

WYROK
z dnia 8 lutego 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 8 lutego 2016 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 29 stycznia 2016 r. przez wykonawcę **PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a; 50-518 Wrocław**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Tadeusza Kościuszki 16a; 55-080 Kąty Wrocławskie**,

przy udziale wykonawcy **Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania „ALBA” S.A., ul. Szczecińska 5; 54-517 Wrocław** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a; 50-518 Wrocław** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a; 50-518 Wrocław**, tytułem wpisu od odwołania,

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we **Wrocławiu**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Zakład Gospodarki Mieszkaniowej, ul. Tadeusza Kościuszki 16a; 55-080 Kąty Wrocławskie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i odpadów zielonych z terenu Miasta i Gminy Kąty Wrocławskie”*.

Dnia 20 stycznia 2016 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 29 stycznia 2016 roku wykonawca PHU Komunalnik sp. z o.o., ul. Św. Jerzego 1a; 50-518 Wrocław (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił dokonanie przez zamawiającego następujących czynności z naruszeniem wskazanych przepisów ustawy Pzp:

1. zaniechał wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów oraz złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp;
2. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, wykluczył z postępowania odwołującego;
3. na podstawie art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, odrzucił ofertę odwołującego;
4. dokonał wyboru oferty Wrocławskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania „ALBA” S.A. z siedzibą ul. Szczecińska 5; 54-517 Wrocław (dalej „Alba”), jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta powinna zostać odrzucona, a wykonawca wykluczony z postępowania;
5. zaniechał odrzucenia oferty Alba, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp;
6. prowadził postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia publicznego z naruszeniem art. 7 ustawy Pzp.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Alba, jako najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;
- 3) unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 4) nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do przedłożenia wymaganych dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień odnośnie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp;
- 5) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 6) nakazanie zamawiającemu odrzucenia oferty Alba, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł, że przedstawione przez odwołującego informacje nie stanowią informacji nieprawdziwych i że przedstawił odpowiednią dokumentację poświadczającą spełnienie wszystkich wymagań określonych przez zamawiającego. Zmiana podstawy udostępnienia odwołującemu pojazdów, nie została uwzględniona w załączniku nr 6 - Wykaz pojazdów, załączonego do oferty odwołującego. Zdaniem odwołującego, zgodnie z art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp, w takiej sytuacji zamawiający powinien wezwać odwołującego do złożenia wyjaśnień oraz uzupełnienia dokumentacji. Zamawiający zaniechał tego naruszając tym samym interesy odwołującego. Nadto, odwołujący podniósł, że w posiadaniu odwołującego jest więcej pojazdów spełniających wymogi s.i.w.z. oraz załącznika nr 5 do s.i.w.z., jednakże odwołujący nie wskazał ich w załączniku Wykaz pojazdów, gdyż świadczyły usługę one usługę na terenie innych gmin. Bez wezwania zamawiającego nie miał obowiązku przedłożyć ponownie załącznika nr 6 do oferty. Zamawiający nie skorzystał również z przysługującego mu prawa zwrócenia się bezpośrednio do firmy Komunal Partner sp. z o.o., o złożenie wyjaśnień, czy dzierżawiony wykonawcy pojazd jest wyposażony w system RFID oraz w wagę samochodową.

Wobec powyższego, w ocenie odwołującego należało uznać, że w momencie składania oferty, a także w momencie dokonywania przez zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej, odwołujący wypełniał wszystkie wymogi określone w s.i.w.z. przez zamawiającego, a zarazem nie zachodziły żadne okoliczności uzasadniające wykluczenie odwołującego z postępowania, a w konsekwencji odrzucenie jego oferty. Odwołujący podniósł, że nie udzielił informacji nieprawdziwych, a także wykazując należyłą staranność, podjął wszystkie niezbędne kroki, aby usunąć omyłkę, dostrzeżoną przez zamawiającego.

Zdaniem odwołującego, Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania „ALBA” S.A. w swojej ofercie posługuje się błędnie inną stawką VAT, co stanowi błąd w obliczeniu ceny. Taki błąd, zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Zamawiający zaniechał odrzucenia oferty z wyżej wymienionego powodu, co stanowi czynność sprzeczną z ustawą, a zarazem skutkującą naruszeniem interesów odwołującego. W ocenie odwołującego, zamawiający żądając od wykonawcy osobnej wyceny odbioru odpadów komunalnych oraz osobnej wyceny sprzedaży worków już na etapie tworzenia formularza ofertowego i umowy jednoznacznie określił, że obie te usługi nie są sobie podległe i same w sobie stanowią usługi zasadnicze, które podlegać będą osobnemu rozliczeniu. Zamawiający w s.i.w.z. w rozdziale II pkt 2.8 informuje wykonawców, że dopuszcza możliwość udzielenia w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, zamówienia uzupełniającego w wysokości nie większej niż 50% wartości zamówienia uwzględniając, że każde ze świadczeń (w tym także zakup worków przeznaczonych do selektywnej zbiórki odpadów) może być przedmiotem odrębnego zamówienia. Taki zapis potwierdza, że usługa odbioru odpadów jest niezależna od usługi

zakupu worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych. Jednocześnie zamawiający jako twórca s.i.w.z. mając w zamyśle, że usługa odbioru selektywnie zebranych odpadów oraz usługa dostarczenia właścicielom nieruchomości worków przeznaczonych do gromadzenia odpadów komunalnych są elementami składowymi jednej usługi kompleksowej miał możliwość zawarcia zapisu np.: *„odbiór odpadów selektywnie zebranych wraz z wyposażeniem właścicieli nieruchomości w pojemniki i worki przeznaczone do gromadzenia odpadów komunalnych”*, jednocześnie nie wskazując w formularzu ofertowym w s.i.w.z. oraz w umowie osobnej pozycji zakup i dostawa worków.

Odwołujący wskazał, że zamawiający wezwał odwołującego do przedłożenia opłaconej polisy, a w przypadku jej braku inny dokument potwierdzający, że wykonawca jest ubezpieczony od odpowiedzialności cywilnej w zakresie prowadzonej działalności związanej z przedmiotem zamówienia tj. obejmującej także zagospodarowanie odpadów. Równocześnie, zamawiający zaniechał zobowiązania drugiego z wykonawców biorących udział w postępowaniu - Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania „ALBA” S.A. - do przedłożenia dokumentów ubezpieczeniowych o odpowiedniej treści. Tymczasem podmiot ten również przedstawił polisę, która nie potwierdza, że polisa obejmuje zagospodarowanie odpadów komunalnych. Wobec powyższego, zamawiający obowiązany był do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień w myśl art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, czego świadomie i celowo zaniechał naruszając tym samym zapis art. 7 ust. 1 ustawy Pzp i znacznie różnicując sytuację wykonawców.

Interes odwołującego.

Odwołujący wskazał, że jest wykonawcą, którego interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia uległ naruszeniu poprzez niezgodne z przepisami ustawy działanie zamawiającego. Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w niniejszym przetargu, w którym kryterium oceny ofert była cena oferty - 99% oraz emisja gazów spalinowych 1%. Gdyby zamawiający, działając zgodnie z przepisami ustawy Pzp, wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów, do złożenia wyjaśnień i umożliwił poprawienie omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty zgodnie z art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp oraz wykluczył z postępowania wykonawcę Alba, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i odrzucił jego ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, to odwołujący uzyskałby przedmiotowe zamówienie. Stosując powyższe obrane przez zamawiającego kryteria, jego oferta uzyskałaby I miejsce w rankingu ofert. Odwołujący poniósł szkodę w postaci poniesienia kosztów opracowania i złożenia oferty oraz w postaci utraty możliwości uzyskania kontraktu pozwalającego na prowadzenie działalności z zyskiem.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania „ALBA” S.A., ul. Szczecińska 5; 54-517 Wrocław.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne.

Zamawiający na podstawie art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp poinformował, że na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp wykluczył odwołującego z udziału w postępowaniu, a ofertę złożoną przez w/w wykonawcę odrzucił na podstawie art. 24 ust. 4 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania potencjałem technicznym wymagał, aby ubiegający się o udzielenie zamówienia wykonawcy wykazali się dysponowaniem między innymi, min. 2 samochodami do opróżniania pojemników poj.-120l., poj.-1100 l (rozdział III pkt 3.1.3 s.i.w.z.).

W rozdziale II pkt 2.6 s.i.w.z. wskazano, jakie wymagania powinny spełniać pojazdy, tj. *samochody do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych muszą być wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ.*

Dodatkowo w dniu 25 listopada 2015 roku, w odpowiedzi na zadane pytanie, zamawiający doprecyzował, iż:

Pytanie nr 6: *Rozdział II pkt 2.6 SIWZ mówi iż samochody do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i zielonych muszą być wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy zgodnie z załącznikiem 5 do SIWZ. Czy to oznacza, że sprzęt wymieniony w rozdziale III pkt 3.1.3 a) myślnik pierwszy, którym wykonawca ma się wykazać aby spełnić warunek udziału w postępowaniu musi być wyposażony na dzień składania oferty w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy ? Czy wykonawca powinien umieścić tę informację w załączniku nr 10 „Wykaz pojazdów”?*

Odpowiedź nr 6: *Samochody do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i zielonych muszą być wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID na dzień składania ofert. W załączniku nr 10 oferent powinien wpisać samochody do opróżniania pojemników poj.-120 l., poj.-1100 l., wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy.*

Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zamawiający w dniu 23 grudnia 2015r. zwrócił się do odwołującego o uzupełnienie dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, między innymi o: *Złożenie oryginału zobowiązania firmy KOMUNAL PARTNER. Złożenie w oryginale dokumentów wystawionych przez KOMUNAL PARTNER, potwierdzających, że samochody oddane do dyspozycji o w/w nr. rejestracyjnych do opróżniania poj.-120l., i poj.-1100l. są wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID. Złożone zobowiązanie firmy KOMUNAL PARTNER do oddania do dyspozycji Wykonawcy 2 samochodów do opróżniania pojemników poj.-120l., poj.-1100l., wyposażonych w system wagowy z pomiarem dynamicznym, który ma/jest dostosowany do poj. 120 i 1100l.; potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.*

W odpowiedzi z dnia 30 grudnia 2015 roku (pismo datowane na dzień 24 grudnia 2015 roku), odwołujący zawarł informację, że: *W związku z błędnie dołączonym do oferty przetargowej zobowiązaniu firmy KOMUNAL PARTNER zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia zgodnie z art. 26 ust. 2b Ustawy Prawo zamówień publicznych informuję, że przed upływem terminu otwarcia ofert uległ zmianie sposób powierzenia naszej firmie potencjału technicznego. Niniejszy potencjał został nam wdzierzawiony przez KOMUNAL PARTNER, tym samym przedmiotowa firma nie będzie brała udziału w realizacji przedmiotu zamówienia. Wobec powyższego w załączeniu niniejszego pisma przekazuję uwierzytelnioną kopię umowy dzierżawy potwierdzającą, że pojazdy o numerach rejestracyjnych: PZ766GR, PO4L661 są wyposażone w system do identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy z pomiarem dynamicznym, który jest dostosowany do poj. 120l i 1100 l.*

Zamawiający poinformował odwołującego, że zgodnie z posiadaną dokumentacją z dnia 15 grudnia 2015 roku oraz z 18 stycznia 2016 roku, samochód o nr rejestracyjnym PO 4L661

do odbioru odpadów komunalnych zmieszanych i odpadów zielonych nie jest wyposażony w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy zgodnie z załącznikiem nr 5 do s.i.w.z.

W związku z powyższym zamawiający stwierdził, że odwołujący *złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Zamawiający wskazał, że w okolicznościach zaistniałego stanu faktycznego dysponuje jednoznacznymi dowodami potwierdzającymi, że pojazd w odniesieniu do którego odwołujący oświadczył, iż jest wyposażony w system identyfikacji pojemników w technologii RFID oraz system wagowy zgodnie z załącznikiem nr 5 do SIWZ - w rzeczywistości takiego wyposażenia nie posiada. Zamawiający posiada zatem pewność, że wskazane przez wykonawcę informacje na temat wyposażenia technicznego pojazdów przeznaczonych do realizacji zamówienia nie odzwierciedlają rzeczywistości, a zatem zobowiązany jest wykonawcę wykluczyć. Złożone przez wykonawcę nieprawdziwe informacje w sposób oczywisty mogą mieć wpływ na wynik postępowania, albowiem dotyczą informacji kluczowych dla pozytywnej oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę. Prawdziwe dane dotyczące stanu technicznego pojazdu nie pozwalałyby na pozytywną weryfikację spełniania warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, co dowodzi istnienia związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy złożeniem przez wykonawcę nieprawdziwych informacji, a ich możliwym wpływem na wynik postępowania. Powyższe skutkuje wystąpieniem po stronie zamawiającego obowiązku wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu. Stanowisko to znajduje potwierdzenie w wyroku KIO z dnia 16 grudnia 2010 r., KIO 2626/10, „(...) wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 p.z.p. zamawiający dokonuje w razie łącznego wystąpienia dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływu na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym. Złożenie informacji nieprawdziwych mających wpływ na wynik postępowania powoduje obowiązek zamawiającego wykluczenia wykonawcy, który takie informacje złożył.”*

Ponadto w piśmie procesowym (odpowieź na odwołanie), zamawiający wskazał, że ponieważ zobowiązanie podmiotu trzeciego zostało złożone przez odwołującego w formie kopii poświadczonej „za zgodność z oryginałem” - zamawiający wezwał odwołującego do uzupełnienia ww. dokumentu oraz potwierdzenia, że samochody te są wyposażone w system identyfikacji pojemników w technologii RFID. W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie odwołujący przedstawił umowę zawartą z firmą Komunal Partner Janusz Latos. Przedmiotem niniejszej umowy miała być dzierżawa pojazdów o tych samych numerach rejestracyjnych, które zostały wcześniej wskazane, jako zasoby udostępnione przez Komunal Partner sp. z o.o. Odwołujący dowodził, że zasobami tymi będzie jednak (wbrew oświadczeniu złożonemu wraz z ofertą) dysponował bezpośrednio, na podstawie przedstawionej umowy dzierżawy. Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia nie rozwiązy

jednak wątpliwości, które zamawiający powziął na podstawie pisma otrzymanego w dniu 15 grudnia 2015 r. od przystępującego - wraz z załącznikami. Z przedstawionej dokumentacji - w tym filmowej jednoznacznie bowiem wynikało, że wskazany przez odwołującego do realizacji przedmiotowego zamówienia pojazd o numerze rejestracyjnym PO 4L661 nie posiada zainstalowanego systemu pojemników RFID ani zainstalowanego systemu wagowego. Udzielone przez odwołującego wyjaśnienia i uzupełnione dokumenty nie dostarczyły zamawiającemu informacji, które pozwoliłyby na obalenie dowodów przedstawionych przez przystępującego, w związku z czym zamawiający obowiązany był wykluczyć odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Odwołujący w treści złożonego odwołania nie potwierdził, że pojazd, w odniesieniu do którego został mu postawiony zarzut złożenia nieprawdziwych informacji posiada wymagane wyposażenie. Wręcz przeciwnie - odwołujący żąda wezwania go do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, celem umożliwienia mu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, wywodząc iż dysponuje większą ilością pojazdów spełniających wymogi s.i.w.z. Tym samym, zdaniem zamawiającego, odwołujący potwierdził, że wskazany, w celu wykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu, pojazd wymogów tych nie spełnia.

Odnosnie zarzutu dotyczącego zaniechania przez zamawiającego odrzucenia oferty złożonej przez Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A., zamawiający podkreślił, iż w jego ocenie oferta przystępującego została skalkulowana w oparciu o prawidłowe stawki VAT. Zamawiający wskazał, że zasięgnął w tym zakresie opinii niezależnego podmiotu, z której jednoznacznie wynika, że dostawa worków do selektywnej zbiórki odpadów (na papier, szkło, tworzywa sztuczne i odpady zielone) wykonywana na rzecz zamawiającego w ramach usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych zmieszanych, segregowanych i odpadów zielonych stanowi niezbędne świadczenie pomocnicze wobec usługi zasadniczej jaką jest odbiór odpadów.

W konsekwencji powyższego, świadczenie pomocnicze jakim jest w tym przypadku dostawa worków należy opodatkować na warunkach właściwych dla usługi zasadniczej, czyli według stawki 8% VAT.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, w szczególności:

- treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, w zakresie dotyczącym opisu warunku udziału w postępowaniu wraz ze sposobem wykazania jego spełnienia (dysponowanie odpowiednim potencjałem technicznym),
- treść pytania i odpowiedź zamawiającego z dnia 25 listopada 2015 roku (pytanie i odpowiedź nr 6),

- treść wezwania zamawiającego z dnia 23 grudnia 2015 roku (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp),
- treść odpowiedzi odwołującego z dnia 24 grudnia 2015 r.,
- treść dokumentacji sporządzonej i przekazanej zamawiającemu przez przystępującego, w tym dokumentacji fotograficznej i filmowej (pisma z dnia: 14 grudnia 2015 roku oraz 18 stycznia 2016 roku),
- formularz ofertowy spółki WPO Alba,
- polisa ubezpieczeniowa OC wystawiona dla przystępującego (o nr 908201173767),
- interpretacja indywidualna dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 6 lutego 2014 r. (o nr IPTPP1/443-841/13-4/RG,

dopuszcza i uznaje za wiarygodne ww. dokumenty, jednocześnie odmawiając wiarygodności dowodowej dokumentom przedstawionym przez odwołującego, tj.:

- kopii umowy dzierżawy załączonej do odpowiedzi odwołującego z dnia 24 grudnia 2015 roku (o nr 36/11/2015, brak daty zawarcia umowy),
- kopii zobowiązania do oddania do dyspozycji niezbędnych zasobów z dnia 27 listopada 2015 roku (wystawione przez Komunal Partner sp. z o.o.),
- kopii oświadczenia złożonego przez Janusza Latos prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Komunal Partner (brak daty złożenia oświadczenia),
- kopii aneksu nr 1/36/11/2015 z dnia 8 stycznia 2016 roku,
- kopii protokołów zdawczo-odbiorczych (2 sztuki) (brak daty sporządzenia protokołów).

W ocenie Izby ww. dowody, którym Izba odmówiła wiarygodności, sporządzone zostały jedynie dla pozorów i na potrzeby niniejszego postępowania odwoławczego, gdyż dowody przeciwne złożone przez przystępującego (zarówno te przekazane zamawiającemu, jak i te stanowiące załączniki do pisma procesowego przystępującego (zgłoszenie przystąpienia), obrazują *de facto* rzeczywisty stan faktyczny, są spójne i dają się z nich, w sposób logiczny i zupełny, ustalić prawidłowy stan faktyczny sprawy.

Izba nie dopuściła dowodu złożonego przez zamawiającego (z opinii podatkowej) uznając, że dowód powyższy może, co najwyżej stanowić stanowisko strony, ponadto data sporządzenia opinii (25 stycznia 2016 roku) powoduje uznanie, że została ona sporządzona po przekazaniu przez zamawiającego informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej i wykluczeniu odwołującego (20 stycznia 2016 roku), tym samym nie mogła stanowić podstawy do zajęcia przez zamawiającego określonego stanowiska w sprawie stawki podatku VAT, zaoferowanej przez przystępującego.

Izba nie dopuściła dowodu złożonego przez odwołującego (rachunki wystawiane dla innych zamawiających), uznając, iż dowód ten pozostaje bez znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania odwoławczego. Okoliczność wystawiania rachunków, z określoną w nich wysokością stawki podatku VAT, dla innych zamawiających, stanowi jedynie dowód, że takie rachunki z taką stawką podatku VAT, były przez odwołującego

wystawiane. Nadto dowody te, złożone w formie kopii, nie zostały poświadczone „za zgodność z oryginałem”.

Krajowa Izba Odwoławcza w całości popierając stanowisko, jak i argumentację prezentowaną przez zamawiającego oraz przystępującego, w pełni się z nią identyfikując, dodatkowo podnosi, co następuje.

Co do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, stwierdzić należało, że podstawę wykluczenia wykonawcy, na podstawie wskazanego przepisu, zamawiający może powziąć z dowolnego źródła. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający informację o złożeniu nieprawdziwych informacji przez odwołującego powziął w wyniku otrzymania pisma od przystępującego. Przystępujący albowiem w celu sprawdzenia czy odwołujący w sposób prawidłowy potwierdził spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przeprowadził samodzielnie postępowanie, poprzez dokonanie oględzin przedmiotu oferty, w ten sposób, że udał się do wykonawcy, który dysponował określonym pojazdem i w wyniku dokonania oględzin (wizji lokalnej) stwierdził, że oferowany (na potwierdzenie posiadania potencjału) pojazd nie jest wyposażony w wymagane przez zamawiającego wyposażenie, opisane w załączniku nr 5 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przystępujący przekazał zamawiającemu (jako załączniki do pisma z dnia 14 grudnia 2015 roku) zdjęcia oraz film nakręcony na bazie spółki Komunal Partner oraz korespondencję e-mail pomiędzy jednym z klientów zainteresowanych nabyciem ww. pojazdu (M.J. reprezentującego Zakład Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Szamocinie), a Komunal Partner sp. z o.o. z siedzibą w Pławcach (w tym ofertę od spółki Komunal Partner na dostawę i instalację systemu RFID na pojeździe o nr rejestracyjnym PO 4L661) potwierdzającą, że wykazany w oświadczeniu PHU Komunalnik pojazd DAF o nr rejestracyjnym PO 4L661 na dzień składania ofert nie posiadał ani systemu wagowego ani systemu RFID. Potwierdza to korespondencja e-mail, której wydruk dołączono do pisma przystępującego z dnia 14 grudnia 2015 roku. Zgodnie z e-mailem reprezentanta ZGKiM Szamocin na pytanie, czy w samochodzie istnieje możliwość zamontowania systemu RFID i systemu wagowego, reprezentant spółki Komunal Partner sp. z o.o. w Pławcach oświadczył, że *„Tak, jest taka możliwość, oferta w załączniku. Co do terminu to jak będzie zamówienie w tym tygodniu to powinniśmy się wyrobić do końca roku.”*

Tym samym, w sposób bezsprzeczny stwierdzić należało, że w dniu 10 grudnia 2015 roku (dzień przeprowadzenia czynności przez przystępującego), pojazd proponowany przez odwołującego nie spełniał warunków udziału w postępowaniu – okoliczności powyższej odwołujący nie zaprzeczył. W ocenie Izby, również na dzień złożenia oferty, pojazd proponowany przez odwołującego, nie spełniał warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący nie potwierdził okoliczności, poza składanymi oświadczeniami, że proponowany pojazd posiadał określone wyposażenie na dzień składania oferty.

Zastanowienie Izby budzi również okoliczność sprzeczności składanych przez odwołującego dokumentów oraz oświadczeń i związane z tym zachowanie odwołującego. Wskazać bowiem należy, że odwołujący w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zmienił swoje oświadczenie pierwotnie złożone w ofercie wskazując, że zmienił się sposób korzystania ze wskazanych w ofercie pojazdów. Zdaniem Izby czynność ta była spowodowana bieżącą sytuacją odwołującego w postępowaniu, tym samym odwołujący próbował, w sposób nieudolny, poprzez przedstawienie nowych dokumentów i oświadczeń zmienić sposób (na pozytywny) oceny oferty przez zamawiającego. Nieudolność, a może świadoma manipulacja polegała na tym, iż pierwotnie w ofercie odwołujący podał, że podmiotem, który będzie udostępniał mu zasoby jest podmiot/firma: Komunal Partner sp. z o.o., Pławce 20; 63-000 Środa Wielkopolska. W wyniku wezwania zamawiającego, odwołujący poinformował, że zmienił się sposób udostępniania pojazdów albowiem odwołujący wydzierżawił przedmiotowe pojazdy, na dowód czego załączył kopię umowy dzierżawy. Umowa nie została opatrzona datą jej zawarcia, jedynie w pkt II ust. 1 podano, że umowa zostaje zawarta na okres od 27 listopada 2015 do 31 stycznia 2016 r. Niemniej wskazać należy, jak to wynika z komparycji umowy, że przedmiotowa umowa zawarta została między odwołującym, a cyt. „Komunal Partner Janusz Latos”, Pławce 20; 63-00 Środa Wielkopolska. Zwrócić w tym miejscu należy uwagę na fakt, że obydwie podmioty nie mogą być identyfikowane jako jeden podmiot, gdyż w odniesieniu do każdego z nich, został nadany odmienny numer identyfikacji podatkowej NIP. I tak w odniesieniu do sp. z o.o. nadany został NIP 7772881754, a w odniesieniu do drugiego wykonawcy NIP 665-002-61-54. Powyższe okoliczności w sposób jasny i zupełny wskazują, że odwołujący próbował wprowadzić zamawiającego w błąd, gdyż nie jest wiadomym, kto w ostateczności jest właścicielem wskazanych pojazdów, tym samym nie jest wiadomym czy odwołujący w sposób zgodny z prawem próbuje zamawiającego przekonać, co do możliwości posługiwania się rzeczonymi pojazdami. Co istotne w niniejszej sprawie, determinujące prawidłowość czynności zamawiającego, to okoliczność, iż *de facto* właścicielem pojazdu w chwili złożenia oferty był Europejski Fundusz Leasingowy S.A. Oddział w Poznaniu, w imieniu którego ofertę przejęcia leasingu proponowała kolejna firma Komunal Partner sp. z o.o. w organizacji, Pławce 20; 63-000 Środa Wielkopolska, NIP 7861701765 (trzecia z kolei firma, która rzekomo ma również prawo do dysponowania spornym pojazdem).

Tym samym, w ocenie Izby, biorąc pod uwagę całokształt okoliczności w sprawie, stwierdzić należało, że oświadczenia składane w postępowaniu przez odwołującego, są ze sobą sprzeczne, wzajemnie wykluczające się, nie dające jednoznacznej pewności co do

pojazdu będącego przedmiotem oceny przez zamawiającego. Nadto, odwołujący żadnym dokumentem, poza oświadczeniami nie potwierdził, że referencyjny pojazd posiada określony załącznikiem nr 5 wymagany osprzęt. Wręcz przeciwnie, działanie odwołującego ukierunkowane jest na wywołanie określonego skutku, poprzez składanie sprzecznych dokumentów. A to na odwołującym spoczywał obowiązek jasnego i jednolitego wyjaśnienia spornych elementów. W ocenie Izby całokształt dokumentów zgromadzonych w postępowaniu, w sposób jednoznaczny potwierdza, że odwołujący w swojej ofercie przedstawił informacje nieprawdziwe, które nie podlegają sanowaniu w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp (vide: wyroki Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 czerwca 2012 r., sygn. akt KIO 1257/12; KIO 1262/12, z dnia 25 sierpnia 2011 r., sygn. akt KIO 1736/11, KIO 1735/11; z dnia 20 lipca 2011 r., sygn. akt KIO 1424/11, z dnia 24 października 2008 r., sygn. akt KIO/UZP 1098/08, z dnia 8 stycznia 2013 roku, sygn. akt KIO 2817/12, z dnia 16 grudnia 2010 roku, sygn. akt KIO 2626/10, z dnia 28 kwietnia 2011 roku, sygn. akt: KIO/UZP 801/11).

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty WPO Alba S.A., która w ocenie odwołującego zawiera błąd w obliczeniu ceny, Izba stwierdziła, co następuje.

Przedmiotem usługi określonej w s.i.w.z. jest odbiór odpadów oraz ich zagospodarowanie. Sprzedaż worków gminie lub przekazanie ich przez wykonawcę bezpośrednio właścicielom nieruchomości zamieszkałych (lub mieszkańcom przez gminę) jest elementem służącym do realizacji usługi głównej, to jest odbioru i zagospodarowania odpadów. Gromadzenie odpadów komunalnych segregowanych (np. ulegających biodegradacji, opakowań, papieru) na terenie nieruchomości przez ich właścicieli odbywa się z wykorzystaniem otrzymanych worków na odpady, zarówno gdy podmiotem przekazującym jest bezpośrednio wykonawca, jak i kiedy odbywa się to za pośrednictwem gminy. Jest to bowiem część usługi gromadzenia i odbierania odpadów komunalnych.

Przystępujący pismem z dnia 8 stycznia 2016 roku zwrócił się do Urzędu Statystycznego w Łodzi Ośrodka Klasyfikacji i Nomenklatur o wydanie interpretacji statystycznej. Urząd Statystyczny pismem z dnia 20 stycznia 2016 roku, odpowiedział, że „zgodnie z zasadami metodycznymi Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) wprowadzonej rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 1676) wymienione w piśmie usługi mieszczą się w grupowaniach:

- dostarczanie właścicielom nieruchomości worków na odpady selektywne (makulaturę, szkło i tworzywa sztuczne) związane z odbiorem odpadów selektywnie zebranych - PKWiU 38.11.11.0 „Usługi związane ze zbieraniem komunalnych odpadów innych niż niebezpieczne, nadających się do recyklingu”,

- dostarczanie Gminie worków na odpady ulegające biodegradacji, związane z odbiorem tych odpadów - PKWiU 38.11.21.0 „Usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne, nienadających się do recyklingu”.

W oparciu o § 2 i 3 powołanego rozporządzenia:

- w ewidencji, dokumentacji i rachunkowości, a także w urzędowych rejestrach i systemach informacyjnych administracji publicznej - stosuje się równolegle do dnia 31 grudnia 2016 r.,

- do celów podatkowych - stosując się do dnia 31 grudnia 2017 r.

Polską Klasyfikację Wyrobów i Usług (PKWiU), wprowadzoną rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 29 października 2008 r. (Dz. U. Nr 207, poz. 1293, z późn. zm.).

W związku z powyższym ww. usługi mieszczą się w grupowaniach:

- dostarczanie właścicielom nieruchomości worków na odpady selektywne (makulaturę, szkło i tworzywa sztuczne) związane z odbiorem odpadów selektywnie zebranych - PKWiU 38.11.11.0 „Usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu”,

- dostarczanie Gminie worków na odpady ulegające biodegradacji, związane z odbiorem tych odpadów - PKWiU 38.11.21.0 „Usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych Innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu”.

Wskazane przez Urząd Statystyczny w Łodzi grupowania (PKWiU 38.11.11.0 oraz PKWiU 38.11.21.0) przedmiotowych usług, zgodnie z załącznikiem nr 3 do ustawy z dnia 11 marca 2004 roku o podatku od towarów i usług (tekst jednolity Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 z późn. zm.) - odpowiednio pozycje 143 i 144 - są opodatkowane stawką podatku w wysokości 8%.

Powyższe potwierdzone zostało również w ramach interpretacji Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi z dnia 5 lutego 2014 roku (znak IPTPP1/443-841/13-4/RG), zgodnie z którą *„Uznanie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zlokalizowanych na terenie Gminy oraz dostawy worków foliowych i pojemników na odpady za świadczenie kompleksowe oraz zastosowanie 8% stawki podatku VAT na usługi kompleksowe odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz dostawy worków foliowych i pojemników na odpady jest prawidłowe.”.*

Biorąc powyższe pod uwagę, a w szczególności mając na względzie treść Interpretacji Indywidualnej Dyrektora Izby Skarbowej w Łodzi, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego jest bezzasadny. Nadto wskazać należy, że odwołujący dowodu przeciwnego nie złożył.

Odnosnie zarzutu odwołującego, odnoszącego się do naruszenia przez zamawiającego przepisu art. 7 ustawy Pzp, dotyczącego zaniechania zobowiązania WPO Alba S.A., do

przedłożenia dokumentów ubezpieczeniowych o odpowiedniej treści, Izba stwierdziła, co następuje.

W ocenie Izby, w przedmiotowym postępowaniu nie doszło do naruszenia zasady równego traktowania wykonawców, ponieważ wykonawcy nie znaleźli się w tej samej lub nawet podobnej sytuacji, dlatego nie zaistniała konieczności wzywania WPO ALBA w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, do przedłożenia prawidłowej polisy. Zdaniem Izby polisa OC przystępującego obejmuje cały przedmiot zamówienia, co wynika wprost z treści ww. dokumentu, przedłożonego w ofercie WPO ALBA.

Zgodnie z postanowieniem rozdziału III punkt 3.1. specyfikacji istotnych warunków zamówienia *„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy wykażą brak podstaw do wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia z powodu niespełnienia warunków, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy Pzp oraz wykażą, że spełniają warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, tj. warunki dotyczące: 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej, tj. 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.”*

Wykonawca ALBA, do oferty załączył polisę OC o nr 908201173767, gdzie w rubryce „Ubezpieczona działalność” w sposób bezpośredni zostało wskazane, jaki obszar ubezpieczenia przejął na siebie ubezpieczyciel w ramach prowadzonej przez wykonawcę działalności. Z treści polisa wynika bowiem, że przedmiotem ubezpieczenia jest, cyt. *„Gromadzenie, przetwarzanie i obrót odpadów, surowców wtórnych i złomu – odzysk i zbieranie odpadów z gospodarstw domowych, odpadów stałych, odpadów wielkogabarytowych, płynów, odpadów specjalnych – zbieranie i recycling sprzętu elektrycznego i elektronicznego, transport drogowy towarów samochodami specjalnymi i uniwersalnymi, sortowanie i zarządzanie odpadami, w tym odpadami komunalnymi, odpadami niebezpiecznymi, odpadami przemysłowymi i złomem – unieszkodliwianie odpadów, usuwanie towarów używanych (...), usługi selektywnej zbiórki surowców wtórnych, usuwanie odpadów stałych i płynnych (...) – inne usługi pokrewne (...)”*.

Z treści przedmiotowej polisy wynika wprost, że przedmiot ubezpieczenia jest związany, zgodnie z żądaniem zamawiającego, *„z przedmiotem zamówienia”*. Tym samym nie sposób uznać, aby twierdzenia i zarzuty odwołującego był zasadne, dlatego też Izba przedmiotowy zarzut uznała za bezzasadny, a dodatkowo - nie poparty żadnymi dowodami.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Przewodniczący: