

Sygn. akt: KIO 349/18

WYROK

z dnia 8 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Edyta Paziewska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 8 marca 2018r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 lutego 2018r. przez wykonawcę **Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Zielonki w Zielonkach, ul. Krakowskie Przedmieście 116**

przy udziale **wykonawcy S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” z siedzibą w Sędziszewie Osiedle Sady 20 lok. 2** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 349/18 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje zamawiającemu uchylenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie zaniechanej czynności wezwania wykonawcy S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” z siedzibą w Sędziszewie Osiedle Sady 20 lok. 2 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wykazania, że wskazane w ofercie dla części I trzy pojazdy spełniające normę Euro 5 spełniają wymagania zamawiającego dla części I zamówienia, które należało zsumować z wymaganiami dla części II zamówienia,
2. w pozostałym zakresie odwołanie oddać
3. Kosztami postępowania obciąża Gminę Zielonki w Zielonkach, ul. Krakowskie

Przedmieście 116 i:

- 3.1. Zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę **15 000zł. 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy)** uiszczoną przez **wykonawcę Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** tytułem wpisu od odwołania
- 3.2. Zasądza od **Gminy Zielonki w Zielonkach, ul. Krakowskie Przedmieście 116** na rzecz **Małopolskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12** kwotę 18 600 zł. 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) tytułem zwrotu uiszczonych wpisu i kosztów zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz.1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych segregowanych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy zielonki, za wyjątkiem nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna, mechanika pojazdowa oraz cmentarze" zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej za numerem 2017/S 234-487176 z dnia 6 grudnia 2017r.

W dniu 14 lutego 2018r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej w części 2 – wykonawcy TAMAX.

W dniu 26 lutego 2018r. wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12 wniósł odwołanie. Odwołanie zostało podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji. Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 lutego 2018r.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.4.3 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym), co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

2. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.3 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

3. art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.5 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych, co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

a, z ostrożności procesowej, dodatkowo

4. art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.4.3 i 1.5 siwz przez zaniechanie wezwania TAMAX do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy - w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie posiadania potencjału technicznego oraz zdolności finansowych

Wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w niniejszym odwołaniu,
3. nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zamawiającego w zakresie Części 2. (drugiej) postępowania polegających na badaniu i ocenie ofert oraz na wyborze oferty TAMAX jako najkorzystniejszej,
4. nakazanie zamawiającemu wykluczenia TAMAX, a tym samym (jako konsekwencji wykluczenia) odrzucenia jego oferty
5. nakazanie zamawiającemu dokonania w zakresie Części 2. (drugiej) postępowania czynności ponownego badania i oceny ofert, a w jego konsekwencji dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej,

ewentualnie, w sytuacji, gdyby Skład orzekający uznał, iż nie ma podstaw na tym etapie do wykluczenia TAMAX, z ostrożności procesowej (w miejsce żądania nr 4 i 5 powyżej) wniósł o:

4. nakazanie zamawiającemu dokonania w zakresie Części 2. (drugiej) postępowania czynności wezwania TAMAX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy (a więc wezwania do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy) w zakresie spełniania przez ww. wykonawcę warunków udziału w postępowaniu odnośnie posiadania potencjału technicznego oraz zdolności finansowych

Nadto wniósł o zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego. kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowego działania zamawiającego odwołujący doznał uszczerbku (szkody) związanego z niemożliwością realizacji zamówienia publicznego i osiągnięcia z tego tytułu zysku. zamawiający w zakresie drugiej części postępowania mimo obowiązków w tym zakresie wynikających z ustawy wybrał ofertę TAMAX, mimo faktu, iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Gdyby zamawiający postąpił w sposób prawidłowy i albo wykluczył go albo przynajmniej wezwał go w trybie art. 26 ust. 3 ustawy to oferta złożona przez odwołującego byłaby (lub mogłaby być w sytuacji wezwania)

uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu (w zakresie jego Części 2.), co pozwoliłoby mu na realizację niniejszego zamówienia, a tym samym osiągnięcie zakładanego zysku.

Odwołujący wskazał, że zamawiający podzielił zamówienie na dwie części i dopuszczalne było zarazem składanie ofert częściowych. Zamawiający przewidział, że w ramach postępowania zastosowanie znajdzie tzw. procedura odwrócona i wyraźnie wskazał w siwz, że wykonawca, którego oferty zostały uznane za najkorzystniejsze w obu częściach postępowania (co jest w przypadku procedury odwróconej oceniane tuż po złożeniu przez wykonawców ofert, jeszcze przed wzywaniem wykonawców do przedłożenia „dokumentów formalnych”, czyli tych, które mają dopiero potwierdzić, że wykonawca nie podlega wykluczeniu i spełnia warunki udziału w postępowaniu) musi spełnić nie warunki z osobna dla pierwszej i drugiej części postępowania, ale gdy sytuacja taka zaistnieje - musi spełnić sumę warunków. Tym samym zamawiający ukształtował postępowanie w taki sposób, że określony poziom wymogów (suma dla części pierwszej i drugiej) jest wymagany od wykonawców nawet jeżeli w konsekwencji (po ocenie dokumentów formalnych) zamówienie w obu częściach nie zostanie przyznane takiemu wykonawcy - o ile tylko po złożeniu ofert przez takiego wykonawcy były one najkorzystniejsze.

Po złożeniu przez wykonawców ofert zamawiający przedstawił w piśmie z dnia 15 stycznia 2018 r., które zostało umieszczone na jego stronie internetowej ceny przedłożone przez każdego z wykonawców - przy czym zarówno w ramach części pierwszej, jak i części drugiej - swoje oferty złożyli jedynie TAMAX, jak i odwołujący.

TAMAX był korzystniejszy we wskazanych przez zamawiającego kryteriach. Zamawiający wprowadził określone warunki udziału w postępowaniu - z punktu widzenia odwołania i zarzutów w nim zawartych istotne są warunki odnoszące się do wiedzy i doświadczenia wykonawcy, do jego potencjału technicznego i jego sytuacji finansowej.

W odniesieniu do wiedzy i doświadczenia zamawiający postawił wymóg (część II pkt 1.3 siwz), by wykonawcy posiadali niezbędną wiedzę i doświadczenie wyrażające się zrealizowaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowywaniu;

- odpadów komunalnych ulegających biodegradacji w łącznej ilości nie mniejszej niż 350 Mg z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy - dla CZĘŚCI I zamówienia;

- odpadów komunalnych segregowanych w łącznej ilości nie mniejszej niż 1100 Mg z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy - dla CZĘŚCI II zamówienia.

W odniesieniu do warunku udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym (część II siwz pkt 1.4), zamawiający wskazał, że wymagane jest dysponowanie specjalistycznymi jednostkami transportowymi z zainstalowanymi nadajnikami GPS umożliwiającymi śledzenie całej trasy pojazdu (od momentu wyjazdu z bazy do momentu zjazdu na bazę) oraz systemem monitoringu wraz z programem do odczytu danych, w tym;

- dla CZĘŚCI I zamówienia:

a) min. 2 samochodami specjalnymi (śmieciarka) o konstrukcji zabezpieczającej przed rozwiewaniem, odciekami i rozpylaniem przewożonych odpadów oraz minimalizującej oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady, przystosowanymi do opróżniania pojemników,

b) min. 1 samochodem przystosowanym do odbioru odpadów typu halcowiec do odbioru kontenerów z punktów selektywnego zbierania odpadów.

- dla CZĘŚCI II zamówienia:

a) min. 3 samochodami, w tym 1 samochód specjalny (śmieciarka), przystosowanymi do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach oraz pojemnikach, odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego 1 elektronicznego, opon,

b) min. 1 samochodem specjalnym z HDS przystosowanym do odbioru odpadów selektywnie zbieranych w pojemnikach typu „dzwon”,

c) min. 2 samochodami typu hakowiec przystosowanymi do odbioru kontenerów z punktów selektywnego zbierania odpadów.

Natomiast dla zdolności finansowych zamawiający wskazał, że wymagane jest posiadanie środków finansowe lub zdolności kredytowej w wysokości: co najmniej:

- 30 000,00 złotych (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) dla CZĘŚCI I zamówienia;

- 90 000,00 złotych (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) dla CZĘŚCI II zamówienia.

Każdy z tych wymogów był zakończony akapitem wskazującym, że w sytuacji, gdy dany wykonawca złożył oferty najkorzystniejsze w obu częściach postępowania, musi on spełnić warunek w postaci sumy warunków właściwych dla obu części.

Zatem wymóg doświadczenia dla obu części wymaga wykazania odbioru 1.450 Mg odebranych odpadów.

W zakresie potencjału technicznego wobec podmiotu, który złożył ofertę najkorzystniejszą w obu częściach postępowania, stanowiły już nie wymogi co do posiadania odpowiednio 3 i 6 samochodów dla części I i II zamówienia, ale zamawiający w ten sposób postawił wymóg posiadania 9 samochodów.

Każdy z wykonawców musiał się liczyć z tym, że jeżeli złoży oferty, które będą najkorzystniejsze w obu częściach, będzie musiał on spełnić - zarówno w ramach pierwszej,

jak i drugiej części postępowania - taki sam wymóg - a to w postaci sumy wymogów z pierwszej, jak i drugiej części, nawet jeżeli finalnie zostanie dokonany wybór jego oferty w ramach tylko jednej części. To czy będzie on musiał spełnić tylko wymogi odnośnie danych części zamówienia, czy będzie go obowiązywał wymóg w postaci sumy - był bowiem zależny od ustalenia w ramach procedury odwróconej, czy jeden i ten sam wykonawca nie złożył najkorzystniejszych ofert w obu częściach postępowania. Żaden z wykonawców - mimo istnienia takiej możliwości - nie zaskarżył tak skonstruowanego siwz, a przeciwnie - obaj wykonawcy (w tym i TAMAX) w swoich ofertach wyraźnie wskazali, że w pełni akceptują warunki siwz.

Zauważenia bowiem wymaga, że zamawiający wystosował do TAMAX wezwanie w zakresie części II postępowania w trybie art. 26 ust. 1 ustawy, a więc o dostarczenie dokumentów formalnych, a po tym jak TAMAX przedłożył dokumenty, zamawiający wezwał go raz jeszcze o uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - wskazując w piśmie z dnia 9 lutego 2018 r. (zatytułowanym „wezwanie nr 2 do uzupełnienia dokumentów”), że przecież skoro oferty TAMAX były najkorzystniejsze w ramach badania prowadzonego w tzw. procedurze odwróconej, to wykonawca ten powinien spełnić nie tylko wymogi, które zostały przewidziane jak gdyby składał tylko ofertę dla części II (albo jak gdyby z jego ofert tylko jedna została najkorzystniej oceniona w ramach procedury odwróconej), ale w przypadku tego wykonawcy właściwy poziom wymogów - także w ramach jedynie części II postępowania - to zgodnie z siwz wymóg stanowiący sumę wymogów przewidzianych dla obu części. „Jednocześnie w treści siwz zamawiający uczynił zastrzeżenie (na którą to kwestię zamawiający nie zwrócił uwagi kierując do Pana wezwanie do uzupełnienia i wyjaśnienia dokumentów w dniu 31 stycznia br.), zgodnie z którym jeżeli wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia, jako wykazanie spełnienia warunków w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części zamówienia w których oferta została oceniona najwyżej. Zastrzeżenie wskazuje, że konieczność wykazania spełnienia warunków stanowiących sumę wymogów, o których mowa w sekcji II pkt. 1.3.1 oraz 1.3.2 zaktualizuje się w sytuacji, w której oferta wykonawcy zostanie oceniona najwyżej nie zaś w momencie dokonania jej wyboru jako najkorzystniejszej. Inne ujęcie byłoby zresztą - co oczywiste - niemożliwe, nie można dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej zanim nie zostanie dokonana ocena spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Podobnie rzecz się ma również z kwestią ewentualnego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust, 1 pkt 4 p.z.p. ponieważ zanim zamawiający dokonana czynności ewentualnego unieważnienia postępowania, musi co najmniej dokonać oceny oferty którą oceni jako najwyższą, a następnie porównać ją z wielkością środków finansowych pozostających w jego

dyspozycji.”

W konsekwencji zamawiający wezwał TAMAX do uzupełnienia przedstawionych wcześniej dokumentów, które miały wykazać, że wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Jeszcze bardziej precyzyjnie zamawiający wyraził się w kolejnych akapitach przedmiotowego pisma.

TAMAX składając „dokumenty formalne”, a więc dokumenty mające stanowić potwierdzenie, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu - wskazał - w zakresie doświadczenia - na 4 zadania, gdzie łączna suma odpadów odebranych była wyższa niż 1.100 Mg, ale niższa niż 1.450 Mg (a więc kwota stanowiąca sumę). Okoliczność tą zauważył także zamawiający przedmiotowym pismem. Zamawiający żądał uzupełnienia jedynie w zakresie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia, nie zauważając, że przecież ta sama sytuacja dotyczy także i innych wymogów (np. w zakresie potencjału technicznego). TAMAX będąc wezwanym w dniu 16 stycznia 2018 r. do przedłożenia w trybie art. 26 ust. 2 ustawy „dokumentów formalnych” (tj. dokumentów mających wykazać, że nie ma w przypadku tego wykonawcy podstaw do wykluczenia, jak i że spełnia warunki udziału w postępowaniu) przedłożył dokumenty, z których wynikało, że nie spełnia on wszystkich warunków - i to niezależnie od tego, czy - tak jak jest w siwz - w jego przypadku musiał on spełnić wymogi sumę warunków dla części I i części II, czy też miałby on po prostu spełnić warunki wymagane wyłącznie dla części II. Zamawiający żądał wszak w ramach II części postępowania by wykonawca dysponował 6 pojazdami, podczas gdy TAMAX przedstawił jedynie 5 samochodów.

Warunek postawiony przez zamawiającego był jednoznaczny - wykonawca miał dysponować przynajmniej 3 samochodami, które byłyby przystosowane do odbioru odpadów, 1 samochodem specjalnym z HDS, który miał być przeznaczony do zbierania odpadów z pojemników typu dzwon, jak i 2 samochodami typu hakowiec do odbierania odpadów z punktów selektywnego zbierania odpadów - a więc wykonawca - aby spełnić warunek postawiony przez zamawiającego - miał mieć min. 6 pojazdów, które mogłyby realizować przedmiotowe zadanie (odbierać odpady). Zdaniem odwołującego nie spełnia tego wymogu posiadanie 5 pojazdów, nawet jeżeli jeden z tych pojazdów spełnia podwójną funkcję (tak jak to przedstawił TAMAX wskazując pod pozycją nr 4, że jeden z jego pojazdów to samochód typu hakowiec/HDS). W siwz nie było nigdzie powiedziane, że wykonawca ma posiadać samochód łączący funkcje, ale było wyraźnie wskazane, że wymagane są min. 2 samochody typu hakowiec przystosowane do odbioru kontenerów, jak i min. 1 samochód specjalny z HDS, który miał odbierać odpady z pojemników typu dzwon. Skoro oferty TAMAX były uznane za najkorzystniejsze w obu częściach postępowania - powinien był spełnić wymogi

odnośnie sumy warunków wymaganych osobno dla części I, jak i części II. W konsekwencji TAMAX powinien być - zgodnie z dosłownym brzmieniem siwz, co również potwierdził zamawiający w piśmie z dnia 9 lutego 2018 r. (wyżej cytowanym) - wykazać się nie tyle 6 pojazdami, co 9 pojazdami. Tym bardziej zatem nie można uznać, by spełniał on postawione przez zamawiającego warunki.

Jednocześnie odwołujący - wracając do kwestii warunku udziału, o którym mowa w piśmie z dnia 9 lutego 2018 r. – podniósł, że TAMAX nie wykazał posiadania stosownego doświadczenia. Miał on bowiem posiadać doświadczenie w zakresie odbioru 1.450 Mg, podczas gdy przedłożył on w swoim pierwotnym wykazie jedynie informacje co do odbioru 1.216,25 Mg. W wyniku wezwania z dnia 9 lutego 2018 r. uzupełnił on swoje doświadczenie o kolejne 351,15 Mg, jednakże w ocenie odwołującego nie można uznać, by mógł on uzupełnić doświadczenie o więcej niż 151,15 Mg. W konsekwencji należy uznać, że TAMAX nie spełnia wymogu w zakresie doświadczenia, gdyż nie może się wykazać w odbiorze 1.450 Mg odpadów, lecz jedynie w zakresie 1.367,4 Mg (1.216,25+151,15).

Trzeci z zarzutów odnosi się do nie wykazania przez TAMAX posiadania przez niego właściwych zasobów finansowych. TAMAX celem wywiązania się z przedmiotowego warunku przedstawił informację, że właściciel firmy posiada określoną kwotę na terminowej lokacie oszczędnościowej. Zgodnie z art. 49 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe bank może prowadzić różne rodzaje rachunków bankowych, przy czym inne rachunki prowadzi się dla osób prawnych, niepełnych osób prawnych oraz osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą (tzw. rachunki rozliczeniowe i rachunki lokat terminowych) - vide art. 49 ust. 2 PrBank, natomiast rachunki takie jak oszczędnościowe, oszczędnościowo-rozliczeniowe oraz rachunki terminowych lokat oszczędnościowych są to rachunki niezwiązane z działalnością gospodarczą - vide art. 49 ust. 3 PrBank. Rachunki takie podlegają szczególnej regulacji - w szczególności są one wolne od zajęcia komorniczego w zakresie wskazanym w ustawie (art. 54 PrBank), można w ich przypadku ustanawiać tzw. dyspozycje wkładem na wypadek śmierci (która powoduje, że określone kwoty przechodzą na wskazane osoby w chwili śmierci posiadacza rachunku bankowego) itp. Wymogi związane z sytuacją finansową (ekonomiczną) są stawiane celem ustalenia, czy wykonawca będzie w stanie należycie wykonać zakres zamówienia. Jest to pogląd utrwalony zarówno w doktrynie jak i w orzecznictwie (por. np. orzeczenie TSUE z 13.7.2017 r. Insteel at Metrostav, C-76/16, www.eur-lex.europa.eu, TS UE w wyroku z dnia 18 października 2012 r., C- 218/11 (sprawa Eszak-dunantuli Komyezetoedelmi es Vtziigyi Igazgatóság [tdukduizig] i Hochtief Construction AG Magyarorszagi Fióktelepe przeciwko Kőzbeszerzesek Tanácsa Kőzbeszerzesi Döntőbizottság). W konsekwencji istotą wykazania zdolności finansowej jest nie tyle wykazanie, że dany podmiot posiada jakikolwiek środki, ale posiada środki, które są

przeznaczone na potrzeby realizacji przedmiotowego zamówienia (mają to być środki na realizację zadania publicznego, a nie jakiegokolwiek środki). W ocenie odwołującego przedstawienie przez wykonawcę, iż posiada on środki na rachunku terminowych lokal oszczędnościowych - jako niezwiązane w żaden sposób z prowadzoną działalnością gospodarczą - w żaden sposób nie pozwala przyjąć, by wykonawca taki spełnił postawiony przez zamawiającego warunek w zakresie zdolności finansowej - nie są to bowiem środki związane z prowadzoną działalnością gospodarczą, a więc nie są to środki, jakie są przeznaczone na potrzeby realizacji danego zadania publicznego. Oznacza to, że TAMAX nie wykazał, że spełnia on w jakimkolwiek stopniu warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowych - czy to liczonych indywidualnie dla każdej z części postępowania, czy też - jak powinno być w niniejszej sprawie z uwagi na opisywane wyżej zależności - sumy obu części. Środki które wskazał nie są wszak w żaden sposób związane z prowadzoną przez niego działalnością gospodarczą, a więc nie są to środki jakie są postawione w celu realizacji zadania.

Jednocześnie - jak już było to wskazywane - stanowisko takie jest prezentowane nie tylko w orzecznictwie, ale także w doktrynie (por. J. Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2017, komentarz do art. 22c, nb. 1. Na marginesie odwołujący wskazał, że zgodnie z CEIDG wykonawca pozostaje w ustroju wspólności majątkowej. Oznacza to również, że za długi zaciągnięte przez jednego z małżonków, odpowiedzialność z majątku wspólnego istnieje wówczas, gdy małżonek zaciągnął zobowiązanie za zgodą współmałżonka (art. 41 ust. 1 KRiO). Środki, jakie są zdobywane przez małżonków w czasie małżeństwa, w tym także otrzymane jako wynagrodzenie, czy też zyski uzyskane w ramach działalności gospodarczej, wchodzi w skład majątku wspólnego (vide art. 33 i nast. KRiO). Tym samym nie mamy do czynienia z normalnymi środkami, jakimi wykonawca w pełni odpowiada za długi zaciągnięte w ramach prowadzonej działalności gospodarczej (kwestia majątku wspólnego) - a mamy do czynienia ze środkami - jak było to już wyżej wskazywane - które nie są przeznaczone na realizację przedmiotowego zamówienia, tylko stanowią oszczędności osoby fizycznej.

Zdaniem odwołującego TAMAX nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - w zakresie zdolności finansowej (w żadnej mierze), w zakresie potencjału technicznego, jak i w zakresie wymogów co do doświadczenia (nie spełnia wymogu sumy w zakresie ilości odebranych odpadów). I dlatego zamawiający zobowiązany był do wykluczenia tego wykonawcy, a w konsekwencji odrzucenia jego oferty, przy czym zamawiający powinien był to zrobić bez wzywania wykonawcy do uzupełnień. Wynika to po pierwsze z faktu, iż - w zakresie doświadczenia - był już wzywany, a dokonane przez niego uzupełnienie nie pozwala uznać, by spełniał warunki udziału w postępowaniu - tak jak wskazał to zamawiający w siwz. Po drugie - nie ma podstaw do wzywania go do uzupełnienia (czy też złożenia wyjaśnień) w

sytuacji, gdy nie ma możliwości by dokonał on zgodnego z przepisami uzupełnienia (wyjaśnienia). Związane jest to wszak z instytucją wzywania do uzupełnienia (jak i istotą wyjaśnień) - co zostało objaśnione przez TS UE w jego orzeczeniach z 2017 r. TS UE jednoznacznie wskazał, że ujęta w art. 26 ust. 3 ustawy instytucja wzywania do uzupełnienia dokumentów nie może prowadzić do tego, by nastąpiła zmiana w zakresie składanej pierwotnie oferty (która sprowadzałaby się do przedstawienia nowej oferty). Tym samym za niedopuszczalne należy uznać wykorzystywanie art. 26 ust 3 ustawy jako przepisu pozwalającego na przedstawianie wykonawcy nowych dokumentów, które nie zostały przedłożone wraz z ofertą, a w przypadku procedury odwróconej - które nie zostały przedłożone po wezwaniu ze strony zamawiającego wystosowanego w trybie art. 26 ust. 1 ustawy. W konsekwencji art. 26 ust. 3 ustawy może służyć jedynie uzupełnieniu oferty w zakresie pierwotnie przedstawionych dokumentów (vide wyroki TS UE z dnia 3 lipca 2017 r. w sprawie Esaprojekt C-387/14 i z dnia 11 maja 2017 r. Archus C-131/16).

Sprowadzając rzecz do niniejszej sprawy odwołujący zauważył, że po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 1 ustawy TAMAX przedstawił 4 inwestycje, a to na rzecz Gminy Sędziszów, Gminy Łopuszno, Gminy Włodowice i Gminy Nagłowice. Po wezwaniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy rozszerzył przedstawione wcześniej referencje o 3 dodatkowe Gminy, jak i rozszerzył informacje w zakresie doświadczenia co do jednej z 4 uprzednio ujętych Gmin (a to Gminy Sędziszów). Odwołujący uważa, że jedynie w przypadku przedstawienia dodatkowej ilości odpadów w zakresie Gminy Sędziszów możliwe jest uznanie, że nastąpiło zgodne z ustawą i przepisami dyrektywy (wyrażonymi w niej regułami związanymi z zasadami równego traktowania wykonawców, przejrzystości jak i transparentności) uzupełnienie złożonej pierwotnie oferty. Uzupełnienie bowiem może mieć miejsce przez dodanie do uprzednio złożonego wykazu dodatkowej ilości odpadów - ale w zakresie zadania uprzednio przywołanego, a nie takiego, które nie znalazło się w pierwotnej treści oferty. W konsekwencji nie ma podstaw do uznania, iż TAMAX miał możliwość uzupełnienia swojej oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przez przedstawienie całkowicie nowych referencji pochodzących od gmin wcześniej nieujętych w ich ofercie. Inne podejście oznaczałoby, że wykonawca ma pełne prawo przedstawienia po upływie pierwotnych terminów do nowej treści, odmiennej od tego, co pierwotnie było przez niego prezentowane.

Analogicznie w ocenie odwołującego nie sposób uznać, by możliwe było uzupełnienie przez TAMAX wykazu samochodów. W każdym bowiem przypadku sprowadzałoby to się do przedstawienia pojazdu wcześniej niewskazywanego, a więc nie do „uszczegółowienia” tego co zostało ujęte w ofercie, ale w rzeczywistości do przedstawienia jej nowej wersji. Odwołujący stwierdził, że „sposób realizacji zamówienia” jest powszechnie w orzecznictwie Izby uznawany za merytoryczny aspekt oferty, którego zmiana nie jest

dopuszczalna nawet w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy - gdyż stanowiłaby ona istotną zmianę oferty. Sposób realizacji zamówienia to m.in. zakres zaangażowanych środków do jego wykonania - inaczej zamówienie będzie się wykonywało posiadając jedynie 5 samochodów (z których jeden jest zarówno samochodem przeznaczonym do odbioru kontenerów [„hakowiec”], jak i do odbioru odpadów gromadzonych w pojemnikach typu „dzwon” [pojazd specjalny z HDS]), a inaczej w sytuacji posiadania 6 pojazdów, gdzie ww. funkcje będą rozdzielone na 2 pojazdy. Co doprowadziło go do wniosku, że zmiana w zakresie „sposobu realizacji zamówienia”, a więc zwiększenie liczby samochodów z 5 do 6 (do czego musiałaby się sprowadzić odpowiedź TAMAX na wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy) oznaczałaby zmianę oferty, a dokładniej - wystosowanie nowej. Przykładowo przywołał wyrok KIO z dnia 26 lipca 2017 r. sygn. KIO 1402/17, wyrok KIO z dnia 6 marca 2017 r., KIO 312/17.

W pierwotnej ofercie (w wyniku jej „dookreślenia” dokumentami złożonymi w trybie art. 26 ust. 1 ustawy) wskazane zostało 5 samochodów - tym samym gdyby wykonawca chciał uzupełnić swój wykaz pojazdów o dodatkowy samochód - wystąpiłaby zmiana w zakresie wystosowanej oferty - w rzeczywistości bowiem wskazany zostałby nowy sposób realizacji zamówienia - nie za pomocą 5, ale za pomocą 6 samochodów. Tym samym doszłoby do zmiany oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - co zgodnie z TS UE - nie jest możliwe. Zresztą okoliczność taką zauważa również KIO, która po wydaniu ww. wyroków TS UE niejednokrotnie wskazywała, że uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przez dodanie nowych okoliczności jest możliwe, o ile oferta wymaga tylko niewielkiego wyjaśnienia czy też sprostowania oczywistej omyłki, i o ile zmiany wprowadzone w wyniku tego poprawienia ('uzupełnienia') nie prowadzi do rezultatu porównywalnego z przedstawieniem w istocie nowej oferty - KIO w tym zakresie powołuje się też na wyrok z dnia 29 marca 2012 r. w sprawie C- 599/10 SAG ELV Slovensko a.s. i in. przeciwko Órad pre verejne obstaravanie, pkt 40; wyrok z dnia 10 października 2013 r. w sprawie C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregaende Uddannelser przeciwko Manova A/S, pkt 32 i 36 i wyrok z dnia 7 kwietnia 2016 r. w sprawie C- 324/16 PARTNER A. D. przeciwko Zarządowi Oczyszczania Miasta, pkt 63 i nast. - por. chociażby wyrok KIO z dnia 3 listopada 2017 r., sygn. KIO 2176/17.

Uzupełnienie oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy przez dodanie 6-go samochodu, czy też dodanie takiej liczby pojazdów, aby osiągnięta została wymagana w niniejszej sprawie liczba 9 pojazdów, oznaczałoby, że mamy do czynienia z nową jakościowo ofertą - prowadziłyby to wszak, z powodów wyżej opisanych, do zmiany sposobu realizacji zamówienia, co w świetle orzecznictwa TS UE (co zresztą znajduje potwierdzenie w orzecznictwie KIO) byłoby niedopuszczalne i stałoby w sprzeczności z regułami dot. równego traktowania wykonawców, przejrzystości jak i transparentności - art. 26 ust. 3 ustawy nie może bowiem

prować do tego, by dany wykonawca miał prawo skierować de facto nową ofertę w ramach danego zamówienia. Tym samym nie ma podstaw do wzywiania TAMAX do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy - a wykonawca ten powinien być po prostu wykluczony z uwagi na fakt, iż nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w odniesieniu do potencjału technicznego. Jakiegokolwiek wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy musiałyby bowiem prowadzić do niedozwolonego w świetle orzecznictwa TS UE, jak i KIO, przedstawienia przez wykonawcę nowej jakościowo oferty, skoro zmiana ta miałaby mieć skutek w zakresie sposobu realizacji zamówienia, co jest traktowane jako tzw. merytoryczna część oferty.

W sytuacji jednakże uznania, że ww. okoliczności nie stoją na przeszkodzie temu, by wykonawca został wezwany do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, zamiast wykluczenia TAMAX już na obecnym etapie - odwołujący z ostrożności procesowej podniósł również zarzut zaniechania wezwania TAMAX do uzupełnienia oferty przez uzupełnienie wykazu pojazdów w taki sposób, by spełnione zostały warunki udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, czy też co do jego zdolności finansowej.

Trudno jednak uznać, by wezwanie takie mogło przynieść pożądany efekt - gdyby np. TAMAX dysponował pojazdami zarówno do spełnienia wymogu, o którym mowa w cz. II pkt 1.4.3.2 lit. b) siwz - czyli samochodu specjalnego z HDS - oraz lit c) - czyli 2 samochodów typu hakowiec - wpisałby je już w dacie, gdy składał on pierwotne oświadczenie.

W dniu 27 lutego 2018r. zamawiający poinformował o wniesieniu odwołania.

W dniu 1 marca 2018r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił swój udział wykonawca Tamax wskazując, że jego oferta w części 2 została uznana za najkorzystniejszą i dlatego ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż obalenie zarzutów odwołania pozwoli mu na pozyskanie zamówienia. Wniósł o oddalenie odwołania podnosząc, że jest ono bezzasadne. Zgłoszenie zostało podpisane przez właściciela firmy. Kopia zgłoszenia została przekazana stronom 28 lutego 2018r.

W dniu 7 marca 2018r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc:

- 1) oddalenie odwołania w całości,
- 2) zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W zakresie udziału w zakresie zdolności technicznej, w zakresie doświadczenia zawodowego oraz w zakresie zdolności finansowej. w związku z niewymaganiem przez zamawiającego sumy odnośnych wymogów określonych odpowiednio dla części nr 1 oraz części nr 2 zamówienia.

Istota sporu sprowadza się do oceny tego, czy zamawiający prawidłowo zinterpretował

postanowienia siwz zgodnie z treścią których, w przypadku wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia, jako wykazanie spełnienia warunków w zakresie: (i) dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową, (ii) dysponowania specjalistycznymi jednostkami transportowymi oraz (iii) doświadczenia zawodowego będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części zamówienia w których oferta została oceniona najwyżej.

Powyższa ocena powinna niewątpliwie przebiegać z uwzględnieniem faktu unieważnienia przedmiotowego postępowania w zakresie części pierwszej zamówienia. W tym stanie rzeczy brak było jakichkolwiek podstaw do wymagania od wykonawcy sumy warunków postawionych, odpowiednio, dla każdej z części. Zamawiający zważył, że następstwem skutecznego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne (lub, odpowiednio, jego części) jest to, iż uważa się je za formalnie niebyłe. Konsekwencją tego jest zniweczenie wszelkich skutków prawnych czynności podjętych w takim postępowaniu. W przypadku unieważnienia jednej z części postępowania, za niebyłe oraz niewywołujące skutków prawnych uważać należy wszelkie czynności odnoszące się do danej części. W rezultacie, żadna ze stron postępowania nie może skutecznie powoływać się na zapisy odnoszące się o unieważnionej części.

W ramach przedmiotowego postępowania o zamówienie, odwołujący zatem nie może powoływać się na zapisy siwz mówiące o konieczności sumowania warunków odnoszących się do różnych części zamówienia. Zamawiający uważa ponadto, że należało interpretować postanowienia siwz mówiące o konieczności sumowania warunków dla obu części zamówienia. Interpretacja ta musiała przebiegać przy zachowaniu reguł określonych art. 65 kc (w związku z art. 14 p.z.p.), to znaczy z uwzględnieniem okoliczności w jakich postanowienia te zostały określone. W postępowaniach o zamówienia publiczne, okoliczności te kształtowane są nie tylko przez reguły natury ogólnej tj. zasadę równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, ale także - co ma szczególne znaczenie w przedmiotowym przypadku - reguły szczególne, odnoszące się choćby do sposobu kształtowania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie zamawiającego odwołujący nie jest uprawniony do powoływania się na takie znaczenie interpretowanego postanowienia siwz, które będzie pozostawać w rażącej sprzeczności z zasadą wyrażoną w art. 22 ust. 1a ustawy. Oczekiwanie od wykonawców uzyskujących tylko jedną część zamówienia, wykazania spełnienia warunków dla więcej niż ta właśnie część, byłoby nieproporcjonalne oraz nieprowadzące do właściwej oceny zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia.

W zakresie badania warunków udziału w zakresie zdolności technicznej odnośnie części nr 2 zamówienia zamawiający wskazał, że w żadnym miejscu SIWZ nie zostało napisane, że wykonawca ma dysponować 6 pojazdami. Twierdzenie to jest wyłącznie rezultatem wykładni

dokonanej przez odwołującego. W sekcji II pkt. 1.43.2 zostało wskazane, że wykonawca ma dysponować:

CZĘŚCI II zamówienia:

a) min. 3 samochodami, w tym 1 samochód specjalny (śmieciarka)

b) min. 1 samochodem specjalnym z HDS

c) min. 2 samochodami typu hakowiec C),”

Zamawiający zdaje sobie sprawę, że w postępowaniach o zamówienia publiczne obowiązuje zasada in dubio contra proferentem, Wszelkie niejasności czy wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść Wykonawcy - strony przyjmującej postanowienia SIWZ. Jeżeli zatem w SIWZ nie zostało napisane, że wykonawca ma dysponować 6 pojazdami, nie można tego wymogu wyinterpretowywać na niekorzyść któregokolwiek z wykonawców.

Zestawienie złożone przez TAMAX jednoznacznie potwierdza, że dysponuje on:

(i) 3 pojazdami do odbioru odpadów selektywnie zbieranych, w tym jedną śmieciarką, (ii) 1 pojazdem z HDS, (iii) 2 pojazdami typu hakowiec. Tyle tylko, że jeden z pojazdów typu hakowiec jest zarazem pojazdem HDS. Biorąc pod uwagę, że w żadnym miejscu SIWZ nie było napisane, że nie dopuszcza się pojazdów łączących funkcję, nie sposób takiej możliwości wykluczać. Byłoby to bowiem naruszenie zasady interpretowania wątpliwości na korzyść wykonawców.

Co do warunków udziału w zakresie zdolności finansowej odnośnie części nr 2 zamówienia zamawiający wskazał, że ustawa Prawo bankowe kreuje normy będące podstawą prowadzenia działalności bankowej. Adresatem normy zawartej w art. 49 Pr. Bank są banki, nie zaś wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego. Zatem z treści tej normy nie sposób wywieść, że wykonawca będący osobą fizyczną, która prowadzi działalność gospodarczą, nie może wykazać spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności finansowej w oparciu o środki zgromadzone na terminowej lokacie oszczędnościowej. Definicja wykonawcy zawarta w art. 2 pkt. 11 ustawy nie dokonuje rozróżnienia między osobą fizyczną, a osobą fizyczną prowadzącą działalność gospodarczą. Pozostałe przepisy ustawy, w tym również rozporządzenie o dokumentach (Dz.U.2016 poz. 1126), nie dają podstawy do wymagania różnych dokumentów od osób fizycznych w zależności od tego czy prowadzą one działalność gospodarczą czy nie.

Dla zamawiającego nie ulega żadnym wątpliwości, iż środki zgromadzone na rzeczonym rachunku stanowią własność Pana S.C.. Odwołujący nie wskazał przy tym, które konkretnie przepisy ustawy winny znaleźć zastosowanie dla wyjaśnienia sytuacji finansowej Pana S.C. jako wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia.

W dniu 8 marca 2018r. przystępujący TAMAX złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie, w której podobnie jak zamawiający podnosi niewłaściwą wykładnię postanowień siwz dotyczącą warunków oraz fakt unieważnienia postępowania w części I. Co

do warunku doświadczenia zawodowego przystępujący oświadczył, że wykazał doświadczenie w zakresie wymaganym dla części II, a nie zgadza się z twierdzeniem, że powinien wykazać dla obu części łącznie. Co do potencjału technicznego, to wskazał, że zamawiający opisując warunek wskazał na funkcje pojazdów, a nie ich ilość i nie zastrzegł, że jeden pojazd nie może spełniać większej ilości funkcji, a zatem jego stan posiadania spełnia wymagania zamawiającego. W zakresie zdolności finansowej i ekonomicznej, to wskazał, że wykazał wymaganą ilość środków, a ustawa nie odsyła do prawa bankowego, są to środki własne przystępującego którymi może dysponować samodzielnie do kwoty 100 000zł.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz, oferty TAMAX dla części I i dla części II, wezwań zamawiającego kierowanych do TAMAX do uzupełnienia JEDZ, złożenia dokumentów i uzupełnienia dokumentów oraz udzielonych odpowiedzi, oświadczenia Agaty Cieślak, zdjęcia pojazdu.

Na podstawie tych dowodów Izba ustaliła, co następuje:

Warunki udziału w postępowaniu w ogłoszeniu o zamówieniu i siwz nie różniły się i w spornym zakresie nie podlegały wyjaśnieniom treści siwz, ani modyfikacji. W pkt. II siwz zamawiający określił następujące warunki udziału w postępowaniu:

1.3. posiadają niezbędną wiedzę i doświadczenie wyrażające się zrealizowaniem w ciągu ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert usług lub usługi polegających na odbieraniu i zagospodarowywaniu:

1.3.1. odpadów komunalnych ulegających biodegradacji w łącznej ilości nie mniejszej niż 350 Mg, z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy - dla CZĘŚCI I zamówienia;

1.3. 2. odpadów komunalnych segregowanych w łącznej ilości nie mniejszej niż 1100 Mg, z zastrzeżeniem, że realizacja odbioru i zagospodarowania tych odpadów miała zostać wykonana w ciągu okresu nie dłuższego niż 12 następujących po sobie miesięcy — dla CZĘŚCI II zamówienia.

Jeżeli wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia, jako wykazanie spełnienia warunków w zakresie dysponowania wiedzą i doświadczeniem będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części zamówienia w których oferta została oceniona najwyżej.

1.4. dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym w szczególności:

1.4.1. informatycznym systemem monitorowania pojazdów opartym na satelitarnym systemie lokalizacji GPS umożliwiającym trwale zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o co najmniej bieżącej i historycznej pozycji pojazdów, miejscach postoju, historii tras, przebiegach, godzinach pracy, sygnalizację, jeżeli pojazd z wyznaczonej floty znajdzie się poza wyznaczonym obszarem, a także dostarczanie raportów zawierających ww. informacje oraz systemem czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów umożliwiający weryfikację tych danych. System musi umożliwić Zamawiającemu bieżący dostęp do danych GPS wszystkich samochodów obsługujących gminę (warunki odnoszące się do wszystkich i do każdej z części zamówienia).

1.4. 2.system monitorowania kamerowego tj. minimum jedna kamera mająca w swoim zasięgu całą trasę przejazdu (warunki odnoszące się do wszystkich i do każdej z części zamówienia); System monitorujący winien trwale zapisywać i przechowywać obraz z kamer oraz trasy przejazdu wszystkich samochodów obsługujących gminę, postoju godziny pracy pojazdu.

1.4.3. specjalistycznymi jednostkami transportowymi z zainstalowanymi nadajnikami GPS umożliwiającymi śledzenie całej trasy pojazdu (od momentu wyjazdu z bazy do momentu zjazdu na bazę) oraz systemem monitoringu wraz z programem do odczytu danych, w tym:

1.4.2.1. dla CZĘŚCI I zamówienia:

a) min. 2 samochodami specjalnymi (śmieciarka) o konstrukcji zabezpieczającej przed rozwiewaniem, odciekami i rozpylaniem przewożonych odpadów oraz minimalizującej oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady, przystosowanymi do opróżniania pojemników,

b) min. 1 samochodem przystosowanym do odbioru odpadów typu hakowiec do odbioru kontenerów z punktów selektywnego zbierania odpadów.

1.4.2.2. dla CZĘŚCI II zamówienia:

a) min. 3 samochodami, w tym 1 samochód specjalny (śmieciarka), przystosowanymi do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w workach oraz pojemnikach, odpadów wielkogabarytowych, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, opon,

b) min. 1 samochodem specjalnym z HDS przystosowanym do odbioru odpadów selektywnie zbieranych w pojemnikach typu „dzwon”,

c) min. 2 samochodami typu hakowiec przystosowanymi do odbioru kontenerów z punktów selektywnego zbierania odpadów.

Jeżeli wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia, jako wykazanie spełnienia warunków w zakresie specjalistycznymi jednostkami transportowymi będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części zamówienia w których oferta została oceniona najwyżej.

UWAGA!!!! Wielkość i rodzaj samochodów odbierających odpady należy dostosować do parametrów ulic tj. ich szerokości, gęstości zabudowy oraz nośności dróg i mostów.

1.5. posiadają środki finansowe lub zdolność kredytową w wysokości; co najmniej:

1.5.1.30 000,00 złotych (słownie: trzydzieści tysięcy złotych 00/100) dla CZĘŚCI I zamówienia;

1.5.2. 90 000,00 złotych (słownie: dziewięćdziesiąt tysięcy złotych 00/100) dla CZĘŚCI II zamówienia.

Jeżeli wykonawcy, którego oferta została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia, jako wykazanie spełnienia warunków w zakresie dysponowania środkami finansowymi lub zdolnością kredytową będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części zamówienia w których oferta została oceniona najwyżej.

W Ofercie dla części I TAMAX oświadczył, że dysponuje 3 samochodami spełniającymi normę Euro 5.

W Ofercie dla części II TAMAX oświadczył, że dysponuje 5 samochodami spełniającymi normę Euro 5.

W żadnym z JEDZÓw dla części I i II załączonych do ofert TAMAX nie wypełnił sekcji IV część B pkt. 5 i 6, część C pkt. 1b i 3.

Z informacji o złożonych ofertach wynika, że dla części I i II oferty złożyli odwołujący i TAMAX.

W dniu 16 stycznia 2018r. zamawiający w zakresie części II wezwał TAMAX na podstawie art. 26 ust. 2 ustawy do złożenia dokumentów w tym:

1. wykazu dostaw,
2. wykazu narzędzi i urządzeń technicznych,
3. informacji z banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej.

W dniu 26 stycznia 2018r. TAMAX złożył żądane dokumenty i wynikało z nich, że:

TAMAX wykonał następujące usługi:

1. odbiór i zagospodarowanie odpadów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gm. Sędziszów w okresie od 1 stycznia 2017r. do 30 czerwca 2019r. w ilości 359,25 Mg za 2017r.,
2. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gm. Łopuszno w okresie

1 lutego 2017r. do 31 grudnia 2018r. w ilości 325,70 Mg

3. świadczenie usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych powstałych na nieruchomościach na terenie gm. Włodowice w okresie 1 stycznia 2017r. do 31 grudnia 2017r. w ilości 297,25 Mg
4. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gm. Nagłowice w okresie 1 stycznia 2017r. do 30 czerwca 2019r. w ilości 234,05 Mg.

TAMAX posiada samochód ciężarowy smeciarka, 2 samochody ciężarowe skrzyniowe, samochód ciężarowy hakowiec/HDS, samochód ciężarowy hakowiec.

S.C. posiada w Noble Banku terminową lokatę oszczędnościową nr LPB/16AMEB8 o wartości 200 tys. zł. na okres 24 miesięcy założoną w dniu 8 lipca 2016r. nieodnawialna.

W dniu 31 stycznia 2018r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wezwał TAMAX do wyjaśnienia następującej kwestii czy wskazane ilości odpadów zostały odebrane i zagospodarowane w ciągu kolejnych 12 miesięcy dla poz. 2 i 4 wykazu, czy oświadczenie dotyczące sprzętu w zakresie Kamery i GPS potwierdził, że spełnia wymogi określone w siwz.

W dniu 2 lutego 2018r. TAMAX oświadczył, że wskazane ilości odpadów w przypadku poz. 1,3 i 4 wykazu były zebrane w okresie od 1 stycznia 2017r. do 31 grudnia 2017r., zaś dla pozycji 2 wykazu w okresie od 1 lutego 2017r. do 31 grudnia 2017r. i potwierdził, że spełnia wymagania zamawiającego co do kamery i GPS.

W dniu 9 lutego 2018r. zamawiający wezwał TAMAX w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie doświadczenia zawodowego do wykazania, że spełnia warunek udziału dla sumy wymogów dla każdej części zamówienia.

W dniu 13 lutego 2018r. TAMAX złożył nowy wykaz usług, w którym poz. 1 – 4 wskazał te, które podał w dniu 26 stycznia 2018r. oraz wskazał kolejne 4 pozycje:

5. świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów od właścicieli nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy powstałych na terenie 4 gmin w województwie śląskim w ilości 36,45 Mg za rok 2017r.
6. odbiór, transport i zagospodarowanie całego strumienia stałych odpadów komunalnych zmieszanych i segregowanych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie gm. Kamienica Polska w ilości 124, 20 Mg za 2017r.
7. odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gm. Dąbrowa Zielona złożonych w PSZOK oraz odpadów wielkogabarytowych w ilości 39,35 Mg za 2017r.
8. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gm. Sędziszów od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w ilości 151,15 Mg za 2017r.

W dniu 14 lutego 2018r. zamawiający poinformował o wyborze oferty TAMAX dla części II zamówienia.

W dniu 16 lutego 2018r. zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania w zakresie części I zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy z uwagi na to, że cena oferty najkorzystniejszej przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zamawiający nie ma możliwości zwiększenia tej kwoty do ceny najkorzystniejszej oferty.

Z oświadczenia Agaty Cieślak wynika, że całość środków finansowych zgromadzonych na lokacie oszczędnościowej LPB/16AMEB8 stanowi majątek odrębny S.C..

Ze zdjęcia pojazdu wynika, że istnieje pojazd wyposażony jednocześnie w hak i hydrauliczny dźwig.

Izba ustaliła zatem, że postępowanie prowadzone było z podziałem na dwie części zamówienia. Wspólnie dla każdej części zamówienia w zakresie warunków udziału w postępowaniu zamawiający postanowił, że:

1. jeśli oferta została oceniona najwyżej
2. została oceniona najwyżej w zakresie większej niż jedna część zamówienia
3. to, jako wykazanie spełnienia warunków będzie spełnienie sumy wymogów określonych odpowiednio dla każdej z części.

Z tych postanowień należało ustalić, że zamawiający nie postawił hipotezy powyższego warunku dla oferty najkorzystniejszej, ale dla oferty ocenionej najwyżej. Po drugie nie wystarczyło aby oferta była oceniona najwyżej w jednej z części dla których została złożona, ale miała być oceniona najwyżej we wszystkich częściach, w których została złożona. Wówczas ziszczała się dyspozycja warunku mówiąca o konieczności wykazania się sumą wymogów dla każdej części. Odwołanie się przez zamawiającego do słowa „suma”, a więc pojęcia oznaczającego wynik dodawania, musiało być zatem interpretowane jako spełnianie wymogów łącznie, a nie np. zawarcie się w większym z wymogów, tym samym w niniejszej sprawie, wykonawca składający ofertę na dwie części zamówienia musiał złożyć ofertę na 350 Mg odpadów (cz. I) i 1100 Mg (cz. II), 2 pojazdy śmieciarki i 1 hakowiec (cz. I) i 3 pojazdy dostosowanymi do odbioru odpadów selektywnych, wielkogabarytowych, sprzętu elektrycznego i elektronicznego i opon, w tym 1 śmieciarka, 2 hakowce i 1 samochód z HDS (cz. II), przy czym sformułowanie „przystosowanymi do” w ocenie Izby nie jest równoważne sformułowaniu „używany do” i nie można zatem odchodząc od pojęć użytych przez zamawiającego dokonać wykładni zawężającej, że zamawiający zakazywał przystosowania jednego pojazdu do dwóch funkcji, 30 000 zł. środków finansowych (cz. I) + 90 000zł. środków finansowych (cz. II).

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba ustaliła, że nie wystąpiły podstawy wymienione w art. 189 ust. 2 ustawy, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody, czym wypełnił przesłankę materialnoprawną z art. 179 ust. 1 ustawy.

Kwestia braku podniesienia zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy nie może być w według Izby oceniona jako podstawa do uznania braku interesu odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż czynność wyboru oferty najkorzystniejszej jak przyjął Sąd Najwyższy oraz sądy okręgowe weryfikujące pogląd Izby na przesłankę odrzucenia odwołania z art. 189 ust. 2 pkt. 6 ustawy należy wyklądać jako ciąg czynności związanych z badaniem i oceną ofert w tym wykluczenie wykonawcy, odrzucenie oferty i ocenę ofert w przyjętych kryteriach, a wybór oferty najkorzystniejszej jest ukoronowaniem ciągu tych czynności. Tym samym jeśli odwołujący kwestionuje prawidłowość zachowań zamawiającego związanych z etapem badania oferty, to kwestionuje również prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej, a w konsekwencji jego odwołanie zmierza do ochrony interesu tego wykonawcy w uzyskaniu zamówienia publicznego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.4.3 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej (dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym), co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. W ocenie Izby Jak wynika z ustaleń stanu faktycznego zamawiający po ustaleniu:

1. czy zostały złożone oferty w postępowaniu – bo mogły nie zostać złożone i wówczas zastosowanie miałby art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy,
2. czy zostały złożone oferty na obie części postępowania – bo wówczas również na podstawie art. 93 ust.1 pkt 1 ustawy, któraś z części mogłaby zostać oceniona jako podlegająca unieważnieniu,
3. czy zostały złożone co najmniej po 1 ofercie na każdą z części postępowania i czy są to oferty pochodzące od równych wykonawców – wówczas w każdej części ocenione byłyby jako najkorzystniejsze oferty innych wykonawców,
4. czy zostały złożonej co najmniej po jednej ofercie tego samego wykonawcy na każdą

z części, zamawiający musiałby ustalić, czy są też inne oferty i czy oferty pochodzące od tego samego wykonawcy w obu częściach będą ocenione jako najkorzystniejsze. Dopiero wówczas ziszczała się dyspozycja warunków zamawiającego dotycząca obowiązku sumowania wymogów.

Dalsza kolejność czynności zamawiającego powinna być taka, że dla każdej z części wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza zamawiający powinien był badać, czyli żądać uzupełnienia JEDZów jeśli były braki lub błędy, wzywać do złożenia dokumentów z uwzględnieniem wymogu sumowania, żądać złożenia oświadczeń lub dokumentów, ewentualnie żądać uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczeń, a następnie jeśli oferty jednego wykonawcy ocenione przeszłyby poprawnie przez badanie ofert, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej i dopiero wówczas zamawiający mógłby ofertę takiego wykonawcy ocenić pod kątem normy z art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy. W niniejszej sprawie natomiast zamawiający postąpił wbrew normie art. 93 ust.1 pkt 4 ustawy, gdyż nie dokonał w ogóle wyboru oferty najkorzystniejszej w części I zamówienia i pozostając jedynie na swojej wstępnej ocenie korzystności oferty uznał, że nie ma środków na sfinansowanie zamówienia. W ocenie Izby zatem zamawiający popełnił błąd w interpretacji art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy stosując go do oferty jedynie ocenionej jako najkorzystniejsza w części I. Oczywiście Izba ma świadomość tego, że część I zamówienia nie jest objęta zarzutami odwołania, jednak w ocenie Izby bez wskazania zamawiającemu tego błędu nie jest możliwe wykazanie zamawiającemu, dlaczego i z jakiego powodu jego argumentacja, tak jak argumentacja przystępującego nie znalazły aprobaty w oczach Izby. Zamawiający odstępując od badania oferty TAMAX w części I zamówienia błędnie przyjął, że takiego badania nie musiał przeprowadzać, w efekcie doprowadził do sytuacji, w której nie zastosował się do własnej treści siwz i jednocześnie zmienił wymagania dotyczące sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w toku badania ofert po upływie terminu składania ofert, co jest sprzeczne z normą art. 38 ust. 4a ustawy. Gdyby bowiem zamawiający prawidłowo zastosował art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy i ustalił, że przepis ten może mieć zastosowanie tylko w przypadku wyboru oferty najkorzystniejszej, której wartość przewyższa kwotę, którą zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia, to przeprowadziłby badanie obu ofert firmy TAMAX i sprawdził czy ten wykonawca spełniał zsumowane wymogi dla obu części zamówienia. W ocenie Izby zamawiający nie mógł zachować się tak jakby oferta dla części I zamówienia nie została w ogóle złożona, albo nie była najkorzystniejsza, gdyż inaczej w tym zakresie w siwz ukształtował warunki udziału w postępowaniu. Zamawiający do zastosowania sumowania zobowiązany był zawsze w przypadku złożenia dwóch ofert od tego samego wykonawcy po jednej na każdą część zamówienia, które zostałyby ocenione jako najkorzystniejsze. Nie logiczna jest to argumentacja przystępującego, że nie musiał on wykazywać spełniania warunków udziału w postępowaniu dla części I, bo go w skutek

unieważnienia nie uzyska. Jednak aby zamawiający mógł unieważnić postępowanie w części I na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy musiał ustalić, że ma ofertę najkorzystniejszą, a tego nie mógł zrobić bez badania oferty TAMAX w części I. Mogło się przecież okazać, że przykładowo oferta TAMAX w części I podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy i wówczas wybrany byłby odwołujący, a wymóg sumowania nie znalazłby zastosowania, albo obie oferty w części I podlegałyby unieważnieniu wówczas miałyby zastosowanie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy dla części I. Przystępujący zatem nie mógł na etapie składania oferty przewidzieć, że złoży zbyt drogą ofertę, czy będzie gorszy od konkurencji, tym samym nie mógł również przewidzieć, że nie będzie żądane od niego wykazanie, że spełnia zsumowane wymogi zamawiającego, skoro jak twierdzi ich nie kwestionował Tym samym rację odwołującemu należy przyznać w tym aspekcie, że przystępujący dla wykazania spełniania warunków udziału w ramach części II, będąc jednocześnie najwyżej oceniony w części I powinien być przez zamawiającego zobowiązany do udowodnienia spełniania warunku doświadczenia zawodowego, potencjału technicznego, jak i potencjału finansowo-ekonomicznego z uwzględnieniem wymogu sumowania. Te uwagi natury ogólnej mają zastosowanie przy rozważaniu pozostałych sformułowanych przez odwołującego zarzutów. W ocenie Izby odwołujący słusznie upatruje interpretacji wyroku ESAPROJEKT przez pryzmat zdolności do wykonania zamówienia sposobem pierwotnie wynikającym z oferty. Jednakże w ocenie Izby odwołujący chciałby, aby ten wyrok był interpretowany w ten sposób, że doświadczenia zawodowego, czy innego potencjału nie można w ogóle zastępować i musi on być niezmienny od momentu złożenia oferty do momentu wykonania umowy. Jednakże z taką tezą nie można się zgodzić w odniesieniu do wszystkich zasobów i bez względu na sposób ich pozyskania. W ocenie Izby wykonawca oferujący samodzielne wykonanie zamówienia i prezentujący pewien wąski zakres swojego doświadczenia, w ocenie Izby może powołać się na swoje inne doświadczenie w toku badania oferty, jeśli choćby wskazane zamawiający ocenił jako nieprzystające do postawionego warunku, a odwołujący zauważył, że nieprawidłowo odczytał intencję zamawiającego ten warunek precyzującą. Jeśli wykonawca ma doświadczenie szersze niż wymagane i w zakresie tego doświadczenia popełni omyłkę przy jego prezentowaniu, to nie zmienia to faktu, że to nadal jest ten sam wykonawca z tym samym doświadczeniem, które samodzielnie nabył i wykonał należycie, więc sposób wykonania zamówienia pozostanie niezmienny i niezmienna będzie zdolność obiektywna wykonawcy do realizacji zamówienia, choć wykazana innym doświadczeniem własny niż pierwotnie wskazane. W przeciwnym wypadku dochodziłoby bowiem do eliminacji wykonawcy zdolnego do wykonania zamówienia, a w ocenie Izby nie to było celem wykładni dokonanej przez TSUE w wyroku ESAPROJEKT.

Izba oceniła, że postawiony warunek doświadczenia wymaga wykazania zebrania określonej ilości odpadów w okresach nie dłuższych niż 12 miesięcy, a więc wszystkie pozycje

wskazane przez przystępującego TAMAX mogły ulec sumowaniu, bo okres 11 miesięczny jak w przypadku poz. 2 pierwotnego wykazu, to okres krótszy niż 12 miesięcy, a zatem spełniający wymogi zamawiającego. Izba zatem oceniła jako dopuszczalne doświadczenie wykazane zamawiającemu na pierwotne wezwanie w zakresie pozycji 1, 2 3, 4 jak i uzupełnione na wezwanie 5-8 i łącznie w ocenie Izby przystępujący wykazał wymaganą sumę 350 Mg plus 1100 Mg – łącznie 1450 Mg. W konsekwencji zarzut jest niezasadny i podlega oddaleniu.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22d ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.3 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia, co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców

Zarzuty nie zasługuje na uwzględnienie. Izba w całości podtrzymuje w tym zakresie wywody poczynione w uzasadnieniu pierwszego z zarzutów. Bezsporne jest to, że przystępujący oświadczył w formularzu oferty dla części I, że dysponuje 3 pojazdami spełniającymi normę Euro 5 i 5 pojazdami spełniającymi tę normę dla części II. W ocenie Izby samochody przystosowane do nie oznaczają samochodów wykorzystywanych przy realizacji zamówienia do określonych zadań, tym samym w ocenie Izby rację ma zamawiający i przystępujący wywodząc, że brak było wskazania wymogu dysponowania 6 pojazdami dla części II, brak było zakazu łączenia różnych zastosowań (przeznaczeń) pojazdów w jednym pojeździe, jak również poza oświadczeniami z doświadczenia życiowego, którym przystępujący przeczył, brak było dowodu na to, że nie jest możliwe wykonanie przedmiotowego zamówienia 5 pojazdami wyposażonymi w funkcje określone przez zamawiającego. Niewątpliwie zamawiający nie zbadał jednak spełniania przez wykonawcę wymogu sumowania potencjału sprzętowego dla obu części, ale wykonawca wykazał dla części I trzy pojazdy, a zamawiający nie wzywał go w tym zakresie do złożenia dokumentów, tym samym na obecnym etapie postępowania nie można ustalić, że przystępujący nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie potencjału technicznego, a zatem zarzut zaniechania wykluczenia jest niezasadny.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy w zw. z art. 22c ust. 1 ustawy w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.5 siwz przez zaniechanie wykluczenia TAMAX pomimo faktu, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w

postępowaniu w zakresie zdolności finansowych, co jednocześnie przesądza o prowadzeniu postępowania w sposób sprzeczny z regułą nakazującą prowadzić je w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców;

Zarzut jest niezasadny. Zamawiający wprawdzie nie badał zsumowanego potencjału finansowo-ekonomicznego, nie mniej jednak zostało w ocenie Izby wykazane, że przystępujący dysponuje lokatą oszczędnościową na kwotę 200 000zł., która stanowi jego majątek odrębny, co w odniesieniu do wymaganej łącznej wartości 120 000zł. (30 000 plus 90 000zł. wynosi 120 000zł.) potwierdza posiadanie wymaganej ilości środków finansowych. Izba wzięła tu pod uwagę fakt, że do 19 lutego 2013r. obowiązywało rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 30 grudnia 2009 r. . (Dz.U. Nr 226, poz. 1817), gdzie w par. 1 ust. 1 pkt 9 zamawiający mógł żądać informacji banku lub spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, w których wykonawca posiada rachunek, potwierdzającej wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową wykonawcy, wystawionej nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo składania ofert. Po 19 lutego 2013r. wymogu, aby środki były zgromadzone w banku, w którym wykonawca posiada rachunek już nie ma. Zgodnie z art. 49 ust. 3 ustawy prawa bankowego rachunki lokat oszczędnościowych mogą być prowadzone dla osób fizycznych nie prowadzących działalności gospodarczej, jednak w ocenie Izby z rozporządzenia w sprawie rodzaju dokumentów w brzmieniu obecnie obowiązującym nie da się wywieść, że wykonawca musi wykazać się środkami finansowymi znajdującymi się na jego rachunku związanym z działalnością gospodarczą. Co więcej wykonawca może wykazywać ten fakt także za pomocą innych dokumentów niż informacja z banku, jeśli takiej przedłożyć nie jest w stanie – art. 26 ust. 2c ustawy. W ocenie Izby przystępujący TAMAX wykazał spełnianie wymogu dysponowania środkami finansowymi w wymaganej zsumowanej wysokości i wykazał, że ma on możliwość wykorzystania ich bez zgody małżonka w ramach prowadzonej przez siebie działalności. Tym samym zarzut nie potwierdził się.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy w zw. z cz. II pkt 1.4.3 i 1.5 siwz przez zaniechanie wezwania TAMAX do złożenia, uzupełnienia lub poprawienia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy - w zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu odnośnie posiadania potencjału technicznego oraz zdolności finansowych

Zarzut potwierdził się w zakresie potencjału technicznego. W ocenie Izby zamawiający zaniechał ustalenia, czy przystępujący TAMAX spełnia wymagania w zakresie zsumowanego potencjału technicznego przez zaniechanie żądania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy wykazu sprzętu dotyczącego spełniania zdolności w zakresie części I zamówienia, tym samym zamawiający nie był w stanie ustalić, czy wykonawca spełnia postawione dla części II warunki udziału. W konsekwencji Izba dopatrzyła się naruszenia tego przepisu i nakazała zamawiającemu uchylene czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części II postępowania, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i dokonanie zaniechanej czynności wezwania wykonawcy S.C. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą S.C. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „TAMAX” z siedzibą w Sędziszewie Osiedle Sady 20 lok. 2 w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do wykazania, że wskazane w ofercie dla części I trzy pojazdy spełniające normę Euro 5 spełniają wymagania zamawiającego dla części I zamówienia, które należało zsumować z wymaganiami dla części II zamówienia. Izba stwierdziła, że nie sposób uznać, że unieważnienie postępowania odwoławczego w części I zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy zniwelowało wymogi dotyczące spełniania warunków przez wykonawcę ocenionego jako najkorzystniejszy dla więcej niż jednej części postępowania. Nieprzeprowadzenie bowiem badania oferty w części I i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części nie zwalniało zamawiającego z odstąpienia od postawionych warunków udziału w postępowaniu po upływie terminu składania ofert.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art. 192 ust.1, 2 i 3 pkt 1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do wyniku spraw oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. b i § 5 ust. 2 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 ze zm. Z 2017r. poz. 47) obciążając zamawiającego kosztami postępowania w postaci uiszczanego przez odwołującego wpisu od odwołania oraz kosztów zastępstwa prawnego nakazując zamawiającemu zwrot odwołującemu poniesionych przez niego kosztów wpisu i zastępstwa prawnego w wysokości 3 600zł., zgodnie z przedstawionym rachunkiem.

Przewodniczący: