

Sygn. akt: KIO 395/13

WYROK

z dnia 4 marca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 marca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 lutego 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Handlowe i Transportowe „Polcommerce” sp. z o.o. w Kaliszu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Nowe Skalmierzyce**

orzeka:

1. **uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym poprawienie innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty złożonej przez wykonawcę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Skalmierzycach na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, poprzez skorygowanie prognozowanej ilości wywożonych odpadów i przyjęcie w zestawieniu kosztów wykonania usługi (s. 5 oferty) 5 t papieru na 2,5 roku, 375 t szkła na 2,5 roku, 13 t odpadów biodegradowalnych na 2,5 roku, 33 t tworzyw sztucznych na 2,5 roku i 10 t odpadów wielkogabarytowych na 2,5 roku wraz z uwzględnieniem konsekwencji rachunkowych tej poprawki, a także niezwłoczne zawiadomienie o poprawce wykonawcy Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Skalmierzycach,**
2. **kosztami postępowania obciąża Gminę Nowe Skalmierzyce i:**
 - 2.1. **zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwo Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwo Handlowe i Transportowe „Polcommerce” sp. z o.o. w Kaliszu tytułem wpisu od odwołania,**

- 2.2. zasądza od **Gminy Nowe Skalmierzyce** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwa Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwa Handlowego i Transportowego „Polcommerce” sp. z o.o. w Kaliszu** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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 Nowe Skalmierzyce 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 „odbiór i zagospodarowanie stałych odpadów komunalnych niesegregowanych i segregowanych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy i Miasta Nowe Skalmierzyce”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 27 grudnia 2012 r., 2012/S 248-411049.

W dniu 13 lutego 2013 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem poczty wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia Przedsiębiorstwu Oczyszczania Miasta EKO sp. z o.o. w Kaliszu oraz Przedsiębiorstwu Handlowemu i Transportowemu „Polcommerce” sp. z o.o. w Kaliszu, zwanym dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Wielobranżowe Przedsiębiorstwo Komunalne sp. z o.o. w Skalmierzycach, zwanego dalej wykonawcą WPK lub WPK.

Wobec zaniechania przez zamawiającego czynności wykluczenia wykonawcy WPK, zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę odwołujący wniósł w dniu 21 lutego 2013 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 45 ust. 1 i 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK, pomimo, że wykonawca ten do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium na konto wskazane w pkt. 9.2. SIWZ,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie złożył opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w wysokości minimum 100.000,00 zł,
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę WPK pomimo, że wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ z powodu błędnego obliczenia ceny oferty,

- 4) art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. przez brak prawidłowego potwierdzenia wykonania w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia,
- 5) prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób sprzeczny z treścią art. 7 ustawy Pzp poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę WPK,
- 2) wykluczenia z postępowania wykonawcy WPK,
- 3) odrzucenia oferty wykonawcy WPK,
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej z uwzględnieniem oferty odwołującego,
- 5) przyznanie odwołującemu kosztów postępowania związanych z postępowaniem odwoławczym według norm przepisanych.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 45 ust. 1 i 7 ustawy Pzp odwołujący podniósł, że wykonawca WPK załączył do oferty polecenie przelewu kwoty 45.000,00 zł, która została wpłacona na rachunek bankowy o nr 81 8431 0008 0000 0693 2001 0123 tytułem: „Wadium - przetarg na zbieranie odpadów”. W oparciu o powyższe wywodził, że wadium do dnia upływu terminu składania ofert nie znajdowało się na koncie określonym w pkt 9.2. SIWZ o nr 34 8431 0008 0000 0693 2000 0008, a zatem zamawiający w dniu otwarcia ofert nim nie dysponował. Nadto tytuł wpłaty określony jako „Wadium - przetarg na zbieranie odpadów” bez wskazania sygnatury sprawy nadanej przez zamawiającego budzi wątpliwość, czy wpłata dotyczy przetargu RTI 271.20.2012 ogłoszonego przez zamawiającego w przedmiotowej sprawie czy każdego innego, bliżej nieokreślonego.

Co do zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż wykonawca WPK nie załączył do oferty żadnego dokumentu potwierdzającego opłacenie składki za polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej. Ponadto fakt opłacenia nie wynikał również z treści samej polisy. W ocenie odwołującego powyższe okoliczności faktyczne obligowały zamawiającego do wezwania wykonawcy do

uzupełnienia dowodu opłacenia polisy, a ostatecznie do wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania z powodu niewykazania warunków udziału w postępowaniu.

W dalszej części odwołania odwołujący, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp podniósł, iż wykonawca WPK dokonał błędnego wyliczenia ceny oferty przez błędne przyjęcie ilości ton niektórych rodzajów odpadów - jako ilości „na rok”, zamiast jak żądał zamawiający, na cały okres trwania umowy, tj. od 01.07.2013r do 31.12.2015 r. Błędne wyliczenie ceny dotyczyło następujących pozycji:

- a) pkt 2 b - winno być przyjęte 5 ton na 2,5 roku zamiast, jak przyjął wykonawca, 12,5 tony,
- b) pkt 3 b - winno być przyjęte 375 ton na 2,5 roku zamiast, jak przyjął wykonawca, 937,5 ton,
- c) pkt 4 b - winno być przyjęte 13 ton na 2,5 roku zamiast, jak przyjął wykonawca, 32,5 tony,
- d) pkt 5 b - winno być przyjęte 33 tony na 2,5 roku zamiast, jak przyjął wykonawca, 82,5 tony,
- e) pkt 6 b - winno być przyjęte 10 ton na 2,5 roku zamiast, jak przyjął wykonawca, 25 ton.

W konsekwencji podana przez wykonawcę cena oferty brutto wynosi 3.572.725,00 zł, natomiast prawidłowo wyliczona winna kształtować się na poziomie 3.514.090 zł.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odwołujący podniósł, iż wykonawca WPK nie wykazał spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia. Załącznik nr 8 (str. 110 oferty) nie jest wykazem usług jakiego żądał zamawiający, gdyż brak w nim dat wykonania usług: od miesiąca i roku - do miesiąca i roku, jak również brak wykazania odbiorców. Ponadto nie wykazano wykonania usług za kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł brutto, gdyż podano kwoty określono jako przychody. Wreszcie nie są wiarygodne referencje znajdujące się na str. 122 oferty, gdyż nie zawierają pieczętki gminy.

Odwołujący przywołał również następujące okoliczności faktyczne. Wykonawca WPK nie złożył oświadczenia o średniorocznym zatrudnieniu, wymaganego w pkt III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu, zamieszczonego w Biuletynie Zamówień Publicznych. Ponadto wykonawca WPK dokonał ręcznych poprawek w numeracji załączników Nr 7, 8, 9 do oferty, których nie zaparafowano. W zobowiązaniu podmiotu trzeciego do udostępnienia wykonawcy pojazdu (s. 113 oferty), nie wskazano do jakiego postępowania pojazd jest udostępniany. Ponadto wykonawca WPK nie załączył drugiej strony zaświadczenia z podpisem Naczelnika Urzędu Skarbowego, celem wykazania niezalegania w opłacaniu podatków.

Zdaniem odwołującego, wskazane w treści odwołania zaniechania i czynności zamawiającego świadczą o tym, że zamawiający naruszył wyrażoną w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zasadę uczciwej konkurencji i równości stron postępowania, poprzez bezprawne uprzywilejowanie wykonawcy WPK. Nadto zamawiający naruszył art. 7 ust. 3 ustawy Pzp,

gdyż gdyby nie zaniechanie przez zamawiającego czynności wykluczenia ww. wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie, gdyż jego oferta byłaby najkorzystniejsza pod względem kryterium ceny.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Przedstawił uzasadnienie swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, jak również zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych, postanowienia SIWZ, wyjaśnienia treści SIWZ, ofertę złożoną przez wykonawcę WPK, odwołanie, odpowiedź na odwołanie, 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 Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, w dniu 21 grudnia 2012 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 19 listopada 2012 r., poz. 1271), co nastąpiło 20 lutego 2013 r., do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

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

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. W świetle kryteriów oceny ofert oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu – za ofertą wybraną. Zarzucał on zamawiającemu zaniechanie wykluczenia wykonawcy, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, jak również zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez tego wykonawcę. Ustalenie, iż zamawiający wbrew przepisom ustawy Pzp zaniechał ww. czynności, prowadziłoby do nakazania zamawiającemu ich wykonania, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje przesłanki z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W dalszej kolejności ustalono, że zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania stwierdziła, że zasługuje ono na uwzględnienie, choć nie wszystkie zarzuty potwierdziły się w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

1. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 45 ust. 1 i 7 ustawy Pzp poprzez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK, pomimo, że wykonawca ten do upływu terminu składania ofert nie wniósł wadium na konto wskazane w pkt 9.2. SIWZ

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał od wykonawców wniesienia wadium przed upływem terminu składania ofert w kwocie 45.000,00 zł. Wadium wnoszone w pieniądzu miało być wpłacone przelewem na rachunek bankowy: SBL Skalmierzyce nr 34 8431 0008 0000 0693 2000 0008. Winno znajdować się na koncie zamawiającego przed upływem terminu składania ofert, a kserokopię dowodu wpłaty należało dołączyć do oferty (Rozdział IX, pkt 9.1-9.3 SIWZ). Wykonawca WPK załączył do oferty polecenie przelewu kwoty 45.000,00 zł, z którego wynika, że w dniu 4 lutego 2013 r. kwota ta została wpłacona na rachunek bankowy zamawiającego o nr 81 8431 0008 0000 0693 2001 0123 tytułem: „Wadium - przetarg na zbieranie odpadów”. Rachunek bankowy, na który wpłacono kwotę wadium również należał do zamawiającego i został wskazany w SIWZ jako właściwy do wpłaty zabezpieczenia należytego wykonania umowy (Rozdział XII, pkt 12.4 SIWZ). Kwotą tą uznano ww. rachunek zamawiającego jeszcze w dniu 4 lutego 2013 r. (wyciąg z ww. rachunku bankowego prowadzonego przez Bank Ludowy w Skalmierzycach z 4 lutego 2013 r., przy odpowiedzi na odwołanie). W dniu 6 lutego 2013 r. o godz. 10 upływał termin składania ofert. Wpłacona przez wykonawcę kwota została przeksięgowana w dniu 6 lutego 2013 r. na rachunek bankowy zamawiającego przeznaczony do wpłaty wadium, zaś transakcja nie tylko została dokonana, ale i zaksięgowana w tym samym dniu (polecenie przelewu z 6.2.2013 r., przy odpowiedzi na odwołanie). Ponadto kwota została przeksięgowana przed upływem terminu otwarcia ofert, o czym Skarbnik Gminy poinformował członków komisji przetargowej również przez tym terminem.

Ww. wyciąg i polecenie przelewu Izba oceniła jako wiarygodne. Zostały sporządzone zgodnie z wymogami wynikającymi z art. 7 ustawy Prawo bankowe, a więc nie wymagały

podpisu. Wyciąg, z którego wynikało uznanie rachunku bankowego kwotą 45.000 zł w dniu 4 lutego 2013 r. pozostawał ponadto w zgodzie z poleceniem przelewu załączonym do oferty wykonawcy WPK, z którego wynika data obciążenia rachunku tego wykonawcy w tym samym dniu. Ponadto, z pisemnego oświadczenia Skarbnika Gminy wynikało dodatkowo, że poinformował on członków komisji o dokonanym przeksięgowaniu jeszcze przed upływem terminu otwarcia ofert (pisemne oświadczenie Skarbnika Gminy z 25.02.2013 r., załączone do odpowiedzi na odwołanie).

Wywody odwołującego, jakoby miarodajnym dla oceny przez komisję przetargową podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp miałyby być wyłącznie polecenie przelewu załączone do oferty wykonawcy WPK nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp. Z literalnego brzmienia tego przepisu, jak również utrwalonego orzecznictwa Izby, wynika, że o wniesieniu wadium w formie pieniężnej nie decyduje to, czy do oferty załączono dowód wpłacenia wadium i o jakiej treści. O wpłaceniu wadium w formie pieniężnej decyduje fakt, czy pieniądze znalazły się na rachunku bankowym zamawiającego. Stąd nawet niezłączenie przez wykonawcę dowodu wpłacenia wadium nie skutkuje jego wykluczeniem z postępowania, jeżeli tylko wymagana kwota znajdzie się w dyspozycji zamawiającego w taki sposób, że może nią swobodnie dysponować. Zatem zamawiający, niezależnie od tego czy złożono mu dowód wpłacenia wadium, czy też go brakuje, jest nie tylko uprawniony, ale i zobowiązany z własnej inicjatywy sprawdzić stan rachunku bankowego celem ustalenia, czy dysponuje wymaganymi środkami pieniężnymi. Powyższe zaś może być ustalone i wykazywane poprzez dokumenty księgowe, wyciągi z rachunku bankowego. Nie ulega również wątpliwości, że przy ustaleniu stanu konta komisja może polegać na swych służbach finansowych (w tym przypadku Skarbniku Gminy), stąd brak podstaw do pominięcia przez Izbę przy ustaleniu stanu faktycznego ww. pisemnego oświadczenia Skarbnika Gminy. Izba oddaliła zatem na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka Pana K..... M..... – członka komisji przetargowej na okoliczność, że komisja przez otwarciem ofert miała wiedzę o dokonanym przeksięgowaniu wadium, gdyż stwierdziła, że fakt ten został już stwierdzony innym dowodem, tj. pisemnym oświadczeniem Skarbnika Gminy.

Wbrew twierdzeniom odwołującego, bez znaczenia dla oceny stanu faktycznego pozostawała okoliczność, że podczas otwarcia ofert komisja przetargowa nie poinformowała wykonawców o tym, iż przed otwarciem ofert nastąpiło przeksięgowanie kwoty wniesionej tytułem wadium przez wykonawcę WPK na konto wskazane w pkt 9.2 SIWZ. To jakie informacje podaje się wykonawcom uczestniczącym w otwarciu ofert regulują przepisy art. 86 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Są to: kwota, jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, nazwy (firmy) oraz adresy wykonawców, a także informacje dotyczące ceny, terminu wykonania zamówienia, okresu gwarancji i warunków płatności

zawartych w ofertach. Zatem niepodanie takiej informacji wykonawcom w trakcie otwarcia ofert nie świadczyło o tym, że przeksięgowanie nie nastąpiło.

Oceniając powyższe okoliczności faktyczne Izba stwierdziła, że wykonawca WPK rzeczywiście wpłacił wadium na rachunek bankowy zamawiającego, przeznaczony do wpłaty zabezpieczeń należytego wykonania umowy, a nie do wpłaty wadium. Nie było to zgodne z art. 45 ust. 7 ustawy Pzp, w którym ustawodawca określił, że wadium w formie pieniężnej wpłaca się przelewem na rachunek bankowy wskazany przez zamawiającego. Dostrzeżenia wymaga jednak, że konsekwencję w postaci wykluczenia wykonawcy z postępowania w zakresie wadium ustawa Pzp przewiduje wyłącznie dla braku jego wniesienia, na co wskazuje literalne brzmienie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy. Przepis ten nie zawiera natomiast dyspozycji, że z postępowania wyklucza się wykonawców, którzy nie wnieśli wadium w sposób określony w art. 45 ust. 7 ustawy Pzp. Zatem ustawodawca nie wprowadził negatywnych konsekwencji prawnych w stosunku do wykonawców, którzy co prawda wpłacili wadium, ale z naruszeniem sposobu jego wpłaty określonego przez zamawiającego w SIWZ. Jak wynika z powyższego, istotnym jest osiągnięcie rezultatu – rozumianego jako znalezienie się wymaganej sumy pieniężnej na rachunku bankowym zamawiającego, a nie droga, którą wadium wpłynęło na konto. Tymczasem w niniejszej sprawie cel wadium został osiągnięty – złożona oferta była skutecznie zabezpieczona przez fakt spoczywania na rachunku zamawiającego wymaganej kwoty, z której mógł on w każdej chwili, przy zaistnieniu sytuacji przewidzianych w ustawie Pzp, się zaspokoić. Zatem okoliczność, czy dyspozycja przeksięgowania kwoty wadium została złożona przez wykonawcę czy też została dokonana samodzielnie przez służby finansowe zamawiającego pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy. Skoro zamawiający dysponował kwotą 45.000 zł, co do której jednoznacznie mógł stwierdzić, że została wpłacona tytułem wadium (adnotacja na poleceniu przelewu załączonym do oferty i tożsama adnotacja na wyciągu z rachunku bankowego zamawiającego z 4.2.2013 r.), a nie zabezpieczenia należytego wykonania umowy, to mógł dokonać przeksięgowania z własnej inicjatywy. Zatem Izba oddaliła na podstawie art. 190 ust. 6 ustawy Pzp wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z zeznań świadka pana J..... M..... – prezesa zarządu wykonawcy WPK na okoliczność, że to on złożył wniosek o przeksięgowanie wadium, uznając że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

W ocenie Izby, bez znaczenia dla oceny podstaw wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp pozostaje chwila przeksięgowania kwoty wadium. Choć zamawiający wykazał, że nastąpiło to w dniu 6 lutego 2013 r. przed upływem terminu składania ofert, to nawet ustalenie, że przeksięgowanie nastąpiło po tym momencie, nie oznaczałoby konieczności wykluczenia wykonawcy z postępowania. Niewątpliwym jest, że

już w dniu 4 lutego 2013 r., zamawiający mógł swobodnie rozporządzać przelaną mu kwotą. Rachunek na który pierwotnie wpłacono pieniądze należał bowiem do zamawiającego. Ponadto, w oparciu o treść adnotacji „tytułem” zamawiający wiedział, że jest to wadium do prowadzonego przez niego postępowania na zbieranie odpadów, które było jedynym takim przetargiem dotyczącym gospodarowania odpadami jakie wszczął. Sytuacja ta - jak wskazano wyżej – uprawniała zamawiającego nawet do samodzielnego przeksięgowania wadium. A zatem już w dniu 4 lutego 2013 r. zaistniał stan „wniesienia wadium”, który uniemożliwiał wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Z omawianych względów Izba oddaliła wniosek zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z przesłuchania w charakterze strony Pana Z..... M..... – zastępcy burmistrza zamawiającego, na okoliczność, jakie dokumenty bankowe przeksięgowania podpisywał przed otwarciem ofert uznając, że dowód został powołany jedynie dla zwłoki.

2. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu tj. nie złożył opłaconej polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że zamawiający opisując warunki udziału w postępowaniu w zakresie sytuacji ekonomicznej i finansowej zawarł między innymi wymóg, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który posiada ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności w wysokości minimum 100.000,00 zł (Rozdział III pkt 4 SIWZ, w aktach sprawy). Zastrzegł, iż w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu wykonawcy obowiązani byli złożyć wraz z ofertą polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł (Rozdział IV pkt 4.2 lit. b SIWZ, w aktach sprawy). Wykonawca WPK załączył do oferty polisę ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej PZU SA Oddział w Kaliszu Seria TPP nr 15259232 z 02.04.2012 r. (załącznik do oferty, str. 121-122 oferty, w aktach sprawy). Z treści polisy wynika, że składka do zapłaty w kwocie 624,00 zł winna być zapłacona jednorazowo, przelewem na konto w niej wskazane w terminie do dnia 15.04.2012 r. Załączona polisa nie zawierała adnotacji o opłaceniu składki. Do oferty nie załączono dowodu opłacenia składki.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że wykonawca WPK nie

wykazał faktu opłacenia polisy. Faktu takiego nie można było bowiem ustalić w oparciu o treść samej polisy, zaś do oferty nie załączono odrębnego dowodu jej opłacenia. Twierdzenia zamawiającego zawarte w odpowiedzi na odwołanie, że „ma wiedzę, iż wykonawca WPK ma opłaconą polisę” nie mogą zastąpić obowiązku wykazania warunku udziału w postępowaniu. Wykazanie warunków udziału w postępowaniu następuje w oparciu o oświadczenia i dokumenty składane przez wykonawcę w odpowiedzi na żądanie i w zakresie wyartykułowanym przez zamawiającego w SIWZ, a nie w oparciu o domysły zamawiającego (arg. z art. 26 ust. 2a ustawy Pzp).

W dalszej kolejności Izba stwierdziła, że niewykazanie przez wykonawcę WPK faktu opłacenia polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej nie stanowiło podstawy do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp z powodu niewykazania warunku udziału w postępowaniu. Dostrzeżenia wymaga, że wykluczenie wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp może nastąpić wyłącznie po obligatoryjnym wyczerpaniu procedury sanacyjnej z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Po drugie, zaś zamawiający – w okolicznościach niniejszej sprawy - nie miał obowiązku wezwać wykonawcy WPK do uzupełnienia ww. dokumentu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Izba uznała za decydującą dla rozstrzygnięcia stanu faktycznego sprawy okoliczność, że zamawiający opisując dokumenty, jakie wykonawca winien złożyć celem wykazania warunku udziału w postępowaniu nie żądał od wykonawców złożenia „opłaconej polisy”. Określając, w myśl art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia analizowanego warunku udziału w postępowaniu wskazał jedynie, że należy złożyć „polisę” ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności na kwotę nie mniejszą niż 100.000,00 zł. Zamawiający nie zdecydował się zatem na zażądanie od wykonawców złożenia „opłaconej polisy” (§1 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane – Dz. U. Nr 226, poz. 1817). Uznał, że w celu wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczające będzie przedstawienie samej polisy. Zaś wykonawcy, w tym odwołujący, w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp nie kwestionowali postanowień SIWZ. Wykonawcy nie mieli więc obowiązku składać dowodu opłacenia przedmiotowej polisy. Powyższe wynika jednoznacznie z treści art. 26 ust. 2a ustawy Pzp, stosownie do którego wykonawca jest zobowiązany wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu jedynie „na żądanie zamawiającego i w zakresie przez niego wskazanym”. Oznacza to, że obowiązki wykonawcy co do sposobu wykazania warunku udziału w postępowaniu określa zamawiający, a nie treść przywoływanego rozporządzenia, które precyzuje jedynie jakich dokumentów zamawiający może się

domagać. Skoro zamawiający w niniejszym postępowaniu przesądził, że dla wykazania warunku udziału w postępowaniu wystarczającym będzie złożenie wyłącznie polisy potwierdzającej ubezpieczenie od odpowiedzialności cywilnej, a nie „opłaconej polisy”, to zastosowanie się wykonawcy do takiego wymogu nie mogło stanowić podstawy do wyciągnięcia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji wobec niego. Powyższe skutkowało niezasadnością sformułowanego przez odwołującego zarzutu.

3. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 6 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie i zaniechanie czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę WPK, pomimo, że wykonawca ten złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ z powodu błędnego obliczenia ceny oferty

Zarzut okazał się zasadny, choć kwalifikacja prawna stanu faktycznego i żądanie odwołującego nie znajdowało oparcia w przepisach ustawy Pzp. Izba wzięła w tym zakresie pod uwagę stanowisko przedstawione przez Sąd Okręgowy w Gliwicach (wyrok z 29 czerwca 2009 r., 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.”*

Izba ustaliła, że realizacja przedmiotu zamówienia trwała będzie w okresie od 01.07.2013 r. do 31.12.2015 r. (Rozdział II, pkt 2.1. SIWZ). Przedmiotem zamówienia jest wywóz i zagospodarowanie odpadów. Prognozowaną wielkość odpadów komunalnych stałych oszacowano na łącznie 12.500,0 ton w okresie od 1.07.2013 r. do 31.12.2015 r. Natomiast liczbę odpadów segregowanych z pojemników do segregacji określono szacunkowo na 426 ton rocznie, w tym:

- a) papier - 5,0 ton,
- b) szkło - 375,0 ton,
- c) tworzywa sztuczne oraz opakowania wielomateriałowe - 33,0 tony,
- d) odpady biodegradowalne - 13,0 ton (Rozdział II, pkt 2.2.1-2 SIWZ).

Z kolei we wzorze formularza ofertowym wskazano, że cena oferty obejmuje szacunkową ilość odpadów 12.500,0 ton stałych odpadów komunalnych (zmieszanych) oraz 426,0 ton odpadów segregowanych w okresie od: 01-07-2013r do 31-12-2015r. (załącznik nr 6 do SIWZ).

W związku z rozbieżnościami dotyczącymi ilości ton odpadów podanych w SIWZ i

formularzu ofertowym, jeden z wykonawców złożył wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ: *Jaką ilość odpadów segregowanych należy przyjąć do obliczenia ceny oferty? W SIWZ w pkt. II 2.2.2. wielkość odpadów segregowanych została określona na 426 ton rocznie. W Formularzu Ofertowym natomiast w pkt. I. podano 426 ton odpadów segregowanych w okresie od 01-07-2013 r. do 31-12-2015 r. W odpowiedzi na tak sformułowany wniosek zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Podana ilość odpadów segregowanych określona na 426 ton została podana przy założeniu sumarycznych danych dla okresu od 01-07-2013 do 31-12-2015r. W punkcie II 2.2.2 błędnie podano w SIWZ zwrot rocznie. Dane właściwe określono w formularzu ofertowym (wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedź z 3.1.2013 r., w aktach sprawy).*

Ustalono również, że jeden z wykonawców złożył następujący wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ: *Prosimy o wyjaśnienie czy usługi odbioru odpadów wielkogabarytowych powinny być wliczone do ceny oferty(i w jaki sposób) bądź potwierdzenie, że cena za wywóz 1 tony odpadów wielkogabarytowych nie ma żadnego znaczenia przy ocenie i wyborze ofert. W odpowiedzi na tak sformułowany wniosek zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *Ceny odbioru odpadów wielkogabarytowych powinny być wliczone do ceny oferty. Uwzględniając fakt, że gmina nie dysponuje danymi z określeniem planowanej ilości odpadów wielkogabarytowych w okresie od 01-2013 do 31-12-2015r – do obliczeń proszę przyjąć ilość zakładaną w wysokości 10 ton. Rozliczenie rzeczywiste z wyłonionym w przetargu wykonawcą odbywać się będzie na podstawie raportów miesięcznych przy zastosowaniu ceny określonej w Formularzu Ofertowym. W związku z tym faktem ulega zmianie Formularz ofertowy w którym wprowadzono ilość odpadów wielkogabarytowych w wysokości 10,0 ton (wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ i odpowiedź z 10.1.2013 r., w aktach sprawy).**

Ustalono ponadto, że w dniu 10.1.2013 r. zamawiający dokonał modyfikacji formularza ofertowego. Pkt 1 otrzymał brzmienie: „Cena oferty (przy uwzględnieniu szacunkowej ilości odpadów 12.500,0 ton stałych odpadów komunalnych (zmieszanych) i 426,0 ton odpadów segregowanych oraz 10 ton, odpadów wielkogabarytowych w okresie od: 01-07-2013 r. do 31-12-2015 r.” (modyfikacja SIWZ w aktach sprawy).

Stwierdzono także, że podana w SIWZ ilość odpadów do wywiezienia miała charakter informacyjny, orientacyjny i szacunkowy, a zatem służyła wyłącznie porównaniu ofert. Zamawiający nie gwarantował wykonawcy wywiezienia jakiegokolwiek ilości odpadów. Rozliczenie za wykonane usługi odbywać się będzie w oparciu o podane w formularzu ofertowym ceny jednostkowe za wywóz określonego rodzaju odpadów oraz ilości wywiezionych odpadów określonego rodzaju. Powyższe wynikało z § 4 wzoru umowy –

załącznik nr 8 do SIWZ, zgodnie z którym *Wynagrodzenie płatne będzie za rzeczywiście wykonane usługi, co miesiąc na podstawie faktury VAT, do której wykonawca dołączy protokół odbioru prac obejmujących wyszczególnienie zgodnie z załącznikami podanymi w § 2 niniejszej umowy, wraz z dokumentami wagowymi, czy też z postanowień Rozdziału II SIWZ, w których ilości odpadów jednoznacznie określono jako szacunkowe.*

Izba stwierdziła ponadto, że wykonawca WPK omyłkowo przyjął do wyceny inną niż wskazana w SIWZ prognozowana ilość niektórych odpadów. W zestawieniu kosztów wykonania usługi (s. 5 oferty) przyjął 5 t papieru, 375 t szkła, 13 t odpadów biodegradowalnych, 33 t tworzyw sztucznych i 10 t odpadów wielkogabarytowych na 1 rok, zamiast na 2,5 roku, co dało łączną kwotę 3.572.725,00 zł brutto. Z kolei w formularzu ofertowym, w pkt 1 oświadczył, że na kwotę 3.572.725,00 zł brutto składa się szacunkowa ilość 12.500 ton stałych odpadów komunalnych i 426 ton odpadów segregowanych oraz 10 ton odpadów wielkogabarytowych w okresie od 1.7.2013 do 31.12.2015 r.

Oceniając tak ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, że wykonawca WPK omyłkowo przyjął do wyceny inną niż wskazana w SIWZ prognozowaną ilość wywożonych odpadów. Wbrew odpowiedzi na pytanie z 3.1.2013 r. i modyfikacji SIWZ z 10.1.2013 r. w zestawieniu kosztów wykonania usługi (s. 5 oferty) przyjął 5 t papieru, 375 t szkła, 13 t odpadów biodegradowalnych, 33 t tworzyw sztucznych i 10 t odpadów wielkogabarytowych na 1 rok, zamiast na 2,5 roku. W efekcie:

- a) za wywóz papieru przyjął 1.250 zł (12,5 t x 100 zł), zamiast 500 zł (5 t x 100 zł),
- b) za wywóz szkła przyjął 75.000 zł (937,5 t x 80 zł), zamiast 30.000 zł (375 t x 80 zł),
- c) za wywóz odpadów biodegradowalnych przyjął 10.725,00 zł (32,5 t x 330 zł), zamiast 4.290 zł (13 t x 330 zł),
- d) za wywóz tworzyw sztucznych przyjął 8.250 zł (82,5 t x 100 zł), zamiast 3.300 zł (33 t x 100 zł),
- e) za wywóz odpadów wielkogabarytowych przyjął 2.500 zł (25 t x 100 zł), zamiast 1.000 zł (10 t x 100 zł).

Uwzględniając niekwestionowaną kwotę 3.475.000 zł za wywóz odpadów zmieszanych dało to łączną sumę 3.572.725,00 zł brutto. Natomiast przy przyjęciu zgodnej z SIWZ ilości papieru, szkła, odpadów biodegradowalnych, tworzyw sztucznych i odpadów wielkogabarytowych i przemnożeniu ich przez podane przez wykonawcę ceny jednostkowe winien otrzymać kwotę 3.514.090 zł brutto. Na skutek omyłki wartość oferty wykonawcy WPK, przy uwzględnieniu przyjętych cen jednostkowych za wywóz 1 tony poszczególnych rodzajów odpadów została zawyżona o ok. 58.635 zł.

W ocenie Izby nie ulega wątpliwości, że zamawiający dysponował wiedzą, iż

wykonawca WPK omyłkowo przyjął do wyceny inną niż wskazana w SIWZ prognozowaną ilość niektórych rodzajów wywożonych odpadów. Powyższe wynikało wprost z zestawienia ilościowego. W tym miejscu podkreślenia wymaga, że okoliczność, iż zestawienie ilościowe nie było dokumentem wymaganym, nie zwalniała zamawiającego z jego oceny, jeżeli już został złożony, a wynikała z niego niezgodność z SIWZ co do szacowanej ilości wywożonych odpadów. Jak wynika z treści SIWZ, jedynym kryterium oceny ofert była „cena” rozumiana jako cena wywozu i zagospodarowania odpadów komunalnych w wielkości określonej w pkt. II.2.2.1 i II.2.2.2 SIWZ (por. rozdział X SIWZ). Kwota ta, obliczona jako iloczyn cen jednostkowych i wielkości odpadów przeznaczonych do wywiezienia miała znaczenie z punktu widzenia porównywalności ofert. Każdy wykonawca musiał zaproponować własne ceny jednostkowe za wywóz poszczególnych rodzajów odpadów, a następnie przemnożyć je przez prawidłową i taką samą prognozowaną ilość odpadów w celu wyliczenia kwoty, która stanowiła kryterium oceny ofert. Na konieczność przyjęcia do wyceny prawidłowej ilości odpadów zwracał uwagę sam zamawiający w przywołanej wyżej odpowiedzi na wniosek o wyjaśnienie treści SIWZ z 10 stycznia 2013 r.

Zamawiający nie dostrzegł powyższej omyłki i wybrał ofertę wykonawcy WPK jako najkorzystniejszą, co wskazywało na zasadność zarzutu. Jednakże, w ocenie Izby, wbrew stanowisku odwołującego przywołana okoliczność nie uzasadniała odrzucenia oferty wykonawcy WPK na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Norma prawna wynikająca z przywołanego przepisu jest jednoznaczna. Wynika z niej, że każdorazowo przed podjęciem decyzji co do odrzucenia oferty w ww. trybie zamawiający jest zobowiązany przeanalizować możliwość poprawienia niezgodności treści oferty z treścią SIWZ na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Stosownie zaś do tego ostatniego przepisu „zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty”. Oceniając w aspekcie faktycznym i prawnym skutek poprawki Izba nie dopatrzyła się istotności zmiany w treści oferty wykonawcy. Izba oceniła zakres zmiany w stosunku do całości oferty, całokształtu treści oświadczenia woli wykonawcy, a także jej wpływ w ujęciu finansowym na treść oferty. Ustalono, że różnica w cenie oferty wykonawcy po poprawieniu omyłki w stosunku do ceny oferty sprzed dokonania tej czynności kształtować się będzie na poziomie jedynie ok. 58.635 zł, tj. 1,64% ceny ofertowej brutto i nie ma istotnego znaczenia z punktu widzenia treści tej oferty. Dostrzeżenia wymagał również fakt, że w wyniku poprawy omyłki nie zmieni się w żaden sposób ranking ofert złożonych w postępowaniu. Zarówno przed jak i po poprawieniu omyłki oferta wykonawcy WPK w świetle kryteriów oceny ofert będzie ofertą najkorzystniejszą. Ponadto, co znamienne, nie zmieni się także w żaden sposób wysokość

wynagrodzenia wykonawcy WPK. Jak wskazano wcześniej, usługa rozliczana będzie cenami jednostkowymi na podstawie rzeczywiście wywiezionych ilości odpadów. Zaś ceny jednostkowe po których wykonawca będzie świadczył usługę nie zmienia się pomimo dokonania poprawy omyłki. Powyższe świadczyło o konieczności zastosowania instytucji z art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Przywołane przez odwołującego okoliczności faktyczne nie świadczyły również o konieczności zastosowania instytucji z art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Błąd w obliczeniu ceny, o którym mowa w tym przepisie, dotyczy przede wszystkim sytuacji, gdy wykonawca uwzględnił w cenie oferty podatek od towarów i usług w wysokości niezgodnej z przepisami prawa podatkowego, które zresztą w niektórych sytuacjach poprawiane są również na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (por. uchwały Sądu Najwyższego z 20.10.2011 r. wydane w sprawach o sygn. akt III CZP 53/11 i III CZP 54/11, dostępne na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych www.uzp.gov.pl). Dyspozycją tego przepisu nie są natomiast objęte omyłki co do zakresu rzeczowego usługi, które rozpatruje się jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ (art. 89 ust. 1 pkt 2, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba oceniła, że czynność zamawiającego polegająca na wyborze oferty wykonawcy WPK jako najkorzystniejszej była przedwczesna. Zamawiający winien uprzednio poprawić omyłkę w ofercie złożonej przez tego wykonawcę na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, celem doprowadzenia do porównywalności ofert złożonych w postępowaniu. Poprawa winna polegać na skorygowaniu prognozowanej ilości wywożonych odpadów i przyjęciu w zestawieniu kosztów wykonania usługi (s. 5 oferty) 5 t papieru na 2,5 roku, 375 t szkła na 2,5 roku, 13 t odpadów biodegradowalnych na 2,5 roku, 33 t tworzyw sztucznych na 2,5 roku i 10 t odpadów wielkogabarytowych na 2,5 roku, jak również uwzględnić konsekwencje rachunkowe tej poprawki. Ponieważ zamawiający zaniechał dokonania ww. czynności, Izba na podstawie art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp nakazała mu jej wykonanie. Izba wskazuje ponadto, że stosownie do art. 87 ust. 2 in fine ustawy Pzp o dokonanej omyłce zamawiający zobowiązany jest niezwłocznie zawiadomić wykonawcę WPK, wzywając go do złożenia oświadczenia w przedmiocie wyrażenia zgody na dokonanie omyłki w terminie określonym w art. 89 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

4. Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy WPK, pomimo, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie niezbędnej wiedzy i doświadczenia tj. przez brak prawidłowego potwierdzenia wykonania w okresie ostatnich trzech

lat przed dniem wszczęcia postępowania usług odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia.

Zarzut nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Izba ustaliła, że zamawiający opisując warunek udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia zastrzegł, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się wykonawca, który wykonał w ostatnich 3 latach przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności był krótszy - w tym okresie, co najmniej 2 usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (brutto) łącznie (Rozdział III, pkt 2 SIWZ). Zastrzeżono również, że w celu wykazania tak opisanego warunku udziału w postępowaniu należało złożyć wykaz zawierający usługi odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia wykonanych lub wykonywanych w ostatnich 3 latach przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, na kwotę nie mniejszą niż 2.000.000,00 zł (brutto) łącznie, z podaniem ich wartości, daty wykonania (należy podać od miesiąca i roku – do miesiąca i roku), miejsca wykonania oraz odbiorców z załączeniem dokumentów potwierdzających, że usługi te są lub zostały wykonane należycie (np. referencje).

Wykonawca WPK złożył wraz z ofertą wykaz usług, w którym wskazał następujące usługi:

- 1) odbiór odpadów komunalnych zmieszanych z terenu gminy Sieroszewice w latach 2009-2011,
- 2) odbiór odpadów komunalnych zmieszanych z terenu gminy i miasta Nowe Skalmierzyce w latach 2009-2011.

Wymienił, że przychody z ww. działalności kształtowały się na poziomie: w roku 2009 – 1.083.199,36 zł brutto, w roku 2010 – 1.150.681,63 zł brutto, w roku 2011 – 1.203.573,18 brutto, co daje łącznie 3.437.454,17 zł brutto.

Do wykazu załączono referencje Urzędu Miasta i Gminy Nowe Skalmierzyce z 31.01.2013 r., w których wystawca oświadczył, że zgodnie z posiadaną wiedzą wykonawca WPK obsługując mieszkańców gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych wykonywało tę usługę w sposób terminowy i z należytą starannością. Załączono referencje Urzędu Gminy Sieroszewice z 31.01.2013 r., w których wystawca oświadczył, że zgodnie z posiadaną wiedzą wykonawca WPK obsługując mieszkańców gminy w zakresie odbioru odpadów komunalnych wykonywało tę usługę w sposób terminowy i z należytą starannością. Referencje zostały podpisane przez wójta gminy, nie zostały opatrzone pieczęcią urzędu gminy.

Oceniając ustalony stan faktyczny Izba stwierdziła, iż rzeczywiście w wykazie usług wykonawca określając daty graniczne wykonywania obu usług, nie wskazał miesięcy rozpoczęcia i zakończenia wykonywania usług, poprzestając jedynie na datach rocznych (w przypadku obu usług: rozpoczęcie 2009 r., zakończenie 2011 r.). Jednakże powyższe uchybienie nie uniemożliwiło zamawiającemu oceny, czy wykonawca spełnił warunek udziału w postępowaniu. W świetle warunku udziału w postępowaniu wskazanie dat granicznych wykonania usługi (miesiąca i roku) miało służyć jedynie ustaleniu czy usługa była lub jest wykonywana w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania. W świetle art. 40 ust. 1 ustawy Pzp dniem wszczęcia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego jest dzień zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie oraz na stronie internetowej zamawiającego, co nastąpiło w dniu w dniu 21 grudnia 2012 r. Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby istotną dla oceny czy usługa była (jest) wykonywana w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania jest podana przez wykonawcę data zakończenia wykonywania usługi. Zatem wykazywane przez wykonawców usługi powinny być zatem wykonywane lub wykonane nie wcześniej niż 21 grudnia 2009 r. Natomiast wykonawca WPK wskazał, jako daty graniczne zakończenia świadczenia obu usług rok 2011. W tej sytuacji zaniechanie podania dodatkowo miesiąca zakończenia usługi nie ma znaczenia z punktu widzenia wykazania warunku udziału w postępowaniu. Niezależnie od miesiąca zakończenia wykonania usług, mieszczą się w wymaganym przez zamawiającego okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania.

Brak było również podstaw do stwierdzenia, że wykonawca nie podał wartości usług. Wykonawca WPK podał wartość usług, określając przychody jakie z nich osiąga na poziomie 3.437.454,17 zł brutto łącznie. Powyższa kwota przewyższała wymaganą przez zamawiającego wartość 2.000.0000 zł brutto łącznie. Wbrew twierdzeniom odwołującego kwota podana przez wykonawcę odnosiła się do wyłącznie do usług wymienionych w pierwszej części wykazu, tj. odbioru odpadów komunalnych zmieszanych z obu gmin, a nie z innych rodzajów działalności wykonawcy. W ocenie Izby za powyższym stanowiskiem przemawiała literalna wykładania oświadczenia złożonego przez wykonawcę. Wypowiadając się o kwocie 3.437.454,17 zł brutto określił ją jako „przychody z wyżej wymienionych działalności„. Zaś „wyżej” wymieniono jedynie dwa rodzaje działalności tj. usługi odbioru odpadów komunalnych zmieszanych z terenu obu gmin.

Nie zasługiwał na uwzględnienie zarzut niepodania w wykazie odbiorców usług. Działalność gminnych przedsiębiorstw komunalnych polega na odbiorze odpadów komunalnych z terenu całego obszaru gminy i charakteryzuje się mnogością drobnych

klientów indywidualnych, a także zbiorczym, systematycznym wywożeniem znacznej ilości odpadów na jedno wysypisko śmieci. W tej sytuacji absurdalnym byłoby wymaganie od wykonawcy wskazania w wykazie usług kilku czy kilkunastu tysięcy odbiorców indywidualnych. W ocenie Izby możliwym było zatem wskazanie jako odbiorcy obu gmin. Jak wskazano w trakcie rozprawy gminy te, jako wspólni właściciele wysypiska śmieci, na które wykonawca WPK wywozi odpady komunalne, dysponują najpełniejszą wiedzą na temat jakości wykonywanych przez niego usług. Zatem to gminy, a nie odbiorcy indywidualni mogły być wskazane w wykazie usług jako odbiorcy usługi.

W dalszej kolejności stwierdzono, że referencji wystawionych przez gminę Sieroszewice nie dyskwalifikował brak pieczęci urzędu gminy Sieroszewice. Pomimo braku pieczęci urzędu gminy nie ulegało wątpliwości, że wójt nie składał oświadczenia w imieniu własnym, lecz w imieniu gminy. Powyższe wynikało jednoznacznie z treści z samego dokumentu, w którym wskazano, że oświadczenie składa „urząd gminy Sieroszewice”.

5. Zarzuty, co do których odwołujący nie wskazał naruszenia przepisów ustawy Pzp

Izba stwierdziła, że żaden z ww. zarzutów nie znalazł potwierdzenia w ustalonym przez Izbę stanie faktycznym.

Nie stanowiło podstawy do wezwania wykonawcy WPK w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp niezłożenie odrębnego oświadczenia o wielkości średniego rocznego zatrudnienia u wykonawcy oraz liczebności personelu kierowniczego. Izba ustaliła, że wykonawca WPK faktycznie nie złożył takiego oświadczenia wraz z ofertą. Zamawiający zaś w pkt III.4.1 ogłoszenia o zamówieniu (Biuletyn Zamówień Publicznych z 21 grudnia 2012 r., poz. 523770) wymienił ww. oświadczenie. Izba stwierdziła jednak, że oświadczenie to nie zostało wymienione w ogłoszeniu o zamówieniu opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (ogłoszenie o zamówieniu z 27.12.2012 r., nr 2012/S 248-411049). Nie było także przez zamawiającego żądane w treści SIWZ, choć dokumenty i oświadczenia na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu należy wskazać w SIWZ (art. 36 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp). Nie został również sformułowany w żadnym ogłoszeniu ani w SIWZ warunek udziału w postępowaniu, który miałby być potwierdzony poprzez ww. oświadczenie. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający prowadzi postępowanie z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp. Powyższe wynikało z protokołu postępowania. Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8,

obligatoryjne jest przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 40 ust. 3 ustawy Pzp). Natomiast ogłoszenie o zamówieniu zamieszczane w Biuletynie Zamówień Publicznych ma wyłącznie charakter fakultatywny (art. 11 ust. 5 ustawy Pzp). Ponadto ogłoszenie o zamówieniu publikowane w inny sposób niż obowiązkowy, nie może zawierać innych informacji niż ogłoszenie opublikowane w oficjalnym publikatorze (art. 40 ust. 6 pkt 2 ustawy Pzp).

W ocenie Izby biorąc pod uwagę, że:

- a) zamawiający nie wymienił oświadczenia o średnim rocznym zatrudnieniu w obowiązkowym ogłoszeniu publikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - b) zamawiający nie nałożył obowiązku złożenia takiego oświadczenia w SIWZ,
 - c) zamawiający nie sformułował warunku udziału w postępowaniu, który miałby być wykazany ww. oświadczeniem,
 - d) ogłoszenie zamieszczone w BZP miało charakter fakultatywny i wtórny wobec ogłoszenia opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - e) zasadę wypracowywaną w orzecznictwie Izby, iż wewnętrznych sprzeczności w dokumentach przetargowych nie rozstrzyga się na niekorzyść wykonawcy
- Izba stwierdziła, że wykonawcy w niniejszym postępowaniu nie mieli obowiązku złożenia spornego oświadczenia.

Nie stanowiło podstawy do wyciągnięcia jakichkolwiek negatywnych konsekwencji zaniechanie przez wykonawcę WPK zaparafowania poprawionej numeracji załączników nr 7, 8, 9 do oferty. Zamawiający wprawdzie w Rozdziale V pkt 5.5 wskazał, iż zaleca się aby wszystkie miejsca, w których wykonawca naniósł zmiany były parafowane przez osobę podpisującą ofertę. Jednakże ustawa Pzp nie łączy żadnych skutków prawnych z niezastosowaniem się do tego typu postanowień SIWZ o charakterze porządkowym. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp można odrzucić ofertę wyłącznie wtedy, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Powyższe wskazuje za konieczność zaistnienia merytorycznej sprzeczności obu dokumentów, a nie rozbieżności natury technicznej, porządkowej. Oznacza niemożność odrzucenia oferty z powodów niemerytorycznych, prowadzących się de facto do uchybień o charakterze pisarskim, formalnym, do których należy zaliczyć brak ponumerowania stron oferty, czy też zaniechanie zaparafowania poprawek i skreśleń.

Nie stanowiło podstawy do wezwania wykonawcy WPK w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp niedoprecyzowanie w zobowiązaniu podmiotu trzeciego, do jakiego konkretnie przetargu udostępni wykonawcy swój pojazd typu hakowiec. Ustalono, że w zobowiązaniu z 2.1.2013 r. podmiot trzeci – F.U.H. Jartex zobowiązał się udostępnić wykonawcy pojazd

typu hakowiec do świadczenia usług komunalnych w zakresie odbioru odpadów. Dostrzeżenia wymagało, że przedmiotowe postępowanie dotyczyło wymienionego w zobowiązaniu rodzaju usług, tj. usług komunalnych w zakresie odbioru odpadów. Ponadto zamawiający nie prowadził innego postępowania, którego przedmiotem jest odbiór odpadów komunalnych. Wreszcie w złożonym przez wykonawcę WPK wykazie sprzętu, stanowiącym załącznik nr 6, w pkt 5, ujęto pojazd typu hakowiec, wskazując jako podstawę dysponowania nim umowę – oświadczenie o użyczeniu pojazdu typu hakowiec przez firmę Jartex. Ww. okoliczności prowadziły do jednoznacznego wniosku, że pojazd typu hakowiec został użyczony wykonawcy WPK do niniejszego postępowania.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut niezłożenia przez wykonawcę WPK drugiej strony zaświadczenia z podpisem Naczelnika Urzędu Skarbowego potwierdzającego niezaleganie w opłacaniu podatków. Izba, po okazaniu oryginału oferty wykonawcy WPK w trakcie rozprawy stwierdziła, że złożono obie strony zaświadczenia.

6. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp

Skutkiem potwierdzenia się zarzutu związanego z zaniechaniem poprawienia zestawienia kosztów wykonania usługi w ofercie wykonawcy WPK było stwierdzenie, że zamawiający naruszył zasadę równego traktowania wykonawców wynikającą z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Tak samo bowiem potraktował wykonawców, którzy skalkulowali prawidłową ilość odpadów, jak i wykonawcę WPK, który ilość tę przeszacował.

Zamawiający przez zaskarżone zaniechania nie mógł naruszyć przepisu art. 7 ust. 3 ustawy Pzp. Przywołany przez odwołującego przepis stanowi, że zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu na podstawie przepisów ustawy. Udzielenie zamówienia następuje w momencie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. W rozpoznawanej sprawie zamawiający nie zawarł umowy, więc nie mógł naruszyć przywołanego przez odwołującego przepisu.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględni odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w niniejszej sprawie. Wykonawca WPK może nie wyrazić zgody na poprawienie omyłki polegającej na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, czego skutkiem będzie odrzucenie złożonej przez niego oferty na podstawie art. 89

ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. Wynik postępowania, rozumiany jako wybór oferty najkorzystniejszej, może zatem ulec zmianie.

Biorąc powyższe pod uwagę, na podstawie art. 192 ust. 1 oraz art. 192 ust. 3 pkt 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 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).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w wysokości 3600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r., ograniczając wysokość kosztów do kwoty 3.600,00 zł maksymalnie dopuszczalnej w myśl przywołanego przepisu. Jednocześnie Izba oddaliła wniosek o zasądzenie zwrotu kosztów stawiennictwa na rozprawę pełnomocnika odwołującego, uznając że wniosek taki nie znajdował oparcia w brzmieniu ww. przepisów. Izba wzięła pod uwagę, że skoro strona wystąpiła o zwrot kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, to koszty stawiennictwa pełnomocnika na rozprawę winny mieścić się w kwocie wynagrodzenia pełnomocnika, zaś zwrot kosztów stawiennictwa na rozprawie przysługiwać mógłby, w okolicznościach niniejszej sprawy, wyłącznie stronie, która nie była reprezentowana przez pełnomocnika.

Przewodniczący: