

WYROK
z dnia 16 stycznia 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kawa

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 13 stycznia 2015 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2014 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –**Konsorcjum: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o., Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO"**, ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego –**Gminę Kolbuszowa**, ul. Obrońców Pokoju 21, 36-100 Kolbuszowa,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie w zakresie zarzutów oznaczonych w odwołaniu literami „A” i „B” i nakazuje zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wykluczenie z postępowania wykonawcy Zakład Komunalny sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego,**
 - 1.1 **w zakresie pozostałych zarzutów, odwołanie oddala**
2. kosztami postępowania obciąża zamawiającego – **Gminę Kolbuszowa**, ul. Obrońców Pokoju 21, 36-100 Kolbuszowa i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –**Konsorcjum: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o., Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO"**, ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od zamawiającego –**Gminy Kolbuszowa**, ul. Obrońców Pokoju 21, 36-100 Kolbuszowa na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia –**Konsorcjum: A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o., Dębickie Zakłady Komunalne "DEZAKO"**, ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego, poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Tarnobrzegu**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Gmina Kolbuszowa ul. Obrońców Pokoju 21,36-100 Kolbuszowa, zwana dalej „zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieorganicznego na Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w Gminie Kolbuszowa.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 22.10.2014 r. pod nr 2014/S 203-359672.

W dniu 15 grudnia 2014 roku wykonawcy otrzymali informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta złożona przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim.

Od takiej czynności Zamawiającego wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia:

- 1) A.S.A. Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39-400 Tarnobrzeg;
- 2) Dębickie Zakłady Komunalne „DEZAKO”, ul. Rzeszowska 14, 39-200 Dębica
zwani dalej również jako Konsorcjum A.S.A lub Odwołujący, złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (KIO).

W złożonym odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

A. art. 24 ust. 2 pkt 2 PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim z powodu nie wniesienia wadium spełniającego wymogi określone w art.45 i 46 PZP;

B. art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP w zw. z art. 26 ust. 2a i ust. 2b PZP poprzez zaniechanie wykluczenia Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim z powodu nie wykazania przez tego wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w art. 22 ust. 1 pkt 1 i 3 PZP, a także warunku dysponowania wiedzą i doświadczeniem udostępnionym przez podmioty trzecie, w tym także samego Zamawiającego;

C. art. 89 ust. 1 pkt 3 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim, której złożenie stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji, prowadzącej do pośredniego świadczenia usług przez Zamawiającego na rzecz samego siebie;

D. art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Zakładu Komunalnego sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim, jako oferty złożonej przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia;

E. art. 7 ust. 1 oraz 3 PZP poprzez wybór oferty Zakład Komunalny sp. z o.o. z/s w

Sokołowie Małopolskim z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, tj. Zakład Komunalny sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim, pomimo że wybrany on został niezgodnie z przepisami ustawy PZP

Podnosząc powyższe zarzuty wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- 3) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Zakład Komunalny sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim z udziału w przedmiotowym postępowaniu i odrzucenia jego oferty;
- 4) nakazanie Zamawiającemu wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających

Uzasadniając zasadność podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

- w zakresie zarzutu ozn. lit A, dotyczącego niewniesienia wymaganego w SIWZ wadium wskazać należy, że wykonawca złożył gwarancje bankową nr 77/2014 udzieloną przez Bank Spółdzielczy w Sokołowie Małopolskim. W gwarancji Bank stwierdził, że udzielona gwarancja jest gwarancją bezwarunkową i nieodwoalną. W pkt 2 przedmiotowej gwarancji zostało również wskazane, iż Bank zobowiąże się wypłacić kwotę zobowiązania na pierwsze żądanie Zamawiającego, zawierające oświadczenie że Zakład Komunalny Sp. z o.o. nie spłacił tego zobowiązania w terminie na jego rachunek lub w sposób i terminach podanych przez Beneficjenta. Zatem, zdaniem Odwołującego nie nastąpiło wniesienie wadium, gdyż Bank zobowiązał się do wniesienia wadium za wykonawcę jedynie posiłkowo. Odwołujący oceniając rolę i funkcję zabezpieczenia wadium stwierdził, że jest ona niezgodna z wymaganiami ustawy Pzp, a tym samym jest nieprawidłowa. Stwierdził, że oferta musi być zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą. Zabezpieczenie to musi się więc charakteryzować elementem ciągłości. Zgodnie natomiast z przedłożoną przez Zakład Komunalny Sp. z o.o. gwarancją bankową oferta wykonawcy nie będzie zabezpieczona wadium przez cały okres związania ofertą gdyż Bank zobowiązał się wnieść kwotę wadium dopiero w sytuacji, gdy nie uczyni tego Wykonawca w odpowiednim terminie. Zatem jest to niejako gwarancja warunkowa, która uzależnia wypłatę wadium od wcześniejszej bierności wykonawcy w tym zakresie. Zamawiający, aby mógł skorzystać z zabezpieczenia musi poinformować Bank, iż wykonawca nie spełnił swojego zobowiązania i dopiero wtedy Bank wniesie wadium. Dlatego też zdaniem Odwołującego od momentu złożenia oferty przez Wykonawcę, do momentu wniesienia wadium przez Bank (przez które rozumie się wpływ środków pieniężnych na rachunek Zamawiającego) oferta pozostaje w istocie niezabezpieczona wadium.

- w kolejnym zarzucie dotyczącym braku wykluczenia wykonawcy z powodu niespełniania warunków udziału w postępowaniu odwołujący podniósł trzy osobne zarzuty.

Pierwszy z nich dotyczył niewykazanie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Uzasadniając ten zarzut podniósł, że Zamawiający, w pkt 7.0 ppkt 1 lit. a) SIWZ wymagał posiadania zezwolenia na zbieranie i transport odpadów. Z uwagi na fakt, iż w ofercie wykonawcy brak było zezwolenia na zbieranie odpadów, pismem z dnia 5 grudnia 2014 r., działając w trybie art. 26 ust 3 PZP, Zamawiający wezwał Zakład Komunalny Sp. z o.o. do uzupełnienia tego dokumentu.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie, pismem z dnia 10 grudnia 2014 r., wykonawca zakwestionował zasadność postawionego przez Zamawiającego wymogu w tym zakresie. I dokumentu takiego nie złożył argumentując to faktem, że w tym postępowaniu nie będzie miało miejsca zbieranie odpadów. Zdaniem Odwołującego takie stanowiska jest błędne, gdyż jeżeli wykonawca nie zgadzał się z wymaganiami postawionymi w SIWZ przez Zamawiającego, to powinien był zwrócić się do Zamawiającego o zmianę SIWZ, względnie wnieść odwołanie do Prezesa KIO. Stwierdził, że nie jest prawdą, iż w przypadku realizacji przedmiotowego zadania, nie będziemy mieli do czynienia ze zbieraniem odpadów, rozumianym jako ich gromadzenie przed transportem, względnie ich sortowanie wstępne. Zbieranie odpadów następuje bowiem w szczególności w bazie magazynowo-transportowej, w odniesieniu do odpadów selektywnie zebranych. Odwołującemu trudno jest wyobrazić sobie należytą realizację zamówienia, bez zapewnienia właściwego postępowania z odpadami zebranymi selektywnie. Ponadto umowa z RIPOK obejmuje tylko odpady stałe o kodzie 20 03 01 (zmieszane odpady komunalne), podczas gdy z Opisu przedmiotu zamówienia wynika, iż przedmiotem zamówienia objęte są także odpady o kilku innych kodach.

Wobec powyższego stwierdził, że wezwany wykonawca Zakład Komunalny sp. z o.o., pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP, nie wykazał spełniania warunku posiadania niezbędnych uprawnień, tj. posiadania decyzji na zbieranie.

W kolejnym zarzucie dotyczącym niespełniania warunków udziału w postępowaniu Odwołujący wskazał na nie spełnianie warunku posiadania umowy z RIPOK zawartej nie później niż na upływ terminu składania/otwarcia ofert. W związku z tym, że wymagana umowa nie została załączona do oferty, Zamawiający wezwał wykonawcę w trybie przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp do jej złożenia. Uzupełniona przez wykonawcę umowa z RIPOK została zawarta w dniu 10.12.2014 roku, a więc już po terminie składania ofert. Tym samym Zakład Komunalny sp. z o.o., pomimo wezwania w trybie art. 26 ust. 3 PZP, nie wykazał spełniania – na dzień składania ofert - warunku posiadania niezbędnych uprawnień, tj. zawartej umowy z RIPOK.

Kolejnym zarzutem w zakresie niespełniania warunku udziału w postępowaniu jest zarzut dotyczący niewykazania spełniania warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zgodnie z pkt 7.0 ppkt 3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli się ubiegać wykonawcy którzy, w okresie ostatnich trzech lat zrealizowali usługę odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o łącznej masie min. 8.000 Mg rocznie. W tym zakresie Odwołujący stwierdził, że z przedłożonego wykazu wykonanych usług wynika, iż nawet z udostępnionym potencjałem w postaci wiedzy i doświadczenia wykonawca Zakład Komunalny nie wykazał spełnienia warunku, poprzez wykazanie wykonania odbioru odpadów komunalnych w ilości min. 8000 ton /rocznie. Ponadto wskazał iż ze zobowiązania podmiotów trzecich nie wynika w żaden sposób w jakiej formie zostanie udostępniona wiedza i doświadczenie, a zatem nie można wprost stwierdzić czy podmioty te będą uczestniczyły w realizacji przedmiotowego zamówienia, czy też nie. Mając na względzie fakt, iż ciężar wykazania udostępnienia zasobu spoczywa na wykonawcy, to należy uznać, iż możliwość realnego korzystania z wiedzy i doświadczenia innych podmiotów nie została przez Zakład Komunalny sp. z o.o. wykazana w stopniu wymaganym przez Zamawiającego i przepisy Pzp.

- w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego nieodrżucenia oferty Zakładu Komunalnego z powodu iż złożenie oferty stanowiło czyn nieuczciwej konkurencji tj w oparciu o przepis art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący podniósł, że naruszenie ustawy Pzp polegało na tym, że Zakład Komunalny Sp. z o.o. z/s w Sokołowie Małopolskim przedłożył w złożonej ofercie zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia potencjału technicznego, tj. trzech pojazdów specjalistycznych do odbioru odpadów komunalnych. Podmiotem udostępniającym swoje zasoby jest Zakład Usług Komunalnych z/s w Kolbuszowej, a więc jednostka budżetowa Zamawiającego, tj. Gminy Kolbuszowa. Zdaniem Odwołującego bez względu na fakt czy podmiot trzeci będzie uczestniczył w wykonywaniu zamówienia, czy też nie będzie uczestniczył w jego realizacji, to podmiot ten powinien być niezwiązany w żaden sposób z konkretnym zamówieniem publicznym. Wskazał, iż jednostka budżetowa Zamawiającego, to w istocie sam Zamawiający, gdyż jednostka budżetowa nie jest bowiem odrębną osobą prawną. Zatem gdy podmiot taki udostępnia któremuś z wykonawców swój potencjał techniczny, to naruszona zostaje zasada uczciwej konkurencji.

Mając na względzie powyższe stwierdził iż udostępnienie potencjału technicznego oraz wiedzy i doświadczenia przez samego Zamawiającego (a zatem niebędącego podmiotem trzecim) uznać należy również za naruszenie art. 7 ust. 1 Pzp. Działanie takie jest bowiem nierównym traktowaniem pozostałych wykonawców oraz cechuje się wręcz rażącym nie obiektywizmem i brakiem bezstronności. Dokonując wyboru najkorzystniejszej oferty, Zamawiający był „sędzią we własnej sprawie”, albowiem musiał w tym celu ocenić potencjał samochodowy udostępniany przez siebie Wykonawcy, a także weryfikować udostępnioną wiedzę i doświadczenie. Stwierdził, że jego zdaniem udostępnienie Wykonawcy zasobów przez podmiot zależny od Zamawiającego powinno zostać uznane za

czyn nieuczciwej konkurencji. Mając bowiem na względzie art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 roku o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz. U. z 2003 r., Nr 152, poz. 1503 z późn. zm.) stwierdzić należy, iż *czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. W przedmiotowym stanie faktycznym, stwierdzić należy, iż działanie Zamawiającego jest przede wszystkim sprzeczne zarówno z prawem (ustawa PZP), ale również z dobrymi obyczajami oraz narusza interes innego przedsiębiorcy.*

- w zakresie kolejnego zarzutu naruszenia art. 89 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 PZP, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Skoro zatem, jak zostało to wykazane powyżej, wykonawca podlegał wykluczeniu z udziału w postępowaniu, jego oferta winna była zostać przez Zamawiającego odrzucona.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 7 ust.3 ustawy Pzp gdyż nie sposób, jego zdaniem udzielić zamówienia wykonawcy podlegającemu wykluczeniu z udziału w postępowaniu, ani też dokonać oceny oferty podlegającej odrzuceniu.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie na rozprawie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron postępowania podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Odwołanie jest zasadne i zostaje uwzględnione.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Ponadto Izba stwierdza, że w ramach środków ochrony prawnej następuje - w zakresie wyznaczonym treścią zarzutów odwołania - kontrola poprawności działania Zamawiającego (podejmowanych przez niego czynności w postępowaniu bądź bezprawnych zaniechań), pod względem zgodności z przepisami ustawy. Odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności Zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania. Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń.

Na wstępie orzekania w przedmiotowej sprawie rozstrzygnięciu przez Izbę podlegała kwestia możliwości wydania przez Izbę orzeczenia o treści wskazanej w sentencji, z tego powodu iż Odwołujący na rozprawie podniósł, że według jego wiedzy przedmiotowe zamówienie jest wykonywane przez podmiot którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Na potwierdzenie tego faktu Odwołujący przedstawił Harmonogram wywozu odpadów na miesiąc styczeń 2015 roku oraz zdjęcia pojazdów z których miało wynikać, że następuje odbiór odpadów pojazdami które stanowią potencjał techniczny wybranego wykonawcy.

Okoliczność udzielenia zamówienia poprzez zawarcie umowy stanowi istotny element stanu faktycznego sprawy, który Izba jest zobowiązana ustalić przed wydaniem orzeczenia uwzględniającego odwołanie(art. 192 ust 3 Pzp). Potrzeba taka ma istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia odwołania, gdyż ustalone fakty determinują rodzaj dopuszczalnego w tym stanie faktycznym rozstrzygnięcia. Inny rodzaj rozstrzygnięcia jest dopuszczalny w przypadku kiedy umowa w sprawie zamówienia publicznego została zawarta (art. 192 ust.3 pkt 2 i pkt 2) a inny gdy taka umowa nie została zawarta (art. 192 ust 3 pkt 1 Pzp).

Rozpytany na tą okoliczność Zamawiający stwierdził do protokołu rozprawy, że z dniem 31 grudnia 2014 r. wygasła umowa o odbiór odpadów z dotychczasowym wykonawcą tj Odwołującym. Celem zapewnienia ciągłości odbierania odpadów - Zamawiający zawarł umowę na odbiór odpadów komunalnych z wykonawcą wybranym – tj. z Zakładem Komunalnym Sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim, na okres jednego miesiąca na podstawie art. 6a ustawy Pzp. Zamawiający „wyjął” z zamówienia objętego przedmiotowym postępowaniem okres jednego miesiąca i uznał ją za osobną część zamówienia. W związku z tym, że wartość tej części będącą 1/24 częścią zamówienia nie przekraczała progu ustawowego, tj. 30 000 euro, to Zamawiający zawarł umowę na tą część z wybranym wykonawcą bez stosowania ustawy Pzp..

Zamawiający równocześnie oświadczył, że nie występował do Krajowej Izby Odwoławczej o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą, do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez KIO, tylko zawarł umowę na okres jednego miesiąca , uznając, że w tym okresie odwołania wykonawcy ASA winno być przez Krajową Izbę Odwoławczą rozstrzygnięte.

Odnosząc się do tej sytuacji Izba stwierdza, że postępowanie Zamawiającego było nieprawidłowe. Uwzględniając sytuację w jakiej znalazł się Zamawiający – od 1 stycznia 2015 roku - nie było wybranego zgodnie z Pzp wykonawcy, który mógłby świadczyć usługę odbierania odpadów (taki wybór jest skuteczny gdy czynność wyboru oferty jest niezaskarżalna do KIO), to Zamawiający winien był w oparciu o przepis art. 183 ust.2 ustawy Pzp złożyć wniosek do KIO o uchylenie zakazu zawarcia umowy z wybranym wykonawcą na wskazany okres – do czasu rozpatrzenia przez Izbę wniesionego odwołania.

Za niedopuszczalne należy uznać postępowanie Zamawiającego iż ten po wyborze najkorzystniejszej oferty dokonuje podziału już ustalonego zamówienia, na zamówienie udzielane w częściach. Uszło uwadze Zamawiającego, że oszacowania zamówienia dokonuje się na etapie przygotowywania postępowanie o udzielenie zamówienia (art. 32- 35 Pzp) i to oszacowanie jest obowiązujące w toku całego postępowania. Tak oszacowana wartość zamówienia od chwili jego wszczęcia jest obowiązująca i niezmienna.

Zamawiający może z określonych względów (organizacyjnych, ekonomicznych, celowościowych itp.) dokonać podziału jednego zamówienia na części, dla których to będzie prowadził odrębne postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, ale jest to dopuszczalne na etapie wszczynania postępowania, a nie po wyborze najkorzystniejszej oferty. Przy czym wartością każdej z części zamówienia, będzie łączna wartość wszystkich części zamówienia. W konsekwencji przy udzieleniu każdej z części zamówienia zamawiający będzie zobowiązany do stosowania przepisów ustawy PZP właściwych dla łącznej wartości zamówienia.

Dlatego też dokonywanie po wyborze „wyrwania” z zamówienia jego części o wartości poniżej 30 tyś. euro i uznawania , że jest to zamówienie poniżej progu ustawowego stanowi obejście ustawy i jest naruszeniem prawa.

Wskazać należy, że art. 6a. stanowi, że w przypadku zamówień udzielanych w częściach, do udzielenia zamówienia na daną część zamawiający może stosować przepisy właściwe dla wartości tej części zamówienia. W tym postępowaniu nie mamy do czynienia z zamówieniem udzielanym w częściach, co wynika z treści postanowień Ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ. Art. 6a wprowadzony został nowelą z 4 września 2008 r. (Dz.U. Nr 171, poz. 1058). Przepis ten stanowi modyfikację reguł określania wartości zamówienia i zasad prowadzenia postępowania ze względu na udzielanie zamówienia w częściach. Przyjęte rozwiązanie ma zastosowanie, gdy całość zamówienia składa się z dostaw, robót budowlanych i usług, a między tymi przedmiotami istnieją znaczne różnice w wartości. Obecnie Zamawiający może w sytuacji udzielania zamówienia w częściach zastosować właściwe przepisy dla danej części zamówienia, pod warunkiem spełnienia dalszych wymagań w tym przepisie wskazanych.

Odnosząc się do kwestii czy umowa zawarta z wybranym wykonawcą na okres miesiąca stycznia 2015 roku, jest umową w zakresie udzielenia tego zamówienia publicznego, ze wszystkimi prawnymi konsekwencjami, to Izba uznaje, że nie należy uznawać tej umowy za zawarcie umowy na przedmiotowe postępowanie. Wskazuje na to zakres zamówienia objęty umową, okres jej obowiązywania , a także brak złożenia przez wykonawcę zabezpieczenia właściwego wykonania umowy. Izba podkreśla, że kwalifikacja prawna umowy zależy nie od jej nazwy ani od zakwalifikowania jej w określony sposób przez pełnomocników stron, ale od rzeczywistej treści oraz celu i zgodnego zamiaru stron. Tym samym została zawarta „inna”

umowa niż umowa w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, dotycząca odbierania odpadów komunalnych od mieszkańców gminy Kolbuszowa przez okres stycznia 2015 roku..

Izba stwierdza, że sposób działania Zamawiającego w tej sprawie stanowi również naruszenie art. 183 ust 2 ustawy Pzp. Każdy Zamawiający jeśli z pewnych przyczyn po wyborze najkorzystniejszej oferty nie może zapewnić ciągłości określonych świadczeń w postaci usług, dostaw, czy robót budowlanych ma możliwość wystąpienia do KIO z wnioskiem o uchylenie zakazu zawarcia umowy do czasu rozstrzygnięcia odwołania przez Izbę. Zamawiający z tej możliwości prawnej nie skorzystał. Zamawiający jak ustalono miał również możliwość udzielenia zamówienia uzupełniającego, dotychczasowemu wykonawcy, co zastrzegł i przewidział w poprzednim Ogłoszeniu o zamówieniu którego realizacja zakończyła się w dniu 31 grudnia 2014 roku.

Przechodząc do uzasadnienia rozstrzygnięć w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu, Izba stwierdza:

- w zakresie zarzutu niewłaściwego zabezpieczenia wadium prowadzonego postępowania, na wstępie wskazać należy, że art. 24 ust. 2 pkt 2 P.z.p. stanowi iż z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wnieśli wadium do upływu terminu składania ofert, na przedłużony okres związania ofertą lub w terminie, o którym mowa w art. 46 ust. 3, albo nie zgodzili się na przedłużenie okresu związania ofertą. Przez wadium, na mocy art. 70⁴ k.c. w zw. z art. 14 P.z.p., należy rozumieć sumę pieniężną albo odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty, które wykonawca powinien wpłacić Zamawiającemu lub ustanowić na jego rzecz, po rygorem niedopuszczenia do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Zgodnie z art. 45 ust. 1 Pzp Zamawiający żąda od wykonawców wniesienia wadium, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, przy czym w rozpoznawanej sprawie nie była sporna kwestia uprawnienia do żądania wadium. Wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert (art. 45 ust. 3 p.z.p.) i może być ono wniesione w formie gwarancji bankowej (art. 45 ust. 6 pkt 3 p.z.p.). Zgodnie z art. 81 ustawy z dnia 29.8.1997 r. - Prawo bankowe (t.j. Dz.U. z 2012 r. nr 1376 z późn. zm.) gwarancją bankową jest jednostronne zobowiązanie banku-gwaranta, że po spełnieniu przez podmiot uprawniony (beneficjenta gwarancji) określonych warunków zapłaty, które mogą być stwierdzone określonymi w tym zapewnieniu dokumentami, jakie beneficjent załączy do sporządzonego we wskazanej formie żądania zapłaty, bank ten wykona świadczenie pieniężne na rzecz beneficjenta gwarancji - bezpośrednio albo za pośrednictwem innego banku (ust. 1). Udzielenie i potwierdzenie gwarancji bankowej następuje na piśmie pod rygorem nieważności (ust. 2). W niniejszej sprawie spór ograniczał się do kontrowersji, czy gwarancja wystawiona przez Bank Spółdzielczy w Sokołowie Małopolskim. na polecenie wykonawcy Zakład Komunalny sp. z o.o. w Sokołowie Małopolskim określa w swojej treści

przesłanki jej spełnienia („warunki zapłaty”, o których mowa w art. 81 ust. 1 Pr.Bank.) w sposób czyniący zadość wskazaniu pełnego zakresu okoliczności opisanych w art. 46 ust. 4a- 5 Pzp Gdyby bowiem okazało się, że zakres warunków zapłaty gwarancji bankowej jest węższy niż ustawowe warunki zatrzymania wadium przez Zamawiającego, to gwarancja nie mogłaby być uznana za prawidłowo ustanowione zabezpieczenie wadialne.

Zamawiający stał na stanowisku, że zawarte w treści gwarancji sformułowanie o bezwarunkowości i nieodwoływalności udzielonego zabezpieczenia wadialnego są wystarczające dla Zamawiającego, a zawarte w drugiej części pkt.2 gwarancji sformułowania nie tworzą stanu warunkowości gwarancji wadialnej i tym samym nie ograniczają zakresu zabezpieczenia Zamawiającego. Natomiast Odwołujący twierdził, że biorąc pod uwagę zwrot z pkt 1 gwarancji iż jest ona składana tytułem „zabezpieczenia zapłacenia wadium” to wadium nie zostało w ogóle wniesione przez Zakład Komunalny.

Izba odnosząc się do stanowisk stron oraz treści samej gwarancji stwierdza, że zwrot zawarty w części drugiej pkt 2 gwarancji z którego wynika, że bank zapłaci kwotę z gwarancji w sytuacji kiedy wykonawca Zakład Komunalny „nie spłacił tego zobowiązania w terminie”, tworzy warunkowość przedmiotowej gwarancji polegającej na tym, że Zamawiający jeśli będzie zamierzał dokonać zatrzymania wadium to najpierw winien wystąpić o zapłatę określonej kwoty do wykonawcy, a jeżeli wykonawca nie zapłaci jej bezpośrednio Zamawiającemu to dopiero wtedy Bank zapłaci żadaną przez Zamawiającego kwotę. Ze stanowiskiem Izby koresponduje poniekąd stanowisko samego Zamawiającego podane na rozprawie iż *” nie należy przykładać dużej wagi dla zdania drugiego z pkt 2 gwarancji, gdyż zamawiający uważa, że tutaj bank zawarł pewnego rodzaju zabezpieczenie dla siebie, iż zapłaci kwotę wadium w sytuacji, kiedy kwoty tej zamawiającemu nie wpłacił wykonawca, a tym samym zdaniem banku - bank wykona zobowiązanie z gwarancji, jeśli zamawiający wprawdzie wezwie wykonawcę do zapłaty na jego rzecz określonej kwoty i jej nie uzyska”*.

Tak sformułowana gwarancja jest nieprawidłowa. Za nieprawidłowością przemawia również fakt, że nie zostały w niej wskazane, w żaden dowolny sposób, sytuacje kiedy może nastąpić zatrzymanie wadium o których mowa w przepisach art. 46 ust. 4a-5 ustawy Pzp. Wystarczającym byłoby samo stwierdzenie, że zapłata wadium na żądanie Zamawiającego nastąpi w przypadkach określonych w ustawie Pzp. Tym samym podniesiony zarzut okazał się zasadny, wykonawca nie złożył Zamawiającemu gwarancji wadialnej wymaganej przez przepisy Pzp i tym samym nie spełnił warunku udziału w postępowaniu co skutkuje wykluczeniem go z postępowania.

W zakresie kolejnych zarzutów wskazanych w pkt „B” a dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu Zamawiający podniósł trzy zarzuty.

- w zakresie zarzutu dotyczącego niewykazanie spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa

nakładają obowiązek ich posiadania Zamawiający podniósł iż wykonawca wybrany nie załączył wraz z ofertą, zezwolenia na zbieranie odpadów jak również nie uczynił tego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierowane do niego w trybie przepisu art. 26 ust.3 ustawy Pzp.

Poza sporem między stronami jest fakt, że Zamawiający w pkt 7.0 pkt. 1 a wymagał od wykonawcy składającego ofertę posiadania zezwolenia **na zbieranie i transport** odpadów. Wymóg ten został powtórzony w pkt 8.0 ust. 8.1 pkt 4 gdzie Zamawiający podał wykaz dokumentów który winien przedłożyć wraz z ofertą wykonawca, dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tutaj również wskazano obowiązek złożenia takiego zezwolenia.

Wobec tak jednoznacznie brzmiącego wymagania, niezasadne jest prowadzenie wywodów czy w danej sytuacji zezwolenie na zbieranie odpadów było niezbędne, czy też nie. Wykaz dokumentów z pkt 8.0.8.1 jest oceniany na zasadzie spełnia/nie spełnia i jego brak powoduje niewykazanie spełnienia warunku udziału w postępowaniu. W tym zakresie brak jest w SIWZ ustalenia jakiegokolwiek warunkowości co do złożenia tego dokumentu w zależności np. od sposobu odbierania odpadów i ich dostarczania do RIPOK itp. Dlatego też Izba uznaje niespełnienie przez wykonawcę tego warunku udziału.

- w zakresie zarzutu niespełniania warunku posiadania umowy z RIPOK podobnie jak w zarzucie ww. Zamawiający w pkt.7.0 pkt 2 wymagał, aby wykonawca posiadał umowę z Regionalną Instalacją do Przetwarzania Odpadów Komunalnych (RIPOK). W związku z tym, że wykonawca Zakład Komunalny takiej umowy nie złożył wraz z ofertą, Zamawiający wezwał go pismem z dnia 5.12.2014 r. do uzupełnienia tego braku poprzez doręczenie umowy. Ponadto w wezwaniu w sposób jednoznaczny wskazał, iż uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie złożył umowę z RIPOK, ale zawarta w dniu 10.12.2014 roku, a więc po upływie terminu składania ofert.

Stwierdzić należy, że umowa podmiotu mającego dostarczać odpady do RIPOK określająca zasady odbierania od dostawcy odpadów komunalnych, statuuje powstanie określonego stosunku prawnego – zobowiązaniowego pomiędzy stronami. Tak więc ma ona charakter konstytutywny, a nie deklaratoryjny. Tym samym data jej zawarcia jest istotna, gdyż wskazuje dzień z którym – jeśli inaczej nie postanowiono, umowa pomiędzy stronami obowiązuje. Za niezasadne należy uznać w świetle postanowień SIWZ stanowisko Zamawiającego iż złożenie umowy z datą po upływie terminu składania ofert otwarcia ofert nie ma znaczenia w sprawie, gdyż *wskazany w Uchwale Samorządu Województwa Podkarpackiego RIPOK jest zobowiązany odbioru odpadów, to tym samym z tego faktu należy wywodzić, że taki RIPOK nie miałby prawa odmówienia zawarcia takiej umowy.*

Odnosząc się do powyższego Izba stwierdza zasadność podniesionego zarzutu,

gdyż wykonawca Zakład Komunalny nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu na dzień upływu terminu składania ofert.

- w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego niewykazanie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wskazać należy, że zgodnie z postanowieniem pkt 7.0 ppkt 3 SIWZ, o udzielenie zamówienia mogli ubiegać się wykonawcy, którzy *posiadają wiedzę i doświadczenie w zakresie wykonywania usług odpowiadających usługom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. realizują lub zrealizowali w okresie trzech ostatnich lat przed upływem terminu do składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, usług odbioru odpadów komunalnych wykonanych lub wykonywanych w sposób ciągły przez okres minimum 12 miesięcy o masie łącznej minimum - 8000 Mg rocznie.*

Zauważenia wymaga, że Izba rozpatruje odwołanie w zakresie podniesionych zarzutów, jednakże przy ocenie zasadności zarzutu bierze pod uwagę nie zmodyfikowaną treść warunku przedstawioną przez Odwołującego, ale literalne jego brzmienie podane w SIWZ. Niewątpliwym w sprawie jest fakt, że tak postawiony warunek należy odczytywać w ten sposób, że Zamawiający oczekuje, że ofertę złoży wykonawca który legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w zakresie transportu i odbioru co najmniej 8 000MG w okresie rocznym tj. 12 miesięcy. Z tak postawionego warunku wynika, że jest on niepodzielny i Zamawiający oczekiwał oferty wykonawcy który posiada odpowiednie doświadczenie logistyczne i organizacyjne w odbiorze ww ilości odpadów. Natomiast kwestionowany w odwołaniu wykonawca – Zakład Komunalny z Sokołowa Małopolskiego takiej wiedzy i doświadczenia samodzielnie nie posiadał więc podparł się potencjałem firmy Stare Miast- Park sp.z o.o. z Wierzawic i Zakładu Usług Komunalnych z Kolbuszowej. Żaden z tych wykonawców udzielających udostępnienia zasobu również samodzielnie tak postawionego warunku, interpretowanego literalnie nie spełniał. Dlatego też tym samym nie mógł udzielić wystarczających zasobów wykonawcy.

Izba zwraca uwagę na fakt, że nie każdy zasób udzielony w trybie art. 26 ust.2b o którym mowa w art. 22 ust.1 pkt 2-4 można dla spełnienie warunku udziału sumować. Jeśli raczej nie budzi wątpliwości sumowanie potencjału finansowego, gdyż suma odpowiednich kwot daje kwotę niezbędną do wykazania zdolności finansowej, to już w szeregu przypadków z zakresie warunku wiedzy i doświadczenia takiego efektu wykonawca nie uzyska. Każdy przypadek należy rozpatrywać indywidualnie, mając na względzie treść warunku podanego w SIWZ jak i merytoryczną, a nie tylko formalną możliwość jego spełnienia. Wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie ma znaczenia wyłącznie formalnego, lecz powinno być postrzegane w aspekcie materialnym, czyli właśnie zdolności do wykonania przedmiotu zamówienia z należytą starannością przez podmiot który takie lub podobne

zamówienie już wykonał (podobnie wyrok SO w Szczecinie z 12 listopada 2014 r. w spr. VIII Ga 327/14, raz wyrok KIO z 22 grudnia 2014 r. 2634/14).

Dla zobrazowania sposobu czytania warunku jako przykład można wskazać wymagania przykładowego Zamawiającego w zakresie budowy drogi wraz z budową mostu. Jeśli postawiono warunek wykazania się budową 10 km drogi o kreślonej nawierzchni oraz budowy mostu, to wykonawca może w ramach tego warunku - jeśli sam go nie spełnia posłużyć się zasobem wykonawcy który wykonał budowę 10 km drogi i osobno zasobem podmiotu który wykonał budowę mostu, gdyż dotyczą one niejako samodzielnych zadań inwestycyjnych. Natomiast niedopuszczalnym byłoby posłużenie się np. zasobami 5 podmiotów z których każdy wykonał po 2 km drogi, gdyż żaden z nich nie ma wiedzy i doświadczenia jakie czynności organizacyjno –finansowe i logistyczne należy podjąć, aby w sposób odpowiedni zorganizować i przeprowadzić wykonanie takiego zadania, jak budowa 10 km drogi.

Niewątpliwym w tym postępowaniu, jest fakt, że zarówno sam wykonawca wybrany, jak i każdy z podmiotów udostępniających mu zasoby spełniali postawiony w SIWZ warunek w wielkości około 1/3, wielkości wymaganej w SIWZ. Żaden z nich nie posiadał doświadczenia w organizacji i odbiorze 8 000Mg odpadów rocznie. Przy udostępnieniu zasobu nie chodzi o zebranie od nieokreślonej liczby podmiotów, określonej sumarycznie wielkości wymaganego zasobu, dla spełnienia warunku udziału, ale chodzi o to aby uzyskać zasób wymagany w SIWZ i udzielony zasób mógł być w tym postępowaniu wykorzystany.

Zamawiający w sposób odmienny niż to wynika z jego literalnej treści warunku, ocenił jego spełnienie. Jednakże i tak dokonana ocena zdaniem Izby nie jest nieprawidłowa, gdyż nie została oparta na jednoznacznym potwierdzeniu jego spełniania. Nie zrozumiała jest przyjęta metodologia oceny spełniania warunku w sytuacji, kiedy Zamawiający w SIWZ wymagał, wykazania się określonym doświadczeniem wykonawcy w okresie roku{(nie wskazano czy chodzi o rok kalendarzowy czy 12 miesięcy), ale przyjmując nawet okres 12 miesięcy}, w sytuacji kiedy Zamawiający zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ przyjmuje za okres roczny, wykonywanie usług mieszczących się w przedziale od 1 stycznia 2012 roku do 31 października 2014 roku, czyli wykonane usługi w okresie 34 miesięcy. Trudno w takiej sytuacji nie stwierdzić rażącego naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 w związku z art. 22 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp i ww postanowień SIWZ.

Zamawiający nadto naruszył postanowienie pkt.7.2 SIWZ zgodnie z którym *Powołanie się przez Wykonawcę na doświadczenie podmiotu trzeciego i posiadane przez niego poświadczenie będzie dopuszczalne wyłącznie w sytuacji, gdy ten podmiot trzeci będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Z zobowiązań wykonawców do udostępnienia zasobów, w żaden sposób nie wynika, że będą oni brali udział w wykonywaniu zamówienia oraz w jakiej formie to będzie następowało. Tego zobowiązania i jej formy nie można*

wywodzić z oświadczeń wykonawcy. Izba stwierdza, że nie jest dopuszczalne zastąpienie elementu zobowiązania, określającego wskazanie charakteru udziału podmiotu udostępniającego wiedzę i doświadczenie w wykonywaniu zamówienia, oświadczeniem wykonawcy składającego ofertę. Element ten powinien bowiem wynikać wprost z treści samego zobowiązania (bądź innego dokumentu, o którym mowa w art. 26 ust. 2 b ustawy). Takie zobowiązanie może złożyć tylko podmiot udostępniający zasoby. To zobowiązanie ocenia Zamawiający na spełnienie wymagań a art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. (wyrok KIO z dnia 11 sierpnia 2014 roku sygn. KIO 1557/14).

Nie została również w zobowiązaniach podmiotów udostępniających zasoby wiedzy i doświadczenia, wskazana forma udostępnienia, tzn czy udostępniający zasoby będzie uczestniczył w wykonaniu zamówienia, czy też nie, raz jak to będzie forma uczestnictwa np. podwykonawstwo, doradztwo, szkolenia itp. Brak podania sposobu i formy udostępnienia zasobu czyni go udostępnieniem iluzorycznym i narusza przepis art. 26 ust. 2b Pzp.

Za nieprawidłowy należy uznać również sposób, wyliczania przez Zamawiającego ilości wywiezionych odpadów celem ustalenia ich wielkości w trakcie 12 miesięcznego okresu, liczonego do wykazania spełniania warunku udziału. Otóż według wyjaśnień Zamawiającego tam gdzie wskazano w zobowiązaniu okres wywozu odpadów dłuższy niż 12 miesięcy to– wg. Zamawiającego, dokonywał podziału podanej ilości odpadów przez wskazaną ilość miesięcy i następnie mnożył przez wymagany okres 12 miesięcy. Tak ustalona wielkość daje tylko możliwość ustalenia przybliżonej wielkości wywiezionych odpadów, gdyż nie jest wiadomym czy w każdym z miesięcy wymienionego w zobowiązaniu okresu ilość wywiezionych odpadów była taka sama. a więc w oparciu o takie dane brak jest możliwości udowodnienia spełniania postawionego warunku udziału.

Dlatego też biorąc pod uwagę powyższe Izba stwierdza iż wybrany wykonawca nie spełnił postawionego warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia. W związku z tym, że ww. wykonawca był już w zakresie zarzutu ozn Lit „B” wzywany w trybie art. 26 ust.3 Pzp, to ponownemu wezwaniu nie podlega i tym samym zarzut zostaje uwzględniony, a wykonawca Zakład Komunalny w Sędziszowie Małopolskim wykluczony z postępowania.

Na kanwie sposobu interpretowania przez Zamawiającego znaczenia treści postanowień SIWZ w prowadzonym postępowaniu oraz oceny przez Izbę ww. zarzutów, Izba uznaje za potrzebne wskazanie, że SIWZ jest dokumentem o szczególnym znaczeniu w postępowaniu o zamówienie publiczne. Z jednej strony wyznacza wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia wymagania, które ma spełniać oferta, by uczynić zadość potrzebom zamawiającego, z drugiej zaś – ustala granice, w jakich może poruszać się Zamawiający dokonując oceny złożonych ofert. Postanowienia specyfikacji, wiążą Zamawiającego i wykonawców na równych prawach, co więcej Zamawiający staje się

niejako zakładnikiem postanowień SIWZ (wyrok KIO z dnia 11.01.2011 roku sygn. KIO 2800/10). Jeśli mamy spór odnoszący się do celowości zawartych w SIWZ ustaleń, to stwierdzić należy, że to Zamawiający jako dokonujący spornego opisu jest nim związany, bez względu na to, czy opisem tym opisem uzewnętrznił swoje rzeczywiste intencje i oczekiwania, czy też nie. Próba doprecyzowania opisu na etapie badania ofert jest niedopuszczalna. Postanowienia specyfikacji podlegają tzw. wykładni literalnej, co oznacza, że liczy się dosłowne brzmienie zawartych postanowień, a nie wola Zamawiającego. Powoduje to, że w toku badania i oceny ofert Zamawiający nie może nadawać postanowieniom SIWZ odmiennego znaczenia niż to wynika z dosłownej literalnej jej treści. Nie może także odstępować od wymagań podanych w SIWZ uznając np. że są nadmierne, zbędne, wygórowane itp.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała iż wykonawca Zakład Komunalny z Sokołowa Małopolskiego nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie podniesionym w zarzutach odwołania.

- w zakresie kolejnego zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 3 ustawy Pzp wskazać należy, że zgodnie z tym przepisem *Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.*

Odwołujący w zakresie tego zarzutu zarzucił Zamawiającemu, że Zakład Usług Komunalnych stanowiący jednostkę budżetową Zamawiającego udostępnił wybranemu wykonawcy zasoby: w zakresie zarówno wiedzy i doświadczenia jak i sprzętu oraz osób. Uznał, że takie udostępnienie narusza zasady uczciwej konkurencji, gdyż Zamawiający oceniał prawidłowość udostępnienia swoich zasobów, a więc był „sędzią w swojej sprawie”. Nadto dokonana ocena była nieprawidłowa, nieobiektywna i niezgodna z przepisami Pzp. Podniósł również, że podczas całego trybu oceny złożonych ofert Zamawiający sprzyjał wykonawcy, który dla realizacji zamówienia będzie korzystał z usług jednostki Zamawiającego, a więc da zatrudnienie jej pracownikom i będzie korzystał odpłatnie ze sprzętu.. Ponadto stwierdził, że Zamawiający pozbawił się możliwości zaspokojenia roszczeń, w przypadku niewłaściwego udostępnienia zasobu i tym samym niewykonania lub niewłaściwego wykonywania zamówienia o której mowa w przepisie art. 26 ust 2e ustawy Pzp, gdyż za zawinienia podmiotu udostępniającego zasoby odpowiadał by praktycznie sam Zamawiający.

Odnosząc się do powyższego zarzutu Izba stwierdza jego niezasadność. Wynika ona z faktu, że przepis art. 89 ust.1pkt 3 odnosi się do czynów wykonawcy składającego ofertę, które Zamawiający winien ocenić w świetle przepisów Pzp.. Czynem nieuczciwej konkurencji musi być czyn wykonawcy. W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący zarzuca Zamawiającemu, że ten poprzez swoją jednostkę budżetową udostępnił zasoby

wykonawcy, który dla niego ma realizować zamówienie. Z analizy stanu prawnego i faktycznego sprawy nie można wywieść stanowiska, że w przedmiotowej sytuacji wykonawca nie może korzystać z zasobów zakładu budżetowego Zamawiającego. Żaden przepis ustawy Pzp nie zabrania wykonawcy korzystania z zasobów dowolnego podmiotu, celem uzyskania potencjału umożliwiającego wykonanie zamówienia.

Dlatego też przedmiotowy zarzut w tak przedstawionym stanie faktycznym nie może zostać uwzględniony. Zwrócenia uwagi wymaga również kwestia, że Zakład Usług Komunalnych w Kolbuszowej nie jest jednostką budżetową, ale zakładem budżetowym. Różnica przejawia się w tym, że zakład budżetowy jest jednostką w miarę samodzielną i koszty swojej działalności pokrywa z uzyskanych przychodów, chociaż może otrzymywać dotację z budżetu Gminy

Jednakże zwrócenia uwagi wymaga fakt, że z prowadzonego postępowania przetargowego wynika niezrozumiała „życzliwość” Zamawiającego dla wykonawcy Zakładu Komunalnego z Sokołowa Małopolskiego. Przejawia się ona w uznaniu za prawidłową gwarancji bankowej, która nie spełnia wymogów ustawy Pzp, rezygnacji z wymagań w zakresie konieczności złożenia zezwolenia na zbieranie odpadów, akceptowaniu niewłaściwej umowy z RIPOK, niezgodnej z SIWZ oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, itp. Wynika to także ze sprawdzania w trybie dostępu do informacji publicznej dokumentów ofertowych złożonych przez Odwołującego, czego Zamawiający nie tylko nie czyni wobec oferty wybranej, ale jak wskazano pozytywnie ocenia ewidentne nieprawidłowości w treści oferty. Izba wskazuje, że każda z czynności prowadzonego postępowania musi być wolna od jakichkolwiek wpływów zewnętrznych, wynikających z relacji zachodzących między wykonawcą a interesem Zamawiającego, tj. tylko wybrania oferty która w świetle przyjętych uregulowań SIWZ jest ofertą najkorzystniejszą.

Poza kognicją Izby jest kwestia, czy nie stanowi obejścia prawa przez Zamawiającego umożliwienia udzielenia zamówienia jako podwykonawcy, własnej jednostce organizacyjnej.

- w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust.2 pkt. 5 tj. dotyczącego nieodrzczenia oferty wykonawcy Zakładu Komunalnego z Sokołowa Małopolskiego, Izba uznaje powyższy zarzut za niezasadny, gdyż nie ma zastosowania do stanu prawnego tego postępowania. Przepis 89 ust 1 pkt 5 należy interpretować łącznie z art. 24 ust.4 zgodnie z którym ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą. Ustawodawca rozróżnia w przepisach Pzp ofertę odrzuconą i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą. Brak spełnienia warunków udziału w postępowaniu powoduje wykluczenie wykonawcy z postępowania i uznanie oferty z mocy prawa za odrzuconą, zgodnie z art. 24 ust 4 Pzp. Ten przypadek odnosi się do przetargu nieograniczonego, zapytania o cenę i zamówienia z wolnej ręki, czyli tzw. postępowań jednoetapowych. Natomiast w postępowaniach wieloetapowych, gdzie

proceeds separately the evaluation of applications and offers, the exclusion of the contractor from the proceedings imposes on the purchaser an obligation to reject the offer in the case of art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, in situations where the excluded contractor submits an offer. The same solution in accordance with art. 89 ust 1 pkt 5 should be applied to the contractor who was not invited to submit an offer.

- in the scope of the objection concerning the violation by the Purchaser of the provisions of art. 7 ust 3, i.e. the provisions of the principle of public procurement, the Authority states that there is no possibility of taking into account such an objection, despite the fact that the appeal proceedings showed that the Purchaser intended to award the contract to the contractor whose offer should not be recognized as the most advantageous in the proceedings. In accordance with the content of the provisions of art. 180 ust. 3 Pzp the objection should refer to a specific fact contrary to the law of the Purchaser. The objection is the substrate of the circumstances of fact and law, which means that for the assessment of its identity, it is not sufficient to indicate the same principle of Pzp. Invoking the principle does not do anything for this requirement, as the provisions of Pzp derive from the provisions of Pzp which in the proceedings may be violated by the Purchaser.

In view of the need for precise formulation of objections, art. 7 ust. 3 (provision of the principle) cannot be a standalone basis for objections to appeal. It is not possible to indicate as the basis of the objection the provision of the same principle without referring to the provision of the specific act of Pzp. The same indication of the violation of the provision of the principle must always be followed by the connection in the objection of the provision of the principle with the specific provision, which the Purchaser has violated.

Summing up the above considerations and the assessment of the merits of the objections, it should be stated that the proceedings for the award of public contracts should be conducted in a transparent and transparent manner, and the fundamental principles of awarding contracts are the principle of fair competition and equal treatment of contractors. They allow for the realization of legislative goals, i.e. effective and economical use of public funds and ensuring access to public contracts for all eligible entities. The principle of equal treatment of contractors means equal treatment of each of the contractors at every stage of the proceedings.

In accordance with the content of art. 192 ust. 2 of the Act on Public Procurement, the National Authority for Appeal Proceedings shall take into account an appeal in a situation where it has established a violation of the provisions of the Act, which had an influence or may have a significant influence on the result of the proceedings for the award of a contract, which – as indicated above – took place in the subject matter of the proceedings.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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