Sygn. akt: KIO 1441/16

WYROK
z dnia 19 sierpnia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 sierpnia 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę: **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu sp. z o.o w Strzegomiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gminę Miasto** Świdnica, **ul. Armii Krajowej 49, 58-100** Świdnica

przy udziale wykonawcy: **Eneris Surowce S.A. w Kielcach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu sp. z o.o w Strzegomiu** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu sp. z o.o w Strzegomiu** tytułem wpisu od odwołania,

---

   2.2. zasądza od wykonawcy: **Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu sp. z o.o w Strzegomiu** na rzecz zamawiającego: **Gminy Miasta** Świdnicy 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 (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 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** Świdnicy.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 1441/16

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania: „Odbieranie *i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych położonych w sektorze II miasta* Świdnica" zostało wszczęte przez Gminę Miasto Świdnica, zwaną dalej Zamawiającym. Ustalona przez Zamawiającego wartość zamówienia, zgodnie z informacją zawartą w doręczonym przez Zamawiającego Prezesowi Izby piśmie z dnia 4 sierpnia 2016 r., przekraczała kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej ustawą Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2016/S 075-131796) w dniu 16 kwietnia 2016 r.

W dniu 2 sierpnia 2016 r. odwołanie wniósł wykonawca: Zakład Usług Komunalnych w Strzegomiu sp. z o.o w Strzegomiu, zwany dalej Odwołującym.

Odwołanie zostało wniesione wobec zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy: Eneris Surowce S.A. w Kielcach (przy czym Odwołujący twierdził, że za wykonawcę należy uznać Eneris Surowce S.A. Oddział Krapkowice) oraz wobec zaniechania odrzucenia złożonej przez tego wykonawcę oferty.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie:

I. „Art. *89 ust. 1 pkt. 1 i 8 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty podmiotu: Eneris Surowce SA Oddział Krapkowice, który to podmiot składając ofertę nie może być de facto w* świetle *ustawy Pzp oraz przepisów ogólnie obowiązujących (m.in. KC) uczestnikiem/stroną postępowania o zamówienie publiczne, ponieważ nie posiada zdolności do czynności prawnych, jak również nie posiada nawet ewentualnej biernej i czynnej legitymacji procesowej.*

II. *Art. 82 ust. 3 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie odrzucenia oferty podmiotu: Eneris Surowce SA Oddział Krapkowice, który zmodyfikował jednostronnie treść Formularza Ofertowego, wskutek czego złożył ofertę na Formularzu Ofertowym innym niż obowiązującym wg wzoru z załącznika nr 1 do SIWZ*

III. *Art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania podmiotu: Eneris Surowce SA Oddział Krapkowice, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający obowiązany był także do odrzucenia oferty wykluczonego Wykonawcy, czego także zaniechał.*

IV. *Art. 91 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie czynności wyboru oferty odwołującego/Wykonawcy - jako oferty najkorzystniejszej w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego."*

Uzasadniając tak sformułowane twierdzenia, Odwołujący argumentował jak następuje:

Ad. I. Zdaniem Odwołującego ofertę złożył podmiot, który jest niesamodzielnym oddziałem spółki, który jako taki nie może występować jako wykonawca w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wobec czego oferta ta *ex lege* jest nieważna. O złożeniu oferty przez oddział właśnie, a nie samą spółkę, świadczyć miało, w ocenie Odwołującego to, że w formularzu oferty, jak i poszczególnych oświadczeniach i dokumentach znajdowało się wskazanie na oddział właśnie (odbicie pieczęci oddziału), zaś sama spółka miała nie zostać wskazana ani w formularzu oferty, ani żadnym ze złożonych oświadczeń.

Ad. II. Odwołujący podnosił, że wykonawca, którego prawidłowość oferty kwestionował, usunął z udostępnionego przez Zamawiającego formularza oferty treść pkt 13, a tym samym istotnie zmodyfikował treść tego formularza.

Ad. III. Odwołujący twierdził, że:

1. wykonawca, którego prawidłowość oferty kwestionował, przedstawił wraz z ofertą gwarancję wadialną, której treść, wbrew wymogom ustalonym w SIWZ, warunkowała spełnienie świadczenia przez Gwaranta od uczestnictwa banku w procedurze uruchomienia gwarancji, a nadto wymagała potwierdzenia przez bank tożsamości osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań w imieniu Zamawiającego. Tym samym gwarancja ta miała nie odpowiadać wymogom opisanym w SIWZ.
2. z przedstawionego wraz z ofertą, której prawidłowość kwestionował, wykazu wykonanych usług wynikało, że usługa wskazana w pierwszej pozycji wykazu obejmowała zbyt małą ilość odebranych odpadów w okresie rocznym, co miało przesądzać o tym, że nie wykazano spełniania warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia.
3. wykonawca, którego prawidłowość oferty kwestionował, nie potwierdził spełniania warunku dotyczącego sytuacji ekonomicznej i finansowej, albowiem przedstawiona przez niego „opinia *bankowa nie wskazuje na zdolność kredytową klienta w dniu jej wystawienia oraz dotyczy de facto innego podmiotu, niż ten który złożył ofertę".*

Ad. IV. Zdaniem Odwołującego zaniechanie wyboru złożonej przez niego oferty i naruszenie

przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp było „implikacją *wcześniejszych naruszeń ustawy Pzp".*

Uwzględniając podniesione zarzuty, Odwołujący wnosił o:
1) „unieważnienie *czynności Zamawiającego badania i oceny ofert.*
2) *unieważnienie czynności Zamawiającego wyboru najkorzystniejszej oferty*
3) *ponowne nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert*
4) *ponowne nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty*
5) *nakazanie Zamawiającemu dokonanie czynności wykluczenia/odrzucenia oferty złożonej przez: Eneris Surowce SA Oddział Krapkowice".*

W dniu 4 sierpnia 2015 r. Prezesowi Izby zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego doręczył wykonawca: Eneris Surowce S.A. w Kielcach, zwany dalej Przystępującym lub uczestnikiem postępowania.

Skład orzekający Izby wykluczył to, aby spełniona została którakolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie, z uwzględnieniem stanowisk stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że Odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, co do zasady przysługiwało prawo wniesienia odwołania w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez Zamawiającego.

Izba postanowiła zaliczyć w poczet materiału dowodowego dokumenty przekazane na wezwanie Prezesa Izby przez Zamawiającego i poświadczone za zgodność z oryginałem.

Mając na celu ocenę zasadności zarzutów podnoszonych w odwołaniu Izba ustaliła, że zgodnie z pkt V.1.2 Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) Zamawiający postanowił, że o zamówienie ubiegać się może wykonawca, który „wykonał *lub wykonuje usługi odbierania i transportu odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i wielkogabarytowych do miejsca ich zagospodarowania w łącznej ilości co najmniej 5000 Mg/rok, w tym w ramach jednego zamówienia w ilości nie mniejszej niż 3500 Mg/rok".*

Wśród wykazów i oświadczeń, jakie wykonawcy mieli przedstawić Zamawiającemu w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w zamówieniu, Zamawiający wymagał złożenia mu m.in.: -) wykazu wykonanych usług (pkt VI.1.3 SIWZ); -) informacji banku lub

spółdzielczej kasy oszczędnościowo-kredytowej, potwierdzającą wysokość posiadanych środków finansowych lub zdolność kredytową, wystawioną nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert (pkt VI.1.7 SIWZ). Zgodnie z pkt VI.16 wykonawca był zobowiązany przedstawić Zamawiającemu m.in. formularz ofertowy, którego wzór miał stanowić załącznik nr 1 do SIWZ oraz dowód wniesienia wadium.

Zgodnie z pkt VIII.3.b) SIWZ Zamawiający w odniesieniu do wadium wymagał, aby z treści złożonych mu w tym charakterze gwarancji bankowych lub ubezpieczeniowych wynikało „bezwarunkowo, *na każde pisemne* żądanie *zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych art. 46 ust. 5 ustawy Pzp".*

Zgodnie z pkt X.3 SIWZ treść złożonej oferty musiała odpowiadać treści SIWZ, a nadto oferta powinna zawierać wszystkie oświadczenia i dokumenty zgodnie z rozdziałem VI SIWZ (pkt X.7 SIWZ).

Formularz ofertowy zawierał m.in. pkt 6 o następującej treści: „Oświadczamy, że *zatrudnimy/ nie zatrudnimy co najmniej jedną osobę niepełnosprawną mającą prawne potwierdzenie niepełnosprawności (orzeczenie o niepełnosprawności) w okresie 01.10.2016 r. – 30.09.2019 r."* oraz pkt 13 o następującej treści: „Oświadczamy, *iż zatrudnimy/*

nie zatrudnimy osobę niepełnosprawną mającą prawne potwierdzenie niepełnosprawności w okresie 01.10.2016 r. – 30.09.2019 r.”.

Zgodnie z pkt 9 pisemnego protokołu postępowania o udzielenie zamówienia, do upływu terminu składania ofert swoje oferty złożyło Zamawiającemu pięciu wykonawców, w tym Odwołujący i Przystępujący.

W ofercie złożonej przez Przystępującego pominięta została treść zawarta w pkt 13 formularza oferty opublikowanego w ramach udostępnionej przez Zamawiającego SIWZ.

Wraz z ofertą złożony został m.in. wykaz wykonanych usług, w którym wyszczególnione zostały trzy usługi, zrealizowane przez Przystępującego odpowiednio na rzecz: Gminy Lądek-Zdrój (w roku 2014 w jej ramach miano odebrać m.in. 2 150,54 Mg zmieszanych odpadów komunalnych i 320,92 Mg odpadów selektywnych), Związku Międzygminnego „Czysty Region” (odbiór 4 060,50 Mg zmieszanych odpadów komunalnych i 1 230,81 Mg odpadów selektywnych) oraz Urzędu Miasta Kielce (51 717,34 Mg zmieszanych odpadów komunalnych i 7 446,86 Mg odpadów selektywnych).

Przystępujący złożył Zamawiającemu w charakterze wadium gwarancję bankową nr SLG37329IN16, w której jej wystawca, ING Bank Śląski S.A., zobowiązał się „nieodwołalnie, *bezwarunkowo i bezzwłocznie zapłacić każdą kwotę do wysokości PLN 100 000 00 na Państwa* [tj. Zamawiającego] *każde pisemne* żądanie”. W dalszej części gwarancji wskazano, że pisemne żądanie zapłaty sformułowane przez Zamawiającego „powinno *być przesłane na adres* (...) *za pośrednictwem banku prowadzącego Państwa* [tj. Zamawiającego] *rachunek, celem potwierdzenia,* że *podpisy złożone na* żądaniu *zapłaty należą do osób uprawnionych do zaciągania zobowiązań majątkowych w Państwa* [tj. Zamawiającego] *imieniu.”*

Wraz z ofertą złożone zostały również dwa odrębnie udzielone pełnomocnictwa, każde dla jednego z dwóch zobowiązanych do współdziałania ze sobą pełnomocników, którzy upoważnieni zostali do działania w imieniu Eneris Surowce S.A.

Co do treści wykazu wykonanych usług złożonego przez Przystępującego Zamawiający powziął wątpliwości i pismem z dnia 14 lipca 2016 r. wezwał tego wykonawcę do wskazania, czy wykazane usługi obejmowały również odbieranie i transport odpadów wielkogabarytowych.

Przystępujący wraz z pismem z dnia 20 lipca 2016 r. przedstawił Zamawiającemu wykaz uzupełniony o oświadczenie, że każda z wykazanych przez niego trzech usług obejmowała również odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów wielkogabarytowych.

Pismem z dnia 28 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Wobec powołanych czynności Zamawiającego Odwołujący wniósł odwołanie.

Izba, kierując się przepisem art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, odwołanie wniesione przez Odwołującego rozpoznała w granicach zarzutów w nim zawartych i popieranych w toku postępowania odwoławczego.

Skład orzekający Izby, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu i podlegających kognicji Izby, doszedł do przekonania, że sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie, jako takie, nie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do twierdzeń formułowanych przez Odwołującego z zachowaniem systematyki uzasadnienia rozpoznawanego przez Izbę odwołania, Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Ad. I. W ocenie Izby analiza treści kwestionowanej przez Odwołującego oferty oraz szeregu dokumentów i oświadczeń, które zostały z nią złożone, pozwala stwierdzić, że oferta została złożona w imieniu spółki Eneris Surowce S.A. w Kielcach. Takiej właśnie interpretacji treści tejże oferty nie mógł zmienić fakt opieczętowania poszczególnych dokumentów lub oświadczeń pieczęcią oddziału powołanej spółki funkcjonującego pod adresem w Krapkowicach. Jak słusznie podnosił Odwołujący pod pojęciem oddziału przedsiębiorcy zgodnie z art. 5 pkt 4 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2004 r., Nr 173, poz. 1807 ze zm.) należy rozumieć wyodrębnioną i samodzielną organizacyjnie część działalności gospodarczej, wykonywaną przez przedsiębiorcę poza siedzibą lub głównym działalności. przedsiębiorcy miejscem wykonywania Tym samym działalność prowadzona w formie oddziału, mimo że prowadzona pod innym adresem, niż główne miejsce wykonywania działalności, nadal pozostaje działalnością przedsiębiorcy i korzysta z przysługującej temu przedsiębiorcy osobowości prawnej – jest wszak częścią prowadzonej przez tego przedsiębiorcę działalności gospodarczej. Tym samym działania podejmowane przez oddział, czy w jego imieniu, podejmowane są w ramach działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorcę. W rozpoznawanym przypadku Odwołujący zdawał się nie dostrzegać, że kwestionowana przez niego oferta, jak i wszystkie oświadczenia złożone w imieniu wykonawcy składającego tę ofertę, zostały podpisane przez osoby działające na podstawie załączonych do powołanej oferty dwóch pełnomocnictw z dnia 19 kwietnia 2016 r. udzielonych im w imieniu spółki Eneris Surowce S.A. w Kielcach do działania w imieniu i na rzecz tej właśnie spółki. Nie dostrzegał również Odwołujący, że szereg dokumentów odnosił się wprost i literalnie do powołanej spółki, jak choćby odpis z KRS, opinia bankowa, zaświadczenie z ZUS, US czy KRK. Wszystkie te okoliczności przesądzały o tym, że kwestionowaną przez Odwołującego ofertę uznać należało za złożoną w imieniu spółki Eneris Surowce S.A. w Kielcach. W tym kontekście dostrzeżenia wymagał również brak konsekwencji po stronie Odwołującego – idąc tokiem rozumowania prezentowanym przez niego w pkt I uzasadnienia odwołania, winien on również podważać uznanie przez Zamawiającego za prawidłowe tych dokumentów, które wprost odnosiły się do spółki Eneris Surowce S.A. w Kielcach, nie zaś literalnie do jej oddziału w Krapkowicach. Odwołujący takich zarzutów nie stawiał, czym *de facto* potwierdził, że sam nie czynił rozróżnienia między dokumentami i oświadczeniami złożonymi wraz z ofertą. W ocenie Izby, a zapewne i dla Odwołującego, musiało być oczywiste, że wszystkie te oświadczania i dokumenty odnoszą się do spółki Eneris Surowce S.A. w Kielcach, tj. podmiotu, w imieniu którego złożona została kwestionowana przez Odwołującego oferta.

Mając na uwadze powyższe, za niezasługujące na uwzględnienie uznała Izba zarzuty zawarte w pkt I uzasadnienia odwołania.

Ad. II. W ocenie Izby, fakt pominięcia w kwestionowanej przez Odwołującego ofercie treści zawartej w udostępnionym przez Zamawiającego formularzu oferty w pkt 13 uznać należało za nieistotny z punktu widzenia merytorycznej treści tejże oferty i opisu świadczenia oferowanego przez Przystępującego, a prezentowane przez Odwołującego stanowisko ocenić należało za nazbyt formalistyczne.

Jak to wskazała Izba w sprawie KIO 1736/14: „Zastosowanie *dyspozycji art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego znajduje szerokie omówienie w doktrynie, jak tez orzecznictwie sadów okręgowych i Izby. Reasumując opisywane tam interpretacje normy wynikającej z ww. przepisu wskazać należy, iż rzeczona niezgodność treści oferty z SIWZ musi mieć charakter zasadniczy i nieusuwalny (ze względu na zastrzeżenie obowiązku poprawienia oferty wynikające z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp); dotyczyć powinna sfery niezgodności zobowiązania zamawianego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie, tudzież polegać może na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami SIWZ (z zaznaczeniem, iż chodzi tu o wymagania SIWZ dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania/świadczenia ofertowego, a wiec wymagania, co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy również tradycyjnie zamieszczane w a także możliwe być winno wskazanie i wykazanie SIWZ);*

na czym konkretnie niezgodność ta polega – co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi fragmentami czy normami SIWZ."

W rozpoznawanej sprawie pkt 6 od pkt 13 formularza oferty udostępnionego przez Zamawiającego różniło to, że w treści tego pierwszego zawarty został, ponad treść zawartą w pkt 13, zwrot „co *najmniej",* co czyniło oświadczenie wypływające z treści tegoż punktu szerszym znaczeniowo od tego, które wypływałoby z pkt 13. Niemniej jednak, tak z jednego, jak i drugiego punktu formularza oferty wynikać miało to, czy wykonawca składający ofertę wyraża wolę zatrudnienia przy realizacji zamówienia osoby W przez takie wyraźne niepełnosprawnej. kwestionowanej Odwołującego ofercie oświadczenie zostało zawarte, zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wyrażonymi w SIWZ. Nie sposób było zatem uznać, że pominięcie przez Przystępującego zapisu pierwotnego pkt 13 miało znaczenie dla odczytania treści oferty złożonej przez tego Wykonawcę.

7

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy przywołanych w pkt II uzasadnienia odwołania.

Ad. III.1. W kontekście twierdzeń zawartych w tym punkcie uzasadnienia odwołania, słusznie podnosił Przystępujący, że wadium składane przez wykonawców wraz z ofertą nie służy potwierdzeniu spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, a przypisywanie przez Odwołującego takiej funkcji wadium można byłoby odczytać z kształtu zarzutu postawionego w omawianym tu pkt III.1 uzasadnienia odwołania.

Niezależnie od powyższego, Izba stanęła na stanowisku, iż kwestionowane przez Odwołującego zapisy przedstawionej przez Przystępującego gwarancji bankowej, nie konstytuują nowych warunków i nie czynią jej warunkową, jak chciałby tego Odwołujący. Tym samym, wobec wyraźnego zobowiązania banku, iż zobowiązuje się on „bezwarunkowo, *na każde pisemne* żądanie *zgłoszone przez Zamawiającego w terminie związania ofertą, zobowiązanie gwaranta do wypłaty Zamawiającemu pełnej kwoty wadium w okolicznościach określonych art. 46 ust. 5 ustawy Pzp",* Izba uznała, że gwarancja ta posiada przymiot gwarancji bezwarunkowej. Skład orzekający Izby podzielił zatem pogląd wyrażony we wcześniejszych orzeczeniach Izby wydanych w sprawach o sygn. akt: KIO/UZP 859/09, KIO/UZP 1333/09, KIO/UZP 1545/09, KIO/UZP 1867/09 oraz KIO 191/11, jak również w wyroku Sądu Okręgowego w Bielsku-Białej z dnia 10 września 2009 r., sygn. akt II Ca 404/09. W ocenie Izby gwarancja jest bezwarunkowa wtedy, gdy Zamawiający nie musi uzasadniać żądania zapłaty z tej gwarancji, a Gwarant nie może badać podstaw, tj. zasadności takiego żądania – jest on zobowiązany dokonać zapłaty jedynie w oparciu o oświadczenie Zamawiającego, iż zaistniały okoliczności uzasadniające taką wypłatę. W rozpoznawanym stanie faktycznym Odwołujący nie wskazał w treści gwarancji bankowej zapisów, które podważałyby bezwarunkowość tejże gwarancji. Wbrew jego twierdzeniom za takie, nie można uznać formalnych wymogów odnoszących się do sposobu przekazania Gwarantowi pisemnego żądania zapłaty. Zapisy te bowiem nie odnoszą się w żaden sposób do przesłanek zatrzymania wadium, a służyć mają jedynie potwierdzeniu tożsamości osób takie żądanie zapłaty podpisujących. Tym samym, w ocenie Izby, Odwołujący nie wykazał, iż złożona przez Przystępującego gwarancja pozbawia Zamawiającego prawa do skutecznego żądania zapłaty należności przez Gwaranta. Kwestionowane przez niego zapisy opisują jedynie formalności związane z wypłatą kwoty, na jaką opiewa gwarancja, nie mogą zatem zostać uznane za uzasadniające twierdzenie, iż wadium nie zostało wniesione.

Tym samym Izba uznała, że Odwołujący nie wykazał, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy przywołanych w pkt III.1 uzasadnienia odwołania.

8

Ad. III.2 Zarzuty zamknięte w tym punkcie uzasadnienia odwołania, w kontekście treści wykazu wykonanych usług złożonego wraz z ofertą Przystępującego, jawiły się jako oczywiście bezzasadne. Odwołujący twierdził bowiem, że Przystępujący nie wykazał

spełnia warunku dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia przez powołanie się w pierwszej pozycji wykazu na usługę, która nie spełniała określonego przez Zamawiającego wymagania co do gramatury w zakresie ilości odebranych odpadów. Pominął on przy tym całkowicie, że realizacja każdej z usług wskazanych w pozycji drugiej i trzeciej wykazu samodzielnie potwierdza spełnienia powołanego warunku udziału w postępowaniu. Prawa do skutecznego powoływania się przez Przystępującego na te dwie usługi Odwołujący w żaden sposób nie kwestionował. Tym samym Izba nie znalazła podstaw, aby uznać, że Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp w zakresie opisanym w pkt III.2 uzasadnienia odwołania.

Ad. III.3. Podobnie, jako niezasadne Izba uznała zarzuty sformułowane przez Odwołującego wobec złożonej przez Przystępującego opinii bankowej. Opinia ta odnosiła się wprost do zdolności kredytowej Przystępującego oraz potwierdzała fakt posiadania tej zdolności przez Przystępującego w okresie zakreślonym w pkt VI.1.7 SIWZ, a zatem na dzień przypadający nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert. Termin składania ofert, zgodnie z pkt 7.2 pisemnego protokołu postępowania upłynął w dniu 22 czerwca 2016 r, tym samym poświadczenie zdolności kredytowej Przystępującego na dzień 2 maja 2016 r. odpowiadało wymaganiom Zamawiającego. W kontekście twierdzeń Odwołującego dostrzeżenia wymagało również to, że w przypadku powołanej opinii bankowej istotne dla przesądzenia tego, czy Przystępujący wykazał spełnianie warunku udziału w postępowaniu, było to, że opinia ta potwierdzała zaistnienie pożądanego, w kontekście opisu warunku, stanu faktycznego, tj. posiadania przez tenże podmiot zdolności kredytowej w określonej w SIWZ wysokości. Taki też stan faktyczny sporna opinia potwierdzała. Tym samym zarzuty wobec niej skierowanie nie zasługiwały na uznanie.

Ad. IV. Jak twierdził to sam Odwołujący zarzut zamknięty w tym punkcie uzasadnienia odwołania postawiony przez niego został jako wynik zarzutów opisanych we wcześniejszych punktach odwołania. Skoro te wcześniejsze zarzuty nie znalazły podstaw w ustalonym przez Izbę stanie faktyczny, taka sama ocena spotkać musiała zarzut tu opisywany.

Kierując się dokonanymi ustaleniami, Izba uznała, że nie zostało przez Odwołującego wykazane, aby Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisu ustawy Pzp.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba wzięła w szczególności pod uwagę przepis § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia, zgodnie z którym uzasadnione koszty strony postępowania odwoławczego ustala się na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy. Mając na uwadze fakt, iż Zamawiający przedłożył odpowiednie rachunki, Izba uwzględniła zgodnie z § 5 ust. 3 pkt 1) powołanego rozporządzenia jego wniosek o obciążenie Odwołującego poniesionymi przez niego kosztami wynagrodzenia pełnomocnika (3 600 zł).

Przewodniczący: ……