

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2013 r. przez wykonawcę - **konsorcjum w składzie: A.S.A Tarnobrzeg sp. z o.o. (lider), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **39-400 Tarnobrzeg, ul. Władysława Jasińskiego 19** w postępowaniu prowadzonym przez: **Gmina Sędziszów, 28-340 Sędziszów, ul. Dworcowa 20**

przy udziale wykonawcy: **T..... C....., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.P.H.U. „TAMAX” T..... C....., 28-340 Sędziszów, ul. Dworcowa 46,** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę - **konsorcjum w składzie: A.S.A Tarnobrzeg sp. z o.o. (lider), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **39-400 Tarnobrzeg, ul. Władysława Jasińskiego 19** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę - **konsorcjum w składzie: A.S.A Tarnobrzeg sp. z o.o. (lider), Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej sp. z o.o. w Zabrze** z siedzibą dla lidera konsorcjum: **39-400 Tarnobrzeg, ul. Władysława Jasińskiego 19** 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 **Kielcach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego na „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Sędziszów w okresie od dnia 1 lipca 2013 roku do dnia 31 grudnia 2014 roku” wykonawcy wspólnie ubiegający się o to zamówienie: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o. (lider konsorcjum) z siedzibą w Tarnobrzegu oraz Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. w Zabrze z siedzibą w Zabrze (dalej „konsorcjum A.S.A.”) złożyli odwołanie wobec czynności i zaniechań Gminy Sędziszów (dalej „zamawiający”), polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia z postępowania oraz uznaniu za odrzuconą oferty wykonawcy P.P.H.U. „TAMAX” T..... C..... (dalej „TAMAX”), pomimo braku wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,
2. zaniechaniu wezwania wykonawcy TAMAX do złożenia uzupełnień dotyczących przedstawionych referencji,
3. zaniechaniu odrzucenia oferty TAMAX, pomimo iż złożona oferta nie odpowiada specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”),
4. wyborze oferty TAMAX jako najkorzystniejszej, pomimo że wykonawca TAMAX podlegał wykluczeniu z postępowania, a jego oferta winna zostać odrzucona, czym zamawiający naruszył:
 1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. Nr 113 z 2010 r., poz. 759 z późn. zm.) (dalej „ustawa Pzp”) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy TAMAX oraz zaniechanie uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu,
 2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie wezwania do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących przedstawionych przez TAMAX referencji,
 3. art. 87 ust. 1 zd. drugie oraz ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty TAMAX, pomimo iż była ona niezgodna z SIWZ oraz dokonała istotnych zmian wymagań zawartych w SIWZ,
 4. art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wybór, jako najkorzystniejszej, oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty TAMAX,
2. ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, wykluczenia TAMAX z postępowania i uznania jego oferty za odrzuconą, względnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty TAMAX,

3. wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert złożonych przez pozostałych wykonawców niepodlegających wykluczeniu lub ewentualnie spośród pozostałych nieodrzuconych ofert.

W zakresie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy TAMAX oraz zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo niewykazania przez niego spełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący podał, że zamawiający zobligował wykonawców w SIWZ do przedstawienia, jako załącznika nr 6 do oferty, wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń, którymi dysponuje lub będzie dysponował wykonawca do wykonania przedmiotu zamówienia.

Odwołujący podał także, że wykonawca TAMAX w załączniku nr 6 do oferty, datowanym na dzień 6 marca 2013 roku (dzień składania ofert) przedstawił wykaz narzędzi oraz urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia. Wskazał, że wykaz nie zawierał opisu, które samochody specjalistyczne są przeznaczone do odbioru odpadów zmieszanych, które do odbioru selektywnie zebranych, a który samochód jest przeznaczony do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej, w związku z czym zamawiający, zgodnie z treścią art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę TAMAX, pismem z dnia 14 marca 2013 r., do uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przedmiotowego warunku.

Odwołujący podał również, że TAMAX - w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia braków, przedłożył uzupełnienie w piśmie datowanym na dzień 18 marca 2013 r.

Odwołujący ocenił, że uzupełniony wykaz narzędzi i urządzeń technicznych niezbędnych do realizacji przedmiotowego zamówienia spełnia wszystkie przesłanki materialne, jednakże podniósł, że jest datowany na dzień 18 marca 2013 r., co – w ocenie odwołującego – stanowi naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ dokumenty przedstawione przez wykonawców w wyniku wezwania ich do uzupełnienia powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Odwołujący na tej podstawie doszedł do przekonania, że dokumenty złożone w wyniku wezwania zamawiającego winny w treści potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, tj. w przedmiotowej sprawie w dniu 6 marca 2013 r., natomiast TAMAX przedstawił dokument datowany na dzień 18 marca 2013 r.

W ocenie odwołującego przedstawiony przez TAMAX wykaz pojazdów spełnia określone warunki w dacie widniejącej na dokumencie, tj. na dzień 18 marca 2013 r.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących przedstawionych referencji odwołujący podał, że zamawiający w SIWZ żądał od wykonawców przedstawienia dokumentów potwierdzających wykonywanie w okresie ostatnich 3 lat przed terminem składania ofert, a jeśli okres działalności jest krótszy, to w tym okresie, co najmniej 1 zamówienia polegającego na odbiorze odpadów komunalnych przez okres co najmniej 12 miesięcy o łącznej masie co najmniej 3 500 Mg, na potwierdzenie czego zobowiązał wykonawców do przedstawienia referencji.

Odwołujący podał także, że wykonawca TAMAX w załączniku nr 5 do oferty przedstawił wykaz wykonywanych usług, potwierdzony 5 referencjami. Podniósł, że jedynie w jednym z zamówień została określona wielkość odebranych odpadów komunalnych w wysokości 3 890 Mg - zamówienie realizowane na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych „TAMAX” S..... C..... z siedzibą w Sędziszowie.

Zdaniem odwołującego „przez wzgląd na zbieżność nazwy firmy, nazwiska oraz miejscowości” zamawiający powinien powziąć wątpliwość, co do rzetelności przedstawionych referencji i zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zwrócić się do TAMAX o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonego dokumentu, tym bardziej, że wyszczególnione zamówienie jest jedynym, które spełnia warunki określone w SIWZ co do wielkości odebranych odpadów komunalnych.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z literalnym brzmieniem przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń w szczególności prawo takie będzie przysługiwało zamawiającemu w przypadku, gdy powźmie wątpliwości co do rzetelności oświadczeń przedkładanych przez któregokolwiek z wykonawców.

W ocenie odwołującego w zaistniałym stanie faktycznym zamawiający powinien powziąć wątpliwość, czy referencje załączone do oferty przez TAMAX rzeczywiście potwierdzają wykonywanie przez TAMAX usług w sposób należyty.

W zakresie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty TAMAX, pomimo iż była ona niezgodna z SIWZ oraz dokonała istotnych zmian wymagań zawartych w SIWZ odwołujący podał, że w przedmiotowym postępowaniu zamawiający dwukrotnie informował wykonawców o zmianach treści SIWZ.

W ocenie odwołującego, składając swoją ofertę TAMAX nie uwzględnił w niej zmian wprowadzonych powyższymi zmianami, co spowodowało niezgodność jego oferty z SIWZ. Odwołujący podał nadto, że zamawiający:

- udzielając odpowiedzi na pytanie 1 wykonawcy z dnia 24 stycznia 2013 r. dokonał zmiany w SIWZ, zastępując wszystkie sformułowania wymieniające RZZO Włoszczowa zapisem „Podmiot odbierający odpady zobowiązany jest przekazywać

zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania, przeznaczone do składowania do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa świętokrzyskiego” jako instalacji regionalnych dla Gminy Sędziszów””,

- udzielając odpowiedzi na pytanie 2 wykonawcy z dnia 29 stycznia r. dokonał zmiany w załączniku nr 1 *Formularzu ofertowym*.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp *in fine* niedopuszczalne jest dokonywanie jakichkolwiek zmian w treści oferty, zaś zamawiający opierając się na treści przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp może jedynie poprawić oczywiste omyłki pisarskie, oczywiste omyłki rachunkowe oraz inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty. Zdaniem odwołującego popełniona przez TAMAX omyłka ma charakter pisarski, nie jest to jednak omyłka oczywista. Ponieważ zamawiający dokonał w SIWZ istotnych zmian, to nie może być w takim przypadku mowy o spełnieniu wymogu „oczywistości”.

W ocenie odwołującego:

- nie jest to omyłka rachunkowa,
- popełniona przez TAMAX omyłka, pomimo spełnienia wymogu zaliczenia jej do kategorii innych omyłek, nie spełnia kryterium niespowodowania istotnych zmian w ofercie.

Odwołujący stwierdził, że TAMAX przedstawiając swoją ofertę wytworzył oświadczenie woli, znacznie różniące się od wyrażonego przez zamawiającego w SIWZ, ponieważ nie można uznać, że całkowite pominięcie przez TAMAX sformułowania „i obejmuje wszystkie koszty i narzuty związane z realizacją przedmiotu Umowy wynikające z obowiązków Wykonawcy określone w Umowie, SIWZ a niezbędnych do wykonania przedmiotu Umowy” nie powoduje istotnych zmian w treści oferty. Podobnie – zdaniem odwołującego – należy ocenić wymienienie przez TAMAX RZZO Włoszczowa jako instalacji, do której będzie składował odpady komunalne.

Według odwołującego, skoro zamawiający, zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, dokonał zmiany treści SIWZ, a tej dokonuje się jedynie w przypadkach uzasadnionych, to można stwierdzić, że zamawiający dostrzegł sprzeczność uregulowań zawartych w SIWZ z przepisami powszechnie obowiązującego prawa - w przeciwnym wypadku nie można byłoby mówić o wypadku uzasadnionym i koniecznym dla wprowadzenia takiej zmiany. Skoro więc – wywodził odwołujący – dokonanie przedmiotowej zmiany było dla zamawiającego niezbędne, to spełnia ona znamiona zmiany istotnej.

W zakresie zarzutu wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z przepisami

ustawy Pzp odwołujący wskazał, że oczywistym jest, iż nie sposób udzielić zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ani też dokonać oceny oferty podlegającej odrzuceniu, co prowadzić musi do wniosku, że naruszenie przez zamawiającego przepisów ustawy jest ewidentne.

Na podstawie dopuszczonych przez skład orzekający Izby, wskazanych poniżej dowodów z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przedłożonej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, odwołania konsorcjum A.S.A. z dnia 12 kwietnia 2013 r., odpowiedzi zamawiającego z dnia 24 kwietnia 2013 r., a także stanowisk stron i przystępującego, zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołującemu się konsorcjum A.S.A. przysługiwało prawo do wniesienia odwołania, ponieważ wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez odwołującego się, będącej konsekwencją zaskarżonych w odwołaniu czynności i zaniechań zamawiającego.

Izba ustaliła, iż odwołujące się konsorcjum A.S.A. złożyło w przedmiotowym postępowaniu ofertę, która została przez zamawiającego sklasyfikowana na miejscu drugim – bezpośrednio za ofertą wykonawcy TAMAX (Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 kwietnia 2013 r.). Zarzuty podniesione w odwołaniu zmierzają do odrzucenia oferty wykonawcy TAMAX, co – biorąc pod uwagę fakt, że odwołujące się konsorcjum A.S.A. złożyło ofertę sklasyfikowaną bezpośrednio za ofertą wykonawcy TAMAX oznacza, że uwzględnienie odwołania konsorcjum A.S.A. da temu wykonawcy szansę na uzyskanie zamówienia.

Odnosząc się do argumentacji, przemawiającej, zdaniem zamawiającego, za brakiem po stronie odwołującego się konsorcjum A.S.A. interesu w uzyskaniu zamówienia, skład orzekający Izby stwierdza, że uchwalenie w budżecie Gminy Sędziszów (zamawiającego) na realizację całości zadań składających się na przedmiot zamówienia (na 18 miesięcy) kwoty 1 356 096,00 zł, podczas gdy oferta konsorcjum przekracza wskazaną kwotę, i przekonanie, że „przetarg należałoby unieważnić, wobec treści art. 93 ust. 1 pkt. 4” (w odpowiedzi na odwołanie omyłkowo zamawiający wskazał jako podstawę art. 93 ust. 1 pkt 3 – omyłkowe wskazanie tej podstawy pełnomocnik zamawiającego potwierdził na rozprawie) nie może obecnie - wobec brzmienia wskazanego przepisu, umożliwiającego zamawiającemu podwyższenie tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty – być powodem uznania, że

odwołujące się konsorcjum A.S.A. nie legitymuje się interesem, o którym mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający będzie zobligowany unieważnić przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, o ile rzeczywiście budżet nie będzie mógł zostać i nie zostanie zwiększony, jednak na ten moment jest to przedwczesne. Rację należy przyznać odwołującemu się konsorcjum A.S.A., które na rozprawie podniosło, iż zamawiający będzie musiał uwzględnić konsekwencje braku wyboru wykonawcy w terminie pozwalającym zapewnić mieszkańcom odbiór odpadów komunalnych od 1 lipca 2013 r.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie następujące dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienie publicznego:

1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej nadal „SIWZ”),
2. pisma zamawiającego z dnia 6 lutego 2013 r. – wyjaśnienia i zmiany treści SIWZ,
3. pisma zamawiającego z dnia 11 lutego 2013 r. – zmiana treści SIWZ – przedłużenie terminu składania ofert,
4. oferty wykonawcy TAMAX,
5. wezwania zamawiającego z dnia 14 marca 2012 r. skierowanego do wykonawcy TAMAX na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia *Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia*, z tego powodu, że nie zawiera opisu, które samochody specjalistyczne są przeznaczone do odbioru odpadów zmieszanych, które do odbioru selektywnie zebranych, a który samochód jest przeznaczony do odbioru odpadów bez funkcji kompaktyfikującej,
6. odpowiedzi wykonawcy TAMAX na ww. wezwanie – pismo z dnia 18 marca 2013 r. wraz z *Wykazem narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia*,
7. Zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 5 kwietnia 2013 r.

Zarzut zaniechania wykluczenia wykonawcy TAMAX oraz zaniechania uznania jego oferty za odrzuconą, pomimo niewykazania przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, czym zamawiający naruszył przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 3 oraz w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujące się konsorcjum A.S.A. zakwestionowało przyjęcie przez zamawiającego i uczynienie podstawą pozytywnej oceny spełnienia warunku dysponowania niezbędnym

potencjałem technicznym przez wykonawcę TAMAX, *Wykazu narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia*, złożonego przez tego wykonawcę w dniu 18 marca 2013 r., tj. po dniu 6 marca 2013 r., w którym upłynął termin składania ofert

Wyjaśnić należy, że w dniu 14 marca 2013 r. w wezwaniu skierowanym na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający zażądał od wykonawcy TAMAX uzupełnienia dokumentu - *Wykazu niezbędnych do wykonania zamówienia narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia* (dalej także „Wykaz”), z tego powodu, że nie zawiera opisu, które samochody specjalistyczne są przeznaczone do odbioru odpadów zmieszanych, które do odbioru selektywnie zebranych, a który samochód jest przeznaczony do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej. Zamawiający powołał się na postanowienie rozdziału VII pkt 1 ppkt 7 SIWZ.

Wskazać zatem należy, że w rozdziale VII pkt 1 ppkt 7 SIWZ, w brzmieniu nadanym ostatecznie po modyfikacji SIWZ z dnia 6 lutego 2013 r., zamawiający zażądał złożenia na potwierdzenie dysponowania niezbędnymi do realizacji zamówienia narzędziami i urządzeniami, tj. co najmniej: (1) dwoma samochodami specjalistycznymi o ładowności min. 10 Mg do odbioru odpadów zmieszanych, (2) dwoma samochodami o ładowności 3,5 Mg do odbioru selektywnie zebranych odpadów oraz (3) jednym samochodem do odbioru odpadów bez funkcji kompaktującej (nie wskazano tonażu), *Wykazu* wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi zasobami. Pierwotnie – przed modyfikacją SIWZ, wykonawcy byli zobowiązani złożyć także kserokopie dowodów rejestracyjnych pojazdów wskazywanych w *Wykazie*.

W wyniku wezwania wykonawca TAMAX złożył *Wykaz*, w którym – zgodnie z oczekiwaniem zamawiającego – wskazał wprost przeznaczenie pojazdów. Odwołujący przyznał, że uzupełniony *Wykaz* „spełnia wszystkie przesłanki materialne”, jednak jest datowany na 18 marca 2013 r., stanowiąc tym samym, zdaniem odwołującego się konsorcjum A.S.A., naruszenie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, ponieważ nie potwierdza spełnienia warunku na dzień, w którym upłynął termin składania ofert, tj. 6 marca 2013 r.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że postanowienia SIWZ nie precyzowały, na czym polegać ma opis pojazdów. Postanowienia rozdziału VII pkt 1 ppkt 7 SIWZ ograniczały się do nałożenia na wykonawców obowiązku złożenia *Wykazu* wraz z informacją o podstawie dysponowania pojazdami (co w istocie było powtórzeniem kolumny piątej *Wykazu*: „zasób własny/innego podmiotu”), zaś dopiero w samym *Wykazie* w kolumnie drugiej („Opis”) zamawiający wskazał lakonicznie, że podać należy rodzaj pojazdu (narzędzia/urządzenia). W ocenie składu orzekającego trudno z takiego brzmienia postanowień SIWZ doszukać się w ogóle podstawy do wzywania wykonawcy TAMAX do

uzupełnienia dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp w zakresie opisu, poprzez podanie przeznaczenia poszczególnych samochodów, skoro podanie, że dysponuje się śmieciarką bezpylną (poz. 1, 2 i 3) oraz bramowcem (poz. 4) jest niewątpliwie także opisem pojazdu. W orzecznictwie, w tym Krajowej Izby Odwoławczej, wielokrotnie podkreślano, że nieprecyzyjne brzmienie postanowień SIWZ nie może obarczać wykonawców negatywnymi dla nich konsekwencjami.

W drugiej kolejności dostrzeżenia wymaga, że opracowany przez zamawiającego wzór załącznika nr 5 do SIWZ (*Wykaz niezbędnych narzędzi i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu realizacji zamówienia*) wymagał m.in. podania miejscowości i daty wypełnienia tego załącznika. W konsekwencji tego ustalenia stwierdzić należy, że miejscowość i data podane w uzupełnionym przez wykonawcę TAMAX *Wykazie* (pod tabelą z wyszczególnionymi pojazdami) to nic innego, jak miejscowość i data sporządzania samego załącznika – *Wykazu*. Miejscowość mogła być taka sama (i tak właśnie było) jak w *Wykazie* złożonym wraz z ofertą, jednak data już, ponieważ byłoby to niemożliwe (niezgodne ze stanem faktycznym) – *Wykaz* był uzupełniany na wezwanie z dnia 14 marca 2013 r., a więc nie mogła widnieć tam data 6 marca 2013 r. (inną możliwością było pozostawienie miejsca i daty sporządzenia załącznika bez jakiegokolwiek oznaczenia).

W ocenie składu orzekającego Izby data sporządzenia samego załącznika (18 marca 2013 r.), biorąc pod uwagę „budowę” opracowanego przez zamawiającego załącznika (oczekiwania wskazania miejsca i daty), jak i okoliczność, że był on sporządzany na wezwanie zamawiającego (14 marca 2013 r.), nie może stanowić podstawy do uznania, że dopiero na ten dzień wykonawca wykazał, że dysponował niezbędnym potencjałem technicznym.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że zarówno w *Wykazie* sporządzonym w dniu 6 marca 2013 r., jak i w *Wykazie* sporządzonym w dniu 18 marca 2013 r. wykonawca TAMAX wskazał takie same samochody, tj. o ładowności (poz. 1) 11,5 t – 3 szt., (poz. 2) 4,16 t. – 1 szt., (poz. 3) 5,44 t. – 1 szt. i (poz. 4) 8,50 t. – 1 szt., które w obu *Wykazach* opisał jako: (poz. 1, 2 i 3) śmieciarka bezpylna, (poz. 4) bramowiec oraz którymi dysponował jako właściciel.

Na tej podstawie skład orzekający uznał, że istnieją wystarczające podstawy, aby przyjąć że w dniu 18 marca 2013 r. wykonawca TAMAX sprecyzował opis w zakresie przeznaczenia takich samych samochodów, jakie opisywał w dniu 6 marca 2013 r. Gdyby postanowienia SIWZ nie zostały przez zamawiającego zmodyfikowane, fakt, że są to nie tylko takie same, ale i te same samochody mógłby być dodatkowo potwierdzony dowodami rejestracyjnymi tych pojazdów.

Reasumując powyższe stwierdzić należy, że skoro wykonawca TAMAX dysponował w dniu 6 marca 20113 r. samochodami w licznie 6, o wymaganym tonażu, opisanymi jako

bezpylne (5 z 6 szt), bramowiec (1 szt.), których był właścicielem, to uznać należy, że dodatkowy opis tych samochodów w dniu 18 marca 2013 r. oznacza wykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunku w zakresie potencjału technicznego opisanego w rozdziale VII pkt 1 ppkt 7 SIWZ już na dzień 6 marca 2013 r.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku - odnosząc się do poglądu odwołującego się konsorcjum A.S.A. zaprezentowanego na rozprawie (niedopuszczalność łącznego czytania dokumentów: pierwotnego i uzupełniającego w celu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu), że w tym przypadku nie nastąpiło łączne czytanie dokumentów - Wykazów złożonych przez wykonawcę TAMAX w dniu 6 i 18 marca 2013 r., ponieważ wszystkie oczekiwania zamawiającego - te wyartykułowane w SIWZ oraz te wynikające z wezwania z dnia 14 marca 2013 r. (opis przeznaczenia pojazdów) potwierdza dokument sporządzony w dniu 18 marca 2013 r. To, co zostało ustalone łącznie na podstawie Wykazu sporządzonego w dniu 6 marca 2013 r., wezwania zamawiającego z dnia 14 marca 2013 r., a także pisma przewodniego wykonawcy TAMAX z dnia wraz z Wykazem sporządzonym w dniu 18 marca 2013 r. to moment, do którego odnosi się Wykaz sporządzony w dniu 18 marca 2013 r., co wymaga jednak rozróżnienia.

Zarzut zaniechania wezwania wykonawcy TAMAX do uzupełnienia wyjaśnień dotyczących przedstawionych referencji, czym zamawiający naruszył przepis art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odwołujące się konsorcjum A.S.A. zakwestionowało przyjęcie przez zamawiającego i uczynienie podstawą pozytywnej oceny spełnienia przez wykonawcę P.P.H.U. „TAMAX” T..... C....., ul. Dworcowa 46, 28-340 Sędziszów warunku posiadania wymaganego doświadczenia, referencji, potwierdzających wskazaną w Wykazie wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych usług w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usługę ciągłą (od 2011 roku) polegającą na odbiorze i odzysku odpadów komunalnych z powiatu jędrzejowskiego, włoszczowskiego i krakowskiego. Usługa ta – jak wynika z referencji – była świadczona w ramach umowy zawartej z P.U.K. „TAMAX”, ul. Dworcowa 46, 28-340 Sędziszów, której właścicielem jest S..... C.....

W ocenie odwołującego się konsorcjum A.S.A. „przez wzgląd na zbieżność nazwy firmy, nazwiska oraz miejscowości Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do rzetelności przedstawionych referencji i zgodnie z art. 26 ust. 4 PZP zwrócić się do P.P.H.U. „TAMAX” o złożenie wyjaśnień dotyczących treści złożonego dokumentu. Tym bardziej, że

wyszczególnione zamówienie jest jedynym, które spełnia warunki określone w SIWZ co do wielkości odebranych odpadów komunalnych”.

Skład orzekający Izby stanął na stanowisku, przychyłając się tym samym do stanowiska zamawiającego, że tożsamość nazwisk właścicieli firm, te same adresy prowadzenia działalności (nazwy firm są bardzo podobne, ale nie są tożsame) nie uzasadniają uznania, że referencje nie są prawdziwe, czy obiektywne, ponieważ zostały udzielone przez odrębnego przedsiębiorcę, którego odmienne traktowanie niż podmiotów nie posiadających „elementu wspólnego” nie znajduje żadnej podstawy w przepisach obowiązującego prawa. Podkreślić także należy, że sam właściciel T..... C..... złożył dodatkowo w ofercie oświadczenie o prawdziwości danych zawartych w *Wykazie*, pod odpowiedzialnością z art. 297 § 1 kodeksu karnego.

Obaj przedsiębiorcy korzystają ze swobody działalności gospodarczej (podejmowanie, wykonywanie i zakończenie działalności gospodarczej jest wolne dla każdego na równych prawach) i zasadę tę należy respektować, w tym w toku postępowań o udzielenie zamówienia publicznego

Skład orzekający Izby podziela także pogląd, wyrażany już wcześniej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (w tym w przywołanym przez zamawiającego wyroku z dnia 1 czerwca 2012 r. o sygn. akt KIO 1005/12), że wzywanie do złożenia wyjaśnień na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy Pzp jest uzasadnione w sytuacji, gdy oświadczenia lub dokumenty złożone w ofercie wywołują wątpliwości zamawiającego, a nie innego uczestnika postępowania.

Zarzut zaniechania odrzucenia oferty TAMAX, pomimo iż była ona niezgodna z SIWZ oraz dokonała istotnych zmian wymagań zawartych w SIWZ, czym zamawiający naruszył przepis art. 87 ust. 1 zd. drugie oraz ust. 2 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Zdaniem odwołującego się konsorcjum A.S.A. stan niezgodności oferty wykonawcy TAMAX z SIWZ wynika z tego, że wykonawca ten nie uwzględnił w swojej ofercie wprowadzonych przez zamawiającego zmian treści SIWZ (w innym miejscu odwołania napisano: „nie zastosował się do zmian wprowadzonych przez zamawiającego”).

Odwołujące się konsorcjum A.S.A. sprecyzowało, że wykonawca TAMAX nie zastąpił sformułowania wymieniającego RZZO Włoszczowa sformułowaniem „„Podmiot odbierający odpady zobowiązany jest przekazywać zmieszane odpady komunalne, odpady zielone oraz pozostałości z sortowania, przeznaczone do składowania do Regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz instalacji przewidzianych do zastępczej obsługi

tego regionu, wskazanych w uchwale w sprawie wykonania „Planu gospodarki odpadami dla województwa świętokrzyskiego” jako instalacji regionalnych dla Gminy Sędziszów”, jak uczynił to zamawiający wobec całej treści SIWZ, jak też nie dokonał takiej zmiany w treści *Formularza ofertowego*, a także pominął sformułowanie: „i obejmuje wszystkie koszty i narzuty związane z realizacją przedmiotu Umowy wynikające z obowiązków Wykonawcy określone w Umowie, SIWZ a niezbędnymi do wykonania przedmiotu Umowy”

W pierwszej kolejności przypomnieć należy, że podstawą odrzucenia oferty wykonawcy jest niezgodność jej treści z treścią SIWZ.

W przedmiotowym stanie faktycznym można jednak mówić wyłącznie o niezgodności formy oferty z treścią SIWZ, ustaloną z uwzględnieniem dokonanych, dość licznych zmian.

Jak ustalił skład orzekający Izby wskazane przez odwołujące się konsorcjum A.S.A. zmiany *Formularza ofertowego* (załącznik nr 1 do SIWZ), polegające na zastąpieniu jednego sformułowania drugim (w brzmieniu jak powyżej) i dodaniu „i obejmuje wszystkie koszty i narzuty związane z realizacją przedmiotu Umowy wynikające z obowiązków Wykonawcy określone w Umowie, SIWZ a niezbędnymi do wykonania przedmiotu Umowy” zostały dokonane przez zamawiającego pismem z dnia 6 lutego 2013 r. i były zmianami, które odnosiły się również do innych części SIWZ (np. rozdział XXIII pkt 1 SIWZ) i innych jej załączników, w tym do załącznika nr 6 – projektu umowy. Była też jedną z wielu zmian. I tak np. zamawiający wykreślił obowiązek złożenia wraz z ofertą załącznika nr 13, 14 i 15 do oferty (umowa na odbiór lub zapewnienie odbioru odpadów komunalnych niesegregowanych, umowa na odbiór lub zapewnienie odbioru odpadów segregowanych, oświadczenie, że wykonawca złoży odpady w miejscu prawnie dopuszczonym do odzysku, składowania lub unieszkodliwiania odpadów).

Zgodnie z rozdziałem IX pkt 3 SIWZ poświęconym poprawkom SIWZ „modyfikacje staną się integralną częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia i będą wiążące przy składaniu ofert”. W treści *Formularza ofertowego* zamawiający wprowadził także zdanie o treści: „Po zapoznaniu się ze Specyfikacją Istotnych Warunków zamówienia, warunkami Umowy i ewentualnymi uzupełnieniami do SIWZ (sprostowania, modyfikacje itp.) my niżej podpisani oferujemy wykonanie usługi (...)”.

Wymagania zamawiającego zawarte w rozdziale XXVIII pkt 2 SIWZ obligowały także wykonawców do załączenia do oferty parafowanego projektu umowy jako akceptacji jego „treści i warunków”.

Zamawiający, na trzech ostatnich stronach pisma z dnia 6 lutego 2013 r., wyspecyfikował, jakich zmian, w których miejscach SIWZ dokonuje. Na ostatniej stronie pisma wskazał nadto, w odniesieniu do udzielonych odpowiedzi (pismo zawierało tak zmiany SIWZ, jak i wyjaśnienia jej treści), że wykonawcy są zobowiązani uwzględnić je podczas

sporządzania ofert w tym wypełniania załączników i druków.

Wprowadzenie przez zamawiającego zmian treści SIWZ i udzielenie odpowiedzi na wiele pytań nie doprowadziło do opracowania przez zamawiającego ujednoliconego brzmienia SIWZ.

W złożonej ofercie wykonawca TAMAX w prawym górnym rogu parafowanego przez siebie (na każdej stronie) projektu umowy odręcznie dopisał: „Przyjmujemy zgodnie ze specyfikacją i wprowadzonymi zmianami” oraz na stronie ostatniej pod treścią § 15: „Przyjmujemy zgodnie ze specyfikacją i wprowadzonymi zmianami”. Podkreślić przy tym należy, że w kilku miejscach projekt umowy zawierał sformułowanie „RZZO Włoszczowa” (np. § 5 ust. 1 pkt 1, § 9 ust. 1, 2 i 5).

Wykonawca w miejsce załączników nr 13-15 złożył kartkę odnoszącą się do załączników nr 13-15 o treści: „Wykreślony lub nie dotyczy – wg wprowadzonych zmian do SIWZ”.

Na podstawie powyższych ustaleń skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że nie można zarzucić wykonawcy TAMAX (a w konsekwencji zamawiającemu, że nie odrzucił oferty tego wykonawcy), że ten nie uwzględnił w ofercie zmian SIWZ, ponieważ przeczą temu dodatkowo, odręczne adnotacje na projekcie umowy oraz wyraźne odniesienie się w zakresie załączników nr 13-15, że wykonawca nie załącza ich „wg wprowadzonych zmian do SIWZ”.

Ponieważ wszystkie te zmiany zostały wprowadzone jednym pismem, to trudno racjonalnie założyć, że wykonawca jedną i tą samą zmianę uwzględnił w projekcie umowy, a pominął przy obliczaniu ceny wskazanej w *Formularzu ofertowym*, tym bardziej, że udzielenie wykonawcy zamówienia publicznego nastąpi z chwilą podpisania umowy wg projektu umowy, stanowiącego załącznik nr 6 do SIWZ.

Wykonawca TAMAX nie ingerował w brzmienie opracowanej przez zamawiającego SIWZ w tym w brzmienie *Formularza ofertowego*, co biorąc pod uwagę zwrot zamawiającego: „W SIWZ zastępujemy wszystkie sformułowania wymieniające RZZO Włoszczowa”, przerzucający na wykonawców ciężar „wychwytywania” wskazanego sformułowania w treści całej SIWZ, uznać należy za uzasadnione (na rozprawie przystępujący TAMAX usprawiedliwił to obawą popełnienia błędu). Sam zamawiający takiej weryfikacji SIWZ się nie podjął.

W ocenie składu orzekającego Izby nie było wobec powyższego potrzeby dostosowywania graficznej – formalnej strony oferty wykonawcy SIWZ do zmiany SIWZ, poprzez zastępowanie jednego sformułowania nowym.

Zarzut wyboru jako najkorzystniejszej oferty niezgodnej z przepisami ustawy Pzp, czym zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Wobec uznania, że nie potwierdziły się zarzuty skutkujące wykluczeniem wykonawcy TAMAX oraz odrzuceniem złożonej przez tego wykonawcę oferty, skład orzekający Izby uznał, że nie można w kwestionowanym przez odwołujące się konsorcjum A.S.A. zakresie przypisać działaniom zamawiającego brak zgodności z przepisami ustawy Pzp, a tym samym nie można uznać, że zamawiający naruszył przepis art. 7 ust. 3 ustawy Pzp.

Dodatkowo skład orzekający Izby wskazuje, że nie można przypisać zamawiającemu jakiegokolwiek naruszenia przepisu art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, (*Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia*), ponieważ zarzuty odwołania nie dotyczyły w ogóle nieprawidłowej oceny przez zamawiającego oferty przystępującego pod kątem przewidzianego w rozdziale XXIV SIWZ kryterium, tj. ceny.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 3 pkt 1 lit. a 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). Nie zasądzone kosztów zamawiającego – kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na fakt, że nie przedłożono do akt sprawy rachunku (§ 3 pkt 2 lit. 6 ww. rozporządzenia).

Przewodniczący: