

**WYROK**  
**z dnia 24 września 2012 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Jakub Banasiak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 września 2012 roku, w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 września 2012 roku przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne „ASTWA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Komбатantów 4, 15-102 Białystok w postępowaniu prowadzonym przez Miasto Białystok z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Słonimskiej 1, 15-950 Białystok

przy udziale:

- wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe „Czyścioch” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

- wykonawcy „TOP 2001” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne „ASTWA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Kombatantów 4, 15-102 Białystok i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne „ASTWA” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Kombatantów 4, 15-102 Białystok tytułem wpisu od odwołania;

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Białymstoku.

**Przewodniczący:** .....

## UZASADNIENIE

Zamawiający Miasto Białystok z siedzibą w Białymstoku przy ulicy Słonimskiej 1, 15-950 Białystok prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zimowe oczyszczanie chodników, przystanków komunikacji miejskiej, opróżnianie śmietniczek oraz oczyszczanie zieleńców w pasach drogowych na terenie miasta Białegostoku.

5 września 2012 Zamawiający przekazał Odwołującemu informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że: w części II do realizacji zamówienia wybrał wykonawcę „TOP 2001” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku, w części IV i V wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe „Czyścioch” Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku

14 września 2012 roku Odwołujący, działając na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zmianami; dalej „ustawa” lub „Pzp”), złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie w zakresie zaniechania Zamawiającego polegającego na niewykluczeniu z postępowania wykonawców niespełniających warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie: naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy dotyczącego zapewnienia zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przez wykluczenie z postępowania części wykonawców, a równocześnie niewykluczenie pozostałych wykonawców pomimo niespełniania przez nich tych samych warunków SIWZ; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez jego niezastosowanie polegające na zaniechaniu wykluczenia przez Zamawiającego z postępowania wykonawców: „TOP 2001” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części II i IV zamówienia, Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch BIS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach - w odniesieniu do części II zamówienia, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „CZYŚCIOCH” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części IV i V zamówienia. Odwołujący wniósł o: uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do części II, IV i V zamówienia, nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust 2 pkt 4

ustawy i w następstwie tego w oparciu o art. 24 ust. 4 odrzucenia ofert następujących wykonawców: „TOP 2001” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części II i IV zamówienia, Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch BIS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach - w odniesieniu do części II zamówienia, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „CZYŚCIOCH” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części IV i V zamówienia oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w odniesieniu do części II, IV i V zamówienia.

Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, który wyraża się w pozbawieniu Odwołującego możliwości realizacji zamówienia w związku z dokonaniem wyboru, jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy podlegającego wykluczeniu (lub/i odpowiednio oferty, która winna zostać odrzucona). Ponadto wykazane powyżej naruszenie zasad i przepisów ustawy spowodowało, że odwołanie stało się konieczne i w pełni uzasadnione. Biorąc zaś pod uwagę fakt, że Odwołujący złożył ofertę najkorzystniejszą, i gdyby nie fakt, że Zamawiający dokonał czynności badania i oceny ofert z naruszeniem przepisów prawa, oferty złożone przez Wykonawców „TOP 2001” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części II i IV zamówienia, Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch BIS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach - w odniesieniu do części II zamówienia, Przedsiębiorstwa Produkcyjno - Usługowo - Handlowego „CZYŚCIOCH” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku - w odniesieniu do części IV i V zamówienia zostałyby odrzucone, a wskazani wyżej Wykonawcy zostaliby wykluczeni, a ich oferty odrzucone, tym samym oferta Odwołującego musiałaby zostać uznana za najkorzystniejszą.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty: W zakresie wykluczenia wykonawcy „TOP 2001” Sp. z o.o. w Białymstoku w odniesieniu do części II i IV zamówienia. Wykonawca „TOP 2001” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z wymogami określonymi w VI ust 1 pkt c SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien spełniać warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia. Wykonawca „TOP 2001” sp. z o.o. złożył ofertę, w której nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, stąd Zamawiający wezwał go do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów. Wykonawca w dniu 26 czerwca 2012r. uzupełnił ofertę poprzez załącznik nr 11 do SIWZ nr DOS- IV.271.30.2012 dotyczący wykazu narzędzi, wyposażenia

zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w sektorze II i IV oraz załącznik nr 12 do SIWZ nr DOS-IV.271.30.2012 - wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w zakresie sektorów II i IV. Pomimo uzupełnienia dokumentów, wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. W odniesieniu do II części zamówienia wykonawca nie uściślił rodzaju sprzętu, jakim dysponuje: w załączniku nr 11 poz. 4 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to „pługi ciągnikowe i bębnowe szczotki druciane do odśnieżania lub zmiatania na ciągnikach o masie całkowitej do 2,5 t (chodniki); w załączniku nr 11 poz. 6 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to frezy do lodu montowane na ciągnikach lub innych pojazdach; w załączniku nr 11 poz. 8 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to „zamiatarka mechaniczna ciągniona lub zamontowana na ramie pojazdu”; w załączniku nr 11 poz. 13 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to „zestawy ładowarki o ciężarze do 2,5 t masy własnej wraz z samochodami skrzyniowymi lub ciągnikowymi z przyczepami do wywozu śniegu z SPP”. W odniesieniu do IV części zamówienia wykonawca również nie uściślił rodzaju sprzętu, jakim dysponuje: w załączniku nr 11 poz. 4 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to „pługi ciągnikowe i bębnowe szczotki druciane do odśnieżania lub zmiatania na ciągnikach o masie całkowitej do 2,5 t (chodniki); w załączniku nr 11 poz. 6 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to frezy do lodu montowane na ciągnikach lub innych pojazdach; w załączniku nr 11 poz. 8 kolumna druga wykonawca wskazał, iż rodzaj sprzętu jakim dysponuje to „zamiatarka mechaniczna ciągniona lub zamontowana na ramie pojazdu”. Oprócz braku precyzyjnego wskazania sprzętu, wykonawca nie określił również, mimo jednoznacznego wymogu określonego w pkt VII. 1.4 SIWZ (Załącznik nr 11) dokładnie tonażu sprzętu, jakim dysponuje. W odniesieniu do II części zamówienia nie sprecyzowano tonażu sprzętu poprzez zapis zawierający wyłącznie zakres wagowy: w załączniku nr 11 poz. 4 kolumna trzecia jako masa sprzętu podano „2,0-2,4t”; w załączniku nr 11 poz. 10 kolumna trzecia jako masa sprzętu podano „7,9 - 26t”; w załączniku nr 11 poz. 13 kolumna trzecia jako masa sprzętu podano „2,0 - 2,4t”. W odniesieniu do IV części zamówienia wykonawca także nie sprecyzował tonażu sprzętu poprzez zapis zawierający wyłącznie zakres wagowy: w załączniku nr 11 poz. 4 kolumna trzecia jako masa sprzętu podano „2,0 - 2,4t”; w załączniku nr 11 poz. 10 kolumna trzecia jako masa sprzętu podano „7,9 - 26t”. Zgodnie z wymogami określonymi w VI ust. 1 pkt c ppkt 2 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien spełniać warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez

wykazanie, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w ilości co najmniej 20 osób do wykonywania czynności technicznych. Na podstawie VII ust. 1 pkt 5 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien przedłożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami”. Wykonawca pismem z dnia 26 czerwca 2012r. uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnienie warunków SIWZ - dołączył wymagane wykazy narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w zakresie sektora II i IV. Podkreślić należy, iż wykonawca pomimo wezwania przez Zamawiającego nie dołączył wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami. Oferta wykonawcy nie zawiera zatem wymaganych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia. Wykonawca przez złożenie pisma z dnia 31 sierpnia 2012r. kolejny raz uzupełnił złożone dokumenty w zakresie części nr II i IV zamówienia ( załącznik nr 11 do SIWZ) . Złożenie przez wykonawcę pisma doprowadziło do nieuprawnionego uzupełnienia dokumentów. Trzeba mieć na uwadze, iż Wykonawca już raz był wzywany do uzupełnienia i złożył wówczas (tj. w dniu 26 czerwca 2012r.) załącznik nr 11, który w przedstawionym brzmieniu nie spełnia wymogów określonych w VI ust 1 pkt c Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. wykazania, iż dysponuje określonym potencjałem technicznym, stąd na podstawie przytoczonych informacji powtórne uzupełnienie dokumentów odnośnie wymogów SIWZ jest niedopuszczalne. Pismo z dnia 31 sierpnia 2012r. stanowi nieuprawnione uzupełnienie oferty, gdyż skutkiem jego jest w rzeczywistości zmiana treści załącznika złożonego do Zamawiającego. Nie ulega wątpliwości, iż uzupełnienie dokumentów przez wykonawcę może nastąpić tylko jeden raz. Z literalnego brzmienia art. 26 ust. 3 pzp wynika, iż ma on być zastosowany tylko jednokrotnie. Wskazany przepis jednoznacznie stanowi o wezwaniu do uzupełnienia w określonym terminie - używa, zatem liczby pojedynczej. Zresztą nawet uwzględniając cel, jakemu ta regulacja służy, tj. zapobieganie unieważnieniu postępowania jedynie z przyczyn formalnych, w sytuacji, gdy wykonawcy spełniają wszystkie warunki, a jedynie złożyli niekompletne dokumenty trudno przyjąć, że Zamawiający może wzywać wykonawców do uzupełnienia dokumentów dowolną ilość razy, do skutku. Za niezasadne należy uznać twierdzenie, że Zamawiający może ponawiać wezwanie do uzupełniania brakujących dokumentów. Jasnym jest zatem, iż ponowne uzupełnienie dotyczące dokumentów jest

niedopuszczalne. W przedmiotowej sytuacji natomiast- wykonawca dokonał uzupełnienia pismem z dn. 16 czerwca 2012r., co oznacza, że kolejne uzupełnienie dokonywane pismem z dn. 31 sierpnia 2012r. jest dokonane z rażącym naruszeniem ustawy. Odwołujący podnosi, że po dokonaniu wyjaśnień Zamawiający winien dokonać ponownej oceny spełnienia przez Wykonawcę wymogów i kryteriów SIWZ, a nie bezkrytycznie przyjąć, że sama czynności wyjaśnianie powoduje spełnienie przez wykonawców SIWZ nie dokonując dokładnej analizy co ona powoduje w zakresie spełnienia przez Wykonawcę wymogów SIWZ. Działanie Zamawiającego polegające na niewykluczeniu wskazanych w odwołaniu wykonawców było nieuprawnione. Zamawiający dokonując wyboru oferty naruszył art. 7 ust. 3 ustawy, gdyż za najkorzystniejszą ofertę zostały uznana oferty Wykonawców, którzy zostali wybrani niezgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający zaniechał dokonania czynności wykluczenia z postępowania przedmiotowego Wykonawców, do czego był zobowiązany zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Nie spełniające wymogów oferty nie powinna zostać poddana merytorycznej ocenie. Zaniechanie w zakresie wykluczenia wykonawców z postępowania doprowadziło również do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy), zgodnie z którą do każdego wykonawcy powinny być stosowane te same zasady oceny jak również te same reguły i zasady prowadzenia postępowania. W kontekście powyższego wyjaśnić należy, iż obowiązek przestrzegania zasady uczciwej konkurencji przez Zamawiającego zarówno na etapie przygotowania, jak i prowadzenia postępowania znajduje swój wyraz w przepisach odnoszących się do poszczególnych instytucji i rozwiązań ustawowych. Zasada równego traktowania wykonawców oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także i środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary i jednakowych kryteriów do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Ponadto podkreślić należy, iż orzeczeniu KIO z dnia 8 sierpnia 2012 roku sygn. akt KIO 1605/12 i KIO 1606/12 nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie wskazanych wykonawców oraz odrzucenie ich ofert. Konsekwencją powinno być zatem dokonanie przez Zamawiającego ponownej oceny ofert wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania, a ich oferty nie zostały odrzucone. Zamawiający powinien ponownie ocenić spełnianie przez każdego z tych wykonawców wymogów określonych w SIWZ. Kierując się wskazaniem zawartymi w orzeczeniu KIO, wykluczeniu z uwagi na: nieprecyzyjne wskazanie rodzaju sprzętu niewskazanie masy sprzętu jakim dysponuje wykonawca, braku dołączenia wykazu osób stanowiących kadrę zarządzającą przy

wykonaniu zamówienia wykonawca „TOP 2001” Sp. z o.o. powinien zostać wykluczony, a złożona przez niego oferta - odrzucona.

W zakresie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „Czyścioch BIS” Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach - w odniesieniu do części II zamówienia. Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Czyścioch BIS” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Suwałkach nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z wymogami określonymi w VI ust. 1 pkt c ppkt 2 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien spełniać warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia poprzez wykazanie, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia w ilości co najmniej 20 osób do wykonywania czynności technicznych. Ponadto zgodnie z VII ust. 1 pkt 5 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien przedłożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami”. Wykonawca pismem z dnia 26 czerwca 2012r. uzupełnił dokumenty potwierdzające spełnienie warunków SIWZ- dołączył wymagane wykazy narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w zakresie sektora II. Pomimo wezwania przez Zamawiającego wykonawca nie dołączył wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości. Oferta wykonawcy nie zawiera zatem wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu. Odwołujący podkreśla, iż w świetle zapadłego orzeczenia KIO z dnia 8 sierpnia 2012r. Zamawiający po zapadłym rozstrzygnięciu obowiązany był do dokonania ponownej oceny ofert wszystkich wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni z postępowania, a ich oferty nie zostały unieważnione. Zamawiający zatem powinien ponownie ocenić spełnianie przez każdego z tych wykonawców wymogów określonych w SIWZ. Z uwagi na braki dotyczące dokumentów złożonych przez wykonawcę „Czyścioch BIS” Sp. z o.o. w Suwałkach nawet po wezwaniu wykonawcy do uzupełnienia braków, wykonawca „Czyścioch BIS” Sp. z o.o. w Suwałkach powinien zostać wykluczony, a jego oferta odrzucona.

W zakresie wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowo - Handlowe „CZYŚCIOCH” Sp. z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku -



w odniesieniu do części IV i V zamówienia. Wykonawca ten nie spełnia warunków udziału w postępowaniu przewidzianych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zgodnie z wymogami określonymi w VI ust. 1 pkt a SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien "wykazać, iż posiada aktualne zezwolenia na transport i zbieranie odpadów o kodzie 16 81 02 oraz zezwolenie na transport odpadów o kodach 20 03 03, 20 03 07, 20 03 99 - zgodnie z ustawą z dn. 21 kwietnia 2001r. o odpadach (Dz. U. z 201 Or., nr 185, poz. 1243) oraz uregulowany stan formalno - prawny w zakresie prowadzenia odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (tj. wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Białegostoku lub zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Białegostoku) obejmujący odpady o kodach 20 03 01, 20 03 03, 20 03 07, 20 03 99 - zgodnie z ustawą z dn. 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości w gminach (Dz. U. z 2005r., nr 236, poz. 2008 z późn. zm.). Wykonawca przedstawił w postępowaniu o udzielenie zamówienia zaświadczenie z dnia 14 maja 2012r. potwierdzające wpis przedsiębiorcy do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b ust 2 ustawy z dn. 13 września 1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Należy mieć jednak na uwadze, iż wskutek powołanego orzeczenia KIO Zamawiający został zobowiązany do dokonania ponownej oceny ofert i wyboru najkorzystniejszej oferty. Wykonanie orzeczenia KIO przez dokonanie przez Zamawiającego wyboru najkorzystniejszych ofert nastąpił w dniu 4 września 2012r. Podkreślić należy, iż w dniu dokonania wyboru wykonawca utracił uprawnienia do wykonywania działalności regulowanej tj. nie spełniał warunku dotyczącego konieczności posiadania odpowiedniego zezwolenia z uwagi na wcześniejsze wykreślenie go z rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Podkreślić należy, iż wpis nr 9/2012 dotyczący przedsiębiorcy PPUH „CZYŚCIOCH” Sp. z o.o. wskazuje na wykreślenie przedsiębiorcy z rejestru w dniu 30 sierpnia 2012r. Bezsprzeczne zatem jest, iż w dniu dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. w dniu 4 września 2012r. wykonawca nie spełniał warunków uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o czym bez wątpliwości Zamawiający musiał wiedzieć z uwagi na to, że sam prowadzi przedmiotowy rejestr. Ponadto zgodnie z wymogami określonymi w VI ust. 1 pkt c ppkt 2 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien spełniać warunki dotyczące dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia przez wykazanie, że dysponuje osobami, które będą uczestniczyć w wykonywaniu

zamówienia w ilości co najmniej 20 osób do wykonywania czynności technicznych. Zgodnie VII ust. 1 pkt 5 SIWZ wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien przedłożyć „wykaz osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości lub kierowanie robotami budowlanymi, wraz z informacjami na temat zakresu wykonywanych przez nie czynności wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi osobami”. Podkreślić należy, iż pomimo wezwania przez Zamawiającego wykonawca nie dołączył wykazu osób, które będą uczestniczyć w wykonywaniu zamówienia, w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości. Oferta wykonawcy nie zawiera zatem wymaganego dokumentu potwierdzającego spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz niepodlegania wykluczeniu. W świetle przedstawionych dowodów nie ulega żadnej wątpliwości, iż wykonawca w czasie dokonywania ponownej oceny ofert nie spełniał warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 września 2012 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie a także stanowiska i oświadczenia Stron złożone pisemnie i ustnie do protokołu.

Zamawiający 21 września 2012 roku (prezentata na piśmie) przesłał do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej pismo *Odpowiedź na odwołanie*. Zamawiający wniósł o odrzucenie odwołania w odniesieniu do wszystkich części zamówienia.

Odwołujący złożył 21 września 2012 roku dwa pisma stanowiące odpowiedź Odwołującego na zgłoszone przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowego zastosowanie art. 24 ust 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: (...) nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu* oraz naruszenia art. 7 ust. 1 - *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców* i art. 7 ust. 3 – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* i zaniechania wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy „TOP 2001”, z uwagi na nie potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu Izba uznała za niezasadny i w tym zakresie odwołanie oddaliła.

Wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z 8 sierpnia 2012 roku (sygn. akt KIO 1605/12, KIO 1606/12) Izba nakazała Zamawiającemu: *wezwanie wykonawcy „TOP 2001” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Białymstoku do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami) wyjaśnień dotyczących wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy (w zakresie części II) i dokonanie ponownej oceny ofert*. W uzasadnieniu orzeczenia czytamy: *Izba zgodziła się z odwołującym się, iż wykonawca nie sprecyzował, jakim konkretnie dysponuje sprzętem w przypadku pojazdów*

wskazanych w pkt. 4, 8 i 13 załącznika nr 11. Zgadza się również z zarzutem dotyczącym wskazania w pkt. 2 załącznika rozsiewacza materiałów „ustokrotniających” zamiast „uszorstniających”. W ocenie Izby są to nieścisłości podlegające wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, dlatego też Izba nakazała zamawiającemu wyjaśnienie wątpliwości na podstawie wskazanego przepisu. Izba nie uwzględniła zarzutu dotyczącego nie przypisania konkretnych mas wobec sprzętu wykazanego w pkt. 4, 10 i 13 załącznika nr 11. Izba stwierdziła, że wykonawca TOP 2001 podał masę sprzętu, którym dysponuje poprzez wskazanie w sposób precyzyjny najniższej i najwyższej masy posiadanego sprzętu. Zamawiający nie wymagał tak szczegółowych danych w odniesieniu do każdego pojazdu, którym dysponuje wykonawca.

Zamawiający 29 sierpnia 2012 roku wezwał wykonawcę „Top 2001” do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy i 31 sierpnia 2012 roku otrzymał od wykonawcy pismo zawierające wyjaśnienia. Zarzut podnoszony przez Odwołującego, że wyjaśnienia z 31 sierpnia 2012 roku stanowią ponowne uzupełnienie oferty nie jest zasadny. Nie można zgodzić się z argumentacją, że złożone wyjaśnienia stanowią zmianę treści złożonego załącznika nr 11. Wyjaśnienia stanowią faktyczne doprecyzowanie a nie zmianę informacji zawartych w załączniku nr 11 i nie wychodzą poza informacje zawarte w załączniku nr 11. Odwołujący nie podniósł w odwołaniu, nie wykazał w jaki sposób wyjaśnienia prowadzą do zmiany załącznika nr 11 ograniczając się jedynie do ogólnej argumentacji, że złożenie owych wyjaśnień powoduje ponowne uzupełnienie dokumentu w trybie art. 26 ust.3 ustawy co jest niedopuszczalne. Izba zwraca uwagę, że zarzuty jakie stawia Odwołujący winny być sformułowane w sposób precyzyjny. Zarzuty prawne konkretyzują się bowiem, przez podanie kwestionowanych czynności Zamawiającego lub zaniechania czynności przez Zamawiającego. Sformułowanie zarzutów w sposób ogólny, przez jedynie podanie podstawy prawnej (artykułu) oraz stwierdzenie, że złożone wyjaśnienia stanowią uzupełnienie dokumentu nie stanowi skonkretyzowania uchybień, z których Odwołujący chce wysnuwać dla siebie korzystne wnioski. Odwołujący nie odniósł się faktycznie do treści złożonych wyjaśnień przez TOP 2001 skupiając uwagę na złożonej ofercie i uzupełnionych 16 czerwca 2012 roku dokumentach a dopiero na rozprawie Odwołujący starał się konkretyzować swoje stanowisko odwołując się do poszczególnych pozycji załącznika 11 dla części II i IV zamówienia. Konkretyzacja zarzutów jakiej dokonywał Odwołujący na rozprawie faktycznie sprowadza się do postawienia nowych zarzutów odnoszących się do samych wyjaśnień w zakresie pozycji 2 i pozycji 4 załącznika 11. W ocenie Izby Zamawiający prawidłowo dokonał oceny wyjaśnień złożonych przez wykonawcę „TOP 2001”. Wskazać należy, że wyjaśnienie dokumentu (załącznika nr 11) przesądziła Izba w orzeczeniu z 8 sierpnia

2012 roku, tym samym możliwość wyjaśnienia istniała i polegała na eliminacji nieścisłości jakie były w nim zawarte, w innym bowiem przypadku Izba nakazałaby wykluczenie tego wykonawcy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izba stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy.* Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; *ei incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, że złożone 31 sierpnia 2012 roku wyjaśnienia przez wykonawcę „TOP 2001” prowadzą do złożenia, nowego dokumentu, do którego złożenia podmiot ten nie był uprawniony powinien był wykazać, udowodnić, że wyjaśnienia owe faktycznie stanowią nowy dokument, zawierający informacje jakie zostały dodatkowo uzupełnione. Odwołujący nie przywołał na tę okoliczność żadnych dowodów, któryby potwierdzały jego stanowisko. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że niewykluczenie z postępowania wykonawcy „TOP 2001” było czynnością nieprawidłowo co prowadzi również do wniosku, że Odwołujący nie wykazał naruszenia zasad równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasady uczciwej konkurencji. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Zasada

równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Pozostałe zarzuty odwołania nie podlegają rozpoznaniu z uwagi na to, że zostały zgłoszone z uchybieniem terminu, tym samym stanowią zarzuty spóźnione. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W rozpoznawanym odwołaniu został zgłoszony zarzut, który podlegał rozpoznaniu przez Izbę, dlatego też, niemożliwe było odrzucenie odwołania, a ponieważ ustawa nie przewiduje częściowego odrzucenia odwołania zarzuty spóźnione nie są rozpoznawane przez Izbę. W ocenie Izby informacje stanowiące podstawę do wniesienia odwołania znane były Odwołującemu od 17 lipca 2012 roku tj. od dnia upublicznienia przez Zamawiającego informacji o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu, co Odwołujący niejednokrotnie potwierdził w odwołaniu. Zasada koncentracji środków ochrony prawnej wynikająca z przepisów nakłada na każdego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek aktywnego uczestnictwa w procedurach zgłaszania środków ochrony prawnej, stawiania zarzutów Zamawiającemu w pierwszym możliwym terminie. Koncentracja ma ułatwić i przyspieszyć

procedury prowadzące do udzielenia zamówienia. w stanie faktycznym rozpoznawanej sprawy Odwołujący zaniechał ochrony swoich interesów, na wcześniejszym etapie postępowania, co wywołuje skutek niemożności merytorycznego rozpoznania zarzutów spóźnionych (porównaj: Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 22 maja 2012 roku sygn. akt 970/12; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 9 lutego 2011 roku sygn. akt 157/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 27 kwietnia 2011 roku sygn. akt 792/11; Postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z 20 czerwca 2011 roku sygn. akt 1237/11).

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....