

Sygn. akt: KIO 630/11

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aneta Mlącka

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Agata Mikołajczyk

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 kwietnia 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Samodzielny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, al. Jana Pawła II 120a**

przy udziale **ISS Facility Services Sp. z o.o., 02-247 Warszawa, ul. Flisa 2** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł

00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Impel Cleaning Sp. z o.o., Hospital Serwis Partner Sp. z o.o. Sp. K., Krzysztof Rdest prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą EMKA Handel – Usługi Krzysztof Rdest, 53-111 Wrocław, ul. Ślężna 118** na rzecz **Samodzielnego Zespołu Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr Józefa Psarskiego w Ostrołęce, 07-410 Ostrołęka, al. Jana Pawła II 120a** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Samodzielny Publiczny Zespół Publicznych Zakładów Opieki Zdrowotnej im. dr J. Psarskiego w Ostrołęce prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest usługa kompleksowego utrzymania czystości w Szpitalu, usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe (znak sprawy TZP-ZPP-36-40/10). Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich nr 2010/S 218-334418 w dniu 10 listopada 2010 r.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów: 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców przy ocenie złożonych ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, 2) art. 24 ust. 2 pkt. 4 w związku z art. 26 ust. 2 b) ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie wykluczenia przez Zamawiającego wybranego Wykonawcę: ISS Facility Services Sp. z o. o., ul. Flisa 2, 02-247 Warszawa, gdyż nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, 3) art. 89 ust 1 pkt 1 i 8 w związku z art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 1, art. 5-13 i art. 25 oraz art. 28-30 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zmianami) oraz art. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, z uwagi brak zachowania formy pisemnej oferty w zakresie nie przedstawienia zgód podmiotów udostępniających potencjał w trybie art. 26 ust 2 b Ustawy PZP w formie pisemnej oraz brak posiadania zezwolenia na odbierania odpadów od ich wytwórcy w celu transportu i złożenie nieprawdziwego oświadczenia o posiadaniu przez wybranego wykonawcę niezbędnych do realizacji usługi zezwoleń, 4) art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego oferty wybranego Wykonawcy: ISS Facility Services Sp. z o.o., 5) art. 91 ust 1 ustawy prawo zamówień publicznych poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej, 6) art. 91 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych..

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności wyboru oferty Wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o. o., nakazanie Zamawiającemu wykluczenia na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień odrzucenia oferty Wykonawcy ISS Facility Services Sp. z o. o., nakazanie Zamawiającemu dokonania doliczenia podatku na podstawie art. 91 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych oraz dokonanie przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert ważnych

W dniu 15 marca 2011 r. Odwołujący otrzymał zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty, za którą została uznana oferta ISS Facility Services sp. z o.o. Odwołujący nie zgodził się z takim rozstrzygnięciem Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił, iż Wykonawca ISS Facility nie przedłożył dla podmiotów udostępniających potencjał osobowy i techniczny na potrzeby realizacji niniejszego zamówienia dokumentów, które potwierdzałyby spełnienie warunku, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wskazał na postanowienia rozdziału IV pkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia: „jeżeli wykonawca wykazując spełnianie ww. warunków polega na zasobach innych podmiotów na zasadach określonych w art. 26 ust. 2b ustawy, Zamawiający, w celu wykazania, iż w stosunku do tych podmiotów nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy, żąda złożenia dokumentów dotyczących tych podmiotów w zakresie § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane.” Odwołujący wskazał, że Wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. złożył na str. 52 oferty oświadczenie pana Ireneusza M. (prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Transport Odpadów Niebezpiecznych Ireneusz M.) o udostępnieniu potencjału w zakresie przekazania własnych uprawnień do transportu odpadów niebezpiecznych. Przekazanie uprawnień przysługujących przypisanych do konkretnej osoby na rzecz podmiotu trzeciego jest niedopuszczalne na gruncie obowiązującego prawa. Przekazywanie przez podmiot trzeci na rzecz Wykonawcy uprawnień do wykonywania działalności tj. koncesji i zezwoleń, jest niedopuszczalne na gruncie ustawy prawo zamówień publicznych. Wybrany Wykonawca winien więc zostać wykluczony.

Ponadto Odwołujący wskazał, iż na str. 53 oferty ww. Wykonawca zamieścił zobowiązanie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu do udostępnienia potencjału technicznego - urządzenia do biodekontaminacji sprzętu medycznego, które zostało złożone w formie kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Odwołujący twierdzi, iż taka forma oświadczenia jest niezgodna z wymaganiami zawartymi w art. 26 ust. 2 b) ustawy Prawo zamówień publicznych. Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. w odpowiedzi na ww. wezwanie, w wyznaczonym terminie, uzupełnił wymagane dokumenty. Odwołujący podnosił, iż zgodnie z rozdziałem IV pkt 2 ppkt 4 SIWZ, wykonawca, wykazując, że nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, zobowiązany był przedłożyć m.in. aktualną informację z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy prawo zamówień publicznych, wystawioną nie wcześniej niż sześć (6) miesięcy przed upływem terminu składania ofert. Otwarcie ofert w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie publiczne odbyło się dnia 3 grudnia 2010 r. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 9 ustawy prawo zamówień publicznych dotycząca

Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu, została wystawiona w dniu 16 grudnia 2010 r. tj. po dniu otwarcia ofert. Zatem, zdaniem Odwołującego, informacja ta nie potwierdza spełniania ww. warunku udziału w postępowaniu. Informacja z Krajowego Rejestru Karnego dla pani Luizy Staszewskiej wystawiona została również w dniu 16 grudnia 2010r. Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia złożone przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu nie zostało opatrzone żadną datą. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych - złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu (...), nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, należy uznać, że Wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. nie wykazał, iż spełnia warunki udziału w postępowaniu i tym samym, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy prawo zamówień publicznych podlega wykluczeniu. Zatem w ocenie Odwołującego również drugi podmiot udostępniający potencjał tj. WSS Radom nie wykazał, że nie podlega wykluczeniu, a więc wybrany Wykonawca nie może posługiwać się przy wykazywaniu spełniania warunków udziału w postępowaniu potencjałem tych dwóch podmiotów w zakresie osób, sprzętu i urządzeń.

Odwołujący wskazał także, iż Zamawiający w pkt. III. ppkt. 1.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymagał od Wykonawców posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zgodnie z opisem czynności, jakie na rzecz Zamawiającego świadczyć mają wykonawcy (strona 3 siwz), do obowiązków tych ostatnich należało transportowanie odpadów drogami publicznymi odpadów medycznych, niebezpiecznych, medycznych zakaźnych, medycznych specjalnych, medycznych pozostałych i komunalnych poza posesje Zamawiającego. Odwołujący podnosił, iż aby prawidłowo wykonać powyższe zobowiązanie, zgodnie z przepisami ustawy o odpadach, konieczne jest posiadanie co najmniej zezwolenia na odbiór odpadów od właściciela nieruchomości, wydawanego przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta na podstawie art. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz zezwolenia na transport, wydawanego przez starostę na podstawie art. 28 ustawy o odpadach. Odwołujący wskazywał na fakt, iż każdy z wymienionych na stronie 3 SIWZ rodzajów odpadów ma w wyniku działań wybranego wykonawcy opuścić posesję Zamawiającego. Tym samym od momentu opuszczenia takiej posesji, działalność polegająca na odbieraniu odpadów komunalnych i transportowaniu ich do dowolnego miejsca składowania (choćby i na drugiej posesji Zamawiającego) podlega koncesjonowaniu i może być świadczona jedynie przez podmioty posiadające stosowne zezwolenia. Odwołujący stwierdził, iż wybrany wykonawca - wbrew oświadczeniu, iż jest uprawniony do wykonywania wszystkich czynności składających się na zamówienia udzielane przez Zamawiającego - nie posiada zezwolenia Prezydenta Ostrołęki na odbiór odpadów

komunalnych. Posiada jedynie zezwolenia na transport odpadów. W ocenie Odwołującego, w konsekwencji wybrany Wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie przepisu art. 24 ust. 2 pkt. 3 i 4 ustawy prawo zamówień publicznych ze względu na fakt, że nie wykazał w ofercie zezwolenia na odbiór odpadów. Wybrany Wykonawca winien zostać wykluczony również ze względu na fakt, że nie wykazał w ofercie wymaganego na gruncie przepisu art. 7 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U.05.236.2008 j.t., z późn. zm.) zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości.

W ocenie Odwołującego oferta wybranego Wykonawcy winna zostać odrzucona na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt. 3 i 6 ustawy prawo zamówień publicznych, gdyż jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji oraz oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zwrócił się w trybie przepisu art. 87 ust. 1 prawo zamówień publicznych (por. pismo z dnia 7 stycznia 2011 r.) do wybranego Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, czy wykonawca w świetle znowelizowanej ustawy o podatku od towarów i usług posiada uprawnienie do stosowania zwolnienia z VAT w zakresie usług pomocowych, stanowiących przedmiot zamówienia oraz o wyjaśnienie, czy zaproponowana cena ofertowa uwzględnia powyższą zmianę przepisów ustawy o VAT. W uzasadnieniu Zamawiający stwierdził, że w związku z nowelizacją przepisów ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz. U. Nr 54, poz. 535, z późn. zm.) uchwaloną w dniu 29 października 2010 r., od 1 stycznia 2011r. uległa zmianie regulacja prawna dotycząca stosowania zwolnień z VAT. Stracił moc obowiązującą załącznik nr 4 do ustawy o VAT, zgodnie z którym zwolnieniu z VAT podlegały usługi w zakresie ochrony zdrowia. Od dnia 1 stycznia 2011 r. obowiązuje zwolnienie uregulowane bezpośrednio w ustawie (art. 43 ust 1 pkt 18) i dotyczy ono usług z zakresu opieki medycznej, związanych m.in. z profilaktyką ratowaniem,32we poprawą oraz przywracaniem do zdrowia. Zwolnieniu podlegają usługi świadczone przez publiczne i niepubliczne ZOZ, a także m.in.: lekarzy, pielęgniarki oraz pozostałe osoby wykonujące inne zawody medyczne. Nie ulega wątpliwości według Odwołującego, że powyższa zmiana przepisów ustawowych spowodowała zniesienie zwolnienia przedmiotowego (zwolnieniu z podatku VAT podlegały określonego rodzaju usługi, bez względu na to kto świadczył) i w to miejsce wprowadzenie zwolnienia podmiotowego (tylko ustawowy określony krąg podmiotów ma prawo oferować usługi zwolnione z podatku). Odwołujący zaznaczył, iż w odpowiedzi na pismo Zamawiającego wykonawca ISS Facility Services Sp. z o.o. oświadczył, że nie jest podmiotem uprawnionym do stosowania zwolnienia z VAT w zakresie wymienionych usług stanowiących przedmiot zamówienia. Powyższe w ocenie Odwołującego przesądza, że składając ofertę bezprawnie zastosował przy kalkulacji ceny ofertowej zwolnienie od podatku VAT. Odwołujący stwierdził, że Zamawiający w momencie oceny i porównania złożonych ofert posiadał wiedzę, że zastosowanie przez wybranego Wykonawcę zwolnienia od podatku VAT

jest niemożliwe w świetle obowiązujących od 01 stycznia 2011 r. przepisów podatkowych, w konsekwencji mając na uwadze analogiczne stosowanie w tej sytuacji przepisu art. 91 ust. 3a ustawy prawo zamówień publicznych Zamawiający winien dokonać dla porównania ofert doliczenia wartości podatku VAT - przy zastosowaniu stawki podstawowej podatku VAT - do wartości oferty wykonawcy ISS.

W niniejszej sprawie przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o.

W trakcie posiedzenia zarówno Zamawiający, jak i Przystępujący podnieśli wniosek o odrzucenie odwołania wskazując na brak interesu Odwołującego we wniesieniu odwołania. Jako argument podniesiona została okoliczność, iż kwota, jaką zaoferował Odwołujący w ofercie za realizację całości zamówienia przewyższa kwotę, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację tego zamówienia. Izba uznała, iż fakt, że Odwołujący zaoferował cenę realizacji zamówienia wyższą od kwoty jaka zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia nie uniemożliwia Odwołującemu wniesienia odwołania w niniejszym postępowaniu. Przede wszystkim Odwołujący miał i w dalszym ciągu ma interes w uzyskaniu niniejszego zamówienia. Ponadto, w sytuacji gdyby potwierdziły się zarzuty Odwołującego, iż Zamawiający naruszył przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, oferta Odwołującego mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą w niniejszym postępowaniu. Dopiero wówczas Zamawiający mógłby ocenić, czy dysponuje kwotą, która wystarczy na realizację zamówienia, w szczególności poprzez oszacowanie, czy ma możliwość zwiększenia środków na realizację przedmiotowego zamówienia.

W dalszej kolejności Zamawiający oraz Przystępujący wnosili o odrzucenie odwołania na podstawie artykułu 189 ustęp 2 punkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych, podnosząc okoliczność, iż odwołanie zostało wniesione z uchybieniem terminu przewidzianego w ustawie. Na uzasadnienie niniejszego wniosku podnoszono, iż termin na wniesienie odwołania upłynął, bowiem Zamawiający dokonał czynności badania ofert już przed uprzednią czynnością w zakresie unieważnienia postępowania. Zatem termin na wniesienie odwołania biegł od dnia 31 stycznia br., kiedy to wykonawcy otrzymali od Zamawiającego informację o unieważnieniu postępowania.

Również ten wniosek został przez Izbę oddalony. Zamawiający w informacji z dnia 31 stycznia 2011 roku nie przedstawił informacji w zakresie dokonania czynności badania i oceny ofert – a więc wykluczenia wykonawców, odrzucenia ofert, jak również w zakresie wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający przedstawił jedynie informację dotyczącą podstaw i okoliczność unieważnienia postępowania. Zatem od dnia 31 stycznia 2011 roku Wykonawcy mogli wnosić środki ochrony prawne dotyczące jedynie tej czynności Zamawiającego, której

Zamawiający dokonał i o której zostali powiadomieni. Dopiero pismo Zamawiającego przekazane wykonawcom w dniu 15 marca 2011 roku, zawierające informację o dokonanej przez Zamawiającego czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stanowi podstawę do wniesienia odwołania od zakończonych czynności Zamawiającego dotyczących badania i oceny ofert. Izba zwraca także uwagę na fakt, że niniejsze postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, zatem etap badania i oceny ofert nie jest etapem odrębnym.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba ustaliła, iż Odwołujący legitymuje się interesem do wniesienia przedmiotowego odwołania, zgodnie z art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego dotyczących zobowiązania przedsiębiorcy Ireneusza M. Izba ustaliła, iż do Przystępujący załączył dokumenty, które potwierdzają, iż Pan Ireneusz M. jako osoba fizyczna, jest kierowcą posiadającym uprawnienia ADR (uprawnienia do kierowania pojazdami przeznaczonymi do transportu odpadów niebezpiecznych i przewozu tych odpadów).

Ponadto, Wykonawca w niniejszym postępowaniu, w celu potwierdzenia spełnienia warunku w zakresie dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym i osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, przedłożył wykaz osób (str. 50 i 51 oferty), w którym Pan Ireneusz M. – został wskazany (pozycja 30) jako osoba posiadająca ustawowe uprawnienia do wykonywania transportu odpadów niebezpiecznych (kierowca).

Przystępujący wyjaśnił, iż Pan Ireneusz M. będzie zatrudniony przez Przystępującego i będzie pracownikiem Przystępującego. Taki obowiązek (zatrudnienia Pana Ireneusza M. przez Przystępującego w przypadku uzyskania przez Przystępującego tego zamówienia) wynika ze zobowiązania do przejęcia pracowników od obecnego Wykonawcy usługi ujętego wprost w § 9 Wzoru umowy (załączniku do SIWZ). Według oświadczenia Przystępującego, Pan Ireneusz M. jest obecnie zatrudniony przez jedną z firm wykonujących usługi na rzecz Zamawiającego i wykonuje prace w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych.

Fakt zatrudnienia Pana Ireneusza M., kierowcy posiadającego uprawnienia do transportu odpadów niebezpiecznych ADR wypełnia obowiązki wynikające z SIWZ, iż Wykonawca winien dysponować osobą, która posiada kwalifikacje i uprawnienia w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych zgodnie z wymaganiami ustawowymi. Oświadczenie o udostępnieniu

potencjału osobowego jest wzmocnieniem prawdziwości danych zawartych w wykazie osób, zaś przedstawione uprawnienia ADR wydane dla Pana Ireneusza M. potwierdzają spełnieniu warunku.

Zamawiający żądał jedynie, aby wykonawcy, którzy będą realizowali zamówienie, dysponowali przy realizacji przedmiotowego zamówienia osobami o odpowiednich kwalifikacjach. Przystępujący wykazał, iż będzie zatrudniał Pana Ireneusza M. (posiadającego stosowne uprawnienia i kwalifikacje). Zatem fakt zatrudnienia ww. osoby potwierdza, iż Wykonawca ISS Facility Services sp. z o.o. spełnia warunek dysponowania osobami posiadającymi określone uprawnienia. Złożenie dodatkowo oświadczenia o udostępnieniu potencjału osobowego (w osobie Pana Ireneusza M.) potwierdza fakt prawdziwości danych zawartych w wykazie osób. W świetle powyższego należy uznać, iż skoro Pan Ireneusz M. będzie pracownikiem Przystępującego (w przypadku uzyskania przez Przystępującego przedmiotowego zamówienia), Przystępujący będzie dysponował osobą Pana Ireneusza M., co oznacza, iż nie występuje konieczność przedstawienia oświadczenia w trybie art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych przez Pana Ireneusza M. o udostępnieniu swojej osoby. Przystępujący dysponuje osobą Pana Ireneusza M., wskazując jego osobę w wykazie (wymaganym przez Zamawiającego w treści SIWZ). Zatem nie ma obowiązku wykazywania, iż polega na potencjale innych podmiotów, o czym mowa jest w art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż pracownicy zatrudnieni przez Wykonawcę - Przystępującego (a pracownikiem takim stanie się Pan M. w przypadku wyboru oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej) stanowią potencjał osobowy tego właśnie wykonawcy. W niniejszej sprawie nie ma także możliwości przekazania własnych uprawnień do transportu odpadów niebezpiecznych przez Pana Ireneusza M. na rzecz Wykonawcy Przystępującego, albowiem uprawnienia ADR są ściśle przypisane do osoby. Ponadto, jak zostało wykazane powyżej, Pan Ireneusz M. będzie pracownikiem Przystępującego i jako taki będzie brał udział w realizacji zamówienia w zakresie, w jakim posiada uprawnienia – a więc w zakresie transportu odpadów niebezpiecznych.

Zamawiający przedstawił warunek, aby wykonawcy dysponowali odpowiednim potencjałem technicznym przy realizacji zamówienia. W specyfikacji zapisał, iż uzna warunek za spełniony, jeżeli wykonawca będzie dysponował m.in. urządzeniem do biodekontaminacji sprzętu medycznego. Zamawiający wskazał, iż ocena ww. warunku zostanie dokonana na podstawie m. in. wykazu sprzętu (zgodnie z załącznikiem do SIWZ). Przystępujący wypełnił załącznik nr 8, jednak zgodnie z oświadczeniami złożonymi w trakcie rozprawy – błędnie wpisał tytuł załącznika – jako wykaz sprzętu do realizacji zamówienia będących własnością wykonawcy. Zgodnie z treścią SIWZ – przytoczonymi powyżej zapisami, Zamawiający wymagał, aby wykonawcy wykazali, iż będą dysponowali sprzętem do biodekontaminacji. Zamawiający nie

wymagał, aby sprzęt stanowił własność wykonawcy składającego ofertę. Przystępujący złożył oświadczenie w formie wykazu, w którym poświadczył, iż będzie dysponował sprzętem do dekontaminacji, czym wypełnił obowiązek wynikający z treści specyfikacji. Przedstawił także pisemne oświadczenie, że będzie dysponował określonym sprzętem (zgodnie z wymaganiami Zamawiającego), w okresie realizacji zamówienia. Zatem w świetle powyższego Wykonawca spełnił warunek SIWZ. Dodatkowo Przystępujący przedstawił oświadczenie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu, zgodnie z którym Szpital zobowiązał się udostępnić swój potencjał techniczny do realizacji przedmiotowego zamówienia. Przystępujący zwrócił uwagę na fakt, iż Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu nie będzie brał udziału w realizacji zamówienia. Zobowiązał się jedynie do udostępnienia urządzenia do biodekontaminacji sprzętu medycznego. Odwołujący zarzucał, iż Przystępujący nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż w stosunku do Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu nie zachodzą okoliczności wskazane w art. 24 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, do złożenia których zobowiązany był zgodnie z treścią SIWZ, albowiem odpis z Krajowego Rejestru Karnego był nieaktualny. Izba stoi na stanowisku, iż w sytuacji, gdy Wojewódzki Szpital Specjalistyczny nie będzie brał udziału w postępowaniu, jedynie udostępni swój sprzęt, nie ma obowiązku przedstawiania dokumentów podmiotowych. Zamówienie bowiem będzie realizowane przy udziale sprzętu technicznego, nie zaś przez Szpital. Przede wszystkim zamówienie będzie realizowane przy udziale urządzenia do biodekontaminacji sprzętu medycznego, który będzie dzierżawiony od Zamawiającego. Zamawiający może żądać dokumentów w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia od podmiotów udostępniających Wykonawcy swoje zasoby, tylko wówczas, gdy podmioty te będą brały udział w realizacji części zamówienia. Udostępniający swój sprzęt Szpital nie będzie brał udziału w realizacji przedmiotowego zamówienia. Zatem, zgodnie z powyżej wskazanym artykułem nie ma obowiązku żądania dokumentów w zakresie wykazania braku podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również konieczności oceny tych dokumentów.

Na uwagę zasługuje także fakt, iż Zamawiający uchylił swoją czynność polegającą na wezwaniu Przystępującego do złożenia dokumentów w zakresie podmiotowym dotyczących Pana Ireneusza M. oraz Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego, uznając, iż przedłożone wykazy potwierdzają, iż Przystępujący dysponuje wymaganym przez Zamawiającego potencjałem osobowym i technicznym.

Niezależnie od powyższego, gdyby uznać, iż niezbędne było złożenie przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu oświadczenia z art. 26 ust. 2b ustawy Prawo zamówień publicznych, należałoby rozważyć (wedle zarzutu podniesionego w odwołaniu) czy załączone do oferty Przystępującego zobowiązanie do udostępnienia swojego potencjału w zakresie

sprzętu do biodekontaminacji przez Wojewódzki Szpital Specjalistyczny w Radomiu w formie kopii potwierdzonej za zgodność, jak wszystkie inne dokumenty i oświadczenia załączone do tej oferty, przez pełnomocnika ISS Facility Services sp. z o.o., jest wystarczające (ze względu na formę). Zdaniem Odwołującego z przepisu art. 26 ust. 2b, ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, iż zobowiązanie innego podmiotu, na którego zasobach wykonawca polega, musi być złożone wyłącznie w formie pisemnej, natomiast załączenie tego zobowiązania w formie kopii, potwierdzonej za zgodność z oryginałem nie dochowuje wymogu pisemności, co powinno skutkować uznaniem przez Zamawiającego, iż Przystępujący podlega wykluczeniu, gdyż definitywnie nie spełnił warunku dotyczącego dysponowania wymaganym sprzętem technicznym.

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

Skład orzekający Izby podziela dominujący w doktrynie i orzecznictwie pogląd, iż złożenie w niewłaściwej formie jakiegokolwiek dokumentu dotyczącego potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu, a więc dokumentu objętego dyspozycją art. 25 ust. 1 pkt 1 pzp, należy uznać za błąd mieszczący się w dyspozycji przepisu art. 26 ust. 3 pzp. Wobec tego gdyby Zamawiający podczas badania oferty Przystępującego stwierdził, iż zobowiązanie Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu zostało złożone w niewłaściwej formie, byłby obowiązany i uprawniony wezwać Przystępującego do uzupełnienia tego braku przez przedstawienie oryginału dokumentu obejmującego to zobowiązanie.

Skład orzekający Izby stwierdził, iż w okolicznościach niniejszej sprawy nakazywanie Zamawiającemu uzyskania zobowiązania prawidłowego co do formy dokumentu byłoby niezasadne. Izba zważyła bowiem, iż przepis art. 26 ust. 2b pzp wskazuje pisemne zobowiązanie podmiotu trzeciego jako jeden z możliwych („w szczególności”) sposobów wykazania zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami podmiotu trzeciego niezbędnymi do realizacji zamówienia. Ustawodawca nie ograniczył zatem wykonawców co do wyboru środków dowodowych, za pomocą których udowodnią zamawiającym dostęp do potencjału podmiotu trzeciego. Zdaniem składu orzekającego Izby w okolicznościach niniejszej sprawy Zamawiający mógłby uznać fakt dysponowania przez Przystępującego sprzętem Wojewódzkiego Szpitala Specjalistycznego w Radomiu za wystarczająco udowodniony, bez wzywania do złożenia oryginału dokumentu obejmującego zobowiązanie tego podmiotu.

Załączone zostały bowiem dokumenty urzędowe z KRS i ZUS oraz od naczelnika urzędu skarbowego złożone w dopuszczalnej formie - kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, a także oświadczenie z art. 22 ustawy Prawo zamówień publicznych, pośrednio wskazujące na umożliwienie udostępnienia przez ten podmiot sprzętu do biodekontaminacji, a bezpośrednio świadczące o tym, iż podmiot ten udostępnił swoje dokumenty Przystępującemu.

Izba ustaliła, iż Zamawiający zapisał w rozdziale III SIWZ (warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków), iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu dotyczącym posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania. Zamawiający w punkcie 1.1.1. tego rozdziału napisał także, iż uzna warunek za spełniony jeżeli wykonawca posiada uprawnienia do transportu odpadów niebezpiecznych, wydane na podstawie art. 28 ustawy z dn. 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2010 nr 185, poz. 1243). Ocena spełnienia powyższego warunku, zgodnie z treścią SIWZ miała być dokonana na podstawie dokumentów – oświadczenia o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu oraz zezwolenia na transport odpadów niebezpiecznych, wydane na podstawie art. 28 ustawy z dn. 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. 2010 nr 185, poz. 1243). Odwołujący podnosił, iż wybrany wykonawca posiada zezwolenie na transport odpadów. Nie posiada zezwolenia Prezydenta Ostrołęki na odbiór odpadów komunalnych. Odwołujący podnosił zatem, że wybrany wykonawca powinien zostać wykluczony z uwagi na fakt, iż nie wykazał w ofercie wymaganego na gruncie art. 7 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zezwolenia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Izba zwraca uwagę, że wykonawcy zobowiązani są przedstawiać w ofercie dokumenty wymienione przez Zamawiającego w SIWZ. Zgodnie z powyżej przytoczonymi postanowieniami specyfikacji, Zamawiający nie wymagał przedłożenia w ofercie dokumentów, na które powołuje się Odwołujący. Zatem nie można uznać, aby Zamawiający mógł wykluczyć wykonawcę z powodu nie przedstawienia w ofercie dokumentów, których nie wymagał. Zamawiający wprost w specyfikacji określił, jakich dokumentów żąda na potwierdzenie spełnienia warunku dotyczącego posiadania wymaganych uprawnień do wykonywania działalności. Ocena spełnienia warunków nastąpiła na podstawie przedstawionych dokumentów, zgodnych z wymaganiami Zamawiającego.

Odwołujący powoływał się na fakt, iż Zamawiający przedstawił wymóg w zakresie posiadania uprawnień dotyczących odbioru odpadów. Takie twierdzenie Odwołującego nie odpowiada stanowi faktycznemu. Przede wszystkim Izba zwraca uwagę, iż zapis, na który powołuje się Odwołujący, znajduje się w rozdziale pod nazwą charakterystyka szpitala i stanowi jedynie opis

szpitala, jaki przedstawił Zamawiający, aby wykonawcy biorący udział w postępowaniu przetargowym mogli zorientować się w charakterze tej jednostki. Zapis ten nie jest częścią opisu przedmiotu zamówienia, zatem nie stanowi wykazu zadań, jakie wykonawcy będą realizować w ramach przedmiotu zamówienia. Opis przedmiotu zamówienia znalazł się w odrębnym rozdziale specyfikacji. Zatem Izba uznała, iż nie potwierdził się zarzut Odwołującego, iż wykonawca wybrany powinien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ustawy Prawo zamówień publicznych, jak również jego oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 1 i 8 w związku z art. 24 ust 2 pkt 3 i 4 w związku z art. 1, art. 5-13 i art. 25 oraz art. 28-30 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., Nr 185, poz. 1243 ze zmianami) oraz art. 7 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Izba nie uznała także zarzutu podnoszonego przez Odwołującego w zakresie konieczności odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 3 i 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. z uwagi na fakt, iż zawiera błąd w obliczeniu ceny, a jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji). Izba uznała, iż złożona przez Przystępującego w dniu 03 grudnia 2010 r. oferta nie zawierała błędu w obliczeniu ceny. W dacie 3 grudnia 2010 r. Przystępujący korzystał ze zwolnienia w zakresie stawki podatku VAT w zakresie realizacji usługi polegającej na pomocy w opiece nad pacjentem (usługi w zakresie opieki medycznej, służących profilaktyce, zachowaniu, ratowaniu, przywracaniu i poprawie zdrowia, oraz dostawę towarów i świadczenie usług ściśle z tymi usługami związane). Ponadto Izba ustaliła, iż Zamawiający przedstawiając Wykonawcom do wypełnienia formularz cenowy, wpisał (tym samym narzucił) jako VAT w zakresie ww. usługi polegającej na pomocy w opiece nad pacjentem - „zwolnienie”. Zatem Przystępujący składając oświadczenie woli zgodnie z obowiązującymi (w chwili złożenia tego oświadczenia) przepisami prawa podatkowego, a także zgodnie z wymaganiami Zamawiającego nie popełnił żadnego błędu w obliczeniu ceny. Nie można także zgodzić się, iż oświadczenie Przystępującego o zaoferowanej cenie, które jest zgodne z przepisami prawa podatkowego i odpowiada regułom formularza określonego przez Zamawiającego stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. W tym zakresie Odwołujący nie przedstawił także żadnego artykułu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, który Przystępujący miałby naruszyć.

Ponadto Izba zauważa, że to Wykonawca jest odpowiedzialny względem organów podatkowych za odprowadzenie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa podatkowego obliczonej kwoty podatku VAT. Należy uznać, iż wskazanie przez Wykonawcę stawek podatku VAT ma dla Zamawiającego jedynie charakter informacyjny. To na wykonawcy będzie ciążyła konieczność rozliczenia należności podatkowej z organami podatkowymi

zgodnie z prawem podatkowym obowiązującym w chwili powstania obowiązku podatkowego, a więc wykonania usługi. Należy uznać, iż wykonawcy, jako profesjonalisci są świadomi powyższej okoliczności, jak również zmienności przepisów prawa podatkowego. Na szczególną uwagę w niniejszej sprawie zasługuje więc fakt, iż zakończyły się prace legislacyjne dotyczące nowelizacji ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług oraz ustawy Prawo o miarach (Dz. U. Nr 64 z 28 marca 2011, poz. 332). Wymieniona ustawa przewiduje powrót do dotychczasowego zwolnienia od podatku VAT w zakresie „czynności wykonywanych przy łóżku chorego” (usługi w zakresie ochrony zdrowia ludzkiego pozostałe, gdzie indziej niesklasyfikowane, transport wewnętrzny oraz usługi dodatkowe) ze skutkiem od dnia 1 stycznia 2011 r. Zatem tym bardziej, wszelkie zarzuty Odwołującego dotyczące braku uprawnień i podstaw prawnych do stosowania przez Przystępującego zwolnienia od podatku VAT (od dnia 01 stycznia 2011 r.) w określonym powyżej zakresie są pozbawione podstaw faktycznych i prawnych.

Izba zwróciła także uwagę na okoliczność, iż sam Odwołujący, w trakcie rozprawy oświadczył, iż Zamawiający winien był doliczyć podatek VAT zgodnie z przepisami wedle daty otwarcia ofert (Przystępujący winien był złożyć ofertę zgodnie z obowiązującym stanem prawnym). Zatem należy uznać, iż również Odwołujący przyznaje, że oświadczenie Przystępującego winno być zgodne z obowiązującym prawem na chwilę otwarcia ofert.

Trudna do wyobrażenia jest sytuacja, gdy Zamawiający, każdorazowo w sytuacji zmiany przepisów prawa podatkowego, zmienia cenę zaoferowaną przez wykonawcę w ofercie. Cena brutto zaoferowana przez Wykonawcę stanowi podstawę do oceny dla Zamawiającego, jest również ceną za całość usługi i jako taka nie powinna podlegać zmianie. Takie stanowisko potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 21 lipca 2006 r. (III CZP 54/06, LEX nr 188835), w której stwierdził, iż *„podwyższenie z dniem 01 maja 2004 roku stawek podatku od towarów usług za roboty budowlane (...) nie uzasadnia – bez zmiany umowy zawartej przed dniem 01 maja 2004 r. – obowiązku zamawiającego zapłaty wynagrodzenia netto powiększonego o podatek od towarów i usług według podwyższonej stawki”*.

Odwołujący wnosił także o nakazanie Zamawiającemu doliczenia podatku od towarów i usług do ceny zaproponowanej przez Przystępującego w ofercie, na podstawie art. 91 ust. 3a. Należy zauważyć, iż artykuł ten przewiduje zupełnie inny stan faktyczny, niż w niniejszej sprawie (odnosi się do zakresu wewnątrzspółnotowego nabycia towarów), zatem w niniejszej sprawie nie znajduje zastosowania.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 5 ust.

4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238). Do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....