

Sygn. akt: KIO 1208/16

**WYROK**  
**z dnia 20 lipca 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący:**           **Paweł Trojan**

**Protokolant:**               **Krzysztof Wasilewski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 lipca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 04.07.2016 r. przez wykonawcę **REMONDIS Spółka z o.o., Warszawa** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Piotrków Trybunalski** w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu miasta Piotrków Trybunalski z nieruchomości, na których zamieszkują w całości lub częściowo mieszkańcy” (postępowanie znak ZP.3310/10/2016)

przy udziale wykonawcy **EKOM M. Spółka jawna, Nowiny** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania wszczętego wskutek wniesienia odwołania po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie**

2. kosztami postępowania w wysokości **18 832 zł 35 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy osiemset trzydzieści dwa złote i trzydzieści pięć groszy) obciąża Odwołującego - **REMONDIS Spółka z o.o., Warszawa** i:

- 1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **REMONDIS Spółka z o.o., Warszawa** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) zasądza od wykonawcy **REMONDIS Spółka z o.o., Warszawa** na rzecz Zamawiającego - **Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Piotrków Trybunalski** kwotę w wysokości **3 832 zł 35 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści dwa złote i trzydzieści pięć groszy) tytułem zwrotu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

3. Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 22 grudnia 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Piotrkowie Trybunalskim**.

**Przewodniczący:**

.....

**U z a s a d n i e**  
**do wyroku z dnia 20 lipca 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 1208/16**

Zamawiający – Zarząd Dróg i Utrzymania Miasta, Piotrków Trybunalski prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych z terenu miasta Piotrków Trybunalski z nieruchomości, na których zamieszkują w całości lub częściowo mieszkańcy” (postępowanie znak ZP.3310/10/2016).

Izba ustaliła, iż postępowanie prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

W dniu 12.04.2016 r. Zamawiający przekazał ogłoszenie o zamówieniu do publikacji Urzędowi Oficjalnych Publikacji UE;

W dniu 16.04.2016 r. ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w suplemencie do Dz. U. UE pod numerem 2016/S 075-131815.

W dniu 23.06.2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej w ramach sektora II.

Na powyższą czynność w dniu w dniu 04.07.2016 r. odwołanie wniósł wykonawca REMONDIS Spółka z o.o., Warszawa zarzucając Zamawiającemu niezgodne z przepisami ustawy:

1. zaniechanie wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna ul. Zakładowa 29, 26-052 Nowiny (dalej jako: „EKOM M. spółka jawna”) do złożenia wyjaśnień dotyczących bazy magazynowo - transportowej wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym: w miejscowości Końskie przy ul. Spacerowej 145, pomimo iż Zamawiający dysponował informacjami o tym, że baza ta nie należy do EKOM M. spółka jawna, które to zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, skutkowało bowiem zaniechaniem wykluczenia wykonawcy EKOM M. spółka jawna z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp;

2. zaniechanie wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował bazą magazynowo - transportową położoną w miejscowości Końskie przy ul. przez cały okres realizacji zamówienia, w szczególności pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, które to zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, skutkowało bowiem zaniechaniem wykluczenia wykonawcy EKOM M. spółka jawna z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp;

3. zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy EKOM M. spółka jawna, pomimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) oraz w zakresie dysponowania bazą magazynowo- transportową złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. wskazanie adresu bazy magazynowo - transportowej w formularzu ofertowym oraz Oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu;

4. zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna jako niezgodnej z ustawą Pzp pomimo nie poinformowania zamawiającego przez wykonawcę przy złożeniu oferty czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, pomimo takiego obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp;

5. wybranie dla części II zamówienia (sektor II) jako najkorzystniejszej oferty EKOM M. spółka jawna, pomimo iż wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo - transportowej, podał informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania a nadto złożył ofertę podlegającą odrzuceniu jako niezgodna z ustawą.

II. W ocenie Odwołującego powyższymi zaniechaniami i działaniami Zamawiający naruszył:

1. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 4 Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna do złożenia wyjaśnień dotyczących bazy magazynowo - transportowej wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym: w miejscowości Końskie przy ul. Spacerowej 145, pomimo iż Zamawiający dysponował informacjami o tym, że baza ta nie należy do EKOM M. spółka jawna, które to zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, skutkowało bowiem zaniechaniem wykluczenia wykonawcy EKOM M. spółka jawna z niniejszego postępowania na podstawie art 24 ust. 2 pkt 4 Pzp lub art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;

2. art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp w zw. z art. 26 ust. 2b Pzp poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował bazą magazynowo - transportową położoną w miejscowości Końskie przy ul. Spacerowej 145 przez cały okres realizacji zamówienia, w szczególności pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia, które to zaniechanie mogło mieć wpływ na wynik postępowania, skutkowało bowiem zaniechaniem wykluczenia wykonawcy EKOM M. spółka jawna z niniejszego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i uznania jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust 4 Pzp;

3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp i art. 24 ust 2 pkt 3 Pzp poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy EKOM M. spółka jawna, pomimo że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci dysponowania bazą magazynowo - transportową spełniającą wymagania rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz. U. z 2013 r., poz. 122) oraz w zakresie dysponowania bazą magazynowo- transportową złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj. wskazanie adresu bazy magazynowo - transportowej w formularzu ofertowym oraz oświadczenie o spełnianiu warunku udziału w postępowaniu;

4. art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna jako niezgodnej z ustawą Pzp pomimo nie poinformowania zamawiającego przez wykonawcę przy złożeniu oferty czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, pomimo takiego obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp;

5. art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybranie dla części II zamówienia (sektor II) jako najkorzystniejszej oferty EKOM M. spółka jawna, pomimo iż wykonawca podlegał wykluczeniu z postępowania z uwagi na to, że nie wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo - transportowej, podał informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania a nadto złożył ofertę podlegającą odrzuceniu jako niezgodna z ustawą.

III. Mając na uwadze powyższe Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- a) unieważnienia czynności wyboru dla sektora II zamówienia (część II) oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna jako oferty najkorzystniejszej;
- b) odrzucenia oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna jako niezgodnej z ustawą;

- c) wykluczenia wykonawcy EKOM M. spółka jawna z postępowania;
  - d) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w postępowaniu, z pominięciem oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna;
2. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym zwrotu poniesionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika, według rachunków przedstawionych na rozprawie.

IV. Odwołujący wniósł także o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów w postaci:

- 1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako: SIWZ) wraz z załącznikami;
- 2. ogłoszenia o zamówieniu;
- 3. oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna;
- 4. zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 5. dokumentacji fotograficznej tablic informacyjnych bazy magazynowo transportowej w Końskich przy ul. Spacerowej;
- 6. zrzutu ze strony internetowej EKOM M. spółka jawna z danymi teleadresowymi wykonawcy;
- 7. korespondencji prowadzonej przez Remondis sp. z o.o. z Zamawiającym, w której Remondis sp. z o.o. informował Zamawiającego, że baza magazynowo - transportowa w Końskich przy ul. Spacerowej nie należy do EKOM M. spółka jawna,  
- na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia.

Na wstępie Odwołujący wskazał, iż przysługuje mu prawo do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp, bowiem ma interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego ustawy Prawo zamówień publicznych. W niniejszym postępowaniu na II część zamówienia (sektor II) wpłynęło sześć ofert wykonawców. Najkorzystniejszą ofertę złożyło konsorcjum wykonawców: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS sp. z o.o. Kielce i Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych FART sp. z o.o. Kielce. Wykonawca został jednak wykluczony z postępowania na podstawie art 24 ust 2 pkt 2 Pzp wobec nie złożenia wadium na cały okres związania ofertą. Kolejną w rankingu ofertę złożył wykonawca EKOM M. spółka jawna, w zakresie badania której - zdaniem Odwołującego - Zamawiający popełnił błędy. Trzecią w rankingu ofertę na II sektor zamówienia złożył Odwołujący. Prawidłowa weryfikacja oferty EKOM M. sp. jawna powinna zdaniem Odwołującego doprowadzić do jej odrzucenia i wykluczenia wykonawcy, a oferta Odwołującego winna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Odwołujący w uzasadnieniu wskazał, co następuje.

W zakresie zarzutów dotyczących bazy magazynowo - transportowej EKOM M. spółka jawna (zarzuty nr 1-3)

W pkt 7.2. ppkt 3) SIWZ w zakresie warunku udziału w postępowaniu w postaci potencjału technicznego Zamawiający wskazał, że: „Niezależnie od tego na ile sektorów Wykonawca składa ofertę wymagane jest dysponowanie co najmniej jedną bazą magazynowo - transportową usytuowaną w Piotrkowie Trybunalskim lub w odległości nie większej niż 60 km od granic miasta”.

W ocenie Odwołującego Zamawiający wymagał wskazania adresu bazy magazynowo - transportowej oferenta w formularzu ofertowym a także złożenia oświadczenia o spełnianiu postawionych warunków udziału w postępowaniu.

Następnie podniósł, że wykonawca EKOM M. spółka jawna oświadczył, że spełnia postawione przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu. W formularzu ofertowym wykonawca EKOM M. spółka jawna oświadczył, że w razie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej zobowiązuje się do dysponowania bazą transportowo- magazynową w miejscowości Końskie przy ul.

Jak wskazał Odwołujący tymczasem baza magazynowo- transportowa w Końskich przy ul. nie należy do EKOM M. spółka jawna ale do Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. o.o. Wykonawca EKOM M. spółka jawna nie złożył jednak żadnego zobowiązania podmiotu trzeciego, tj. Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej w Końskich sp. z o.o. do udostępnienia mu bazy na cały okres realizacji zamówienia.

Jak dowód wskazał: SIWZ, ofertę EKOM M. sp. jawna, dokumentację fotograficzną tablic informacyjnych bazy magazynowo - transportowej w Końskich przy ul. Spacerowej, zrzut ze strony internetowej EKOM M. spółka jawna z danymi teleadresowymi wykonawcy.

W dalszej części uzasadnienia zostało wskazane, że Remondis sp. z o.o. informował Zamawiającego w toku badania ofert, że zgodnie z informacjami znajdującymi się na stronie spółki EKOM: [www.ekom.org.pl](http://www.ekom.org.pl), wykonawca dysponuje bazami Nowinach przy ul. oraz w Jędrzejowie przy ul. Baza w miejscowości Końskie przy ul. nie należy do wykonawcy EKOM M. spółka jawna.

Jak dowód wskazał: korespondencję prowadzoną przez Remondis sp. z o.o. z Zamawiającym, w której Remondis sp. z o.o. informował Zamawiającego, że baza magazynowo - transportowa w Końskich nie należy do EKOM M. spółka jawna.

W ocenie Odwołującego Zamawiający zaniechał w tym zakresie rzetelnego przeprowadzenia postępowania wyjaśniającego:

- zaniechał wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna do złożenia wyjaśnień dotyczących bazy magazynowo - transportowej wskazanej przez Wykonawcę w formularzu ofertowym: w miejscowości Końskie, pomimo iż Zamawiający dysponował informacjami o tym, że baza ta nie należy do EKOM M. spółka jawna;
- zaniechał wezwania wykonawcy EKOM M. spółka jawna do złożenia dokumentu potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował bazą magazynowo - transportową położoną w miejscowości Końskie przez cały okres realizacji zamówienia, w szczególności pisemnego zobowiązania podmiotu trzeciego do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia.

W efekcie powyższego, zdaniem Odwołującego, postępowanie o udzielenie zamówienia obarczone jest wadą. Zamawiający nie wyjaśnił bowiem, czy składając ofertę w niniejszym postępowaniu wykonawca EKOM M. sp. jawna dysponował wymaganym przez Zamawiającego potencjałem technicznym w postaci bazy magazynowo transportowej spełniającej wymogi powołanego wyżej rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. oraz czy składając oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu oraz wskazując adres bazy podał informacje prawdziwe.

W zakresie zarzutu niezgodnego z Pzp zaniechania odrzucenia oferty EKOM M. spółka jawna pomimo jej niezgodności z ustawą (zarzut nr 4) Odwołujący podniósł, iż zgodne z art. 91 ust 3a zd. 2 Pzp „Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego (...)”.

Następnie Odwołujący wskazał, że wykonawca EKOM M. sp. jawna nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art 91 ust. 3a zd. 2 Pzp, tj. nie poinformował zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego (tj. o podleganiu bądź niepodleganiu procedurze „odwróconego VAT”).

Zdaniem Odwołującego do złożenia oświadczenia czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego Obowiązku podatkowego (wskazanie zamawiającemu, że



powstaje bądź że nie powstaje obowiązek podatkowy] wykonawcy zobligowani są na mocy ustawy Pzp (art 91 ust. 3a zd. 2 Pzp]. Nie ma przy tym znaczenia, że Zamawiający nie zażądał w SIWZ złożenia takiego oświadczenia.

W ocenie Odwołującego skoro przepis art 9 ust. 3a zd. 2 Pzp nakłada na wykonawców obowiązek oświadczenia czy w razie wyboru oferty wykonawcy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy, niezłożenie takiego oświadczenia powinno być traktowane jako niezgodność oferty z ustawą, a oferta winna zostać odrzucona na podstawie art 89 ust 1 pkt 1 Pzp.

Oświadczenie składane na podstawie art 91 ust 3a zd. 2 Pzp jest elementem treści oferty. Jego brak nie może prowadzić do wezwania wykonawcy do wyjaśnień (brak substrata, przedmiotu wyjaśnień]. Nie ma także podstaw do poprawienia oferty w tym zakresie jako że po pierwsze prowadziłoby to do uzupełnienia treści oferty, a po drugie nie jest to niezgodność z SIWZ a niezgodność z ustawą. Przepis art 87 Pzp nie uprawnia do poprawiania niezgodności oferty z ustawą Pzp.

Zgodnie z art. 17 ust 1 pkt 4 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i Usług (tj. Dz. U. z 2016 r., poz. 710, dalej jako: ustawa VAT] podatnikiem podatku VAT są także podmioty „nabywające usługi, jeżeli łącznie spełnione są następujące warunki:

a] usługodawcą jest podatnik nieposiadający siedziby działalności gospodarczej oraz stałego miejsca prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju, a w przypadku usług, do których stosuje się art 28e, podatnik ten nie jest zarejestrowany zgodnie z art 96 ust 4,

b) usługobiorcą jest:

- w przypadku usług, do których stosuje się art. 28b - podatnik, o którym mowa w art 15, lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art 15, zarejestrowana lub obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art. 97 ust. 4,

- w pozostałych przypadkach - podatnik, o którym mowa w art. 15, posiadający siedzibę działalności gospodarczej lub stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju lub osoba prawna niebędąca podatnikiem, o którym mowa w art. 15, posiadająca siedzibę na terytorium kraju i zarejestrowana lub obowiązana do zarejestrowania zgodnie z art 97 ust 4”.

Zgodnie z art. 17 ust. 1a ustawy VAT „przepisy ust 1 pkt 4 i 5 oraz ust 2 stosuje się również, w przypadku gdy usługodawca lub dokonujący dostawy towarów posiada stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju, przy czym to stałe miejsce prowadzenia działalności gospodarczej lub inne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej usługodawcy lub dokonującego dostawy towarów, jeżeli usługodawca lub

dokonujący dostawy towarów posiada takie inne miejsce prowadzenia działalności gospodarczej na terytorium kraju, nie uczestniczy w tych transakcjach".

Mając na uwadze przepisy ustawy VAT (m.in. wskazane wyżej) znowelizowane z dniem 1 lipca 2015 r. Odwołujący wskazał, że w przypadku usług, w tym objętych przedmiotem niniejszego zamówienia, złożenie przez wykonawców oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp jest niezbędne dla ustalenia czy wykonawca prawidłowo obliczył cenę oraz czy w razie wyboru danej oferty jako najkorzystniejszej po stronie zamawiającego powstaną obowiązki podatkowe.

W ocenie Odwołującego Zamawiający winien oczekiwać dopełnienia przez Wykonawcę obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp i złożenia wymaganego tam oświadczenia (o podleganiu bądź niepodleganiu procedurze „odwróconego VAT”) oraz rzetelnie przeprowadzić w tym zakresie procedurę wyjaśniającą mając na względzie, że - w przypadku usług - przerzucenie obowiązku podatkowego na nabywcę ustawa VAT uzależnia w znacznej mierze od indywidualnych uwarunkowań danego usługodawcy - wykonawcy (m.in. art. 17 ust. 1 pkt 4 i art. 17 ust. 1a ustawy VAT).

Odwołujący wskazał, że w wyroku KIO 2555/15 wskazano, że niezłożenie oświadczenia zgodnie z dyspozycją przepisu art 91 ust. 3a Pzp jest działaniem niezgodnym z ustawą:

*„Odwołujący tym samym nie wypełnił obowiązku informacyjnego, określonego w art. 91 ust 3a Pzp, W postaci złożenia wymaganego wraz z ofertą oświadczenia na okoliczność, czy wybór oferty prowadzić będzie do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego w zakresie rozliczenia podatku od towarów i usług, zgodnie z ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych, (Dz. U. z 2015 poz. 605).*

*W art. 2, ww. ustawa wprowadziła do ustawy Pzp przepis art 91 ust 3a w nowym brzmieniu, który w zdaniu drugim nakłada na wykonawcę obowiązek poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. jak wynika z treści oferty Odwołującego, w żadnym miejscu oferty nie została zawarta jakakolwiek informacja w zakresie obowiązku podatkowego dotyczącego mechanizmu odwróconego VAT, o której mowa w art 91 ust 3a Pzp. Nie powstały zatem żadne wątpliwości co do treści oferty w omawianym zakresie. Jednoznaczny jest fakt, że Odwołujący wymaganej informacji nie złożył. W tej sytuacji Zamawiający nie miał obowiązku ani uprawnienia, aby samodzielnie ustalić, jaka kwota VAT z podanej przez Odwołującego w*

*ofercie ceny oraz w odniesieniu do jakich urzędzeń, podlega rozliczeniu przez Zamawiającego, co podnosił w odwołaniu Odwołujący. Zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia za wykonawcę brakującego oświadczenia i wypełnienia za wykonawcę szczegółowej tabeli, w zakresie nazw towarów, cen jednostkowych itp. których dostawa będzie prowadzić do powstania u Zamawiającego obowiązku podatkowego. Oświadczenia w powyższym zakresie jest zobowiązany złożyć wykonawca, uwzględniając wymagania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.*

*Izba nie podzieliła w żadnym stopniu twierdzeń Odwołującego, iż brak podania przez wykonawcę w ofercie informacji w zakresie powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, gdy obowiązek taki faktycznie istnieje, to fakt ten przesądza o treści oferty. Izba stoi na stanowisku, że brak złożenia oświadczenia (informacji) nie stanowi żadnego oświadczenia, a zatem nie stanowi także w danym zakresie treści oferty.*

*W świetle zatem jednoznacznej treści oferty złożonej przez Odwołującego, nie wystąpiły wątpliwości, które zobowiązywałyby Zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust 1 Pzp.*

*Podkreślić należy, że zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego wywodzenia z treści oferty hipotetycznych informacji, które nie zostały w żaden sposób wyrażone przez wykonawcę w ofercie. Przeciwnie działanie zamawiającego stanowiłoby poważne naruszenie obowiązku zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.*

*Powyższy brak wymaganej informacji w ofercie Odwołującego nie podlega poprawie w trybie art 87 ust 2 pkt 1 Pzp, jako oczywista omyłka pisarska. Nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego, że „w formularzu oferty zostało pozostawione miejsce na złożenie właściwego oświadczenia (przez skreślenie nieprawidłowej opcji), a z pozostałej części oferty jasno wynika, jak powinna zostać uzupełniona ta informacja”, gdyż w złożonym formularzu oferty nie ma w ogóle wzmianki o oświadczeniu, wymaganym zgodnie z art 91 ust 3a Pzp ani niewypełnionego miejsca w tym zakresie, a w formularzu kalkulacji kosztów, Odwołujący we wszystkich pozycjach doliczył podatek VAT, mimo jednoznacznego wymagania zawartego w opisie tego formularza. Oferta zawiera zatem istotny błąd, którego poprawienie wymagałoby uzupełnienia przez Odwołującego wymaganych oświadczeń, których brak w ofercie jest oczywisty. Braki powyższe nie mogą być „sprostowane” w trybie art 87 ust. 2 pkt 1 Pzp, wobec złożonego charakteru i znacznego zakresu brakujących informacji, których nie mógł Zamawiający samodzielnie wywieść z treści złożonej oferty.*

*Niezasadny jest także zarzut naruszenia art 87 ust 2 pkt 3 Pzp, poprzez zaniechanie poprawienia w treści oferty omyłki polegającej na niezgodności oferty z treścią SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty. Przepis ten ma zastosowanie wyłącznie do omyłek polegających na niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, natomiast w niniejszej*

*sprawie mamy do czynienia z brakiem złożenia wraz z ofertą informacji w zakresie powstania obowiązku podatkowego po stronie Zamawiającego, wymaganej przepisem ustawy, tj. art 91 ust 3a Pzp. Jest to niezgodność z ustawą, a nie tylko niezgodność z warunkami SIWZ. Przepis art 87 ust 2 pkt 3 Pzp, stosownie do jego literalnego brzmienia, nie ma zastosowania do błędów czy też omyłek, polegających na niezgodności oferty z przepisami ustawy Pzp".*

Odwołujący następnie przywołał wyrok KIO z 19 marca 2015 r. sygn. KIO 1200/15, gdzie:

*„Izba zważyła, że uregulowanie zawarte w art 91 ust 3a P.z.p. służy zapewnieniu przez zamawiającego przy ocenie ofert uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, niezależnie od sposobu rozliczenia należnego podatku od towarów i usług, czyli niezależnie od tego, kto jest podmiotem zobowiązany do odprowadzenia tego podatku - wykonawca (co jest zasadą) czy zamawiający. Pomimo literalnego brzmienia przepisu, którego hipoteza odnosi się tylko do wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, jego dyspozycja powinna również znaleźć zastosowanie również w odniesieniu do importu usług, gdyż również w tym przypadku może dojść do złożenia oferty, której wybór prowadziłby do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego.*

*Jak wskazuje się w doktrynie artykuł 17 ustawy o podatku od towarów i usług określa podatników w przypadku importu towarów, usług oraz wewnątrzspółnotowego nabycia towarów, a także przypadków krajowego samonaliczenia podatku przez odbiorców niektórych towarów lub usług. Wspólnym mianownikiem jest faktyczne zastosowanie tzw. mechanizmu samoobliczenia podatku, nazywanego również mechanizmem odwróconego poboru (ang. reverse charge mechanism). O ile bowiem w przypadku podatku od towarów i usług zasadą jest, że prawny ciężar zobowiązania podatkowego ciąży na podmiocie, który dostarcza towary bądź świadczy usługi, o tyle w tych przypadkach ciężar rozliczenia podatku został przeniesiony na nabywców towarów lub usług. W tego rodzaju transakcjach, które z samej swej konstrukcji mają charakter transgraniczny, wprowadzono mechanizm rozliczania podatku przez nabywcę towaru lub usługi. W tym celu - aby mógł odprowadzić do urzędu skarbowego wcześniej zadeklarowany podatek - nadano mu status podatnika. Podmiot ten pozostaje przede wszystkim osobą zobowiązaną do zapłaty podatku, natomiast z samego tylko faktu dokonania czynności, z tytułu których polska ustawa nazywa go podatnikiem, nie przysługują mu uprawnienia podatnika (prawo do odliczania podatku)".*

Na zakończenie Odwołujący podniósł w zakresie uzasadnienia zarzutu niezgodnego z Pzp wyboru oferty EKOM M. spółka jawna jako najkorzystniejszej dla sektora II zamówienia (zarzut nr 5), że Zamawiający dokonał wyboru dla sektora II zamówienia jako najkorzystniejszej oferty EKOM M. spółka jawna, podczas gdy wykonawca EKOM M. spółka jawna nie wykazał w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia warunków udziału

w postępowaniu w zakresie posiadania bazy magazynowo - transportowej, podał informacje nieprawdziwe mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania oraz złożył ofertę niezgodną z ustawą.

Izba ustaliła, iż przedmiotem odwołania jest czynność polegająca na wyborze oferty najkorzystniejszej, zaniechaniu wykluczenia Przystępującego z postępowania i zaniechaniu odrzucenia złożonej przez niego oferty w zakresie części II (II sektor).

**Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego, po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, ofertą złożoną w postępowaniu przez Przystępującego oraz korespondencją prowadzoną w toku postępowania pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia, jak również po zapoznaniu się z odwołaniem, po wysłuchaniu oświadczeń, jak też stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że Odwołującemu przysługiwało prawo do skorzystania ze środka ochrony prawnej, gdyż wypełniono materialnoprawną przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp kwalifikowaną możliwością poniesienia szkody przez Odwołującego będącej konsekwencją zaskarżonej w odwołaniu czynności. Wnoszący odwołanie złożył w przedmiotowym postępowaniu ofertę w ramach sektora nr II, która została sklasyfikowana na drugim miejscu. W przypadku zaś uwzględnienia odwołania zmierzającego do wyeliminowania z postępowania wykonawcy, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie w ramach sektora II ma on szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii

potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej w postępowaniu przez Przystępującego, jak również korespondencji prowadzonej pomiędzy Zamawiającym a wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie Zamówienia publicznego.

Izba dopuściła również dowody zgłoszone przez Odwołującego w postaci fotografii obejmujących teren wjazdowy do bazy magazynowo – transportowej, dowód z dokumentu w postaci umowy dzierżawy z dnia 05.06.2015 r. oraz dowodu z pism z dnia 9 i 29 czerwca 2016 r., które znajdują się w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Izba przeprowadziła i oceniła również przeprowadzone w toku rozprawy dowody z dokumentów przedłożone przez Przystępującego, jak również dowód z okazania w telefonie GSM fotografii ogrodzenia bazy znajdującej się w miejscowości Końskie.

W zakresie wniosku złożonego przez Przystępującego o oddalenie dowodów z dokumentów zgłoszonych przez Odwołującego, Izba wskazuje, iż poza oceną formalną pozostaje dopuszczalność takich dowodów ze względu na niewłaściwe sformułowanie, jak wskazał Przystępujący, zarzutów, gdyż ich ewentualne niedopuszczenie jest reglamentowane stosownymi przepisami ustawy Pzp i ogólnymi zasadami postępowania cywilnego. Niedopuszczenie dowodu ma miejsce wówczas, gdy fakty będące ich przedmiotem zostały już stwierdzone innymi dowodami lub gdy zostały powołane jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 ustawy Pzp), jak również wówczas gdy możliwość niedopuszczenia dowodu wynika z ogólnych zasad postępowania cywilnego, tj. dowód jest niemożliwy do przeprowadzenia, jego przeprowadzenie spowodowałoby czyn zagrożony karą, dowód jest nielegalny lub zdobyty w taki sposób lub nie zmierza do wykazania faktów zawartych w sformułowanej tezie dowodowej. W tym ostatnim przypadku powyższe rozciąga się na brak możliwości sformułowania tezy dowodowej lub sformułowanie jej w sposób nieadekwatny do wykazywanych faktów lub też powodujący, iż zgłoszony wniosek dowodowy nie zmierza do wykazania okoliczności mogących potwierdzić istotne z punktu widzenia rozstrzygnięcia okoliczności, a więc w przypadku gdy przeprowadzenie dowodu jest irrelewantne dla rozstrzygnięcia sporu. Jednakże w tych ostatnich przypadkach nieprzeprowadzenie dowodu, i w konsekwencji oddalenie wniosku dowodowego powinno być ostatecznością. W ocenie Izby z daleką dozą ostrożnością należy bowiem podchodzić do odmowy przeprowadzenia dowodu, gdyż odmowa jego przyjęcia i przeprowadzenia stanowi swego rodzaju prejudykat (przesąd) wskazujący, już na etapie rozpoznania, jakie fakty organ orzekający uznał za udowodnione lub jakie fakty uznaje za nieistotne dla rozstrzygnięcia danej sprawy. W takim wypadku za zdecydowanie bardziej właściwe postępowanie należy uznać pominięcie (przyjętych i przeprowadzonych dowodów) lub ich adekwatną ocenę w ramach merytorycznego rozstrzygnięcia. Tym samym Izba nie uwzględniła w tym zakresie wniosków

Przystępującego o niedopuszczenie dowodów, gdyż zarzut ten został oparty na argumentacji zmierzającej *de facto* do odparcia zarzutów Odwołującego, a więc nie odnosił się do kwestii formalnych lecz merytorycznych, tj. oceny zasadności samych zarzutów i oceny wiarygodności i mocy dowodowej, o której to ocenie mowa jest w art. 190 ust. 7 ustawy Pzp.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba ustaliła, iż postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, iż Zamawiający w treści SIWZ w zakresie warunków udziału w postępowaniu zawarła następujące wymagania:

### **7. WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU I SPOSÓB DOKONYWANIA OCENY ICH SPEŁNIANIA**

7.1 O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki, o których mowa w art. 22 ust 1 ustawy Pzp i którzy wykażą ich spełnianie na poziomie wymaganym przez Zamawiającego zgodnie z opisem zamieszczonym w pkt. 7.2. IDW oraz niepodlegający wykluczeniu z powodu niespełniania warunków o których mowa w art. 24 ust 1 ustawy Pzp.

7.2. O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania:

Opis sposobu dokonywania oceny spełniania tego warunku

Wykonawca musi przedstawić dokument potwierdzające, że:

- jest wpisany do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, o którym mowa w art. 9b ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach;

- jest wpisany do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, prowadzonego przez Głównego Inspektora Ochrony Środowiska (wymaganym zgodnie z art. 7 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o zużytym sprzęcie elektrycznym i elektronicznym);
- posiada zezwolenie na transport odpadów.

W celu potwierdzenia spełniania powyższego warunku Wykonawca do oferty musi załączyć:

- Aktualne potwierdzenie lub zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, prowadzonego przez Wójta, Burmistrza lub Prezydenta Miasta właściwego ze względu na miejsce odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości;
- Aktualne potwierdzenie o wpisie do rejestru zbierających zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny;
- Zezwolenie na transport odpadów.

Ocena spełnienia wymaganych warunków odbywa się, zgodnie z regułą: spełnia albo nie spełnia, na podstawie dokumentów załączonych do oferty, przez Wykonawcę, zgodnych z siwz. Niespełnienie, chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

2) posiadania wiedzy i doświadczenia:

Wykonawca musi przedstawić wykaz wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych głównych dostaw lub usług, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane oraz załączeniem dowodów, czy zostały wykonane lub są wykonywane należycie.

Wykonawca musi wykazać się realizacją minimum 1 (jednej) usługi polegającej na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, których łączna wartość nie może być mniejsza niż:

- dla sektora I – 2.000.000,00 zł
- dla sektora II – 1.500.000,00 zł
- dla sektora III – 1.500.000,00 zł

W przypadku gdy Wykonawca składa ofertę na więcej niż jeden Sektor wykaz zawarty w Formularzu 3.5. musi potwierdzać realizację usług na wartość usług określoną powyżej dla każdego z sektorów osobno.



Należy wykorzystać Formularz 3.5 do siwz. Ocena spełnienia wymaganych warunków odbywa się, zgodnie z regułą: spełnia albo nie spełnia, na podstawie dokumentów załączonych do oferty, przez Wykonawcę, zgodnych z niniejszą siwz. Niespełnienie, chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

W dalszej części została zawarta uwaga, iż Wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (wzór ZOBOWIĄZANIA DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW stanowi załącznik do SIWZ).

3) dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym:

Wykonawca musi przedstawić wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu i urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy usług w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.

Wykonawca musi mieć dostępne w celu realizacji zamówienia następujące narzędzia i urządzenia techniczne:

dla SEKTORA I minimum:

w tym dla obszaru Starego Miasta :

- Śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg do opróżniania pojemników - 1 szt.;
- Samochód o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg przystosowany do odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych - 2 szt.;

w tym dla pozostałego obszaru strefy I:

- Śmieciarka do odbioru pojemników - 1 szt.;
- Śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg do opróżniania pojemników - 1 szt.;
- Pojazd specjalny z HDS przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w pojemnikach - 1 szt.;
- Pojazd z zabudową typu bramowiec - 1 szt.;
- Pojazd do odbioru pojemników na odpady selektywnie gromadzone - 1 szt.;
- Samochód przystosowany do odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych w workach i pojemnikach, wielkogabarytowych, sprzętu elektrycznego i elektronicznego - 1 szt.;

- Legalizowana najazdowa waga samochodowa na terenie bazy magazynowo - transportowej
- 1 szt. \*

\* - Legalizowana najazdowa waga samochodowa wymagana jest tylko w przypadku, gdy na terenie bazy magazynowo - transportowej magazynowane są odpady.

dla SEKTORA II minimum:

- Śmieciarka do odbioru pojemników - 1 szt.;
- Śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg do opróżniania pojemników - 1 szt.;
- Pojazd specjalny z HDS przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w pojemnikach - 1 szt.;
- Pojazd z zabudową typu bramowiec - 1 szt.;
- Pojazd do odbioru pojemników na odpady selektywnie gromadzone - 1 szt.;
- Samochód przystosowany do odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych w workach i pojemnikach, wielkogabarytowych, sprzętu elektrycznego i elektronicznego - 1 szt.;
- Legalizowana najazdowa waga samochodowa na terenie bazy magazynowo - transportowej
- 1 szt. \*

\* - Legalizowana najazdowa waga samochodowa wymagana jest tylko w przypadku, gdy na terenie bazy magazynowo - transportowej magazynowane są odpady.

dla SEKTORA III minimum:

- Śmieciarka do odbioru pojemników - 1 szt.;
- Śmieciarka o dopuszczalnej masie całkowitej do 3,5 Mg do opróżniania pojemników - 1 szt.;
- Pojazd specjalny z HDS przystosowany do odbioru selektywnie zbieranych odpadów w pojemnikach - 1 szt.;
- Pojazd z zabudową typu bramowiec - 1 szt.;
- Pojazd do odbioru pojemników na odpady selektywnie gromadzone - 1 szt.;
- Samochód przystosowany do odbioru odpadów komunalnych selektywnie zbieranych w workach i pojemnikach, wielkogabarytowych, sprzętu elektrycznego i elektronicznego - 1 szt.;
- Legalizowana najazdowa waga samochodowa na terenie bazy magazynowo - transportowej
- 1 szt. \*

\* - Legalizowana najazdowa waga samochodowa wymagana jest tylko w przypadku, gdy na terenie bazy magazynowo - transportowej magazynowane są odpady.

W dalszej części Zamawiający zawarł uwagę, że wymaga aby pojazdy były trwale i czytelnie oznakowane, w widocznym miejscu, nazwą firmy oraz danymi adresowymi i numerem telefonu podmiotu odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, a nadto

aby konstrukcja pojazdów zabezpieczała przed rozwiewaniem i rozpylaniem przewożonych odpadów oraz minimalizowała oddziaływanie czynników atmosferycznych na odpady.

Zamawiający wymaga, aby pojazdy były wyposażone w system: monitoringu bazującego na systemie pozycjonowania satelitarnego, umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie danych o położeniu pojazdu i miejscach postojów oraz czujników zapisujących dane o miejscach wyładunku odpadów, a także umożliwiający weryfikację tych danych. Pojazdy mają być nadto wyposażone w narzędzia lub urządzenia umożliwiające sprzątanie terenu po opróżnieniu pojemników lub odebraniu worków.

W przypadku składania przez Wykonawcę oferty na więcej niż jedną część (sektor) Wykonawca musi potwierdzić posiadanie odpowiedniej ilości sprzętu dla każdego z sektorów osobno. **Niezależnie od tego na ile sektorów Wykonawca składa ofertę wymagane jest dysponowanie co najmniej jedną bazą magazynowo – transportową usytuowaną w Piotrkowie Trybunalskim lub w odległości nie większej niż 60 km od granic miasta.**

Należy wykorzystać Formularz 3.6. do siwz.

Ocena spełnienia wymaganych warunków odbywa się, zgodnie z regułą: spełnia albo nie spełnia, na podstawie dokumentów załączonych do oferty, przez Wykonawcę, zgodnych z niniejszą siwz. Niespełnienie, chociażby jednego warunku skutkować będzie wykluczeniem Wykonawcy z postępowania.

Następnie w ramach kolejnej uwagi Zamawiający podniósł, że Wykonawca może polegać na potencjale technicznym innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić Zamawiającemu, iż będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby wykonania zamówienia (wzór ZOBOWIĄZANIA DO UDOSTĘPNIENIA ZASOBÓW stanowi załącznik do SIWZ).

Izba ustaliła, iż w ramach przedmiotowego postępowania Przystępujący, jak również Odwołujący złożyli w ramach sektora II oferty. Izba ustaliła, w kontekście podniesionych przez Odwołującego zarzutów, że Przystępujący w złożonej ofercie na str. 3 w zakresie wymogu odnoszącego się do bazy magazynowo – transportowej wskazał w pkt 18 formularza ofertowego „Zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty jako

najkorzystniejszej do: dysponowania bazą magazynowo – transportową odpadów, która mieścić się będzie: Końskie.

Następnie Izba ustaliła, że Przystępujący na str. 6 złożonej oferty zamieścił oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożone na wzorze formularza 3.2. Na str. 7 - 9 oferty Przystępującego znajduje się ponadto „Potwierdzenie dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości” z dnia 4 maja 2016 r. dla wykonawcy EKOM Spółka jawna (znak IGK.7346.4.2016) wydane przez Prezydenta Miasta Piotrkowa Trybunalskiego.

Izba ustaliła również, iż Przystępujący na str. 45 złożonej oferty zawarł na formularzu 3.6 oświadczenie, że na terenie bazy magazynowo – transportowej nie będą magazynowane odpady komunalne.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 91 ust. 3a ustawy Pzp Izba ustaliła, że w tym zakresie Przystępujący nie zawarł w złożonej ofercie żadnej informacji, zaś sama SIWZ nie zawierał w tym zakresie takiego żądania.

Następnie Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 23.06.2016 r. w zakresie II sektora poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej wskazując, że za ofertę najkorzystniejszą została uznana oferta wykonawcy EKOM M. Spółka jawna z siedzibą w Nowinach za kwotę:

7.546.666,56 zł netto;

VAT w stawce 8% w kwocie 603.733,32 zł;

8.150.399,88 zł brutto.

Na powyższą czynność, tj. wybór oferty najkorzystniejszej w ramach sektora II Odwołujący wniósł odwołanie.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje.**

Izba, uwzględniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności powyższe ustalenia oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu, doszła do przekonania, iż sformułowane przez Odwołującego zarzuty nie znajdują oparcia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, a tym samym rozpoznawane odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Kierując się dyrektywami ujętymi w treści art. 190 ust. 7 ustawy Pzp Izba rozstrzygnięcie oparła na dowodach w postaci treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, oferty złożonej przez Przystępującego uwzględniając w ramach pierwszego z zarzutów fakt zawarcia i treści umowy dzierżawy z dnia 05.06.2015 r. (złożonej zarówno przez Odwołującego, jak i Przystępującego) oraz faktur dokumentujących zapłatę czynszu dzierżawy złożonych jako dowód z dokumentu przez Przystępującego. Izba oceniła również dowody w postaci pism z dnia 9 i 29 czerwca 2016 r. złożonych przez Odwołującego uznając, iż potwierdzają one jedynie fakt informowania w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego Zamawiającego o okolicznościach, które na późniejszym etapie ww. postępowania stanowiły przedmiot rozpoznawanego odwołania. W zakresie dwóch fotografii złożonych przez Odwołującego oraz cyfrowej fotografii okazanej przez Przystępującego Izba uznała, iż stanowią one dowody o ubocznym znaczeniu dla rozpoznawanego sporu w kontekście innych ocenionych dowodów, których wiarygodność i moc Izba oceniła wysoko, w szczególności ze względu na fakt, iż dowód z dokumentu w postaci umowy dzierżawy został złożony zarówno przez Odwołującego jak i Przystępującego.

I. W zakresie zarzutu odnoszącego się do bazy magazynowo – transportowej jednym z elementów sporu pomiędzy Zamawiającym, Przystępującym a Odwołującym była kwestia, jaki charakter posiada wymóg odnoszący się do ww. bazy. Odwołujący wskazywał, iż wymóg ten stanowi warunek udziału w postępowaniu, zaś Zamawiający i wraz z nim Przystępujący wymóg ten traktowali jako jedynie powiązany z wymogiem wpisu do rejestru działalności regulowanej, który ma jedynie charakter informacyjny i stanowi po części oświadczenie woli składane na formularzu ofertowym.

Nieżalenie od okoliczności, w którym wykonawcy mieli dokonać potwierdzenia spełnienia tego wymogu, oraz faktu, iż stanowi on jednocześnie powielenie wymagań ujętych w art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tj. wymóg posiadania przewidzianych prawem uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania o tym, czy mamy do czynienia z warunkiem udziału w postępowaniu decyduje treść ogłoszenia o zamówienia oraz treść SIWZ – a więc rola jak została nadana dla takiego wymogu przez podmiot zamawiający.

Nie sposób bowiem uznać, wbrew twierdzeniom samego Zamawiającego i Przystępującego, iż sformułowany w treści SIWZ wymóg w tym zakresie nie stanowił warunku udziału w postępowaniu. Analiza postanowień SIWZ, struktura tego dokumenty, jak również umiejscowienie postanowień (wymagań) w zakresie bazy jednoznacznie wskazują, iż nosi on charakter warunku odnoszącego się łącznie do wszystkich sektorów. Wymóg dotyczący bazy magazynowo – transportowej został bowiem umiejscowiony w strukturze

SIWZ w Rozdziale 7 zatytułowanym „Warunki udziału w postępowaniu i sposób dokonywania oceny ich spełniania” pkt 7.2., który stanowił, że: „O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:” w ppkt 3 odnoszącym się do potencjału technicznego. Tym samym jego znaczenie w ramach postępowania jest jasne i klarowne, jak również nie budzi żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Przechodząc do drugiego z elementów sporu związanego ze spełnieniem tego wymogu (warunku) wskazać należy, iż powyższe nie zmienia jednak faktu, iż Izba uznała, że Przystępujący potwierdził w złożonej ofercie spełnienie powyższego warunku. Przystępujący zgodnie z żądaniami ujętymi w treści SWIZ wypełniając formularz ofertowy w złożonej ofercie na str. 3 w zakresie wymogu odnoszącego się do bazy magazynowo – transportowej wskazał w pkt 18 formularza ofertowego „Zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej do: dysponowania bazą magazynowo – transportową odpadów, która mieścić się będzie: Końskie.

Nadto na str. 6 złożonej oferty Przystępujący zamieścił oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu złożone na wzorze formularza 3.2. Na str. 7 - 9 oferty Przystępującego znajduje się ponadto „Potwierdzenie dokonania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości” z dnia 4 maja 2016 r. dla wykonawcy EKOM Spółka jawna (znak IGK.7346.4.2016) wydane przez Prezydenta Miasta Piotrkowa Trybunalskiego.

Izba ustaliła również, iż Przystępujący na str. 45 złożonej oferty zawarł na formularzu 3.6 oświadczenie, że na terenie bazy magazynowo – transportowej nie będą magazynowane odpady komunalne.

W ocenie Izby powyższe oświadczenia w sposób jednoznaczny potwierdzają spełnienie warunku udziału w postępowaniu – a zatem zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 4 ustawy Pzp nie znajduje potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. Mając na uwadze powyższe uznać również należy, że nie potwierdziły się w konsekwencji zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp.

Wskazać należy w tym miejscu, w kontekście jednego z podniesionych przez Odwołującego zarzutów w postaci art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, iż przyjęty w krajowym systemie zamówień publicznych sposób wykazania spełnienia warunków ma charakter formalny, na co wskazuje treść art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp posługując się zwrotem „Z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu”. W ramach systemu zamówień publicznych w obecnym kształcie, w przeważającej części, wykazanie spełniania warunków opiera się bowiem na oświadczeniach własnych wykonawców – zatem

ustawodawca krajowy wyposażył podmioty zamawiające w narzędzie jakim jest art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Jedynie na marginesie należy wskazać, iż nowelizacja ustawy Pzp, która została ogłoszona w Dz. U. z dnia 13 lipca 2016 r. pod poz. 1020 implementując dyrektywy 2014/24/UE i 2014/25/UE opiera proces udzielania zamówienia publicznych wyłącznie na oświadczeniach własnych.

Przechodząc do meritum i przywołanego powyżej zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wskazać należy, iż Odwołujący jako jeden z wnioskowanych dowodów przywołał umowę dzierżawy zawartą pomiędzy Przystępującym a właścicielem terenu na którym znajduje się przedmiotowa baza magazynowo – transportowa, która to umowa, w ocenie Odwołującego, podważa prawdziwość złożonych przez Przystępującego oświadczeń.

Odnosząc się do argumentów Odwołującego związanych z treścią umowy dzierżawy z dnia 05.06.2015 r. w kontekście jej terminu obowiązywania oraz zakresu przedmiotowemu wskazać należy, iż w ramach swobody stosunków cywilnoprawnych strony mogą w dowolny sposób, z zachowaniem reguł ujętych w treści art. 353<sup>1</sup> ustawy Kodeks cywilny, modyfikować te stosunki. Analiza treści powyższej umowy dzierżawy nie stanowi podstawy do uznania, że zawarte tam postanowienia stoją na przeszkodzie realizacji złożonego przez Przystępującego w ofercie oświadczenia. Wbrew twierdzeniom Odwołującego taki zakaz nie wynika z treści § 2 ust. 3 ww. umowy, gdyż postanowienie to reguluje kwestie dostarczanie odpadów o kodzie 20 03 01 z rejonu 6 znajdującego się na terenie Województwa Świętokrzyskiego do instalacji właściciela tereny, na którym położona jest baza, zaś ewentualne ograniczenie działalności Przystępującego ujęte w treści § 4 ust. 1 ww. umowy odnosi się tylko do regionu 6 położonego na terenie Województwa Świętokrzyskiego. Przystępujący mając zawartą obecnie umowę dzierżawy dotyczącą bazy magazynowo – transportowej w wysokim stopniu wykazał, iż będzie dysponował tą bazą w całym okresie obowiązywania umowy obejmującej lata 2017 – 2020 składając w tym zakresie oświadczenie zgodnie z wymaganiami ogłoszenia o zamówieniu treści SIWZ. Wszakże w ramach potwierdzania warunków udziału w postępowaniu dochodzi do pewnej gradacji dokumentów składanych na potwierdzenie wymagań SIWZ. Zamawiający może bowiem ograniczyć się do samych oświadczeń – tak jak ma to miejsce w ramach niniejszego postępowania. Oświadczenia własne wykonawców mogą być poparte zobowiązaniami podmiotów trzecich na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp, które de facto stanowią ich oświadczenia o udostępnieniu w przyszłości zasobów celem realizacji przedmiotu zamówienia. Może być też tak, iż oświadczenia własne wykonawców zostaną poparte dowodami w postaci zawartych umów cywilnoprawnych lub dowodów własności urządzeń technicznych i innych elementów potencjału technicznego.

W ocenie Izby w odniesieniu do bazy magazynowo - transportowej nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Izba w tym

zakresie w całej rozciągłości podziela argumentację zawartą w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 23 listopada 2013 r., sygn. akt X Ga 287/13, który został przywołany przez Przystępującego w piśmie procesowym z dnia 18.07.2016 r. W ocenie Izby dysponowanie potencjałem technicznym na zasadzie umowy cywilnoprawnej (czy to umowy użyczenia, umowy agencyjnej, umowy najmu lub dzierżawy) powoduje, iż przedmiot tej umowy znajduje się we władaniu strony tej umowy i nie może stanowić przedmiotu udostępnienia na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Wszakże umowa dzierżawy, którą jako dowód wraz z fakturami za regulowany czynsz dzierżawny złożył jako dowód również Przystępujący, pozwala na korzystanie z rzeczy i pobieranie z rzeczy pożytków stanowiąc prawo zależne zbliżone w swojej treści do własności. Tym samym w toku postępowania odwoławczego zostało w sposób nie budzący wątpliwości wykazane, iż oświadczenie złożone przez Przystępującego w ofercie jest oświadczeniem zgodnym ze stanem faktycznym na dzień składania ofert – a zatem nie może stanowić podstawy do wywodzenia dysponowania wskazanym w pkt 18 formularza ofertowego potencjałem na zasadzie art. 26 ust. 2b ustawy Pzp. Taki charakter tego potencjału (tj. bazy magazynowo – transportowej) występowałby w przypadku, gdyby Przystępujący zawarł umowę przedwstępną zawarcia w przyszłości np. umowy dzierżawy, gdyby doszło do udzielenia jemu zamówienia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że nie potwierdził się żadne z zarzutów związanych z warunkiem odnoszącym się do bazy magazynowo – transportowej.

**II.** W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 91 ust. 3a ustawy Pzp Izba uznała, iż powyższy zarzut nie potwierdził się.

W pierwszej kolejności wskazać należy, iż w niniejszym stanie faktycznym pomiędzy stronami poza sporem pozostaje kwestia, iż w ramach przedmiotu niniejszego postępowania nie występuje reguła tzw. odwróconego obowiązku podatkowego w ramach podatku od towarów i usług. Również analiza treści SIWZ nie wskazuje, iż Zamawiający wymagał złożenia takiego oświadczenia, w szczególności złożenia go w przypadku, gdy nie będzie po stronie tego ostatniego występował obowiązek podatkowy.

Wskazać bowiem należy, iż obowiązkowi złożenia informacji odnoszącej się do reguły odwróconego obowiązku podatkowego podatku od towarów i usług, zgodnie z treścią art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy Pzp, nie należy traktować jako wymogu formalnego, lecz jako wymóg realny materializujący się wówczas, gdy do odwrócenia tego obowiązku dochodzi rzeczywiście ze względu na przedmiot opodatkowania. Nie jest to obowiązek, który materializuje się każdorazowo, lecz jedynie wówczas, gdy wykonawca w ramach swojej oferty konstruuje należne mu wynagrodzenie uwzględniając mechanizm tzw. odwróconego obowiązku podatkowego w ramach podatku od towarów i usług i o fakcie tym informuje nabywcę (w tym



przypadku podmiot zamawiający) aby ten ostatni miał świadomość tego obowiązku i dokonał czynności doliczenia do przedstawionej w ofercie ceny podatku VAT w wysokości zgodnej z obowiązującymi przepisami (art. 91 ust. 3a zd. 1 ustawy Pzp). Zdanie drugie powyższego przepisu stanowi wprost, iż wykonawca składając ofertę informuje zamawiającego, czy jej wybór będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego z jednoczesnym wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Wykładnia celowościowa powyższego przepisu pozwala bowiem przyjąć, iż informacja, o której tam mowa ma charakter informacji pozytywnej, tj. odnoszącej się do kilku aspektów jednocześnie i obejmujących informację na temat obowiązku podatkowego wraz ze wskazaniem tych elementów dostawy lub usługi, do których odnosi się ten obowiązek z jednoczesnym wskazaniem ich wartości bez kwoty podatku – co pozwala na przyjęcie, iż tylko w przypadku istnienia dostawy lub usługi objętej regułą tzw. odwróconego obowiązku podatkowego materializuje się konieczność złożenia informacji w tym zakresie.

Nadto, jak słusznie wskazał Przystępujący, w przypadku „przerzucenia” obowiązku podatkowego na nabywcę towarów i usług w inny sposób kształtowana jest cena, gdyż to nabywca towarów i usług jest zobowiązany, w ramach odwróconego obowiązku podatkowego, do obliczenia i odprowadzenia podatku należnego.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, iż nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy EKOM M. spółka jawna jako niezgodnej z ustawą Pzp pomimo nie poinformowania zamawiającego przez wykonawcę przy złożeniu oferty czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, pomimo takiego obowiązku wynikającego z art. 91 ust. 3a zd. 2 Pzp, jak również nie potwierdziły się zarzuty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 7 ust. 3 Pzp poprzez wybranie dla części II zamówienia (sektor II) jako najkorzystniejszej oferty EKOM M. spółka jawna.

Mając powyższe na uwadze nie potwierdziły się, jako wynikowe, również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 oraz art. 91 ustawy Pzp.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie bowiem z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych

w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień 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. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) w tym w szczególności § 5 ust. 4.

**Przewodniczący:**

.....

