliwości Zamawiającego”*. W dalszej części pisma zamawiający wskazał na swoje wątpliwości i zastrzeżenia do bazy magazynowo-transportowej odwołującego, unieważnił postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ oferta kolejnego wykonawcy - po odwołującym - przewyższa kwotę jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

Zamawiający w rozdziale 5 s.i.w.z. pkt 5.2 zatytułowanym *„Warunki udziału w postępowaniu”* w ppkt 5.2.1. przewidział, że *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu, dotyczące:*

c) zdolności technicznej lub zawodowej

określone przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu i s.i.w.z.

Natomiast w ppkt 5.3.3. s.i.w.z. zamawiający postanowił, że *„Wykonawca spełni warunek dotyczący zdolności technicznej lub zawodowej, o którym mowa w pkt 5.2.1. lit c) SIWZ, jeżeli wykaże, że:*

b) dysponuje następującym wyposażeniem w celu wykonania zamówienia publicznego:

baza magazynowo-transportowa:

dysponuje bazą magazynowo - transportową usytuowaną na terenie w odległości nie większej niż 60 km od granicy sektora na który składa ofertę, spełniającej wymogi Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r. poz. 122).”

W rozdziale 6 specyfikacji istotnych warunków zamówienia *„Wykaz oświadczeń lub dokumentów, potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia”* w pkt 6.3. lit. c zamawiający przewidział, iż *„Na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu, o którym mowa w ppkt 5.3.3., wykonawca*

powinien złożyć oświadczenia o posiadaniu bazy magazynowo - transportowej tj. wypełnić załącznik Nr 7 do SIWZ.”

Tożsame oświadczenie znalazło się w formularzu JEDZ (część C pkt 9).

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są zasadne.

Izba w całości podziela stanowisko prezentowane przez odwołującego.

Zdaniem Izby, z wyżej przedstawionego stanu faktycznego sprawy jednoznacznie wynika, że zamawiający ustalając określone warunki udziału w postępowaniu, za podstawę stwierdzenia czy określona baza magazynowo-transportowa, będąca w dyspozycji wykonawcy, spełnia ustanowiony przez zamawiającego warunek, wystarczającym było złożenie, przez wykonawcę stosownego oświadczenia.

Dodatkową okolicznością, utwierdzającą zamawiającego, co do prawdziwości takiego oświadczenia był fakt, iż zamawiający postawił w specyfikacji istotnych warunków zamówienia również warunek udziału w postępowaniu wymagając, aby wykonawca posiadał wpis do rejestru działalności regulowanej, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w ramach którego przedsiębiorca musi ową bazę posiadać (pod rygorem wykreślenia z rejestru).

W trakcie badania i oceny ofert zamawiający zmienił sposób oceny spełnienia tego warunku i dodatkowo sporządził na tym etapie formularz (szczegółowe oświadczenie dotyczące bazy magazynowo-transportowej), którego uzupełnienia wymagał od odwołującego pismem z dnia 11 stycznia 2017 roku oraz postanowił, czego wcześniej nie ustanowił ani w s.i.w.z. ani w ogłoszeniu o zamówieniu, że ocena spełnienia spornego warunku odbędzie się poprzez dokonanie wizji lokalnej przez biegłego powołanego na tę okoliczność przez zamawiającego.

Takie działanie zamawiającego Izba oceniła negatywnie stwierdzając, iż niedopuszczalnym jest, aby zamawiający na etapie badania i oceny ofert, zmieniał ustalone przez siebie zasady oceny spełnienia warunków, które to zasady zostały powszechnie upublicznione (ogłoszenie o zamówieniu i publikacja specyfikacji istotnych warunków zamówienia) i zaakceptowane przez uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zmiana sposobu oceny spełnienia warunków, na tym etapie postępowania, narusza albowiem zasadę wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Nie jest bowiem możliwe, aby wykonawca przystępując do procedury pozyskania zamówienia publicznego, na ustalonych przez zamawiającego zasadach, następnie był zaskakiwany nowymi okolicznościami, które dodatkowo mogą negatywnie na niego oddziaływać. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie w swoich orzeczeniach podkreślała, że nie jest możliwe dokonywanie zmian w sposobie oceny podmiotowej wykonawców czy też przedmiotowej zakresu zamówienia, po otwarciu

ofert, albowiem taka zmiana wypacza sens uczciwej konkurencji. Zamawiający czyniąc swoje zachowanie bezprawnym, naraża wykonawców na nieznane konsekwencje, które w wyniku takich czynności zamawiającego mogą wywoływać negatywne skutki po stronie wykonawcy. Zasada równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji nakłada na zamawiającego obowiązek czynienia swojego postępowania transparentnym, uczciwym i jawnym na każdym jego etapie. Zmiana zasad oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu, po złożeniu ofert, w oczywisty sposób naruszyła przepis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, co znalazło swoje odzwierciedlenie w przedmiotowej sprawie, czego konsekwencją było bezzasadne wykluczenie odwołującego z przedmiotowego postępowania.

W ocenie Izby, zamawiający bezzasadnie, na etapie badania i oceny ofert, ustalił nowe zasady oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, ustanawiając nowy, bardziej rozbudowany wzór załącznika nr 7 oraz powołując biegłego, który przeprowadził wizję lokalną obiektu zgłoszonego przez wykonawcę. Skoro bowiem zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia wskazał, że ocena spornego warunku odbywać się będzie na podstawie oświadczenia wykonawcy, składanego na podstawie wzoru opracowanego przez zamawiającego, to zamawiający tylko i wyłącznie na tej podstawie miał prawo ustalić, czy ustanowiony przez niego warunek został spełniony. Jeżeli natomiast zamawiający miał zamiar w sposób szczególny dokonywać oceny spełniania warunku, to swoją wolę winien wyrazić w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Powyższe, w ocenie Izby w sposób bezpośredni wskazuje na brak podstaw do takich działań zamawiającego.

Ponadto wskazać należy, że zamawiający oceniając spełnienie przez odwołującego warunku udziału w postępowaniu, opierał się na twierdzeniach niejasnych, niekompletnych, a nadto krzywdzących odwołującego. Na rozprawie bowiem pełnomocnik zamawiającego jasno stwierdził, że *„Odwołujący w zakresie minimum 11 miejsc parkingowych złożył stosowne oświadczenie, niemniej oceniając spełnienie tego warunku odniósł się do umowy jaką Odwołujący przedłożył, a w której mowa jest o minimum 5 miejscach. Oświadcza również, że biegły z ramienia Zamawiającego nie zakwestionował, że na placu może parkować minimum 11 pojazdów. Podkreśla również, że otrzymał oświadczenie właściciela terenu, w którym mowa jest o prawie Odwołującego do wykorzystania części socjalnej (...).”*

Stanowisko odwołującego w zakresie oceny zgodności bazy magazynowo-transportowej, zgłoszonej zamawiającemu, z wymogami rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122), potwierdza opinia prywatna, sporządzona na rzecz odwołującego, przez pana M.P. – magistrą ochrony środowiska, wpisanego na listę biegłych sądowych, w specjalności mykologia i ochrona

środowiska, prowadzoną przy Prezesie Sądu Okręgowego w S. Biegły w swojej opinii, opierając się o dokonaną własną wizję lokalną oraz przekazane mu przez odwołującego dokumenty stwierdził, że:

- baza magazynowo-transportowa wynajmowana przez spółkę K. O., zlokalizowana w D. (...), spełnia wszystkie wymogi określone w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 roku w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości,

- ustosunkowując się do auditu/oceny realizacji szczegółowych wymagań (...) sporządzonego przez Pana K.Z. na zlecenie zamawiającego, należy stwierdzić, że audit/ocena ta została wykonana nieprawidłowo i nierzetelnie,

- powyższe może wynikać z faktu braku kompetencji przez osobę, której zamawiający zlecił ocenę zgodności bazy z rozporządzeniem, albowiem osoba ta, określona przez zamawiającego mianem biegłego, jest specjalistą ds. BHP i należy nadmienić, iż taka specjalność w żaden sposób nie wpisuje się w zakres przepisów dotyczących gospodarki odpadami i ochrony środowiska.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba ustaliła, że czynności zamawiającego były przeprowadzone w sposób niezgodny z obowiązującymi przepisami, których wynik skutkował bezzasadnym wykluczeniem odwołującego z postępowania.

Izba odmówiła przeprowadzenia dowodu z protokołów kontroli, złożonych przez odwołującego w toku rozprawy, albowiem z treści tych protokołów wynika, że kontrola była przeprowadzona w D., w bazie usytuowanej przy (...), natomiast baza będąca przedmiotem oceny, zgłoszona przez odwołującego, zlokalizowana jest w D. przy (...). Tym samym dowód powyższy nie dotyczy przedmiotu sporu – bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Rekapitulując Izba stwierdziła, że odwołujący ustosunkowując się do wymogów zamawiającego w zakresie potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu dotyczących bazy magazynowo-transportowej (wraz z częścią socjalną) opisanych przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w sposób prawidłowy i kompletny udowodnił zamawiającemu, że spełnia rzeczony warunek, tym samym brak było podstaw do stwierdzenia, że wykonawca ten (odwołujący) podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania. W ocenie Izby, dokumenty oraz oświadczenia złożone przez odwołującego, w toku postępowania, nie wymagają dodatkowego wyjaśniania czy też uzupełniania i są wystarczające do prawidłowej oceny spełnienia warunku przez odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia

Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.), uwzględniając koszty poniesione przez odwołującego związane z wpisem od odwołania, kosztami dojazdu oraz wynagrodzeniem pełnomocnika.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....