

Sygn. akt: KIO 3761/21

## WYROK

z dnia 21 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący:** Katarzyna Poprawa

**Protokolant:** Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 stycznia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie** w postępowaniu prowadzonym przez **zamawiającego Gminę Bojszowy**

przy udziale wykonawcy **P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. K. Wielobranżowy Zakład Usług Komunalnych „EKO PLUS”** (ul. Topolowa 9 43-227 Góra) zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 3761/21 po stronie zamawiającego

### orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w pkt II. 3) petitum odwołania dotyczącego naruszenia art. 119 w związku z art. 116 ust. 1, art. 118 ust. 2 i 4 oraz art. 122 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 oraz dokonanie ponownej oceny ofert w tym wezwanie wykonawcy P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. K. Wielobranżowy Zakład Usług Komunalnych „EKO PLUS” (ul. Topolowa 9 43-227 Góra) do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby w zakresie wymaganego doświadczenia innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania przez wykonawcę samodzielnego spełnienia warunków udziału w postępowaniu.
2. Oddala odwołanie w pozostałym zakresie.
3. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego Gminę Bojszowy w części 1/3 i Odwołującego wykonawcę PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie w części 2/3 i :

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 19 728 zł 20 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy siedemset dwadzieścia osiem złotych dwadzieścia groszy) stanowiącą koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych), wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 1 128 zł 60 gr (słownie: tysiąc sto dwadzieścia osiem złotych 60 groszy),
- 3.2. zasądza od zamawiającego Gminy Bojszowy na rzecz o wykonawcy PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 6 576 zł 20 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset siedemdziesiąt sześć złotych dwadzieścia groszy) tytułem 1/3 wartości wpisu od odwołania, 1/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 kosztów związanych z dojazdem na rozprawę.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący .....**

### Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bojszowy prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Świadczenie usług odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Bojszowy w okresie od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.”- „Zadanie 1: odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych bezpośrednio sprzed posesji, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, w tym również podstawianie, odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w kontenerze w ramach usług dodatkowych oraz podstawianie pojemników na odpady”.

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego zgodnie z przepisami ustawy z dnia 11 września 2019 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp” lub „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 199-519375 w dniu 13 października 2021 r.

I. W dniu 27 grudnia 2021 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej zostało wniesione odwołanie przez wykonawcę PreZero Małopolska Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie Oddział w Bieruniu, zwanego dalej „Odwołującym” od czynności i zaniechań Zamawiającego, polegających na:

1) dokonaniu w dniu 17 grudnia 2021 r. wyboru oferty złożonej na realizację Zamówienia (zadania 1) przez pana P. K., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: Wielobranżowy Zakład Usług Komunalnych EKO-PLUS P. K. (zwanego dalej w skrócie jako „EKO-PLUS”), jako zgodnej z przepisami prawa oraz z treścią specyfikacji warunków zamówienia (zwanej w skrócie „SWZ”),

oraz

2) zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej na realizację Zamówienia (zadania 1) przez „EKO-PLUS”,

a także (przy czym ten zakres zaskarżenia Odwołująca wskazuje z ostrożności procesowej, tj. na wypadek nieuwzględnienia odwołania od czynności Zamawiającego wskazanej w pkt 2 powyżej):

3) zaniechaniu wezwania „EKO-PLUS” do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentu potwierdzającego posiadanie wymaganego w pkt VII ust. 2 ppkt 3 SWZ ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia – aktualnej na dzień składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. na dzień 16 listopada 2021 r.,

4) zaniechaniu stwierdzenia przez Zamawiającego, iż zasoby udostępniane „EKO-PLUS” przez Ekorec sp. z o.o. w formie „świadczenia usług nadzoru i doradztwa” nie pozwalają na wykazanie przez „EKO-PLUS” spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wynikającego z pkt VII ust. 3 ppkt 4 lit. a SWZ, a wskutek tego zaniechaniu wezwania „EKO-PLUS” do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby (Ekorec Sp. z o.o.) innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że „EKO-PLUS” samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie warunku dotyczącego doświadczenia.

II. W związku z dokonaniem przez Zamawiającego wskazanych powyżej czynności oraz zaniechań, Odwołująca zarzuca Zamawiającemu:

1) naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty „EKO-PLUS” zawierającej błąd w obliczeniu ceny ofertowej, polegający na zastosowaniu przez „EKO-PLUS” nieprawidłowej stawki podatku VAT dla świadczenia polegającego na dostawie pojemników na odpady (o pojemności 120 l, 240 l oraz 1100 l) w wysokości 8%, podczas gdy świadczenie to objęte jest stawką podstawową w wysokości 23% VAT, w wyniku czego łączna cena brutto oferty „EKO-PLUS” została zaniżona, gdyż prawidłowo obliczona cena brutto tej oferty, uwzględniająca stawki netto określone przez „EKO-PLUS” w tabeli 2 załącznika nr 1 do formularza ofertowego, powinna wynosić nie 2.096.976,60 zł (jak wskazano w formularzu oferty „EKO-PLUS”), lecz 2.100.464,10 zł;

względnie (przy czym jest to zarzut zgłoszony z daleko posuniętej ostrożności procesowej – na wypadek nieuwzględnienia zarzutu z pkt 1):

2) naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z pkt VII ust. 2 ppkt 3 SWZ, poprzez zaniechanie weryfikacji spełnienia przez „EKO-PLUS” warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania aktualnego także na dzień składania ofert ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w sytuacji, w której przedstawiona przez „EKO-PLUS” polisa ubezpieczenia OC została zawarta w dniu 17 listopada 2021 r. oraz obejmowała okres od dnia 20 listopada 2021 r., natomiast termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia upływał z dniem 16 listopada 2021 r., a wskutek

tego zaniechanie wezwania „EKO-PLUS” przez Zamawiającego do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej aktualnego także na dzień składania ofert, tj. na dzień 16 listopada 2021 r.;

- 3) naruszenie art. 119 w związku z art. 116 ust. 1, art. 118 ust. 2 i 4 oraz art. 122 Pzp, poprzez:
- (i) zaniechanie stwierdzenia przez Zamawiającego, iż zasoby udostępniane „EKO-PLUS” przez Ekorec sp. z o.o. w formie „świadczania usług nadzoru i doradztwa” nie pozwalają na wykazanie przez „EKO-PLUS” spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wynikającego z pkt VII ust. 3 ppkt 4 lit. a SWZ, gdyż podmiot udostępniający takie zasoby powinien wykonywać usługi, do realizacji których takie doświadczenie jest wymagane przez Zamawiającego, a nie jedynie doradzać lub nadzorować ich wykonywanie, a więc powinien być wskazany w ofercie „EKO-PLUS” jako jego podwykonawca (podczas gdy „EKO-PLUS” w swojej ofercie nie przewidział podwykonawstwa), a wskutek tego naruszenia: (ii) zaniechanie przez Zamawiającego wezwania „EKO-PLUS” do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że „EKO-PLUS” samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

III. W świetle powyższych zarzutów, działając na podstawie art. 554 ust. 1 pkt 1 oraz ust. 3 pkt 1 lit. a i b Pzp Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu, którym jest Gmina Bojszowy:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez „EKO-PLUS” na realizację Zamówienia (w zakresie zadania 1);
- 2) odrzucenia oferty „EKO-PLUS” złożonej na realizację Zamówienia (w zakresie zadania 1);
- 3) podjęcia dalszych czynności w postępowaniu, tj. podjęcia decyzji w przedmiocie zwiększenia kwoty przeznaczonej pierwotnie na sfinansowanie Zamówienia (w zakresie zadania 1) do ceny ofertowej złożonej przez Odwołującą, skutkiem której będzie albo (i) wybór oferty Odwołującej albo (ii) unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 3 Pzp;

względnie (w przypadku nieuwzględnienia wniosku nr 2 i 3 powyżej):

- 4) wezwania „EKO-PLUS” do uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego, poprzez przedłożenie dowodu potwierdzającego posiadanie aktualnego na dzień składania ofert ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności, związanej z przedmiotem zamówienia;

- 5) wezwania „EKO-PLUS” do zastąpienia podmiotu udostępniającego z zasoby w zakresie doświadczenia innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że „EKO-PLUS” samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- IV. Odwołujący wskazał, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w przypadku prawidłowego przeprowadzenia przez Zamawiającego czynności oceny złożonych ofert, a w jego następstwie – odrzucenia oferty „EKO- PLUS” na realizację Zamówienia, to oferta Odwołującej, jako najkorzystniejsza, ma szansę zostać wybrana przez Zamawiającego.
- V. W uzasadnieniu zarzutów, Odwołujący przedstawił następujący stan faktyczny:

#### BŁĄD W OBLICZENIU CENY W OFERCIE „EKO-PLUS”.

Na wstępie należy skonstatować, iż w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości UE [m.in. wyroki w sprawach: C-349/96 Card Protection Plan Ltd (CPP) v. Commissioners of Customs and Excise; C-276/09 Everything Everywhere Ltd; C-572/07 RLRE Tellmer Property sro] ukształtowany został pogląd, że każde świadczenie obejmujące z ekonomicznego punktu widzenia jedną usługę nie powinno być sztucznie dzielone, bo mogłoby to prowadzić do nieprawidłowości w funkcjonowaniu systemu podatku VAT. W związku z powyższym dla celów VAT Trybunał Sprawiedliwości nakazywał ustalać, czy świadczenie usług złożonych, tj. obejmujących kilka części składowych, jest świadczeniem kompleksowym, co z kolei ma miejsce wówczas, gdy świadczenia pomocnicze umożliwiają skorzystanie ze świadczenia podstawowego, a więc są niezbędne dla możliwości skorzystania ze świadczenia podstawowego. Jeżeli jednak świadczenia te można rozdzielić, tak, że nie zmieni to ich charakteru ani wartości z punktu widzenia nabywcy - wówczas świadczenia takie powinny być traktowane jako dwa (lub więcej) niezależnie opodatkowane świadczenia. Powyższe dyrektywy wykładni prawnej na gruncie podatku VAT powszechnie stosowane są także w orzecznictwie polskich sądów powszechnych i administracyjnych, w tym także w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie [m.in. wyrok z 05.07.2006 r. o sygn. I FSK 945/05, publ. CBOSA].

W postępowaniu o udzielenie Zamówienia, w zakresie objętym Zadaniem 1, przedmiotem zamówienia publicznego są dwojakiemu rodzaju świadczenia:

- 1) „odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych bezpośrednio sprzed posesji, na których zamieszkują mieszkańcy, w tym również podstawianie, odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w kontenerze w ramach usług dodatkowych” - do których odnosi się TABELA 1 załącznika nr 1 do Formularza ofertowego,

oraz

2) gotowość do sprzedaży Zamawiającemu pojemników na odpady, służących do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) komunalnych oraz służących do gromadzenia popiołu z gospodarstw domowych przez „zgłaszających się do systemu gospodarki odpadami lub dokonujących zmian deklaracji (...)” [tak: pkt I ppkt 2.4. „Opisu przedmiotu zamówienia”, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ] - do których odnosi się TABELA 2 załącznika nr 1 do Formularza ofertowego.

W ocenie Odwołującej świadczenia wymienione w obydwu ww. punktach na gruncie podatku VAT nie wykazują powiązań na tyle ścisłych, aby można je było uznać za świadczenia kompleksowe, a tym samym, aby wskazana w punkcie drugim dostawa pojemników na odpady mogła być opodatkowana 8% stawką podatku VAT, właściwą dla usług odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, zgodnie z art. 41 ust. 2 i art. 146aa ust. 1 pkt 2 w związku z poz. 157 i 180 załącznika nr 3 do ustawy o VAT, zamiast podstawowej stawki 23%.

Ocena ta wynika przede wszystkim z faktu, iż dostawa pojemników w ramach Zamówienia (zadania 1) ma charakter świadczenia ewentualnego (hipotetycznego), gdyż jego realizacja jest uzależniona od zdarzeń przyszłych i niepewnych, tj. zaistnienia nowych zgłoszeń do gminnego systemu gospodarki odpadami lub zmiany deklaracji (implikującej zmiany liczby zapewnianych przez gminę pojemników), o których to hipotetycznych sytuacjach mowa jest w pkt I ppkt 2.4. „Opisu przedmiotu zamówienia”, stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. Hipotetyczność tego świadczenia wyraża także pkt II ppkt 1.5 „Opisu przedmiotu zamówienia”, wedle którego „Dostawa (przeniesienie własności) na rzecz Zamawiającego pojemników do zbierania odpadów komunalnych zgromadzonych na nieruchomościach zamieszkałych i niezamieszkałych (odnośnie wymiany pojemników uszkodzonych oraz podstawianych do nowych nieruchomości) oraz ich wydanie na rzecz Zamawiającego, nastąpi na podstawie protokołów zdawczo-odbiorczych. (...)”, a także pkt II ppkt 1.6 „Opisu przedmiotu zamówienia”, który stanowi, że „Rozliczenie za rzeczywistą ilość podstawionych pojemników (których szacowana ilość została wskazana w tabeli 2) nastąpi w oparciu o ceny jednostkowe pojemników przedstawione w formularzu ofertowym.”. Wynika to z kolei z faktu przedstawionego w pkt I ppkt 2.3. „Opisu przedmiotu zamówienia”, iż „Nieruchomości objęte systemem gospodarki odpadami są zaopatrzone w pojemniki służące do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz popiołu z gospodarstw domowych.”. W świetle powyższego hipotetycznie możliwą jest zatem sytuacja, w której wykonawca realizujący Zamówienie (zadanie 1) w ogóle nie sprzeda Zamawiającemu ani jednego pojemnika służącego do gromadzenia (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz popiołu z gospodarstw domowych o pojemności 120 l, 240 l oraz 1100 l.

Odrębność świadczonej przez wykonawcę usługi odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od gotowości wykonawcy do dostarczania ww. pojemników na odpady (w przypadku hipotetycznego zaistnienia uszkodzeń niezawinionych przez mieszkańców lub hipotetycznego powstania nowych punktów obioru albo hipotetycznego zwiększenia liczby pojemników w związku ze zmianą deklaracji) Zamawiający podkreślił także poprzez zastosowane przyporządkowanie do grupowania CPV: „34928480 - 6 Pojemniki i kosze na odpady i śmieci”.

Konkludując należy więc stwierdzić, iż sprzedaży realizowanej w ramach gotowości do dostarczania pojemników na odpady nie można uznać za świadczenie niezbędne dla realizacji usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych, a tym samym za element świadczenia kompleksowego, uzasadniającego zastosowanie do tej sprzedaży obniżonej 8% stawki podatku VAT.

#### NIEWYKAZANIE SPEŁNIENIA WARUNKU POSIADANIA UBEZPIECZENIA OC NA DZIEŃ SKŁADANIA OFERT

Zamawiający w pkt VII ust. 2 pkt 3 SWZ, wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy są ubezpieczeni od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą niż 1.000.000,00 zł (słownie: jeden milion złotych).

Z polisy ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej, przedstawionej przez „EKO-PLUS”, wynika, iż umowa ubezpieczenia została przez tego wykonawcę zawarta w dniu 17 listopada 2021 r., a ponadto jako początkowy dzień obowiązywania okresu ubezpieczenia wskazano dzień 20 listopada 2021 r. Termin składania ofert w niniejszym postępowaniu upływał natomiast z dniem 16 listopada 2021 r., w związku z czym dokument ten nie potwierdza, iż „EKO-PLUS” w momencie składania swojej oferty był ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej, a tym samym - w ocenie Odwołującej - nie wykazuje spełnienia wymogu określonego przez Zamawiającego.

W związku z powyższym Zamawiający powinien był wezwać „EKO-PLUS” do uzupełnienia podmiotowych środków dowodowych, poprzez przedłożenie dowodu potwierdzającego posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej związanego z przedmiotem zamówienia na kwotę nie mniejszą w niż 1.000.000,00 zł, aktualnego na dzień złożonej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Następnie zaś, w przypadku nieprzedłożenia przez „EKO-PLUS” takiego dowodu, Zamawiający powinien odrzucić jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. b Pzp.



## NIEWYKAZANIE SPEŁNIENIA WARUNKU W ZAKRESIE DOŚWIADCZENIA

Zamawiający w pkt VII ust. 2 SWZ wskazał, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/wykonuje należycie jedną usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, o łącznej masie odebranych odpadów w jednym roku (w 12 następujących po sobie miesiącach) w ilości co najmniej 2 000 Mg i o wartości minimum 1 000 000 PLN brutto (słownie: jeden milion złotych). Jednocześnie Zamawiający w pkt. VII ust. 3 pkt 3 SWZ, będącym powtórzeniem przepisu art. 118 ust. 2 Pzp, wskazał, iż „W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Jak zaś wynika z przedstawionego przez „EKO-PLUS” wykazu wykonanych usług (na formularzu stanowiącym Załącznik nr 5 do SWZ), dla potwierdzenia ww. warunku w zakresie posiadania wymaganego doświadczenia „EKO-PLUS” wskazał wyłącznie na usługę pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych”, wykonywaną przez Ekorec Sp. z o.o. na rzecz Miasta Łęczyny. Wykaz ten uzupełniało zobowiązanie Ekorec Sp. z o.o. do udostępnienia zasobów na rzecz „EKO-PLUS”, w którym Ekorec Sp. z o.o. zobowiązuje się „(...) oddać do dyspozycji „EKO-PLUS” wiedzę i doświadczenie poprzez nadzór, doradztwo przy realizacji przedmiotowego zamówienia w celu prawidłowego wykonania przez „EKO-PLUS” usługi”. Co istotne, w formularzu ofertowym „EKO-PLUS” wskazało, że do realizacji zamówienia nie zamierza zatrudniać podwykonawców.

Tymczasem zarówno w orzecznictwie KIO, jak i doktrynie prawniczej, wskazuje się jednolicie, iż udostępnienie doświadczenia w formie doradztwa, nadzoru czy kontroli jest niewystarczające [A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz aktualizowany, LEX/el. 2021, art. 118.]. W szczególności, Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 3 listopada 2020 r. (sygn. akt KIO 2290/20) wskazała, że na wykonawcy, w odniesieniu do warunków dotyczących doświadczenia, ciąży obowiązek jednoznacznego i niebudzącego wątpliwości wykazania, że podmiot udostępniający zasoby zrealizuje usługi, do których realizacji te zdolności (w tym przypadku doświadczenie) jest wymagane. Podobnie stwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 4 marca 2021 r. (sygn. akt KIO 442/21) uznając, iż „podmiot, który użycza swoich zasobów w zakresie np. doświadczenia musi następnie realizować te usługi do realizacji których te zasoby są wymagane”. Jednocześnie Izba podkreśliła, że jedynie formalne udostępnianie przez podmiot trzeci swoich zasobów w postaci doświadczenia bez rzeczywistego wykonywania usług, do których doświadczenie jest potrzebne doprowadziłoby

do sytuacji, w której opisywanie warunków udziału w postępowaniu i wykazywanie ich spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i nie służyłoby należytej realizacji zamówienia.

Odnosząc powyższe rozważania do stanu faktycznego niniejszej sprawy należy stwierdzić, że „EKO-PLUS” nie może opierać się na przedstawionym doświadczeniu Ekorec Sp. z o.o., gdyż charakter współpracy ww. podmiotów, wynikający z przedłożonego zobowiązania do udostępnienia zasobów, ograniczający się do „nadzoru i doradztwa”, nie odpowiada warunkom określonym art. 118 ust. 2 Pzp oraz w pkt. VII ust. 3 pkt 3 SWZ. W związku z powyższym Zamawiający, w ramach prawidłowej weryfikacji warunku legitymowania się wymaganym doświadczeniem przez „EKO-PLUS”, w związku z niewypełnieniem wymogu wskazanego zarówno w SWZ, jak i art. 118 ust. 2 Pzp, winien był wezwać „EKO-PLUS” na podstawie art. 122 Pzp, aby „EKO-PLUS” w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia spełnienia miałyby charakter wyłącznie pozorny i nie służyłoby należytej realizacji zamówienia.

W świetle powyższych argumentów w ocenie Odwołującego odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Do postępowania odwoławczego w dniu 30 grudnia 2021 r. zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca P. K. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą P. K. Wielobranżowy Zakład Usług Komunalnych „EKO PLUS” zwany dalej „Przystępującym”, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

W dniu 17 stycznia 2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości.

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie złożonej do akt sprawy, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego, oświadczeń i stanowisk złożonych pisemnie i ustnie do protokołu, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła co następuje:**

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 ustawy Pzp. Izba uznała, iż Odwołujący wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że Odwołujący przekazał w ustawowym terminie kopię odwołania Zamawiającemu.

Izba uznała za skuteczne zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego i dopuściła wykonawcę do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze Uczestnika Postępowania.

### **Izba ustaliła i zważyła:**

Biorąc pod uwagę zgromadzoną w sprawie dokumentację, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie podniesione w zakresie zarzutu II.3) petitum odwołania zasługuje na uwzględnienie, natomiast pozostałe zarzuty odwołania Izba uznała za niezasadne.

W pierwszej kolejności Izba odniosła się do zarzutu uwzględnionego, dotyczącego naruszenia art. art. 119 w związku z art. 116 ust. 1, art. 118 ust. 2 i 4 oraz art. 122 Pzp, poprzez:

- (i) zaniechanie stwierdzenia przez Zamawiającego, iż zasoby udostępniane wykonawcy „EKO-PLUS” przez Ekorec sp. z o.o. w formie „świadczenia usług nadzoru i doradztwa” nie pozwalają na wykazanie przez „EKO-PLUS” spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia, wynikającego z pkt VII ust. 3 ppkt 4 lit. a SWZ, gdyż podmiot udostępniający takie zasoby powinien wykonywać usługi, do realizacji których takie doświadczenie jest wymagane przez Zamawiającego, a nie jedynie doradzać lub nadzorować ich wykonywanie, a więc powinien być wskazany w ofercie „EKO-PLUS” jako jego podwykonawca (podczas gdy „EKO-PLUS” w swojej ofercie nie przewidział podwykonawstwa),
- (ii) zaniechanie przez Zamawiającego wezwania „EKO-PLUS” do zastąpienia podmiotu udostępniającego zasoby innym podmiotem lub podmiotami albo wykazania, że „EKO-PLUS” samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia.

W treści Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ) pkt w Rozdziale VII - PRZESŁANKI WYKLUCZENIA Z POSTĘPOWANIA ORAZ WARUNKI UDZIAŁU W POSTĘPOWANIU w pkt 2 ppkt 4) Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Dla Zadania 1 Zamawiający określił, iż o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy (m.in.):

- a) w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wykonał/wykonyuje należycie jedną usługę polegającą na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, o łącznej masie odebranych odpadów w jednym roku (w 12 następujących po sobie miesiącach)

w ilości co najmniej 2 000 Mg i o wartości minimum 1 000 000 PLN brutto (słownie: jeden milion złotych).

W przypadku usług nadal wykonywanych Wykonawca zobowiązany jest wykazać spełnienie powyższego warunku udziału w postępowaniu w zakresie części usługi już wykonanej.

W Rozdziale VII pkt 3. Poleganie na zasobach innych podmiotów w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu [art. 118 ustawy Pzp] Zamawiający określił:

- 1) Wykonawca może w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu, w stosownych sytuacjach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, lub jego części, polegać na zdolnościach technicznych lub zawodowych lub sytuacji finansowej lub ekonomicznej podmiotów udostępniających zasoby, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków prawnych (dotyczy warunków udziału w postępowaniu określonych przez Zamawiającego w pkt. 2 niniejszego rozdziału SWZ).
- 2) Zamawiający oceni, czy udostępniane Wykonawcy przez podmioty udostępniające zasoby zdolności techniczne lub zawodowe lub ich sytuacja finansowa lub ekonomiczna, pozwalają na wykazanie przez Wykonawcę spełniania warunków udziału w postępowaniu, a także bada, czy nie zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, które zostały przewidziane względem Wykonawcy.
- 3) W odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia, Wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonają roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.
- 4) Podmiot, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów, odpowiada solidarnie z wykonawcą, który polega na jego sytuacji finansowej lub ekonomicznej, za szkodę poniesioną przez Zamawiającego powstałą wskutek nieudostępnienia tych zasobów, chyba że za nieudostępnienie zasobów podmiot ten nie ponosi winy.
- 5) Jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe lub sytuacja ekonomiczna lub finansowa, podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, Zamawiający żąda, aby Wykonawca w terminie określonym przez Zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.
- 6) Przepis art. 122 ustawy Pzp umożliwia wykonawcy, na okoliczność uzupełniania dokumentów, zmianę zgłoszonego podmiotu na inny podmiot, albo wykazanie spełniania warunku samodzielnie własnym potencjałem wyłącznie w sytuacji, gdy w momencie

składania oferty [wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu] Wykonawca opierał się, w tym zakresie, na zdolnościach innego podmiotu lub podmiotów.

- 7) Nie jest dopuszczalne, ażeby Wykonawca samodzielnie wykazujący spełnianie warunku na etapie składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, na etapie późniejszym [uzupełnianie dokumentów] powołał się w tym względzie na potencjał podmiotu udostępniającego zasoby.

Przystępujący, zgodnie z treścią oferty, w celu wykazania spełnienia powyższego warunku udziału w postępowaniu skorzystał z zasobów udostępnionych przez podmiot trzeci. W tym celu, do oferty zostało załączone zobowiązanie podmiotu, który zobowiązał się do udostępnienia zasobów. Zgodnie z treścią zobowiązania, podmiot udostępniający zasoby zobowiązał się do: *Zobowiązuję się wobec w/w Wykonawcy, w przypadku zawarcia przez Niego umowy z Zamawiającym w powyższym przedmiocie zamówienia przekazać wiedzę oraz doświadczenie w celu potwierdzenia spełniania warunku zdolności technicznej i zawodowej do wykonywania zamówienia, przez cały okres obowiązywania umowy i w celu jej należytego wykonania przez Wykonawcę. W szczególności zobowiązuję się oddać do dyspozycji Wykonawcy: Wiedzę i doświadczenie poprzez nadzór, doradztwo przy realizacji przedmiotowego zamówienia w celu prawidłowego wykonaniu przez Wykonawcę usługi. - udostępniono — poświadczenie należytego wykonania umowy.*

W treści formularza ofertowego Przystępujący oświadczył w pkt 6: *Oświadczam, że Podwykonawcom zamierzam powierzyć wykonanie następujących części zamówienia i wskazuję firmy podwykonawców<sup>2</sup>: Zakres powierzonej części zamówienia, Nazwa/ Firma podwykonawcy (Nazwa i adres siedziby), Procentowa wartość powierzonej części zamówienia, pola w tabeli - zgodnie z opisem dla przypisu „2” -, wypełnić tylko w przypadku realizacji zamówienia przy udziale podwykonawców” nie zostały wypełnione, pola zostały skreślone.*

W oświadczeniu JEDZ na str. 4, Część II C: *Informacje na temat polegania na zdolności innych podmiotów.* Na pytanie: *Czy wykonawca polega na zdolności innych podmiotów w celu spełnienia kryteriów kwalifikacji określonych poniżej w części IV oraz (ewentualnych) kryteriów i zasad określonych poniżej w części V?*

Przystępujący udzielił odpowiedzi „TAK”.

Na pytanie: *Czy wykonawca zamierza zlecić osobom trzecim podwykonawstwo jakiegokolwiek części zamówienia?*

Przystępujący udzielił odpowiedzi „NIE”.

Odwołujący podnosi, iż Przystępujący nie może opierać się na przedstawionym doświadczeniu podmiotu udostępniającego swoje zasoby, ponieważ charakter współpracy

podmiotów, wynikający z przedłożonego zobowiązania do udostępnionych zasobów, ograniczający się do „nadzoru i doradztwa” nie odpowiada warunkom określonym w art. 118 ust. 2 Pzp oraz pkt VII ust. 3 pkt 3 SWZ.

Izba podzieliła stanowisko Odwołującego.

W analizowanym stanie faktycznym, Przystępujący w celu wykazania powyższych warunków udziału w postępowaniu polegał na zdolnościach podmiotu udostępniającego mu swoje zasoby. Przystępujący zobowiązany był zatem do złożenia wraz ofertą (Rozdział VIII ust. 2, pkt 2) SWZ) zobowiązania do oddania do dyspozycji Wykonawcy niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji zamówienia lub innego podmiotowego środka dowodowego potwierdzającego, że Wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów, w przypadku gdy Wykonawca korzysta ze zdolności innych podmiotów na zasadach określonych w art. 118 ustawy.

Tymczasem treść załączonego zobowiązania nie potwierdza, że Przystępujący ma zagwarantowany rzeczywisty dostęp do zasobów podmiotu trzeciego, w granicach określonych przez Zamawiającego na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie wymaganego doświadczenia.

Wykonawca udostępniający zasoby zobowiązał się do udostępnienia doświadczenia wyłącznie poprzez nadzór i doradztwo, a nie jest to zakres, którego Zamawiający wymagał na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu.

Wskazać należy, iż zgodnie z treścią art. 118 ust. 2 ustawy Pzp w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia wykonawcy mogą polegać na zdolnościach podmiotów udostępniających zasoby, jeśli podmioty te wykonują roboty budowlane lub usługi, do realizacji których te zdolności są wymagane.

Wymóg ten oznacza, że podmioty udostępniające zasoby muszą uczestniczyć w wykonaniu zamówienia jako podwykonawcy, wykonując usługi do realizacji których zdolności były wymagane i określone przez Zamawiającego. Udział podmiotu trzeciego polegający np. wyłącznie na prowadzeniu działalności o charakterze doradczym lub nadzorującym, nie gwarantuje, że Wykonawcy zostaną rzeczywiście udostępnione zasoby niezbędne do wykonania zamówienia. Liczy się zatem tylko rzeczywiste wsparcie wykonawcy polegające na faktycznym zaangażowaniu w wykonanie zamówienia w zakresie wymaganego doświadczenia, dla wykazania którego zasoby podmiotu trzeciego zostały udostępniane.

Izba nie podzieliła argumentacji wskazanej przez Zamawiającego w piśmie procesowym oraz podniesionej na rozprawie przez Zamawiającego i Przystępującego, zgodnie z którą: *biorąc pod uwagę specyfikę i zakres tego zamówienia oraz okoliczność,*

*że Wykonawca „EKO – PLUS” samodzielnie dysponował wymaganymi zasobami rzeczowymi, udostępnienie zasobu podmiotu trzeciego w postaci wymaganego doświadczenia mogło polegać właśnie (o ile nie tylko) na doradztwie i nadzorze nad prawidłową realizacją zamówienia.*

W ocenie Izby, powyższa argumentacja stanowi zmianę sposobu oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu, dokonaną po złożeniu i otwarciu ofert. Zamawiający wymagał doświadczenia w zakresie wykonania lub wykonywania usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych o wartości i masie określonej w SWZ, a nie jedynie pewnego zakresu usługi, w postaci czynności nadzoru czy doradztwa, składających się na daną usługę. Nadzór i doradztwo niewątpliwie składają się na czynności wchodzące w skład realizacji całej usługi, ale są jedynie jej elementami, częściami składowymi, nie mogą zostać uznane za wypełniające w całości zakres polegający na odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów. Zatem, Zamawiający dopuszczając możliwość wykazania się przez Przystępującego udostępnionym doświadczeniem, wyłącznie w zakresie nadzoru i doradztwa, zmienia sposób oceny warunku udziału w postępowaniu, który został określony w treści SWZ jako wykonanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. Ponadto, stanowisko Zamawiającego jest niezgodne z art. 118 ust. 2 Pzp i zapisami SWZ. Zamawiający w treści SWZ dookreślił doświadczenie wymagane do realizacji przedmiotowego zamówienia, a treść zobowiązania podmiotu udostępniającego zasoby, oraz jego ocena dokonana przez Zamawiającego wskazują na to, Zamawiający za wystarczające uznał udostępnienie doświadczenia podmiotu trzeciego, które nie potwierdza wymaganych w SWZ zdolności do realizacji zamówienia.

Wobec powyższego, w ocenie Izby, udostępnione zasoby podmiotu trzeciego nie pozwalają na wykazanie przez Przystępującego, spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci wymaganego doświadczenia, a Zamawiający winien zgodnie z treścią art. 122 ustawy Pzp wezwać Przystępującego do zastąpienia tego podmiotu innym podmiotem lub podmiotami albo, aby Przystępujący wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Bowiem zgodnie z art. 122 ustawy Pzp jeżeli zdolności techniczne lub zawodowe, sytuacja ekonomiczna lub finansowa podmiotu udostępniającego zasoby nie potwierdzają spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub zachodzą wobec tego podmiotu podstawy wykluczenia, zamawiający żąda, aby wykonawca w terminie określonym przez zamawiającego zastąpił ten podmiot innym podmiotem lub podmiotami albo wykazał, że samodzielnie spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Zarzut należało zatem uznać za zasadny.

Izba oddaliła zarzut dotyczący naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 10 Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Przystępującego zawierającej błąd w obliczeniu ceny ofertowej, polegający na zastosowaniu przez Przystępującego nieprawidłowej stawki podatku VAT dla świadczenia polegającego na dostawie pojemników na odpady (o pojemności 120 l, 240 l oraz 1100 l) w wysokości 8%, podczas gdy świadczenie to objęte jest stawką podstawową w wysokości 23% VAT, w wyniku czego łączna cena brutto oferty „EKO-PLUS” została zaniżona, gdyż prawidłowo obliczona cena brutto tej oferty, uwzględniająca stawki netto określone przez „EKO-PLUS” w tabeli 2 załącznika nr 1 do formularza ofertowego, powinna wynosić nie 2.096.976,60 zł (jak wskazano w formularzu oferty „EKO-PLUS”), lecz 2.100.464,10 zł.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 10) ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli zawiera błędy w obliczeniu ceny lub kosztu.

W zakresie powyższego zarzutu, Izba w pełni podzieliła stanowisko wyrażone przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie, przyjmując je za własne. „W opinii Zamawiającego usługa polegająca na odbieraniu, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych, zgodnie z ustawą z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług podlega opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 8% (art. 41 ust. 1 i 2 w zw. z art. 146a ust. 1 pkt 2). Natomiast świadczenie polegające na dostawie towaru, co do zasady podlega opodatkowaniu podatkiem VAT w wysokości 23%. Jednakże, w przypadku zadań powiązanych ekonomicznie i funkcjonalnie ze sobą, w taki sposób, że stanowią jedno świadczenie z gospodarczego i ekonomicznego punktu widzenia, wskazane jest ich traktowanie jako jednej nierozłącznej całości, także dla celów opodatkowania podatkiem VAT. Aby móc wskazać, że dana usługa jest usługą złożoną (kompleksową), winna składać się ona z różnych świadczeń, których realizacja prowadzi jednak do jednego celu. Na usługę złożoną składa się więc kombinacja różnych czynności, na które składają się świadczenia różnego rodzaju, jednak prowadzące do wspólnego celu. Dla oceny, czy w danej, konkretnej sprawie mamy do czynienia ze świadczeniem kompleksowym, ocena ta powinna być dokonywana z punktu widzenia Zamawiającego, bowiem charakter danego świadczenia należy oceniać biorąc pod uwagę punkt widzenia nabywcy oraz cechy charakterystyczne tego świadczenia (wyrok TSUE z 21 lutego 2008 roku w sprawie C-425/06 Part Sen/ice srl, ECLI:EU:C:2008:108).

W przypadku zatem, gdy w skład świadczonej usługi wchodzi usługi pomocnicze, czyli takie, które nie stanowią dla kontrahenta celu samego w sobie, a są jedynie uzupełnieniem usługi głównej, opodatkowanie całego świadczenia winno nastąpić według stawki obowiązującej dla całego świadczenia”.



W ocenie Izby, powyższą usługę należy traktować jako usługę kompleksową, polegającą na odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu odpadów komunalnych jako usłudze głównej, z którą to usługą ściśle powiązana jest dostawa pojemników. Bez usługi głównej, dostawa pojemników byłaby niecelowa. Ponadto dostawa pojemników jest bezpośrednio związana z realizacją usługi podstawowej, ponieważ w przypadku nowych gospodarstw domowych zgłaszających się do systemu gospodarki odpadami lub dokonujących zmian deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi, bez dostarczenia im pojemników na odpady, nie będzie możliwa realizacja usługi głównej w postaci odbioru i zagospodarowania odpadów. Zatem zakup pojemników jest wyłącznie związany z realizacją celu podstawowego, a jego realizacja umożliwi skorzystanie ze świadczenia podstawowego.

Izba wskazuje, że nie znajduje potwierdzenia w dokumentacji postępowania stanowisko Odwołującego, zgodnie z którym w zakresie objętym Zadaniem 1 obok usługi odbierania, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych bezpośrednio sprzed posesji, na których zamieszkują mieszkańcy (...) zawarta jest również gotowość do sprzedaży Zamawiającemu pojemników na odpady.

Zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (Zadanie 1) Przedmiotem zamówienia są usługi: odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych bezpośrednio sprzed posesji, na których zamieszkują i nie zamieszkują mieszkańcy, w tym również podstawianie, odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w kontenerze w ramach usług dodatkowych oraz podstawienie pojemników na odpady.

Zgodnie z pkt 2.4. (OPZ) Wykonawca zaopatrzy właścicieli nieruchomości zgłaszających się do systemu gospodarki odpadami lub dokonujących zmian deklaracji o wysokości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi w pojemniki służące do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pojemniki służące do gromadzenia popiołu z gospodarstw domowych w przewidywanej ilości określonej w Tabeli 2 na podstawie rocznej sumy podstawień pojemników.

Nie jest zatem uzasadnione twierdzenie Odwołującego o gotowości do sprzedaży Zamawiającemu pojemników na odpady, na której budowana jest cała argumentacja Odwołującego.

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wyraźnie wskazuje przewidywaną ilość pojemników, do podstawienia których zobowiązany będzie Wykonawca, w przypadku zaistnienia okoliczności wskazanych w pkt 2.4. OPZ.

W ocenie Izby, z dokumentacji postępowania wynika jednoznacznie, że podstawienie pojemników na odpady nie stanowi celu samego w sobie, ale jest środkiem służącym bezpośrednio realizacji usługi głównej. Pomiedzy dostawą pojemników a usługą główną istnieje związek funkcjonalny, który w pełni uzasadnia traktowanie przedmiotu zamówienia jako usługi kompleksowej.

Za kompleksowym charakterem usługi świadczy również okoliczność, iż sam Zamawiający dokonując szacowania wartości zamówienia zastosował jednorodną stawkę VAT 8%, która obejmowała całość zadania i nie rozdzielał usługi odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych jako stawkę VAT 8%, a dostawę pojemników jako stawkę VAT 23%.

Ponadto, za kompleksowym charakterem przedmiotowej usługi, świadczy również treść Uchwały Nr XXVI/167/2020 RADY GMINY BOJSZOWY z dnia 19 października 2020 r. w sprawie szczegółowego sposobu i zakresu świadczenia usług w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie gminy Bojszowy i zagospodarowania tych odpadów, w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę Rady Gminy Bojszowy, gdzie w § 6 pkt 1) uchwalono, że w zamian za uiszczoną przez właściciela nieruchomości opłatę, Gmina Bojszowy zapewni wyposażenie nieruchomości w pojemniki służące do gromadzenia niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych.

Powyższe, w ocenie Izby wskazuje na konieczność łącznego, niepodzielnego i kompleksowego traktowania usługi objętej przedmiotem zamówienia.

Wobec powyższego, zarzut dotyczący zastosowanie stawki podatku Vat w stawce 8 % jako nieprawidłowej dla dostawy pojemników na odpady objętych przedmiotem zamówienia, należy uznać za chybiony.

Izba oddaliła również zarzut naruszenie art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 115 ust. 1 pkt 3 Pzp w zw. z pkt VII ust. 2 ppkt 3 SWZ, poprzez zaniechanie weryfikacji spełnienia przez Przystępującego warunku udziału w postępowaniu, dotyczącego posiadania aktualnego także na dzień składania ofert ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, w sytuacji, w której przedstawiona przez Przystępującego polisa ubezpieczenia OC została zawarta w dniu 17 listopada 2021 r. oraz obejmowała okres od dnia 20 listopada 2021 r., natomiast termin składania ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia upływał z dniem 16 listopada 2021 r., a wskutek tego zaniechanie wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do uzupełnienia

podmiotowego środka dowodowego w postaci dokumentów potwierdzających posiadanie ubezpieczenia od odpowiedzialności cywilnej aktualnego także na dzień składania ofert, tj. na dzień 16 listopada 2021 r.

W Rozdziale VII SWZ ust. 2 pkt 3) Zamawiający ustanowił warunek udziału w postępowaniu dotyczący sytuacji ekonomicznej lub finansowej, wskazując, że Wykonawca musi być ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia, na kwotę nie mniejszą niż 1 000 000 PLN (słownie: jeden milion złotych).

W Rozdziale VIII ust. 3 SWZ Zamawiający wskazał, że przed wyborem najkorzystniejszej oferty, Zamawiający wzywa Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni od dnia wezwania, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, tj. dokumentów wymienionych poniżej:

(...)

- i) dokumentów potwierdzających, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia ze wskazaniem sumy gwarancyjnej tego ubezpieczenia – co najmniej 100 000,00 zł.

Zamawiający w SWZ przewidział zastosowanie tzw. procedury odwróconej, o której mowa w art. 139 ust. 1 ustawy Pzp, tj. Zamawiający najpierw dokonał badania i oceny ofert, a następnie dokonał kwalifikacji podmiotowej Wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu.

*Zamawiający w Odpowiedzi na odwołanie wskazał, że pismem z dnia 29 listopada 2021 roku wezwał wykonawcę do złożenia polisy OC, aktualnej na dzień jej złożenia, określając termin złożenia przedmiotowych dokumentów na dzień: 10.12.2021 r. godz. 09:00. Wykonawca „EKO – PLUS” złożył polisę poprzez Platformę zakupową w dniu 6 grudnia 2021 r., w treści której znajdowała się informacja, że polisa OC została zawarta 17 listopada 2021 roku, a jako początkowy dzień obowiązywania okresu ubezpieczenia wskazano 20 listopada 2021 roku. Tym samym wykonawca przedkładając polisę w dniu 6 grudnia 2021 r. przedłożył polisę aktualną na dzień odpowiedzi na wezwanie.*

Z argumentacją Odwołującego nie sposób się zgodzić. Odwołujący stawia zarzut, całkowicie pomijając treść przepisu art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którym składane

na wezwanie zamawiającego podmiotowe środki dowodowe, mają być „aktualne na dzień złożenia”. „Aktualny”, zgodnie z definicją z internetowego Słownika języka polskiego, oznacza „dotyczący tego, co się dzieje obecnie, ważny w czasie obecnym”. Zatem, podmiotowe środki dowodowe, do których należy polisa ubezpieczeniowa OC, składane na wezwanie Zamawiającego, winny oddawać stan faktyczny istniejący w momencie ich złożenia. Izba w całości podziela stanowisko zawarte w wyroku z dnia 3 stycznia 2022 r sygn. akt KIO 3628/21, uznając je za własne. W wyroku tym Krajowa Izba Odwoławcza wskazała, że „intencją ustawodawcy europejskiego, jak i krajowego, który konstruował w taki właśnie sposób przepisy ustawy Pzp, było to, aby ocena sytuacji podmiotowej wykonawców odbywała się na podstawie możliwie najbardziej aktualnych informacji. Niezależnie wyposażono także zamawiającego w uprawnienie do weryfikowania posiadania odpowiedniej zdolności podmiotowej wykonawcy, na każdym etapie postępowania. Zgodnie z motywem 84 Preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych uchylającej Dyrektywę 2004/18/WE „Instytucje zamawiające powinny być także uprawnione do zwrócenia się w każdej chwili o całość lub część dokumentów potwierdzających, gdy uważają, że jest to niezbędne dla właściwego przebiegu postępowania (...)”, zaś w motywie 85 wskazano, iż „Istotne jest, by decyzje instytucji zamawiających opierały się na aktualnych informacjach, w szczególności jeśli chodzi o podstawy wykluczenia, z uwagi na to, że ważne zmiany mogą zachodzić dość szybko (...)”. Warto również zaznaczyć, że powyższe, jak i treść art. 59 ust. 4 wskazanej dyrektywy, znalazło odzwierciedlenie na gruncie prawa krajowego, o czym stanowi art. 126 ust. 3 ustawy Pzp, umożliwiający wezwanie wykonawcy, na każdym etapie postępowania, do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych, które będą aktualne na dzień ich złożenia. W konsekwencji należy przyjąć, że zarówno ustawodawca unijny, jak i ustawodawca krajowy, odszedł od zasady, że składane podmiotowe środki dowodowe mają potwierdzać stan istniejący jedynie na moment przystąpienia do postępowania - moment złożenia oferty lub wniosku. Czym innym będzie zatem kwestia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, które co nie ulega wątpliwości winny być przez wykonawcę spełnione już na etapie, kiedy wykonawca przystępuje do postępowania, czy jak w tym przypadku w momencie składania oferty, czym innym natomiast kwestia weryfikacji spełnienia deklarowanych warunków. Ten moment zależy z kolei od Zamawiającego, który najpierw kieruje do wykonawcy odpowiednie wezwanie, wyznaczając mu jednocześnie moment, w którym nastąpi weryfikacja czy deklarowane warunki są spełnione, a co za tym idzie wskazuje na jaki dzień winny być aktualne dokumenty przez tego wykonawcę składane”.

Przedłożona przez Przystępującego polisa OC była dokumentami aktualnym na dzień jej złożenia, potwierdzała bowiem okoliczności na ten właśnie dzień (co jest zgodne z treścią art. 126 ust. 1 ustawy Pzp). Podkreślenia wymaga, iż w zależności od tego w jakiej dacie

Zamawiający skieruje do wykonawcy wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych, przedłożone w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego dokumenty, nie zawsze będą odzwierciedlały stan istniejący w dacie, w której wykonawca składał swoją ofertę.

Podmiotowe środki dowodowe, składane na wezwanie w trybie art. 126 ustawy Pzp, mają stanowić odzwierciedlenie istniejącej na dzień ich złożenia sytuacji podmiotowej wykonawcy. Dokument „aktualny” oznacza bowiem taki dokument, który obrazuje bieżącą sytuację wykonawcy na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych, z treści którego będzie wynikało, że na dzień w którym Zamawiający takiej weryfikacji dokonuje, wykonawca spełnia wymagany warunek. Z taką też sytuacją mamy do czynienia w rozpoznawanej sprawie. Złożony na wezwanie Zamawiającego dokument spełnia wymóg aktualności na dzień jego złożenia. Nie ma zatem podstawy do jego uzupełnienia.

Wobec powyższego zarzut Odwołującego, jako niezasadny, nie może zostać uwzględniony.

Wobec powyższego należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. a) i b) oraz § 7 ust. 2 pkt 1) i ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Kosztami postępowania Izba obciążyła Zamawiającego w części 1/3 oraz Odwołującego w części 2/3. Na koszty postępowania odwoławczego składał się wpis uiszczony przez Odwołującego w wysokości 15 000 zł 00 gr, koszty poniesione przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł 00 gr oraz koszty związane z dojazdem na rozprawę w wysokości 1 128 zł 60 gr.

Izba za zasadny uznała zarzut podniesiony w pkt II.3 odwołania (jeden z trzech zarzutów podniesionych w odwołaniu), natomiast pozostałe dwa zarzuty odwołania Izba oddaliła. Wobec powyższego Izba zasądziła od Zamawiającego Gminy Bojszowy na rzecz Odwołującego wykonawcy PreZero Małopolska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 6 576 zł 20 gr (słownie: sześć tysięcy pięćset siedemdziesiąt sześć złotych dwadzieścia groszy) tytułem 1/3 wartości wpisu od odwołania, 1/3 wartości wynagrodzenia pełnomocnika oraz 1/3 kosztów związanych z dojazdem na rozprawę, stanowiącymi wartość kosztów postępowania, za które odpowiada Zamawiający w świetle jego wyniku.

Wobec powyższego, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono, jak w sentencji.

**Przewodniczący:** .....