

**WYROK**

**z dnia 15 lipca 2013 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 czerwca 2013 r. przez wykonawcę **H..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych i Transportowych H..... S..... „ZUKiT”, ul. Boguniewska 8, 64-610 Rogoźno** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rogoźno, ul. Nowo 2, 64-610 Rogoźno**

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., ul. Ostrowskiego 7, 53-238 Wrocław** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **H..... S....., prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych i Transportowych H..... S..... „ZUKiT”, ul. Boguniewska 8, 64-610 Rogoźno** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **H..... S..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Komunalnych i Transportowych H..... S..... „ZUKiT”, ul. Boguniewska 8, 64-610 Rogoźno** tytułem wpisu od odwołania.

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

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

I. Gmina Rogoźno (zwana dalej Zamawiającym), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. – Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych) postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych mieszkańców Gminy Rogoźno”.

W dniu 28 czerwca 2013 r. H..... S....., prowadzący działalność pod firmą Zakład Usług Komunalnych i Transportowych H..... S..... „ZUKiT” w Rogoźnie (dalej: Odwołujący) wniósł odwołanie, w którym zakwestionował prawidłowość wyboru oferty najkorzystniejszej i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych przez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, art. 24 ust. 2 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wykluczenia z postępowania Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania ALBA SA we Wrocławiu (dalej: ALBA), mimo że nie wykazało ono dysponowania odpowiednią bazą magazynowo-transportową (ponieważ baza wskazana w ofercie należy do ZGKiM w Szamocinie, a wykonawca nie może polegać na potencjale podmiotu trzeciego będącego zakładem budżetowym innej gminy), art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie wezwania wykonawcy ALBA do uzupełnienia dokumentów i złożenia wyjaśnień odnośnie załącznika nr 7 do oferty (nie zawiera on informacji o podstawie dysponowania wskazanymi osobami i informacji, czy są to osoby zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy); polisy OC podmiotu trzeciego tj. ZGKiM w Szamocinie (nie obejmuje ona działalności gospodarczej związanej z przedmiotem zamówienia); załącznika nr 6 do oferty (nie zawiera informacji co do rodzaju i typu sprzętu), art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie w toku badania i oceny ofert zmiany treści oferty wykonawcy w odniesieniu do deklarowanych podwykonawców, art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych przez zaniechanie odrzucenia oferty ALBA, mimo że jest ona sprzeczna z art. 7 oraz 10 ustawy o gospodarce komunalnej w zakresie deklaracji wykonania zamówienia za pomocą podwykonawcy ZGKiM w Szamocinie.

W związku z powyższym Odwołujący wnosił m.in. o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert.

Zamawiający nie uwzględnił zarzutów podniesionych w odwołaniu i wnosił o jego oddalenie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca ALBA, którego oferta została uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą (dalej: również Przystępujący).

II. Nie stwierdzono zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 189 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Odwołującemu przysługuje prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego Prawa zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty by się potwierdziły, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna ocena ofert, a oferta Przystępującego i Konsorcjum KRIX-POOL zostałyby odrzucona – wówczas Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia, jako że jego cena była na kolejnym miejscu w rankingu ofert.

Kolejność podstaw prawnych zarzutów, które zostały opisane na wstępie odwołania, nie była skorelowana z kolejnością podstaw faktycznych, opisanych w uzasadnieniu odwołania, co jednak nie stało na przeszkodzie merytorycznemu rozpatrzeniu zarzutów podniesionych w odwołaniu (zarzut składa się z podstawy prawnej i faktycznej) – można było bowiem w odniesieniu do większości zarzutów powiązać wskazane wcześniej podstawy prawne z dalszym uzasadnieniem faktycznym.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje: odwołanie nie może zostać uwzględnione.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła, co następuje:

1. Zgodnie z punktem 7.6. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: SIWZ, której kopia, tak jak i innych dokumentów przywołanych w uzasadnieniu, znajduje się w aktach sprawy, chyba że zaznaczono inaczej), „Wykonawca powołujący się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu na potencjał innych podmiotów, które będą brały udział w realizacji części zamówienia, przedkłada także dokumenty dotyczące tego podmiotu w zakresie wymaganym dla Wykonawcy, określonym w pkt II”. W SIWZ nie było punktu oznaczonego „II”.
2. ALBA załączyła do swojej oferty dokument nazwany „Zobowiązanie innego podmiotu do oddania wykonawcy do dyspozycji niezbędnych zasobów” (strona 23 oferty), w którym Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Szamocinie (dalej: ZGKiM w Szamocinie)

oświadcza, że ALBA może polegać na jego potencjale technicznym – bazie magazynowo-transportowej. Do oferty załączono również umowę dzierżawy z dnia 9 kwietnia 2013 r. (strona 25 oferty), w którym ZGKiM w Szamocinie jako wdzierżawiający oświadcza, że jest właścicielem działki i lokalu użytkowego w miejscowości Szamocin, a dzierżawca – ALBA oświadcza, że rzeczoną nieruchomości będzie wykorzystywała jako bazę magazynowo-transportową dla działalności odbioru odpadów. Dzierżawca oświadczył również, że posiada wszystkie wymagane prawem pozwolenia i decyzje na prowadzoną przez siebie działalność gospodarczą i prowadzić ją będzie zgodnie z prawem.

3. Na stronie 2 oferty ALBA oświadczyła (pkt 3 e formularza ofertowego), że w zakresie opróżniania pojemników, zagospodarowania odpadów, transportu odpadów, podstawienia pojemników i dostarczenia worków wykona przedmiot zamówienia za pomocą podwykonawcy ZGKiM w Szamocinie.

4. ALBA złożyła załączniki nr 6 i 7 do oferty posługując się wzorami załączonymi do SIWZ (treści tych załączników do SIWZ Izba nie mogła ustalić, ponieważ Zamawiający nie przekazał kopii tych dokumentów, a na rozprawie nie dysponował oryginałami; jednak nie było sporne, że ALBA złożyła przedmiotowe załączniki zgodnie ze wzorami uprzednio załączonymi do SIWZ, Odwołujący w powyższym zakresie nie składał zastrzeżeń). Na załączniku nr 6, zatytułowanym „Wykaz niezbędnego sprzętu i narzędzi niezbędnych do realizacji przedmiotu zamówienia” ALBA dodatkowo (wzmianki o bazie nie było we wzorze, załączonym do SIWZ) oświadczyła, że dysponuje bazą magazynowo-transportową; jako podstawę dysponowania wskazała umowę dzierżawy. Do oferty należało załączyć oświadczenie o posiadaniu odpowiednio wyposażonej bazy magazynowo-transportowej i odpowiedniego sprzętu (zgodnie z pkt 9.9.9 SIWZ), wzoru oświadczenia w zakresie bazy do SIWZ jednak nie załączono.

5. W dniu 17 czerwca 2013 r. Zamawiający wezwał wykonawcę ALBA do złożenia wyjaśnień odnośnie zamierzenia powierzenia prac podwykonawcy ZGKiM w Szamocinie, ponieważ uznał, że ZGKiM w Szamocinie nie będzie mógł świadczyć usług w zakresie wskazanym w formularzu ofertowym. Zamawiający m.in. zapytał Przystępującego, czy „dalej” zamierza zlecić podwykonawcy zakres prac wskazany w ofercie. Równocześnie Zamawiający oświadczył, że zastrzega sobie możliwość wyrażenia zgody na posługiwanie się ZGKiM w Szamocinie, ponieważ – w jego ocenie - nie może on świadczyć usług na rzecz innych gmin. W odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnień Przystępujący po pierwsze polemizował z zakresem wezwania, po drugie wskazał, że istnieje możliwość, że powierzy realizację zadania innemu podwykonawcy, a obecnie rozważa różne opcje w tym zakresie, również podzlecenie zadań ZGKiM w Szamocinie oraz równocześnie innym podwykonawcom.

6. Zamawiający uznał ofertę Przystępującego za najkorzystniejszą.

Biorąc pod uwagę powyżej ustalony stan faktyczny, ustosunkowując się do zarzutów odwołania w kolejności zgodnej z petitum odwołania, Izba stwierdziła, co następuje:

Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez naruszenie podstawowej zasady udzielenia zamówień publicznych, tj. zasady prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.

W odwołaniu brak uzasadnienie faktycznego (poza powiązaniem z naruszeniem art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych na przedostatniej stronie uzasadnienia odwołania) tak sformułowanego zarzutu, jednak można przyjąć, że zasadniczo konsekwencją stwierdzenia większości naruszeń Prawa zamówień publicznych jest naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Skoro nie stwierdzono w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego w odniesieniu do zarzutów opisanych w odwołaniu żadnych naruszeń przepisów Prawa zamówień publicznych (co wynika z dalszej części niniejszego uzasadnienia), to tym samym nie było podstawy do stwierdzenia naruszenia art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wykluczenia Przystępującego z postępowania

Odwołujący wskazywał, że zgodnie z punktem 5.3. SIWZ, warunkiem udziału w postępowaniu było posiadanie odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy magazynowo-transportowej, usytuowanej na terenie Gminy Rogoźno lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Rogoźno (co nie było sporne).

Zdaniem Odwołującego, w celu wykazania spełnienia powyższego warunku, Przystępujący opierał się na potencjale technicznym podmiotu trzeciego - ZGKiM w Szamocinie, który zgodnie z § 1 statutu tej jednostki jest zakładem budżetowym, a tego rodzaju zakład podlega ograniczeniom wynikającym m.in. z ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 ze zm.) oraz ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. z 2011 r., Nr 45, poz. 236 ze zm.). Zakład budżetowy działa bowiem wyłącznie w zakresie uregulowanym w akcie erekcyjnym, a to oznacza, że jego jedyną rolą jest wykonywanie zadań mieszczących się w kategorii zadań własnych gminy. Zakłady budżetowe działają w ramach osobowości prawnej gminy w celu wykonywania jej zadań; zakład budżetowy nie wykonuje usług komunalnych na rzecz gminy, lecz działa w jej imieniu, jako jej wyodrębniona jednostka organizacyjna wykonując zadania własne gminy. W konsekwencji naruszenie statutu ZGKiM w Szamocinie stanowi

naruszenie art. 16 ust. 2 ustawy o finansach publicznych oraz art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2013 r., poz. 594 ze zm.), a opieranie się przez Wykonawcę na potencjale technicznym ZGKiM w Szamocinie jest sprzeczne z przepisami prawa, szczegółowo omówionymi w uzasadnieniu.

Ponadto Odwołujący twierdził, że Przystępujący mógłby skorzystać z potencjału ZGKiM w Szamocinie tylko wówczas, jeśli ZGKiM w Szamocinie będzie brał udział w wykonaniu zamówienia. Jednak ZGKiM w Szamocinie nie będzie mógł wziąć udziału w wykonaniu zamówienia, ponieważ w ocenie Odwołującego byłoby to sprzeczne ze statutem ZGKiM w Szamocinie oraz ustawami wskazanymi w odwołaniu.

Odwołujący w konsekwencji swoich wywodów stwierdzał, że Przystępujący nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu wymaganego w punkcie 5.3. SIWZ, polegającego na posiadaniu odpowiedniej do przedmiotu zamówienia bazy magazynowo-transportowej, usytuowanej na terenie Gminy Rogoźno lub w odległości nie większej niż 60 km od granicy Gminy Rogoźno. Dlatego, zdaniem Odwołującego, Zamawiający na podstawie art. 22 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych był zobowiązany wykluczyć Przystępującego z Postępowania.

W odniesieniu do powyższej argumentacji Odwołującego, Izba zauważyła w pierwszej kolejności, że jeżeli faktycznie wywody Odwołującego co do niewykazania spełnienia warunku udziału w zakresie dysponowania bazą magazynowo-transportową by się potwierdziły, to na obecnym etapie postępowania Zamawiający nie mógłby wykluczyć Przystępującego z postępowania, ale musiałby go wezwać do uzupełnienia dokumentów bądź złożenia wyjaśnień – odnośnie dysponowaniem bazą magazynowo-transportową Zamawiający do tej pory wzywał jedynie ALBĘ do potwierdzenia, że przedmiotowa baza posiada odpowiednie uwarunkowania rzeczowe – tj. jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w SIWZ i stosownym rozporządzeniem. W zakresie spełnienia przez bazę określonych wymogów przedmiotowych Odwołujący żadnych zarzutów nie podnosił, dlatego Izba, zgodnie z art. 192 ust. 7 Prawa zamówień publicznych do tej kwestii w ogóle się nie odnosiła.

Na rozprawie Przystępujący zauważył, że biorąc pod uwagę dokumenty załączone do jego oferty, w tym w szczególności umowę dzierżawy, Zamawiający miał prawo uznać, że ALBA nie posługuje się potencjałem podmiotu trzeciego, ale dysponuje nim jak swoim własnym. Izba podzieliła tak przedstawione stanowisko Przystępującego – nic nie stoi na przeszkodzie, aby uznać dysponowanie bazą na podstawie umowy dzierżawy za posługiwanie się własnym potencjałem (niewątpliwie Przystępujący, posługując się umową dzierżawy, spełniłby warunek udziału w postępowaniu na gruncie Prawa zamówień

publicznych jeszcze przed nowelizacją wprowadzającą art. 26 ust. 2b Prawa zamówień publicznych; możliwość „dysponowania” bowiem nie była wówczas ograniczona jedynie do prawa własności). Poza tym z treści umowy dzierżawy wynika wprost, że ZGKiM w Szamocinie jedynie udostępnia działkę i lokal socjalny, a Przystępujący wskazaną nieruchomość będzie wykorzystywał jako bazę magazynowo-transportową dla działalności odbioru odpadów. Skoro, zgodnie z umową ALBA deklaruje również, że posiada wszelkie zezwolenia do prowadzenia zamierzonej tam działalności, to przedmiotem umowy jest jedynie udostępnienie miejsca, a organizacja bazy leży po stronie Przystępującego. W konsekwencji chybione są zarzuty odwołania wskazujące na ewentualną niemożliwość posługiwania się zakładem budżetowym jako podmiotem trzecim; zobowiązanie innego podmiotu załączone do oferty Przystępującego jest indyferentne dla badania, czy ALBA spełnia warunek udziału w postępowaniu (dla powyższego wystarczająca była sama umowa dzierżawy), skoro ten warunek spełnia samodzielnie.

Należy zauważyć, że ważność samej umowy dzierżawy nie była kwestionowana odwołaniem (zarzuty odwołania w ogóle nie odnoszą się do umowy dzierżawy), zatem Izba nie mogła, rozpatrując zarzuty w postępowaniu odwoławczym, odnosić się do tej kwestii; niezależnie od powyższego ewentualne badanie ważności umowy dzierżawy należy do kompetencji sądu powszechnego.

Reasumując, Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 4 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie ZGKiM w Szamocinie.

Odwołujący twierdził, że kopia polisy, którą Przystępujący przedstawił celem wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu przez ZGKiM w Szamocinie obejmuje „jednostki organizacyjne Gminy Szamocin”, a nie ZGKiM w Szamocinie. Zarówno z tego faktu, jak i z samej treści dokumentu wynika, że polisa nie obejmuje działalności prowadzonej przez ZGKiM w Szamocinie „związanej z przedmiotem zamówienia”.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu, po pierwsze, nie można nie zauważyć, że wobec treści punktu 7.6 SIWZ, odwołującego się do nieistniejącego punktu „II” SIWZ, nie można ustalić katalogu dokumentów, jakich należałoby oczekiwać od podmiotu trzeciego w razie posługiwania się jego potencjałem. Izba zatem zaniechała ustalenia katalogu tychże dokumentów, ponieważ nie miało to żadnego znaczenia dla rozstrzygnięcia – skoro powyżej stwierdzono, że Odwołujący nie musi się posługiwać potencjałem podmiotu trzeciego, bowiem na podstawie załączonej do oferty umowy dzierżawy sam dysponuje odpowiednią



bazą. Po drugie, Odwołujący nie wyjaśnił, dlaczego zakład budżetowy, a więc jednostka organizacyjna gminy nie może być uznany za objęty ubezpieczeniem, skoro polisa dotyczy „jednostek organizacyjnych Gminy Szamocin” (dla objęcia jednostki organizacyjnej ubezpieczeniem wydaje się obojętne, czy posiada ona osobowość prawną, czy też nie). W konsekwencji nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń potwierdzających spełnienie przez niego warunków udziału w postępowaniu.

Uzasadnienie faktyczne tak sformułowanego zarzutu sprowadzało się do twierdzenia, że Przystępujący, składając załączniki nr 6 i 7 do oferty, odpowiadające wzorom, stanowiącym załączniki nr 6 i 7 do SIWZ, nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, ponieważ w załączniku nr 6 do oferty nie podał „rodzaju i typu sprzętu”, wymaganego przez Zamawiającego w opisie warunku, a załącznik numer 7 do oferty Wykonawcy nie zawiera informacji o podstawie dysponowania wskazanymi w wykazie osobami oraz nie wskazuje, czy są to osoby zatrudnione w pełnym wymiarze czasu pracy.

Ustosunkowując się do powyższego zarzutu, trzeba stwierdzić, że Zamawiający nie oczekiwał, iż postulowane przez Odwołującego elementy zostaną opisane w załączonych do oferty wykazach, tj. w załącznikach 6 i 7 – nie było bowiem stosownych rubryk we wzorach; wymóg przedstawienia tych informacji jest jedynie postulatem Odwołującego i nie wynika z SIWZ. Nie wszystkie aspekty warunku udziału w postępowaniu muszą znaleźć odbicie w opisie sposobu spełnienia tego warunku i dokumentach (bądź oświadczeniach), jakie należy złożyć na jego potwierdzenie; jeżeli Zamawiający nabierze jakichkolwiek wątpliwości, ma prawo sprawdzić (m.in. za pomocą procedury opisanej w art. 26 ust. 3 i 4 Prawa zamówień publicznych), czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu we wszelkich jego aspektach. Jednak skoro w SIWZ Zamawiający nie wymagał, żeby oświadczenia co do postulowanych elementów złożyć – trudno z samego faktu braku ich złożenia podejmować jakiegokolwiek wątpliwości. Wątpliwości takie mogłyby się zrodzić, gdyby Odwołujący kwestionował możliwość dysponowania przez Przystępującego sprzętem wymaganym przez Zamawiającego odpowiedniego rodzaju i typu czy osobami w pełnym wymiarze czasu pracy. Takich zarzutów w odwołaniu jednak nie podnoszono, dlatego Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych poprzez dopuszczenie w toku badania i oceny ofert zmiany treści oferty Przystępującego.

Zdaniem Odwołującego oferta Przystępującego została zmieniona w toku składania wyjaśnień. Jak podnoszono w odwołaniu, ALBA jasno bowiem wskazuje w ofercie, że ZGKiM w Szamocinie będzie podwykonawcą i że Wykonawca zleci mu wykonanie usług w ściśle wskazanym w ofercie zakresie, a wyjaśnienia Wykonawcy powyższe oświadczenie zmieniają. Odwołujący podkreślał, że oświadczenia zmieniające treść oferty są niedopuszczalne i muszą „ograniczać się do wskazania sposobu rozumienia treści zawartych w ofercie, nie mogą natomiast jej rozszerzać ani ograniczać. Wyjaśnienia wykraczające poza wskazany zakres nie mogą mieć wpływu na ocenę ofert” (Dzierżanowski, Jerzykowski, Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 87, LEX*).

Izba rozpatrując powyższy zarzut stwierdziła, że (pomijając wątpliwości co do objęcia treścią oferty w sensie ścisłym deklaracji co do podwykonawcy) nie można uznać, iż Odwołujący zmienił treść oferty. Sam Odwołujący wskazuje w odwołaniu, że >>Wykonawca [ALBA] złożył wyjaśnienie, które nie zawiera jasnej odpowiedzi na wątpliwość, której wyjaśnienia żądał Zamawiający. Wykonawca stwierdził jedynie, że „istnieje możliwość, że wykonanie usługi ww. zakresie zostanie przez nas zlecone innemu podwykonawcy, aniżeli Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Szamocinie. Nie możemy wykluczyć także sytuacji, że usługa ww. zakresie będzie zlecona przez nas Zakładowi Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Szamocinie oraz równocześnie innym podwykonawcom. Obecnie rozważamy wszystkie opisane powyżej opcje”<<.

Aby doszło do zmiany oferty konieczne jest stanowcze oświadczenie woli w tym zakresie, a jak wynika choćby powyższego cytatu z odwołania – nie było sporne, że takie stanowcze oświadczenie nie zostało złożone. Oceniając powyższe rozważania Przystępującego co do możliwości zatrudnienia podwykonawców, należy mieć na uwadze kontekst, całokształt sytuacji, tj. wcześniejszą zapowiedź Zamawiającego, że może nie wyrazić zgody na podwykonawcę, wskazanego w ofercie Przystępującego.

W konsekwencji nie było podstaw do stwierdzenia naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ani art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 8 Prawa zamówień publicznych, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego jako sprzecznej z przepisami Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Odwołującego, jak wynika z odwołania, opieranie się przez Przystępującego na potencjałe technicznym ZGKiM w Szamocinie celem wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu jest sprzeczne z Prawem zamówień publicznych oraz z art. 7 oraz art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej, z art. 14 oraz art. 16 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h ustawy o samorządzie gminnym, jak również z art. 6d ust. 1 oraz art. 6e ust. 1 ustawy o utrzymaniu porządku. W konsekwencji powyższa okoliczność (tj. poleganie na potencjałe technicznym ZGKiM w Szamocinie), zdaniem Odwołującego - obok zrodzenia po stronie Zamawiającego obowiązku wykluczenia Przystępującego z postępowania - powoduje, że oferta złożona przez Przystępującego jest nieważna, co implikuje obowiązek odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 8 Prawa zamówień publicznych.

Jak wynika z wcześniejszych wywodów w niniejszym uzasadnieniu, Izba stwierdziła, że Przystępujący, w celu wykazania dysponowania bazą magazynowo-transportową nie polega na potencjałe technicznym ZGKiM w Szamocinie, ale na swoim własnym, dlatego chybiony był, opierający się na posługiwaniu się potencjałem zakładu budżetowego, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych.

Wobec powyższych okoliczności Izba stwierdziła, że nie doszło do żadnego z naruszeń Prawa zamówień publicznych wskazywanych w odwołaniu i orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 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).

**Przewodniczący:**

.....