

Sygn. akt: KIO 151/12

WYROK

z dnia 10 lutego 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Ewa Rzońca

Robert Skrzyszewski

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 stycznia 2012 r. przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** w postępowaniu prowadzonym przez **Skarb Państwa - Starostę Tarnogórskiego w Tarnowskich Górach**

przy udziale wykonawcy „MWM” **Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Tarnowskich Górach** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od **Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Tarnowskich Górach** na rzecz **Skarbu Państwa – Starosty Tarnogórskiego w Tarnowskich Górach** kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

.....

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Skarb Państwa – Starosta Tarnogórski w Tarnowskich Górach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na prowadzenie eksploatacji oczyszczalni ścieków po Zakładach Chemicznych „Tarnowskie Góry” w Tarnowskich Górach.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 26 stycznia 2012 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o. w Tarnowskich Górach wniósł odwołanie wobec czynności zamawiającego zarzucając naruszenie:

- art. 26 ust. 2b ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, że pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego o oddaniu do dyspozycji Wykonawcy MWM sp. z o.o. swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia jest prawidłowe w świetle tego przepisu oraz Pzp,

- art. 26 ust. 3 14 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, a przez to błędne przyjęcie, że wykonawca MWM Sp. z o.o. legitymuje się wiedzą i doświadczeniem w zakresie wymaganym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej zwana: „SIWZ”), jak również błędne przyjęcie, iż ww. wykonawca złożył odpowiednie dokumenty potwierdzające należyte wykonanie wykazanych dostaw, szczególnie w zakresie pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego oraz zaniechanie wezwania wykonawcy MWM Sp. z o.o. do złożenia wyjaśnień lub/i uzupełnienia oferty,

- art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mogące mieć wpływ na wynik postępowania i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,

- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł lub nie przedłużył ważności wadium w terminie ani nie dokonał przedłużenia okres związania ofertą i w konsekwencji

zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy lub jego odrzucenia np. art. 89 § 1 pkt. 1 Pzp,

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na niezgodności w treści oferty tj. sprzeczność oświadczenia w Formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 2 (Istotnych postanowień umowy), oraz naruszenie art. 87 § 1 Pzp poprzez próbę usunięcia ww. niezgodności w niedopuszczalnym trybie,
- ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie do usunięcia niezgodności treści oferty ze SIWZ w zakresie uchylenia sprzeczności w formularzu ofertowym oraz co do złożonego nieaktualnego wzoru umowy,
- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na sprzeczność zapisu SIWZ o obowiązku wykonywania zamówienia siłami własnymi (art. 36 ust. 5 Pzp) z oświadczeniem MWM sp. z o.o., że nie wykona zamówienia siłami własnymi, pomimo postawienia takiego wymogu przez Zamawiającego (za wyjątkiem badań analitycznych -załącznik nr 6 SIWZ),
- art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp w związku z art. 85 ust. 1,2 i 4 Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, która nie była ofertą w rozumieniu art. 66 kc, z uwagi na fakt, że od dnia 19.11.201r. MWM sp. z o.o. nie był związany terminem związania z ofertą. Oświadczenie z dnia 17.11.201 l.r. podpisał pełnomocnik nie będąc do tego umocowany,
- ewentualnie naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania MWM sp. z o.o. do uzupełnienia pełnomocnictwa,
- art. 7 ust. 1, i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta odrzucona , jak też przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

W odniesieniu do wykonawcy PHU Blochel Agnieszka Blochel czynnościami zamawiającego odwołujący zarzuca naruszenie:

- art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na niezgodności w treści oferty tj. sprzeczność oświadczenia w Formularzu ofertowym oraz w załączniku nr 2 (Istotnych

postanowień umowy), oraz naruszenie art. 87 § 1 Pzp poprzez próbę usunięcia ww. niezgodności w niedopuszczalnym trybie,

- ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp poprzez jego niezastosowanie do usunięcia niezgodności treści oferty ze SIWZ w zakresie uchylenia sprzeczności w formularzu ofertowym oraz co do złożonego nieaktualnego wzoru umowy,

- art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy,

- art. 26 ust. 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i zaniechanie wezwania PHU Blochel do uzupełnienia dokumentów na okoliczność wiedzy i doświadczenia.

- art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 14 oraz 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp -

poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł lub nie przedłużył ważności wadium w terminie ani nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy lub jego odrzucenia np. art. 89 § 1 pkt. 1 Pzp,

Zdaniem Odwołującego Zamawiający błędnie dokonał badania i oceny ofert, w tym oferty wykonawcy MWM Sp. z o.o. oraz oferty PPH Blochel, Agnieszka Blochel- tej ostatniej - w części dotyczącej nieodrzućenia jego oferty o inne niż wskazane w rozstrzygnięciu wady jego oferty.

W związku z powyższym, odwołujący PWiK sp. z o.o. wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy MWM Sp. z o.o. jako oferty, której treść nie odpowiada treści Pzp i SIWZ,
- 3) nakazanie zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy MWM Sp. z o.o. jako oferty wykonawcy wykluczonego,
- 4) ewentualnie nakazanie zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny:

- oferty wykonawcy MWM Sp. z o.o. i wezwania go do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp lub zastosowanie trybu art. 87 § 1 lub art. 87 § 2 pkt. 3

Pzp, a w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia/wyjaśnienia oferty wykluczenie ww. wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty,

5) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy PPH Blochel Agnieszka Blochel jako oferty, której treść nie odpowiada treści Pzp i SIWZ,

6) nakazanie Zamawiającemu odrzucenie oferty wykonawcy PPH Blochel Agnieszka Blochel jako oferty wykonawcy wykluczonego

7) ewentualnie nakazanie Zamawiającemu dokonanie ponownego badania i oceny oferty wykonawcy PPH Blochel Agnieszka Blochel i wezwania go do wyjaśnienia i uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, lub zastosowanie trybu art. 87 § 1 lub art. 87 § 2 pkt. 3 Pzp, a w przypadku nieprawidłowego uzupełnienia/ wyjaśnienia oferty wykluczenie ww. wykonawcy i/lub odrzucenia jego oferty,

8) o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa procesowego.

W uzasadnieniu odwołujący się podniósł, że w dniu 17 stycznia 2012 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o wyborze oferty jako najkorzystniejszej tj. o wyborze MWM sp. z o.o. w Gliwicach oraz o odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Agnieszka Blochel w Świerkłańcu.

Wobec oferty MWM Sp. z o.o. odwołujący się podniósł, że pisemne zobowiązanie o oddaniu do dyspozycji zasobów niezbędnych do realizacji ww. zamówienia udzielone przez JRCH sp. z o.o. z dnia 19.09.2011r. w zakresie wiedzy i doświadczenia nie spełnia wymagań z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp co do udowodnienia zamawiającemu faktycznego dysponowania zasobami (brak zakresu i formy tego udostępnienia). MWM sp. z o.o. nie wypełnił warunku udziału w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Wykonawca MWM sp. z o.o. do oferty nie załączył prawidłowego zobowiązanie podmiotu trzeciego Jednostki Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o. na okoliczność oddania do dyspozycji Wykonawcy MWM sp. z o.o. swoich zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia. Co prawda podmiot trzeci przekazał do dyspozycji też osoby zdolne do wykonania zamówienia, jednak z załącznika nr 5 wynika, że Wykonawca posłuży się przy wykonywaniu zamówienia tylko osobami własnymi, zatrudnionymi na podstawie umowy o pracę. Zatem oświadczenie podmiotu trzeciego JRCH sp. z o.o. należy rozpatrywać jedynie w kontekście przekazania do dyspozycji zasobów w zakresie wiedzy i doświadczenia.

Zdaniem Odwołującego z treści zobowiązania JRCH sp. z o.o. nie wynika w jaki sposób i w jakim zakresie udostępniający przekaze swoje zasoby w dziedzinie wiedzy i

doświadczenia, szczególnie w sytuacji gdy przepisy wymagają ażeby udostępnienie to było realne. Powyższe stanowi naruszenie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, bowiem Wykonawca nie udowodnił Zamawiającemu, że będzie faktycznie tymi zasobami dysponował.

Na okoliczność spełnieni warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia MWM sp. z o.o. przedstawiło pisemne zobowiązanie Jednostki Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o. w treści, którego zawarte jest oświadczenie: „oddajemy do dyspozycji MWM sp. z o.o. naszą wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia.”

Jest to zbyt lapidarne oświadczenie, nie wskazuje ani na zakres przekazanych do dyspozycji zasobów wiedzy i doświadczenia ani na formę tego dysponowania. A przecież z art. 26 ust. 2b Pzp i SI WZ wynika, że to wykonawca zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia.

Odwołujący podniósł, że wykonawca MWM sp. z o.o. na okoliczność spełniania warunku dysponowania wiedzą i doświadczeniem przedstawił pisemne zobowiązanie JRCH sp. z o.o. w Tarnowie oraz referencje udzielone JRCH sp. z o.o. przez Zakłady Azotowe w Tarnowie -Mościcach S.A. z dnia 15.09.2011 r.. W treści tych referencji zapisane jest, że JRCH sp. z o.o. [...] wykonywała i realizuje obecnie usługi polegające na obsłudze oczyszczalni ścieków powstających w procesach produkcyjnych w Zakładach Azotowych S.A. w Tarnowie-Mościcach[...]realizowała i realizuje powierzone prace należycie [...].

Tymczasem ze sprawozdania zarządu z działalności Spółki za 2010 rok (publikowanego na stronach internetowych z datą 8 marca 2011 r.) wynika, że na podstawie uchwały nr 521/VII/2010 Zarząd Spółki Azoty Tarnów z dnia 19 października 2010r. od 1 stycznia Azoty Tarnów przejęły od Spółki Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. oczyszczalnię ścieków (str. 12), oraz że prawa i obowiązki z decyzji administracyjnych związanych z oczyszczalnią ścieków przemysłowych zostały przeniesione z Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. na Zakłady Azotowe Tarnów S.A. (str. 32), a od dnia 1.01.2011 r. Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. nie pełni już obsługi ww. oczyszczalni ścieków.

Przejęcie oczyszczalni- biologicznej i chemicznej wynika też sprawozdania zarządu z działalności Grupy Kapitałowej Zakładów Azotowych w Tarnowie za okres 12 m-cy kończących się 31 grudnia 2010 roku (str. 18) oraz Wydarzeń w I kwartale Azoty Tarnów.

Przejęcie z dniem 1 stycznia 2011 roku od JRCH sp. z o.o. obu oczyszczalni ścieków - chemicznej i biologicznej oczyszczalni wynika też z decyzji:

1. Decyzji z dnia 25.11.2010r. Marszałka Województwa Małopolskiego przenoszącej obowiązki wynikające z Decyzji Wojewody Małopolskiego znak:SR.IV.zw.6811-65-06 z dnia 11.06.2007r. z Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. na Zakłady Azotowe w Tarnowie-Mościcach S.A.,

2. Decyzji z dnia 29.11.2010r. Marszałka Województwa Małopolskiego przenoszącej obowiązki wynikające z pkt. II i IV Decyzji Marszałka Województwa Małopolskiego z dnia 17.12.2009r. z Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. na Zakłady Azotowe w Tarnowie-Mościcach S.A.,

W treści uzasadnienia zawartego w pierwszej decyzji zamieszczona jest informacja, że w przedłożonym wniosku Strona (Azoty Tarnów) oświadczyła, że od 1 stycznia 2011 r. przejmuje Biologiczną Oczyszczalnię Ścieków i zajmie się odprowadzaniem ścieków przemysłowych zawierających substancje szczególnie szkodliwe dla środowiska wodnego do urządzeń kanalizacyjnych Zakładu Oczyszczania Ścieków Tarnowskich Wodociągów sp. z o.o. w Tarnowie.

W treści drugiej decyzji zapisano, że w przedłożonym wniosku Strona (Azoty Tarnów) oświadczyła, że od 1 stycznia 2011r. przejmuje Biologiczną Oczyszczalnię Ścieków i zajmie się odprowadzaniem ścieków przemysłowych z własnego terenu do wód powierzchniowych spełniając wymogi przepisów Prawa wodnego oraz Prawa ochrony środowiska.

W tym stanie rzeczy podanie w referencji informacji, że w 2011 roku JSCH sp. z o.o. realizowała usługi oczyszczania ścieków jest nieprawdziwe. Zatem również informacja podana przez MWM sp. z o.o. zawarta w wykazie usług (załącznik nr 4) jest nieprawdziwa

Informacja o wykonywaniu usługi obsługi oczyszczalni ścieków w 2011 roku ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania, bowiem MWM sp. z o.o. nie wypełni warunku udziału w postaci dysponowania doświadczeniem i wiedzą. Wpływ na wynik postępowania związany jest wyborem wykonawcy, który zagwarantuje należyte wykonywanie zamówienia, do czego niezbędne jest posiadanie rzeczywistego posiadaniem doświadczenia i wiedzy.

Odwołujący się zarzucił, że wykonawca MWM sp, z o.o. nie spełnił warunku udziału w postaci potencjału kadrowego, co skutkowało powinno wykluczeniem z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

Zgodnie ze pkt. IV ppkt. 2C SIWZ Wykonawca składający ofertę ma wykazać m.in. dysponowanie osobami zdolnymi do wykonywania przedmiotu zamówienia:

d. Operator urządzeń technologicznych, w ilości zapewniającej pracę ciągłą oczyszczalni ścieków przy obsadzie co najmniej dwóch operatorów jednocześnie na zmianę, nie licząc osób dozoru. Wykonawca wskazał:

1. Pan Krzysztof P. - zatrudniony na umowę o pracę ;
2. Pan Robert W. - zatrudniony na umowę o pracę;
3. Pan Grzegorz K. - zatrudniony na umowę o pracę;
4. Pan Krupa M. - zatrudniony na umowę o pracę;
5. Pan Lotta J. - zatrudniony na umowę o pracę;
6. Pan N. Artur - zatrudniony na umowę o pracę;
7. Pan K. Jan - zatrudniony na umowę o pracę;
8. Pan F. Andrzej - zatrudniony na umowę o pracę, czyli ośmiu operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków.

Odwołujący podnosi, iż analizując pracę operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków w systemie trzymianowym (po dwie osoby na zmianę,) aby zapewnić ciągłą pracę oczyszczalni ścieków, w świetle przepisów Kodeksu Pracy, należy zapewnić 9,699 etatu. Ww. wyliczenie osobowych potrzeb obsady oczyszczalni przedstawia się następująco:

- Wymiar czasu pracy w 2011 r. wynosi 2'016 godzin
- Urlop pracownika (przy założeniu urlopu - 26 dni) wynosi $8 \times 26 = 208$ godziny
- Realny czas pracy (po odjęciu urlopu) wynosi/rok 1'808 godziny
- Obsada 24 godziny na dobę przez dwóch pracowników w ciągu roku wynosi

$$2 \times 3 \times 8 \times 365 = 17'520 \text{ godzin}$$

- Liczba niezbędnych etatów potrzebnych do zapewnienia dwuosobowej ciągłej obsługi oczyszczalni ścieków przez 24 godziny na dobę w ciągu roku wynosi:

$$17520/18084 = 9,69 \text{ etatu} - 10 \text{ etatów..}$$

Z powyższej analizy wynika niezbicie, że przyjęta ilość etatów operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków (z pominięciem nawet zwolnień lekarskich) jest za mała do zapewnienia ciągłej obsługi i pracy oczyszczalni ścieków. Zatem wykonawca nie spełnił wymogów w zakresie potencjału kadrowego wymaganego przez zamawiającego, co

skutkować winno wykluczeniem jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 i w konsekwencji jej odrzuceniem.

Odwołujący się podniósł, że zachodzi domniemanie, że MWM Sp. z o.o. nie przedłożył w terminie dokumentu gwarancji ubezpieczeniowej – wadium Oferta MWM Sp. z o.o. nie jest już związana terminem związania ofertą, zatem powinna podlegać odrzuceniu jako sprzeczna z art. 89 ust. 1 pkt. 1 Pzp lub podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 2 Pzp.

Wykonawca MWM sp. z o.o. na wniosek Zamawiającego w dniu 17.11.2011 r. wyraził zgodę na przedłużenie terminu związania ofertą o kolejne 60 dni i jednocześnie przedłożył wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej z terminem ważności od dnia 19.11.2011 r. do dnia 17.01.2012r. Dokument gwarancji nie ma odnotowanej daty wpływu, a jedynie podpis pracownika Naczelnika Wydziału Budżetu i Finansów Urszuli R. Oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą posiada datę wpływu oraz podpis przyjmującego ww. pracownika -Naczelnika Wydziału Budżetu i Finansów. Tymczasem dokument ten winien posiadać datę wpływu głównej Kancelarii Starostwa. Zgodnie ze pkt. V.3.1. SIWZ - dokument gwarancji wadialnej można było składać albo w Wydziale Budżetu i Finansów , albo w Kancelarii. Zatem ww. pracownik potwierdził niezgodnie ze swoimi kompetencjami przyjęcie dokumentu- oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą, do której to czynności nie miał umocowania. Zamawiającemu zarzucić można działanie niezgodne z art. 7 § 1 i § 2 Pzp naruszające zasadę równego traktowania stron i zachowania zasad uczciwej konkurencji, a przede wszystkim można postawić zarzut, że czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia nie wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm.

Kolejne wadium - gwarancja ubezpieczeniowa z dnia 16.01.2011 r., obowiązująca od dnia 18.01.2012r. do 17.03.2012 r.- nie ma w ogóle jakiegokolwiek oznaczenia daty wpływu. Nie wiadomo zatem kiedy została złożona w Starostwie. Brak na dokumencie gwarancji ubezpieczeniowej jakichkolwiek daty wpływu nie jest niedopuszczalny w świetle obowiązującego w Starostwie obiegu dokumentów i regulaminu udzielania zamówień publicznych. Działanie pracowników Zamawiającego naraża go za zasadny zarzut, że prowadzi niniejsze postępowanie z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji i wbrew zasadzie równego traktowania wykonawców, tym samym dochodzi do naruszenia art. 7 § 1 i 2 Pzp. Z ostrożności procesowej Odwołujący zarzuca, iż gwarancja ta nie wpłynęła w wymaganym terminie do Starostwa, brak bowiem daty wpływu nie pozwala na weryfikację daty dostarczenia tej gwarancji. Również Wykonawca zobowiązany był zadbać o swoje interesy, wszak miał już doświadczenie i składał w dniu 17.11.2011 r. dokument gwarancji i

zażądać potwierdzenia składanej gwarancji. Nie ulega wątpliwości, że nowa gwarancja została wystawiona z datą 16.01.2012r., jednak Wykonawca MWM sp. z o.o. musiałaby udowodnić, że gwarancja ta została w terminie złożona do Zamawiającego. Czym innym jest bowiem wystawienie gwarancji a czym innym jest przedłożenie.

Odwołujący się podniósł też, że MWM sp. z o.o. niezłożył oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą samodzielnie w trybie art. 85 ust. 2 Pzp. Zatem od dnia 18.01.2012r., czyli po upływie terminu związania ofertą brak jest w sensie prawnym oferty MWM sp. z o.o., czyli brak oferty która mogłaby stanowić podstawę zawarcia umowy.

W ocenie odwołującego się oferta MWM Sp. z o.o. jest sprzeczna z treścią SIWZ, co oznacza, że powinna podlegać odrzuceniu, a nadto została przez Zamawiającego poprawiona w trybie art. 87 § 1 Pzp, czyli bez podstawy prawnej.

Na ofertę Wykonawcy MWM sp. z o.o. w rozumieniu art. 66 kc, składa się Formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ), na który składa się Formularz Ofertowy wraz z tabelą - Formularz cenowy. Ofertę stanowią też Istotne postanowienia umowy- załącznik nr 2 do SIWZ. Załącznik nr 2 (wzór umowy) określony został przez Zamawiającego jako zawierający Istotne postanowienia umowy, zatem sam zamawiający przesądził, że dokument ten jest dokumentem o ogromnej wadze - zawiera istotne postanowienia oferty. MWM sp. z o.o. nie złożył też całego dokumentu- załącznika nr 2 Istotne postanowienia umowy. W ofercie bowiem brak jest kompletnego dokumentu tj. nie ma strony zawierającej 8 12 i 8 13 umowy, czyli postanowień dotyczących okresu obowiązywania umowy, wykonania umowy siłami własnymi itp

W pkt. 14.1.11. SIWZ Zamawiający podał, że za kompletną ofertę w niniejszym zamówieniu uważa ofertę zawierającą m.in. parafowany wzór istotnych postanowień umowy.

Tymczasem MWM sp. z o.o. złożył do oferty parafowany wzór umowy w brzmieniu częściowo nieodpowiadającym aktualnej, obowiązującej wersji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Złożenie takiego nieaktualnego wzoru umowy stanowi złożenie oświadczenia o treści niezgodnej z treścią Specyfikacji. Tym samym, wobec oświadczenia złożonego w ostatnim akapicie formularza ofertowego (załącznik nr 1) o akceptacji warunków przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczonej w załączniku nr 2 Specyfikacji, w treści oferty MWM sp. z o.o. powstała wewnętrzna sprzeczność pomiędzy ww. oświadczeniem, a parafowanym wzorem umowy.

Sprzeczność ta nie może być usunięta, bowiem wzór umowy stanowi również treść oferty (Istotne postanowienia umowy). Nie może zatem Zamawiający w trybie art. 87 § 1 Pzp, czyli w trybie wyjaśniania treści ofert usuwać owej sprzeczności.

Tymczasem Zamawiający w wezwaniu do udzielenia wyjaśnień z dnia 23.11.2011 r. zażądał od MWM sp. z o.o. sprecyzowania treści formularza ofertowego. Poprosił bowiem o sprecyzowanie czy akceptacja istotnych postanowień umowy (załącznik nr 2 do SIWZ) wynikająca ze zobowiązania zawartego w formularzu ofertowym, które dotyczy zgody na warunki określone w załączniku nr 2 do SIWZ, dotyczy wersji z dnia 17.08.2011r., czy wersji z dnia 25.08.2011r.

Nadto odwołujący zarzucił, iż MWM sp. z o.o. nie złożył całego dokumentu -brak w ofercie strony zawierającej 8 12 i 8 13 umowy, czyli postanowień dotyczących okresu obowiązywania umowy, wykonania umowy siłami własnymi itp. Braku takiego nie można w żaden sposób uzupełnić ani też poprawić w trybie art. 87 Pzp. Oferta jako niezgodna ze specyfikacją powinna podlegać odrzuceniu np. art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp.

Odwołujący się podniósł zarzut naruszenia art. 36 ust. 5 poprzez zaoferowanie przez MWM sp. z o.o. niewykonywanie zamówienia siłami własnymi oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MWM sp. z o.o. jako niezgodnej ze SIWZ.

W myśl art. 36 ust. 4 ustawy Pzp zamawiający żąda wskazania przez wykonawcę w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzy podwykonawcom. Pod pojęciem „części” należy rozumieć fragment większej całości, którą w tym przypadku jest przedmiot zamówienia. Częścią zamówienia jest zatem wyodrębniony fragment wykonywanych robót rozumiany jako część zakresu prac. Zamawiający nie zawarł takiego żądania w SIWZ, jednak wymagał złożenia z ofertą załącznika nr 7 , którego treść według załączonego wzoru wskazywała na żądanie wykonania zamówienia siłami własnymi wykonawcy, czyli zgodnie z art. 36 ust. 5 Pzp. Tezę tę potwierdza też postanowienie zawarte w załączniku nr 2 Istotne postanowienia umowy - § 13 ust. 3 umowy stanowi bowiem , że Wykonawca zobowiązuje się wykonać siłami własnymi zakres prac objęty zamówieniem. W wyniku wezwania Zamawiającego z dnia 6.12.2011 r. MWM sp. z o.o. uzupełnił ofertę o załącznik nr 7 i oświadczył, że wykonam przedmiot zamówienia siłami własnymi wykonawcy, za wyjątkiem zakresu zakresu wymienionego w pkt. 2 ppktb i ppkt.h Istotnych postanowień umowy [...] W piśmie z dnia 22.12.2011 r. złożonym w wyniku wezwania do wyjaśnień MWM sp. z o.o. oświadczył, że dysponuje uprawnieniami niezbędnymi do wykonywania jednej z działalności będących przedmiotem umowy w postaci unieszkodliwiania odpadów powstających w procesach oczyszczania oraz dysponuje dokumentami poświadczającymi posiadanie tych uprawnień. Natomiast w kolejnym piśmie z dnia 29.12.2011 r., wbrew ww. oświadczeniu MWM sp. z o.o. oświadczył, że Jednostka Ratownictwa Chemicznego sp. z o.o. będzie realizować przedmiot zamówienia w zakresie czynności wymagających odpowiednio zezwoleń lub koncesji na mocy ustawy o odpadach.

Oświadczenia te wzajemnie się wykluczają, bowiem to właśnie unieszkodliwiania odpadów powstających w procesach oczyszczania wymaga posiadania zezwoleń lub koncesji. Nie wiadomo zatem czy MWM sp. z o.o. czynności wymienione w § 1 pkt. 2 ppkt. h. Istotnych postanowień umowy będzie wykonywał samodzielnie czy przy pomocy JRCH sp. z o.o. Odwołujący zarzucił też, że MWM sp. z o.o. w dokumencie z dnia 22.12.2010r. poświadczył nieprawdę, zatem powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Informacja o ewentualnych podwykonawcach ma wpływ na wynik postępowania, gdyż Zamawiający oddaje do eksploatacji oczyszczalnię oczyszczającą ścieki zawierające substancje niebezpieczne, zatem miał prawo żądać wykonywania zamówienia siłami własnymi. Nadto odwołujący zarzucił, że oświadczenie MWM sp. z o.o. (załącznik nr 7), że zamówienie wykona samodzielnie bez udziału podwykonawców, nie potwierdza spełnienia warunków udziału na dzień składania ofert-20.09.2011r. Oświadczenie to nosi datę 12.12.2011r a zatem wykonawca dopiero w tym dniu wypełnił warunek zamawiającego o zdeklarowaniu się co do kwestii wykonania robót siłami własnymi.

W ocenie odwołującego się pełnomocnik MWM sp. z o.o. Witold F. działał z przekroczeniem umocowania do reprezentowania wykonawcy w postępowaniu, co oznacza, że oferta jego nie była związana ofertą; Zamawiający nie może też uwzględnić treści wyjaśnień i uzupełnień oferty MWM sp. z o.o. W ofercie MWM sp. z o.o. zostało złożone pełnomocnictwo szczególne, z którego wynika, że w zakresie przedmiotowego postępowania przetargowego prezes zarządu MWM sp. z o.o. umocował Pana Witolda F. do kontaktów z Zamawiającym, przeprowadzenia koniecznej wizji lokalnej na terenie oczyszczalni ścieków-zgodnie ze SIWZ, przygotowania i podpisania oferty. Ww. pełnomocnik podpisał jednak oświadczenie woli o przedłużeniu terminu związania ofertą z dnia 17 listopada 2011 roku, pomimo, że z treści pełnomocnictwa nie wynika, ażeby był umocowany do składania oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą, umocowany był jedynie do przygotowania i podpisania oferty. Pan Witold F. podpisywał się także pod wszystkimi wyjaśnieniami składanymi w toku postępowania, a również nie był do takiej czynności umocowany.

Wobec oferty złożonej przez wykonawcę PUH Blochel Agnieszka Blochel odwołujący zarzucił, co następuje:

W zakresie niespełnienia warunku dysponowania odpowiednim potencjałem kadrowym PUH Blochel nie przedstawił wystarczającej liczby operatorów do obsługi pracy oczyszczalni w systemie pracy ciągłej. Zamawiający w pkt IV ppkt. 2C lit. d. SIWZ wymagał dysponowania osobami zdolnymi do wykonywania przedmiotu zamówienia:

Operator urządzeń technologicznych, w ilości zapewniającej pracę ciągłą oczyszczalni ścieków przy obsadzie co najmniej dwóch operatorów jednocześnie na zmianę, nie licząc osób dozoru. Wykonawca wskazał:

- > Pan Antoni G. - zatrudniony na umowę zlecenie;
- > Pan Tomasz K. - zatrudniony na umowę zlecenie;
- > Pan Wojciech S. - zatrudniony na umowę o pracę;
- > Pan Andrzej A. - zatrudniony na umowę o pracę; r Pan Patryk Golus - zatrudniony na umowę o pracę;
- > Pan Andrzej B. - zatrudniony na umowę o pracę;
- > Pan Piotr F. - zatrudniony na umowę o pracę,

czyli siedmiu operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków.

Analizując pracę operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków w systemie trzymianowym (po dwie osoby na zmianę,) aby zapewnić ciągłą pracę oczyszczalni ścieków, w świetle przepisów Kodeksu Pracy, należy zapewnić 9,699 etatu. Wyliczenie osobowych potrzeb obsady oczyszczalni przedstawia się następująco:

y Wymiar czasu pracy w 2011 r. wynosi 2'016 godzin

> Urlop pracownika (przy założeniu urlopu w ilości 26 dni) wynosi $8 \times 26 = 208$ godziny

> Realny czas pracy (po zminusowaniu urlopu) wynosi/rok 1'808 godziny

> Obsada 24 godziny na dobę przez dwóch pracowników w ciągu roku wynosi:

$2 \times 3 \times 8 \times 365 = 17'520$ godzin

> Liczba niezbędnych etatów potrzebnych do zapewnienia dwuosobowej ciągłej obsługi

oczyszczalni ścieków przez 24 godziny na dobę w ciągu roku wynosi $17520/18084 =$

9,69 etatu.

Z powyższej analizy wynika niezbicie, że przyjęta ilość etatów operatorów urządzeń oczyszczalni ścieków (z pominięciem nawet zwolnień lekarskich) jest za mała do zapewnienia ciągłej obsługi i pracy oczyszczalni ścieków. Zatem Wykonawca nie spełnił wymogów w zakresie potencjału kadrowego wymaganego przez Zamawiającego, co

skutkować winno wykluczeniem jego oferty na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp. W ofercie Wykonawca wskazał, że dwie osoby będą zatrudnione na podstawie umowy zlecenia, a pięć osób na podstawie umów o pracę. Nawet gdyby założyć, że dwóch operatorów będzie pracować w zwieszonym wymiarze czasu pracy to jednak nie będą w stanie zapewnić bezpiecznej obsady oczyszczalni zapewniającej jej ciągłą pracę.

Odwołujący się podniósł, że w pkt.IV. 2.A. SIWZ zamawiający postawił warunek, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali minimum dwie usługi, w tym jedną usługę o wartości co najmniej 650.000 PLN netto/ rok polegającą na obsłudze oczyszczalni ścieków przemysłowych, w tym oczyszczającej ścieki zawierające substancje niebezpieczne i jedną usługę o dowolnej wartości polegającą na obsłudze oczyszczalni ścieków mechaniczno-biologicznej. PHU Blochel wykazał wartość dostaw w kwocie 750.000 zł brutto, co nie może być uznane za wypełnienie warunku wykazania się usługą o wartości co najmniej 650.000 zł netto/rok. Wobec powyższego, oczywiście po uprzednim wezwaniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wykonawca ten powinien podlegać wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący się podniósł zarzut sprzeczności oferty PHU Blochel z treścią SIWZ:

Na ofertę Wykonawcy PHU Blochel w rozumieniu art. 66 kc, składa się Formularz ofertowy (załącznik nr 1 do SIWZ), na który składa się Formularz Ofertowy oraz z tabelą - Formularz cenowy. Ofertę stanowią też Istotne postanowienia umowy- załącznik nr 2 do SIWZ. Załącznik nr 2 (wzór umowy) określony został przez Zamawiającego jako zawierający Istotne postanowienia umowy, zatem sam zamawiający przesądził, że dokument ten jest dokumentem o ogromnej wadze - zawiera istotne postanowienia oferty. W pkt. 14.1.11. SIWZ Zamawiający podał, że za kompletną ofertę w niniejszym zamówieniu uważa ofertę zawierającą m.in. parafowany wzór istotnych postanowień umowy. Tymczasem PHU Blochel złożył do oferty parafowany wzór umowy w brzmieniu częściowo nieodpowiadającym aktualnej, obowiązującej wersji Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Złożenie takiego nieaktualnego wzoru umowy stanowi złożenie oświadczenia o treści niezgodnej z treścią Specyfikacji. Tym samym, wobec oświadczenia złożonego w ostatnim akapicie formularza ofertowego (załącznik nr 1) o akceptacji warunków przyszłej umowy z wykonawcą zamieszczonej w załączniku nr 2 Specyfikacji, w treści oferty MWM sp. z o.o. powstała wewnętrzna sprzeczność pomiędzy ww. oświadczeniem, a parafowanym wzorem umowy. Sprzeczność ta nie może być usunięta, bowiem wzór umowy stanowi również treść oferty (Istotne postanowienia umowy). Nie może zatem Zamawiający w trybie art. 87 § 1 Pzp, czyli w trybie wyjaśniania treści ofert usuwać owej sprzeczności.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego skutecznie przystąpił wykonawca MWM Sp. z o.o. w Gliwicach.

Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła i stwierdziła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że zamawiający ma interes w uzyskaniu zamówienia uprawniający go do noszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

W ocenie Izby zarzut naruszenia art. 26 ust. 2b ustawy Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W myśl art. 26 ust. 2b wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

Wykonawca MWM Sp. z o.o. złożył oświadczenie Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. (JRCH Sp. z o.o.), zgodnie z którym w związku z udziałem w postępowaniu przetargowym JRCH Sp. z o.o. zobowiązuje się oddać do dyspozycji MWM Sp. z o.o. wiedzę, doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia na czas i w zakresie realizacji zamówienia. Do oferty dołączony został wykaz usług świadczonych przez JRCH Sp. z o.o. oraz referencje.

Izba zgadza się z odwołującym się, iż to na wykonawcy – stosownie do treści art. 26 ust. 2b – spoczywa obowiązek wykazania, iż będzie on dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie ustanowił jednakże katalogu dokumentów, za pomocą których wykonawca ma udowadniać fakt dysponowania takimi zasobami, wskazując jedynie, że jednym z nich może być pisemne zobowiązanie podmiotów udostępniających zasoby do oddania do dyspozycji wykonawcy niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia. Powyższe wynika z analizy przepisu, gdzie ustawodawca statuuje obowiązek udowodnienia przez wykonawcę faktu dysponowania

zasobami określił, iż dowodem takim jest „w szczególności” pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego do udostępnienia zasobów o treści wskazanej w przepisie. Użycie przez ustawodawcę sformułowania „w szczególności” oznacza, iż dla wykazania, że wykonawca będzie dysponował niezbędnymi zasobami dopuszczalne są – oprócz pisemnego zobowiązania podmiotów trzecich – również inne dowody, niemniej jednak nie są one niezbędne w sytuacji, gdy wykonawca wraz z ofertą złożył dowód przewidziany ustawą.

Izba zwraca uwagę, iż w pkt IV.11 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) zawarty został zapis o treści identycznej z treścią art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Zamawiający w SIWZ nie wymagał żadnych innych dokumentów na potwierdzenie faktu dysponowania zasobami podmiotów trzecich. Tym samym niedopuszczalne jest wymaganie, by wykonawca składał jakiegokolwiek inne dowody poza tymi, które przewiduje ustawa Pzp oraz SIWZ.

Nie sposób także podzielić stanowiska odwołującego się, iż złożone przez wykonawcę MWM Sp. z o.o. zobowiązanie JRCH Sp. z o.o. jest niewystarczające z uwagi na swą lakoniczność oraz ze względu na fakt, że nie wskazuje ani na zakres przekazanych do dyspozycji zasobów i doświadczenia ani na formę tego dysponowania. Izba zwraca uwagę, że złożone oświadczenie odpowiada treści art. 26 ust. 2b i ponadto odnosi się do ustawy Pzp. Należy zatem przyjąć, że zawiera niezbędne elementy i tym samym jest wystarczające dla uznania, że wykonawca udowodnił, iż zasobami tymi będzie dysponował.

W ocenie Izby zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 jest nieuzasadniony. Odwołujący się podnosił, że zamawiający naruszył wskazane przepisy poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Zdaniem odwołującego się nieprawdziwe miałyby być informacje zawarte w treści listu referencyjnego, iż JRCH Sp. z o.o. wykonywała i realizuje obecnie usługi polegające na obsłudze oczyszczalni ścieków powstających w procesach produkcyjnych w Zakładach Azotowych SA w Tarnowie-Mościcach.

W ocenie Izby odwołujący się nie wykazał, aby podana informacja była informacją nieprawdziwą. Odwołujący się przedłożył dokumenty, z których wynika, że Zakłady Azotowe SA przejęły od dnia 1 stycznia 2011 roku oczyszczalnię ścieków, niemniej jednak zmiana właściciela oczyszczalni nie musi być równoznaczna z zaprzestaniem wykonywania usług oczyszczalni przez dotychczasowego właściciela. Przystępujący złożył na rozprawie dowód w postaci pisma Jednostki Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o., z którego wynika, że spółka ta świadczy dla Zakładów Azotowych SA usługi w zakresie obsługi oczyszczalni ścieków na podstawie umowy z dnia 31 grudnia 2010 roku zawartej na okres 3 lat. W ocenie Izby fakty wynikające ze złożonych dowodów nie są ze sobą sprzeczne. Skoro zmiana

właściciela oczyszczalni nastąpiła w dniu 1 stycznia 2011 roku strony mogły umówić się co do tego, że dotychczasowy właściciel będzie nadal wykonywał usługi związane z obsługą oczyszczalni dla nowego właściciela. Odwołujący się nie wykazał, że fakt taki nie mógł mieć miejsca.

Niezależnie od powyższego Izba stwierdza, że wykluczenie wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jest możliwe w sytuacji, gdy wykonawca złożył nieprawdziwe informacje oraz gdy informacje te mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania. Obie te przesłanki muszą być spełnione łącznie. Samo złożenie nieprawdziwych informacji, bez ich wpływu (faktycznego lub ewentualnego) na wynik postępowania nie stanowi podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Informacje, których prawdziwość zakwestionował odwołujący się, złożone zostały w celu potwierdzenia, że przystępujący spełnia jeden z warunków udziału w postępowaniu polegający na wykazaniu należytego wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie – minimum dwóch usług, w tym:

- jednej o wartości co najmniej 650.000 PLN netto/rok polegającej na obsłudze oczyszczalni ścieków przemysłowych, w tym oczyszczającej substancje niebezpieczne,
- jednej usługi o dowolnej wartości polegającej na obsłudze oczyszczalni ścieków mechaniczno-biologicznej.

Przystępujący wraz z ofertą złożył załącznik nr 4 zawierający wykaz wykonanych usług, przedstawionych na potwierdzenie postawionego warunku. W wykazie – oprócz usług wykonywanych w 2011 roku dla Zakładów Azotowych SA w Tarnowie - Mościcach – znajdują się również inne usługi odpowiadające swym zakresem, wartością i okresem wykonywania warunkowi postawionemu w SIWZ. Odwołujący się i tak wykazałby zatem fakt spełnienia warunku w zakresie wiedzy i doświadczenia nawet wówczas, gdyby zakwestionowanych przez odwołującego się usług nie wzięto pod uwagę przy ocenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Tym samym jedna z przesłanek przewidzianych przez ustawodawcę w art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – przesłanka wpływu nieprawdziwych informacji na wynik postępowania – nie znalazłaby potwierdzenia. Nie można bowiem mówić o jakimkolwiek wpływie nieprawdziwych informacji na wynik postępowania w sytuacji, gdy okoliczności, na potwierdzenie których zostały złożone, można wykazać za pomocą innych danych.

Izba nie uznała za zasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia przystępującego, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz potencjału kadrowego i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia jego oferty.

Zgodnie z pkt IV ppkt 2C SIWZ warunkiem udziału w postępowaniu było wykazanie dysponowania operatorami urządzeń technologicznych w ilości zapewniającej pracę ciągłą oczyszczalni ścieków przy obsadzie co najmniej dwóch operatorów na zmianę, nie licząc osób dozoru. Odwołujący się podniósł, że dla zapewnienia dwuosobowej ciągłej obsługi oczyszczalni ścieków przez 24 godziny na dobę konieczne jest zapewnienie 10 etatów. Przystępujący wskazał natomiast 8 etatów, co w ocenie odwołującego się świadczy o niespełnieniu warunków udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że zamawiający w SIWZ nie określił minimalnego wymiaru etatów dla zapewnienia obsługi oczyszczalni ścieków. Wymóg w tym zakresie wskazywał na konieczność zapewnienia pracy ciągłej oczyszczalni ścieków przy obsadzie co najmniej dwóch operatorów na zmianę. Wykonawcy mieli samodzielnie określić taką ilość operatorów urządzeń technologicznych, by zapewnić pracę oczyszczalni w sposób wskazany w pkt IV ppkt 2C SIWZ. Przystępujący wskazał 8 etatów i fakt ten jest bezsporny pomiędzy stronami.

Zarzut opiera się zatem na założeniu, że przy wykorzystaniu 8 etatów nie zostaną zachowane normy czasu pracy wynikające z Kodeksu pracy. To w ocenie odwołującego uzasadnia twierdzenie, że przystępujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Jak już wyżej podkreślono zamawiający nie wymagał od wykonawców dysponowania określoną minimalną ilością operatorów, a zatem brak jest podstaw do twierdzenia, że ilość etatów wskazana przez przystępującego jest niewystarczająca dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający nie jest uprawniony, by żądać wykazania spełnienia warunku w inny sposób niż wskazany w SIWZ. Wskazując jedynie na konieczność zapewnienia pracy ciągłej oczyszczalni przy obsadzie minimum dwóch operatorów jednocześnie na zmianie, dopuścił pewną dowolność w kalkulowaniu przez wykonawców ilości etatów niezbędnych dla wykonania przedmiotu zamówienia. Zauważyć należy, że odwołujący się nie zarzucił niemożliwości wykonania przedmiotu zamówienia przy wykorzystaniu ośmiu etatów w ogóle, lecz jedynie niemożliwość takiego wykonania bez jednoczesnego zachowania norm czasu pracy przewidzianych w Kodeksie pracy.

Izba zwraca uwagę, że wykonawca kalkulując ofertę ponosi ryzyko związane z jej złożeniem na zaproponowanych przez siebie warunkach, w tym ryzyko związane z odpowiedzialnością za przestrzeganie przepisów Kodeksu pracy. Odpowiedzialność z tytułu nieprzestrzegania tychże przepisów obciąża bowiem wykonawcę, a nie zamawiającego. Zamawiający ocenia ofertę pod względem jej zgodności z ustawą Pzp, specyfikacją istotnych warunków zamówienia i przepisami, do których odnoszą się przesłanki odrzucenia oferty wskazane w art. 89 ustawy Pzp. Skoro przystępujący wskazał 8 etatów operatorów do realizacji zamówienia i nie jest to niezgodne z SIWZ, odrzucenie z tego powodu oferty należałoby uznać za nieuzasadnione i pozbawione podstawy prawnej.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 2 w zw. z art. 85 ust. 2 i 4 oraz art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia wykonawcy, który nie wniósł lub nie przedłużył ważności wadium w terminie ani nie dokonał przedłużenia okresu związania ofertą i w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykluczonego wykonawcy lub jego odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że pierwotny termin związania ofertą upływał w dniu 18 listopada 2011 roku. W dniu 8 listopada 2011 roku przystępujący za pomocą faksu wniósł faksem oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to zostało podpisane przez Prezesa Zarządu przystępującego wykonawcy. Pismo to zawierało również deklarację złożenia gwarancji ubezpieczeniowej przed upływem terminu związania ofertą. Gwarancja wadialna została złożona wraz z drugim pismem w dniu 18 listopada 2011 roku. Pismo to, opatrzone datą 17 listopada 2011 roku, odwoływało się do pisma z dnia 8 listopada 2011 roku, w którym przedłużono termin związania ofertą, a ponadto przy piśmie tym przedłożono gwarancję wadialną z terminem ważności od dnia 19 listopada 2011 roku do dnia 17 stycznia 2012 roku. Pismo zostało podpisane przez Pana Witolda F.. W dniu 16 stycznia 2012 roku przystępujący przedłużył termin związania ofertą i przedłożył nową gwarancję wadialną. Pismo zawierające oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą zostało podpisane przez Prezesa Zarządu.

Wskazując na powyższe Izba stwierdziła, że przystępujący w dniu 8 listopada 2011 roku złożył skutecznie oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą. Oświadczenie to zostało złożone przed upływem pierwotnego terminu związania ofertą i zostało podpisane przez osobę uprawnioną do składania oświadczeń woli zgodnie z wpisem ujawnionym we właściwym rejestrze. Pismo z dnia 17 listopada 2011 roku nie zawierało oświadczenia woli o przedłużeniu terminu związania ofertą. W ocenie Izby jego treść wskazuje na to, iż było to jedynie pismo przewodnie, przy którym wniesiono gwarancję wadialną na nowy, przedłużony okres związania ofertą.

Podnoszony przez odwołującego się na rozprawie zarzut, że przystępujący nie mógł złożyć oświadczenia za pomocą faksu bez jednoczesnego jego potwierdzenia na piśmie nie mógł zostać przez Izbę rozpoznany z uwagi na fakt, że był to nowy zarzut, nie zgłoszony przez odwołującego się w odwołaniu. Stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Pzp Izba nie może bowiem orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Izba nie podzieliła argumentacji odwołującego się, iż przystępujący nie złożył kolejnego oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą i nie przedłużył wadium, ponieważ zarówno na piśmie z dnia 16 stycznia 2012 roku zawierającym oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą, jak i na załączonej do niego gwarancji wadialnej brak jest oznaczenia daty wpływu. Zdaniem Izby fakt nie odnotowania na piśmie daty wpływu sam w sobie nie jest jeszcze dowodem na to, że pismo do zamawiającego nie zostało złożone. Faktem jest, że zamawiający winien zadbać o to, by rejestrować dokumenty, które do niego wpływają, zwłaszcza w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które jest postępowaniem bardzo sformalizowanym, niemniej jednak w przypadku zaniedbania po stronie zamawiającego wykonawca, który złożył dokumenty w wyznaczonym ustawą terminie nie może ponosić konsekwencji z tego tytułu. Niezgodność działań zamawiającego z jego dokumentami wewnętrznymi, takimi jak system obiegu dokumentów czy regulamin udzielania zamówień nie może negatywnie oddziaływać na podmioty zewnętrzne, które nie mają obowiązku znać tych regulacji ani się do nich stosować. W takim przypadku fakt złożenia dokumentów może być wykazywany za pomocą innych dowodów potwierdzających ich wpływ do zamawiającego.

Zamawiający na rozprawie złożył dowód w postaci oświadczenia Pani Marii W. – podinspektora w Wydziale Budżetu i Finansów – zgodnie z którym Pani W. w dniu 16 stycznia 2012 roku przyjęła od przystępującego pismo o przedłużeniu terminu związania ofertą wraz z oryginałem gwarancji ubezpieczeniowej zapłaty wadium. Izba postanowiła dać wiarę złożonemu oświadczeniu, tym bardziej, że – wbrew temu, co twierdzi odwołujący się – nie pozostaje ono w sprzeczności z pismem z dnia 17 stycznia 2012 roku sporządzonym również przez Panią W., iż w dniu 16 stycznia 2012 roku w Wydziale Budżetu i Finansów złożono gwarancję ubezpieczeniową zapłaty wadium. Fakt, że w piśmie tym nie poinformowano również o złożeniu terminu związania ofertą nie przesądza jeszcze o tym, że takiego oświadczenia nie złożono.

Izba zwraca uwagę, że to na odwołującym się jako na podmiocie, który z podnoszonego faktu wywodzi skutki prawne, ciąży dowód wykazania, że oświadczenie o przedłużeniu terminu związania ofertą oraz gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nie zostały złożone w terminie. Brak na rzeczonych dokumentach daty ich wpływu nie jest

dowodem ich nie złożenia, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie kwestionuje faktu ich otrzymania.

Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na niezgodności w treści oferty, tj. sprzeczność oświadczenia w Formularzu ofertowym oraz załączniku nr 2 (Istotne Postanowienia Umowy) oraz naruszenie art. 87 ust. 1 poprzez próbę usunięcia ww. niezgodności w niedopuszczalnym trybie oraz ewentualnie naruszenie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie do usunięcia niezgodności treści oferty z SIWZ w zakresie uchylenia sprzeczności w formularzu ofertowym oraz co do złożonego nieaktualnego wzoru umowy. Izba podziela tutaj stanowisko zamawiającego wyrażone w odpowiedzi na odwołanie, iż zawarte w formularzu ofertowym oświadczenie o bezwarunkowym zaakceptowaniu zgody na warunki określone w załączniku nr 2 i jednoczesne nie dołączenie aktualnego wzoru umowy powinny być potraktowane jako niejasność co do treści oferty, która może być wyjaśniona w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W ocenie Izby tego rodzaju wyjaśnienia nie powodują zmian w treści oferty.

Izba uznała za niezasadny zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy, której treść nie odpowiada treści SIWZ ze względu na sprzeczność zapisu SIWZ o obowiązku wykonywania zamówienia siłami własnymi, pomimo postanowienia takiego wymogu przez zamawiającego.

Izba ustaliła, że załącznikiem nr 7 do SIWZ było oświadczenie, które wykonawcy winni byli złożyć wraz z ofertą o treści: „Oświadczam, że wykonam przedmiot zamówienia siłami własnymi wykonawcy”. Analogiczne postanowienie znajduje się w § 13 ust. 3 Istotnych Postanowień Umowy, zgodnie z którym „Wykonawca zobowiązuje się wykonać siłami własnymi zakres prac objęty zamówieniem”.

Przystępujący nie dołączył do oferty załącznika nr 7. W wyniku wezwania zamawiającego z dnia 6 grudnia 2011 roku uzupełnił ofertę oświadczeniem o treści: „Wykonam przedmiot zamówienia siłami własnymi wykonawcy, za wyjątkiem zakresu wymienionego w pkt 2 ppkt b i ppkt h Istotnych postanowień umowy”. W piśmie z dnia 22 grudnia 2011 roku przystępujący oświadczył, że dysponuje uprawnieniami niezbędnymi do wykonywania jednej z działalności będących przedmiotem umowy w postaci unieszkodliwiania odpadów powstających w procesach oczyszczania oraz dysponuje dokumentami poświadczającymi posiadanie tych uprawnień, natomiast w kolejnym piśmie z dnia 29 grudnia 2011 roku oświadczył, że Jednostka Ratownictwa Chemicznego Sp. z o.o. będzie realizować przedmiot zamówienia w zakresie czynności wymagających odpowiednio zezwoleń lub koncesji na mocy ustawy o odpadach. Zdaniem odwołującego się

przystępujący w piśmie z dnia 22 grudnia 2011 roku poświadczył nieprawdę, a zatem powinien być zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Ponadto oświadczenie stanowiące załącznik nr 7 nie potwierdza spełniania warunków na dzień składania ofert (20 września 2011 roku), nosi bowiem datę 12 grudnia 2011 roku.

W myśl art. 36 ust. 5 ustawy Pzp wykonawca może powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcom, z wyjątkiem przypadku, gdy ze względu na specyfikę przedmiotu zamówienia zamawiający zastrzeże w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, że część lub całość zamówienia nie może być powierzona podwykonawcom. Analiza przepisu pozwala na wniosek, że możliwość powierzenia wykonania zamówienia wykonawcom należy potraktować jako zasadę, od której odstępstwa są możliwe wyłącznie wówczas, gdy jest to uzasadnione specyfiką przedmiotu zamówienia oraz gdy w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający dokona zastrzeżenia o braku możliwości powierzenia całości lub części zamówienia podwykonawcom.

Zdaniem Izby takiego zastrzeżenia w przedmiotowej specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie było. Nie można za takie zastrzeżenie uznać treści załącznika nr 7, w którym mowa jest o wykonaniu przedmiotu zamówienia siłami własnymi wykonawcy. Zamawiający w żadnym miejscu SIWZ nie doprecyzował, co należy rozumieć poprzez siły własne wykonawcy, czy tego rodzaju oświadczenie dotyczy całości, czy części zamówienia. Podobne uwagi należy podnieść wobec zapisu § 13 ust. 3 Istotnych warunków umowy. Izba zgadza się z odwołującym się, że załączniki do specyfikacji stanowią jej integralną część i mogą w nich być zawarte wymogi zamawiającego w zakresie realizacji przedmiotu umowy, niemniej jednak z załączników tych musi w sposób nie budzący wątpliwości wynikać, że zamawiający, z uwagi na specyfikę przedmiotu zamówienia, nie dopuszcza możliwości wykonania części lub całości zamówienia przez podwykonawców. Brak jasnego, nie budzącego wątpliwości stanowiska zamawiającego w tej kwestii jest w ocenie Izby równoznaczne ze stwierdzeniem, że zamawiający nie zakazał skutecznie powierzenia wykonania zamówienia podwykonawcom.

Brak takiego zastrzeżenia oznacza, że nie złożenie przez przystępującego załącznika nr 7 nie ma znaczenia dla przedmiotowego postępowania. Tym samym zamawiający nie może wykluczyć z postępowania ani też odrzucić oferty wykonawcy, który nie złożył oświadczenia o wykonaniu zamówienia siłami własnymi wykonawcy, ponieważ tego rodzaju oświadczenie nie rodzi żadnych skutków prawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Tym samym ten zarzut odwołania Izba oddaliła jako bezpodstawny.

Odnosząc się do zarzutu braku pełnomocnictwa dla Pana Witolda F. uprawniającego go do złożenia oświadczenia o przedłużeniu terminu związania ofertą Izba podtrzymuje

zaprezentowane wyżej stanowisko w zakresie skutecznego złożenia takiego oświadczenia przez Prezesa Zarządu przystępującego wykonawcy w piśmie z dnia 8 listopada 2011 roku. Tym samym zarzut ten Izba uznała za bezprzedmiotowy.

Izba oddaliła wszystkie zarzuty dotyczące oferty złożonej przez wykonawcę Agnieszkę Blochel – Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe Agnieszka Blochel. Oferta złożona przez tego wykonawcę została przez zamawiającego skutecznie odrzucona z powodu zaferowania rażąco niskiej ceny. Jakiegokolwiek uchybienia zamawiającego, o ile w ogóle zostałyby stwierdzone, w kwestii nie uwzględnienia innych okoliczności uzasadniających wykluczenie wykonawcy i odrzucenie jego oferty i tak nie mogłyby mieć wpływu na wynik postępowania, a zatem zarzuty ich dotyczące musiałyby zostać oddalone.

Jednakowoż Izba nie dopatrzyła się nieprawidłowości w czynnościach zamawiającego objętych zarzutami odwołania. W zakresie zarzutów dotyczących potencjału kadrowego Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone w odniesieniu do analogicznego zarzutu zgłoszonego wobec oferty przystępującego. Jeśli chodzi zaś o zarzuty dotyczące nie wykazania przez tegoż wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz zaniechania przez zamawiającego wezwania do uzupełnienia brakujących oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu Izba zwraca uwagę, że zamawiający zwolniony jest od obowiązku wzywania wykonawcy do uzupełnienia warunków na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, jeżeli oferta podlega odrzuceniu pomimo ich złożenia. Zaniechanie zamawiającego do wezwania wykonawcy znajdowało zatem umocowanie w treści przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Zarzut nie wniesienia przez wykonawcę Agnieszkę Blochel wadium na przedłużony okres związania ofertą nie potwierdził się. Jak wynika z rejestru depozytów złożonych przez zamawiającego na rozprawie wykonawca w dniu 17 stycznia 2012 roku przedłużył ważność wadium.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....
.....
.....