

Sygn. akt: KIO 467/13

WYROK

z dnia 14 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 marca 2013 r. przez wykonawcę **Wobet-Hydret sp.j. C..... w Aleksandrowie Łódzkim**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Lisków**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Wobet-Hydret sp.j. C..... w Aleksandrowie Łódzkim** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **10.000 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Wobet-Hydret sp.j. C..... w Aleksandrowie Łódzkim** 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 **Kaliszu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Lisków prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „montaż 380 przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie gminy Lisków”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 7 grudnia 2012 r., poz. 497022.

W dniu 20 lutego 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty wykonawcy Wobet-Hydret sp.j. C..... w Aleksandrowie Łódzkim, zwanemu dalej „odwołującym” zawiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania.

Wobec czynności zamawiającego polegającej na „wykluczeniu oferty” odwołującego z udziału w postępowaniu oraz wobec czynności odrzucenia złożonej przez siebie oferty, odwołujący wniósł w dniu 2 marca 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 26 ust. 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 w związku z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu dokonania ponownego badania i oceny ofert, w tym w szczególności oferty złożonej przez odwołującego oraz o nakazanie unieważnienia „wykluczenia oferty” odwołującego i jej odrzucenia.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wywodził, że żaden przepis ustawy Pzp jak również innych aktów prawnych, nie przewiduje możliwości wykluczenia oferty złożonej przez wykonawcę. Rozstrzygnięcie zamawiającego zostało wydane bez jakiegokolwiek podstawy prawnej, co pozostaje także w sprzeczności z wyrażoną w art. 7 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej zasadą praworządności („Organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”). Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określa od strony pozytywnej art. 22 ustawy Pzp a od strony negatywnej – poprzez określenie przesłanek wykluczenia wykonawców art. 24 ustawy Pzp. Warunki udziału w postępowaniu oraz sposób ich wykazania przez wykonawców w niniejszym postępowaniu sprecyzowały postanowienia punktu V SIWZ oraz punktu VI co do oświadczeń lub dokumentów, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Żaden z zapisów powołanej SIWZ nie przewiduje, spełnienia przez wykonawców ubiegających się o przedmiotowe zamówienie

warunków wynikających z dokumentów wyszczególnionych w ppkt. od a do d punktu 8 pisma zamawiającego z 20 lutego 2013 r. Wbrew więc uzasadnieniu rozstrzygnięcia zamawiającego brak jest jakichkolwiek podstaw faktycznych i prawnych do przypisania odwołującemu, iż nie wykazał on spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wszystkie dokumenty, których według stanowiska zamawiającego nie otrzymał on od odwołującego w żadnej mierze nie dotyczyły bowiem potwierdzenia spełnienia przezeń warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne (to jest przewidzianych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) a odnosiły się jedynie do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (to jest przewidzianych w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Zamawiający w trakcie posiedzenia i rozprawy wnosił o oddalenie odwołania. Przedstawiał uzasadnienie swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca AWAS-Systemy sp. z o.o. w Warszawie. Nie wykazał faktu przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia odwołującemu.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski wykonawców o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę odwołującego, wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów skierowane do odwołującego z dnia 15 stycznia 2013 r., pismo odwołującego z 17 stycznia 2013 r., rozstrzygnięcie postępowania z dnia 20 lutego 2013 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i stanowiska stron, złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła nieskuteczność zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy AWAS-Systemy sp. z o. o. w Warszawie. Odwołujący oświadczył, że nie otrzymał kopii zgłoszenia przystąpienia. W tej sytuacji to zgłaszający przystąpienie winien wykazać sporną okoliczność, albowiem to na nim w świetle art. 6 KC w zw. z art. 14 ustawy Pzp spoczywał ciężar jej udowodnienia. W ocenie Izby wykonawca obowiązku temu nie sprostął. W szczególności nie można było uznać za udowodniony fakt przesłania faksu z kopią zgłoszenia przystąpienia w oparciu o wydruk transmisji faksowej załączony do zgłoszenia przystąpienia. Dokument ten nie zawierał bowiem informacji pod jaki numer faks wysłano. W świetle art. 185 ust. 2 ustawy Pzp niewypełnienie obowiązku przesłania kopii zgłoszenia przystąpienia stronom stanowi przeszkodę do stwierdzenia skuteczności zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego. Powyższe skutkowało koniecznością niedopuszczenia zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w charakterze uczestnika postępowania.

W ocenie Izby, wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Posiadanie legitymacji do wniesienia odwołania ocenia się na moment jego wniesienia. Na ten moment oferta odwołującego, w świetle kryteriów oceny ofert określonych w SIWZ, była ofertą korzystniejszą od oferty wybranej, a jednocześnie nie było żadnej innej, korzystniejszej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zatem wykluczenie wykonawcy z udziału w postępowaniu, odrzucenie złożonej przez niego oferty, w sytuacji gdy wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, a jego oferta nie podlega odrzuceniu prowadzi do powstania szkody po stronie odwołującego w postaci poniesionych kosztów związanych z przygotowaniem oferty i udziałem w postępowaniu, a także utratą korzyści, z jakimi wiązało się uzyskanie zamówienia. Ustalenie, że z naruszeniem przepisów ustawy zamawiający wykluczył wykonawcę z postępowania, czy niezasadnie odrzucił jego ofertę, prowadziłoby do nakazania unieważnienia czynności wykluczenia, jak również unieważnienia czynności odrzucenia i tym samym oferta odwołującego mogłaby być uznana za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła następujący stan faktyczny.

Przedmiotem zamówienia jest montaż 380 przydomowych oczyszczalni ścieków na terenie Gminy Lisków. W pkt VI. F.3) SIWZ zamawiający zażądał aby wykonawcy złożyli wraz z

ofertą dokumenty potwierdzające, że oferowane przez nich roboty budowlane odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Wskazał, że do oferty należy załączyć:

- a) opis urządzeń technicznych, instrukcję obsługi oraz opis oferowanego zbiornika oraz całego systemu w postaci szkiców technicznych zawierających wymiary,
- b) Zamawiający wymaga aby urządzenia oczyszczalni ścieków spełniały wymagania normy PN-EN 12566-1:2004/A1 2006 co musi być potwierdzone raportem z badań wystawionym przez notyfikowane laboratorium. Dodatkowo Zamawiający wymaga dołączenia do oferty deklaracji zgodności urządzeń oczyszczalni z normą 12566-1:2004/A1 2006 oraz poświadczenia posiadania przez urządzenia oczyszczalni znaku CE,
- c) Zdjęcia oferowanego systemu oczyszczania (zbiornika, modułów, drenażu).

W dniu 21 grudnia 2012 r. zamawiający udzielił następujących wyjaśnień dotyczących treści SIWZ, będących odpowiedzią na wnioski wykonawców o wyjaśnienie:

Pytanie 1: *Jak państwo chcecie udowodnić skuteczność oczyszczania ścieków surowych i gdzie będą pobierane próbki zgodnie z Rozporządzeniem MŚ z 2006 roku, na które państwo się powołujecie?*

Odpowiedź 1: *Wobec wielu wątpliwości dot. istotnych warunków techniczno ekonomicznych wykonania oczyszczalni do 50 OLM Zamawiający zmienia proponowaną normę PN EN 12566-1 na normę PN En 12566-3, gdzie wszystkie sprawy techniczne są jasno określone. Rzeczywiście w normie PN EN 12566-1 nie ma skuteczności oczyszczania, a konieczna w takim wypadku norma EN 12566-6 nie jest jeszcze polską normą zharmonizowaną, stąd taka decyzja Zamawiającego. Wynika ona również z wymogów technicznych finansowania inwestycji ze środków unijnych. Zamawiający żąda wobec tego dostarczenia w ramach oferty protokołu głównego oraz 4 protokołów z poszczególnych badań nakazanych w załączniku normy PN EN 12566-3 wykonanych przez jednostkę notyfikowaną zgodnie z wykazem KE.*

Pytanie 4: *Na jakiej podstawie Państwo oceniliście, że będzie potrzebne 2432 m³ wymiany gruntu na podsypkę? Co oznacza, że podsypki będzie tylko 10 mb na jeden drenaż? Przy normalnej szerokości wykopu 0,6 m x 0,3 m podsypki i obsypki 2432 m³ : 0,18 m² = oznacza to przyjęcie długości drenaży na ok13511 mb : 380 szt = 35,5 mb drenażu na 1 urządzenie. Czyli zgodnie z normą i znanymi wzorami jest to drenaż dla 2,3 osoby na jednym urządzeniu.*

Odpowiedź 4: *Wobec innych pytań z tego zakresu, Zamawiający informuje, że żąda stosowania systemów rozsączania wg DIN 4261 tj. 1 m² powierzchni rozsączania/150 litrów/dzień lub na 1 osobę /dzień. Ilość podsypki i obsypki należy wyliczyć zgodnie z zaleceniami producenta. Z uwagi na ograniczone miejsca pod systemy rozsączania Zamawiający żąda wprowadzenia tuneli bądź skrzynek magazynująco rozsączających*

umożliwiających przejazd samochodem do 3,5 ton. Element rozsączania winien być opisany w ofercie wraz ze stosownym rysunkiem technicznym.

Pytanie 5: Zgodnie z Waszym zapisem „stopień oczyszczania musi być zgodny z wymogami zawartym w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 24 lipca 2006. Dz. U. 2006 Nr 137 poz. 984.” Stosując zapis art. 3 w zw. z art. 2 Dyrektywy ściekowej i art. 42 ust 4 Ustawy Prawo wodne oraz pierwszą kolumnę załącznika z powołanego przez Was Rozporządzenia proszę o wyjaśnienie , w jaki cudowny sposób te ścieki będą oczyszczone?

Odpowiedź 5: Zamawiający zgodnie z Rozporządzeniem wymaga stopnia oczyszczania jak dla oczyszczalni poniżej 2000 RLM – Załącznik nr 1 rozporządzenia. Potwierdzeniem skuteczności oczyszczania będzie protokół badań z jednostki notyfikowanej. Zamawiający żąda wykonania studzienki pomiarowo kontrolnej po wykonaniu reaktora oczyszczalni a przed systemem rozsączania w celu umożliwienia pobrania ewentualnych próbek ścieków oczyszczonych i dokonania kontroli deklarowanej skuteczności oczyszczania ścieków surowych.

Pytanie 42: Na jakim etapie przetargu, Zamawiający będzie żądał udokumentowania (na podstawie protokołu wykonanego przez jednostkę notyfikowaną z UE) skuteczności oczyszczania ścieków?

Odpowiedź 42: Na etapie złożenia oferty.

Ustalono ponadto, że odwołujący złożył wraz z ofertą m.in. kartę katalogową oczyszczalni ZBS, a także protokół z badania zgodności typu wyrobu nr 1017-CPD-05.455.180 z 15.03.2012 r. wydany przez TUV SUD Czech s.r.o. w Pradze wraz z protokołem badawczym nr ewidencyjny 05.454.349 z 9.3.2012 r.

W dniu 15 stycznia 2013 r., zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wezwał odwołującego do:

- 1) uzupełnienia opisu systemu rozsączającego wraz z rysunkiem technicznym odnoszącym się do 6 RLM, tj. 6 m² powierzchni rozsączanych, a ponadto ponieważ system rozsączania nie jest jeszcze określony w normie zharmonizowanej i nie ma możliwości oznakowania go CE – dodatkowo o złożenie europejskiej lub krajowej aprobaty technicznej. Zamawiający wskazał, że obowiązek złożenia takiego opisu wynikał z odpowiedzi nr 4 z 21.12.2012 r., zaś „w ofercie nie było jednoznacznego opisu i rysunku systemu rozsączającego”,
- 2) uzupełnienia pełnych protokołów z badań skuteczności oczyszczania, wytrzymałości i trwałości. Zamawiający wskazał, że obowiązek złożenia pełnych protokołów z badań

wynikał z odpowiedzi nr 1, 5 i 42 z 21.12.2012 r., zaś odwołujący „przedłożył jedynie protokół główny wraz z protokołem wodoszczelności. Nie przedłożył pełnych protokołów z badań skuteczności oczyszczania, wytrzymałości i trwałości”,

- 3) określenia częstotliwości wywozu osadu, jego objętości, sposobu określenia czasu wywozu i wskazanie w oferowanym kontenerze oczyszczalni zbiornika na magazynowanie tego osadu. Zamawiający wskazał, że ma wątpliwości dot. wywożenia osadów nadmiernych i możliwości magazynowania ich w reaktorze oczyszczalni pomiędzy okresami wywożenia,
- 4) uzupełnienia jednoznacznego rysunku technicznego (rzut pionowy) całego systemu oczyszczania ścieków wraz z opisem techniczno technologicznym oferowanego całego systemu oczyszczania ścieków. Zamawiający wskazał, że ma wątpliwości dot. oferty w części posadowienia przyłącza, reaktora oczyszczalni, studzienki kontrolno pomiarowej i systemu rozsączania w kontekście wymogu posadowienia ich poniżej strefy przemarzania.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący złożył:

- 1) kartę katalogową oczyszczalni ZBS,
- 2) kartę katalogową tuneli rozsączających,
- 3) rysunek oczyszczalni wraz z systemem rozsączania w postaci tuneli,
- 4) protokół z badania zgodności typu wyrobu nr 1017-CPD-05.455.180 z 15.03.2012 r. wydany przez TUV SUD Czech s.r.o. w Pradze wraz z protokołem badawczym nr ewidencyjny 05.454.349 z 9.3.2012 r. (tożsamy ze złożonym już wraz z ofertą),
- 5) protokół inspekcyjny nr 05.146.893 z 28.11.2011 r. wydany przez TUV SUD Czech s.r.o. w Pradze,
- 6) oświadczenie Instytutu Ochrony Środowiska z 27.12.2012 r. zgodnie z którym odwołującemu przyznano aprobaty AT/2012-08-0352 i AT/2012-08-0353, dotyczące odpowiednio studzienek Wobet Hydret i złożeń rozsączających Wobet Hydret typ I i II, tuneli rozsączających, studni chłonnych. Wskazano w nim ponadto, że aprobaty są w trakcie opracowywania. Przewiduje się, że prace nad tekstami aprobat zostaną ukończone w styczniu 2013 r.

Zamawiający, pismem z dnia 20 lutego 2013 r. poinformował odwołującego, że pomimo wezwania do uzupełnienia oferty zamawiający nie otrzymał wymaganych dokumentów. Wskazał, że ustalił iż wykonawca nie dostarczył protokołów badawczych wodoszczelności, wytrzymałości, trwałości oraz skuteczności oczyszczania. W oparciu o oświadczenie Instytutu Ochrony Środowiska z 27.12.2012 r. zamawiający ustalił, że odwołujący jest w trakcie procedury uzyskiwania aprobaty na złoże rozsączające w postaci

tuneli oraz na studnie chłonne. A zatem na dzień złożenia oferty i daty wniesienia wyjaśnień nie posiada aprobaty technicznej.

Zamawiający ustalił ponadto, że ponieważ odwołujący złożył rysunek techniczny (rzut pionowy) bez rzędnych, to na jego podstawie można tylko domniemywać, że przykrycie tuneli rozsączających wynosi 0,65, co przy braku aprobaty technicznej nie daje podstaw do oceny możliwości przejezdności nad tunelami przez pojazdy o masie całkowitej do 3,5 t. Zamawiający wskazał ponadto, że odwołujący nie odniósł się do kwestii częstotliwości wywozu osadu, jego objętości, sposobu określenia czasu wywozu i wskazania w oferowanym kontenerze oczyszczalni zbiornika na magazynowanie tego osadu.

W oparciu o tak ustalony stan faktyczny zamawiający wywiódł, że odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu i jego oferta podlega wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Ponadto w związku z powyższym oferta odwołującego podlega również odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu ustalonego przez zamawiającego stanu faktycznego, a jedynie podstawę prawną „wykluczenia jego oferty”, jak również odrzucenia jego oferty.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.

Zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym, jednakże odwołanie podlegało oddaleniu z powodu niespełniania przesłanek z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

W pierwszej kolejności podkreślenia wymaga, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu ustalonego przez zamawiającego stanu faktycznego. W świetle pisma zamawiającego z 20 lutego 2013 r. jako podstawę faktyczną rozstrzygnięcia zamawiającego wskazano:

- a) niezpełnienie, pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wymaganych protokołów badawczych wodoszczelności, wytrzymałości, trwałości oraz skuteczności oczyszczania,
- b) niezpełnienie, pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, aktualnej na dzień składania ofert aprobaty technicznej na złożę rozsączające w postaci tuneli oraz na studnie chłonne,
- c) niezpełnienie, pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, rysunku technicznego (rzutu pionowego) obejmującego rzędne,
- d) niezpełnienie, pomimo uprzedniego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, opisu częstotliwości wywozu osadu, jego objętości, sposobu określenia czasu wywozu i

wskazania w oferowanym kontenerze oczyszczalni zbiornika na magazynowanie tego osadu.

Z powyższego wynika, że zamawiający poinformował odwołującego o faktycznych podstawach nieoceniania merytorycznie jego oferty i w efekcie jej „wykluczenia” i odrzucenia. Powyższe umożliwiło odwołującemu odczytanie woli zamawiającego co do jego oferty i w efekcie na postawienie zamawiającemu w tym zakresie zarzutów odwołania, które podlegałyby merytorycznej kontroli Izby. Tymczasem odwołujący nie zarzucił, że zamawiający błędnie ustalił stan faktyczny. Nie podniósł przykładowo w odwołaniu, iż wbrew twierdzeniom zamawiającego złożył wymagane dokumenty, czy udzielił stosownych wyjaśnień. O tym, że odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu choćby jednym zdaniem podstawy faktycznej rozstrzygnięcia świadczyło również jego stanowisko przedstawione w trakcie rozprawy. Odwołujący wyraźnie oświadczył, że świadomie nie wdał się z zamawiającym w polemikę czy złożył dokumenty na potwierdzenie, że oferowane roboty odpowiadają wymaganiom zamawiającego czy też nie, gdyż jego zdaniem byłoby to przedwczesne. Uznał bowiem, że rozstrzygnięcie zamawiającego nie dotyczyło nieuzupełnienia dokumentów przedmiotowych. Powyższego stanowiska odwołującego nie sposób podzielić. Rozstrzygnięcie zamawiającego dotyczyło bowiem wyłącznie tej kwestii. Wszak niewątpliwie protokoły badawcze wodoszczelności, wytrzymałości, trwałości oraz skuteczności oczyszczania, aprobaty techniczne, rysunki techniczne, czy opisy częstotliwości wywozu osadu, są dokumentami, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a nie art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp. Powyższego nie zmienia nieprawidłowe nazwanie tych dokumentów jako podmiotowych a nie przedmiotowych.

W tej sytuacji Izba stwierdziła, że wobec niezakwestionowania przez odwołującego w odwołaniu poczynionych przez zamawiającego ustaleń faktycznych musi je przyjąć za podstawę faktyczną wyrokowania. Powyższe wynika z treści art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, *„O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.”*

Z omawianych względów Izba pominęła przy wyrokowaniu złożony przez odwołującego w trakcie rozprawy dokument - pismo Instytutu Ochrony Środowiska z 8 marca 2013 r., który służyć miał wykazaniu, że na dzień upływu terminu składania ofert odwołujący dysponował aprobatami technicznymi na złożę rozsączające w postaci tuneli oraz na studnie

chłonne. Sformułowanie zarzutu wobec stanu faktycznego nastąpiło dopiero na rozprawie, a nie w odwołaniu, co było w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp spóźnione.

W świetle treści odwołania sporna pomiędzy stronami była zatem jedynie wskazana przez zamawiającego podstawa prawna „wykluczenia oferty” odwołującego, jak również odrzucenia jego oferty. Odwołujący podniósł, że dokumenty których miał nie uzupełnić nie dotyczyły potwierdzenia spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne (to jest przewidzianych w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) a odnosiły się jedynie do oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego (to jest przewidzianych w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp). Z powyższego wywodził, że zamawiający nie mógł wykluczyć go z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp – tj. z powodu niewykazania spełnienia warunków, co w konsekwencji doprowadziło również do naruszenia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Stanowisko odwołującego w tym zakresie jest słuszne, zaś zamawiający naruszył przywołane przez odwołującego przepisy ustawy Pzp, tj. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Dostrzeżenia wymaga, że ustawa Pzp przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ustawy Pzp i odrzucenie oferty na podstawie art. 89 i 90 ustawy Pzp. Instytucja wykluczenia wykonawcy ściśle wiąże się z uchybieniami związanymi z właściwościami podmiotu, który złożył ofertę, zaś instytucja odrzucenia oferty - ze stroną przedmiotową oferty (przedmiotem świadczenia). Zamawiający zaś uznał, że ustalony przez niego stan faktyczny prowadzi do „wykluczenia oferty” z powodu niewykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, która to instytucja nie jest znana ustawie Pzp. Należy przy tym wyjaśnić, że jeśli o chodzi o dokumenty o których mowa w art. 25 ust. 1 to można wyróżnić dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i dokumenty podmiotowe tj. potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). W razie ich niezłożenia, w przypadku obu rodzajów dokumentów obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie do ich uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Jednakże konsekwencje nieuzupełnienia w wyznaczonym terminie wymaganych dokumentów różnią się w zależności od ich rodzaju. W przypadku dokumentów przedmiotowych sankcją jest odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, zaś w przypadku dokumentów podmiotowych - wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, z powodu niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dokumenty, których odwołujący w świetle pisma zamawiającego z dnia 20 lutego 2013 r. nie uzupełnił, są dokumentami przedmiotowymi. Skoro zatem zamawiający stwierdził, nie złożono tego rodzaju dokumentów, zobowiązany był odrzucić ofertę odwołującego na

podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Natomiast wykonawca z omawianych względów nie podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp, ani tym bardziej „wykluczeniu nie podlegała jego oferta”. W konsekwencji nieprawidłowym było również przywołanie przez zamawiającego jako dodatkowych podstaw prawnych rozstrzygnięcia art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, wiążących się z instytucją wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Z przepisu tego wynika, że nie każde naruszenie przepisów ustawy Pzp prowadzi do uwzględnienia odwołania. Musi być to bowiem naruszenie kwalifikowane, skutkujące zmianą lub możliwością zmiany wyniku postępowania. Zaś za wynik postępowania należy uznać jego rezultat (tj. wybór danej oferty jako najkorzystniejszej, bądź unieważnienie postępowania). W ocenie Izby naruszenie przez zamawiającego przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4 i art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie ma i nie może mieć żadnego wpływu na wynik postępowania. Jak bowiem wyjaśniono wcześniej, oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Poprawienie jedynie błędnej podstawy prawnej nie zmieni w żaden sposób sytuacji w postępowaniu. W dalszym ciągu odwołujący nie uzyskuje zamówienia, zaś oferta wykonawcy AWAS-Systemy sp. z o.o. w Warszawie pozostaje ofertą najkorzystniejszą. Powyższe – wobec niezastąpienia przesłanek z art. 192 ust. 2 ustawy Pzp - obligowało Izbę do oddalenia odwołania. Tym samym podzielono uprzednio wyrażane stanowisko w orzecznictwie stanowisko, iż *nieprawidłowa kwalifikacja prawna dokonanej przez Zamawiającego czynności przy właściwych faktycznych podstawach jej dokonania nie może skutkować uwzględnieniem odwołania. Co najwyżej nieścisłość formalna w tym zakresie może skutkować uznaniem przez Izbę, że to formalne naruszenie przepisów ustawy Pzp pozostaje bez wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego – stosownie do art. 192 ust. 2 ustawy Pzp* (por. wyrok Izby z 11 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1085/12).

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania – na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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: