Sygn. akt KIO 504/19

WYROK
z dnia 8 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:
Przewodniczący: **Marek Koleśnikow**

Protokolant:Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 3 kwietnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 marca 2019 r. przez wykonawcę **Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą**
w Olsztynie, ul. Lubelska 43d, 10-410 Olsztyn w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Olsztyn, Plac Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn**
przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **[1] KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Towarowa 20A, 10-417 Olsztyn [pełnomocnik], [2] J. S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą UTYL-SERVICE BIS J. S., ul. Jagiellońska 1, 87300 Brodnic**
zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

#x200e2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego **Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 43d, 10-410 Olsztyn** i:

2.1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 43d, 10-410 Olsztyn** tytułem wpisu od odwołania;

2.2)zasądza od wykonawcy **Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 43d, 10-410 Olsztyn** na rzecz zamawiającego **Gmina Olsztyn, Plac Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Olsztynie**.

Przewodniczący:……

Sygn. akt KIO 504/19

U z a s a d n i e n i e

Zamawiający Gmina Olsztyn, Pl. Jana Pawła II 1, 10-101 Olsztyn wszczął postępowanie na usługi w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Olsztyn (stacjonarnego
i mobilnego), nr: ZP.271.1.112.2018.3«.

26.12.2018 r. zostało opublikowane ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

15.03.2019 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Towarowa 20A, 10417 Olsztyn [pełnomocnik] i [2] UTYLSERVICE BIS J. S., ul. Jagiellońska 1, 83300 Brodnica.

25.03.2019 r. wykonawca Olsztyński Zakład Komunalny Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Olsztynie, ul. Lubelska 43d, 10410 Olsztyn, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł do Prezesa KIO odwołanie na:

1)wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenia zamówienia [1] KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Towarowa 20A, 10417 Olsztyn [pełnomocnik] i [2] UTYLSERVICE BIS J. S., ul. Jagiellońska 1, 83300 Brodnica [dal wykonawca K lub przystępujący], który to wykonawca podlegał wykluczeniu, zaś złożona przez niego oferta odrzuceniu i w konsekwencji

2)zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej

– a z ostrożności procesowej odwołujący wniósł odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy Pzp czynności zamawiającego i zaniechania czynności, do których zamawiający jest zobowiązany na podstawie ustawy Pzp polegających na:

3)unieważnieniu postępowania przez zamawiającego i w konsekwencji

4)zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1)art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, polegające na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów, obejmującej co najmniej 3 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem zamówienia,
w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku;

2)art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, polegające na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wyposażeniem niezbędnym w celu wykonania zamówienia, wobec braku przekazania przez wykonawcę K informacji o podstawie dysponowania nieruchomością;

3)art. 89 ust. 6 Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy K, mimo że oferta wykonawcy K zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki VAT w wysokości 8%;
4)art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp polegające na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy K pomimo braku wniesienia wadium w sposób prawidłowy;
5)art. 93 Pzp polegające na unieważnieniu przez zamawiającego postępowania pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności;
6)art. 91 ust. 1 Pzp polegające na zaniechaniu wybrania przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego jak najkorzystniejszej, w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów, spośród ofert ważnych i nie podlegających odrzuceniu.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:
1)unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę K jako najkorzystniejszej;
2)ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert;
3)wykluczenie wykonawcy K z udziału w postępowaniu i odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę K;
4)dokonania wyboru oferty złożonej odwołującego jako najkorzystniejszej, w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów, spośród ofert ważnych i nie podlegających odrzuceniu
5)obciążenie zamawiającego w całości kosztami postępowania odwoławczego, tj. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł wraz z kosztami postępowania, w tym kosztami dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzeniem pełnomocnika w wysokości wynikającej z rachunku, który zostanie złożony na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Interes prawny odwołującego:

Odwołujący podnosi, że zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp przysługują odwołującemu środki ochrony prawnej, gdyż ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp odwołujący może ponieść szkodę. Odwołujący złożył w przedmiotowym postępowaniu ważną niepodlegającą odrzuceniu ofertę, która w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, powinna być uznana za ofertę najkorzystniejszą spośród ofert ważnych i niepodlegających odrzuceniu. Mając na uwadze brak spełniania przez wykonawcę K warunków udziału w postępowaniu oraz błąd w obliczeniu przez wykonawcę K ceny, polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki VAT w wysokości 8%, oferta wykonawcy K powinna być odrzucona, zaś oferta złożona przez odwołującego wybrana jako najkorzystniejsza. Wobec powyższego odwołujący ma realną szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Termin na wniesienia odwołania

Zgodnie z art. 182 ust. 1 Pzp w przypadku, gdy wartość przedmiotu zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp – odwołanie od czynności zamawiającego wnosi się w terminie 10 dni od dnia przestania informacji o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę wniesienia odwołania – jeśli zostały przesłane w sposób określony w art. 180 ust. 5 zdanie drugie Pzp.

Tym samym mając na względzie dyspozycję art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, przedmiotowe odwołanie zostało wniesione z zachowaniem 10-dniowego terminu, tj. do 25.03.2019 r.

Kopia odwołania, została przekazana zamawiającemu 25.03.2019 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej. W konsekwencji wypełniona została dyspozycja art. 180 ust. 5 Pzp.

I. Stan faktyczny

1.Zamawiający prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. »Utworzenie i prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Olsztyn (stacjonarnego i mobilnego), (nr postępowania: ZP.271.1.112.2018.a)«.
2. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ"), rozdz. VI pkt 5 zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 90 000,00 zł przed upływem terminu składania ofert w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy: Bank PKO BP SA, numer konta: 81 1020 3541 0000 5602 0290 6683 (w tytule przelewu należy wpisać nazwę postępowania i NIP), poręczeniach bankowych, poręczeniach pieniężnych spółdzielczych kas oszczędnościowokredytowych, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy powinno wpłynąć, najpóźniej przed upływem terminu składania ofert, przy czym zamawiający będzie uważał za skuteczne wniesienie wadium tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert.
3.Zgodnie z rozdz. V ust. 2 pkt 3 SIWZo udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących:
–co najmniej trzy frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku,
–co najmniej trzy kody odpadów niebezpiecznych, spośród kodów odpadów niebezpiecznych objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia, w łącznej ilości nie mniejszej niż 120 Mg w jednym roku.
4.W toku postępowania zostały złożone dwie oferty. Wykonawcy K złożyło ofertę proponując cenę w wysokości 3 219 800,00 zł brutto w tym podatek VAT według stawki 8%. Olsztyński Zakład Komunalny sp. z o.o. w Olsztynie złożył ofertę oferując cenę 4 600 200,00 zł brutto w tym VAT według stawki 23%.
5.Pismem z 6.02.2019 r. zamawiający działając na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał wykonawcę K do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zastosowania obniżonej stawki należnego VAT w wysokości 8%. W odpowiedzi wykonawca K pismem z 8.02.2019 r. udzielił wyjaśnień zamawiającemu.
6.Pismem z 26.02.2019 r. zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wezwał wykonawcy K na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. następujących dokumentów:
1)wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz
z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały

wykonane,

2)dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane;

3)wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami

– w terminie do 11.03.2019 r.

7.W dokumentacji postępowania brak jest informacji o dacie złożenia przez wykonawcę K dokumentów i oświadczeń w terminie zakreślonym przez zamawiającego.

8.Pismem z 15.03.2019 r. zamawiający poinformował, że za najkorzystniejszą, w oparciu o kryteria oceny ofert, uznana została oferta złożona przez wykonawcę K. Nadto zamawiający wskazał, że nie odrzucił żadnej oferty i żaden wykonawca nie został wykluczony, postępowanie nie zostało unieważnione.

9.W tym samym dniu na stronie internetowej zamawiającego została umieszczona informacja o wyniku postępowania – pismo z 15.03.2019 r. zatytułowane „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania", nr dokumentu 34871.03.2019-W.

Dowód: Pismo z 15.03.2019 r. „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania" nr dokumentu 34871.03.2019-W.

10.Wykonawca pismem z 15.03.2019 r. zwrócił się do zamawiającego z wnioskiem o podanie podstawy prawnej, w oparciu o którą dokonano unieważnienia postępowania wraz z uzasadnieniem (art. 93 ust. 3 Pzp). Zamawiający nie udzielił odpowiedzi na ten wniosek, nie wskazał podstawy prawnej ani uzasadnienia dokonanego unieważnienia.

11.19.03.2019 r. zamawiający dokonał przerobienia dokumentu umieszczonego na stronie zatytułowanego pierwotnie „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania" przez usunięcie z jego treści słów: „Zawiadomienie Unieważnienie postępowania przetargowego".

Dowód: Pismo z 15.03.2019 r., nr dokumentu 34871.03.2019-W.

II.Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonania usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów, obejmującej co najmniej trzy frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku.

12.Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zaś zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

13.Zamawiający w rozdz. V SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. W zakresie spełniania warunków dotyczących: zdolności technicznej lub zawodowej zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących co najmniej:

–3 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku,

–trzy kody odpadów niebezpiecznych, spośród kodów odpadów niebezpiecznych objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia, w łącznej ilości nie mniejszej niż 120 Mg w jednym roku.

14.Odpady segregowane, o których mowa w SIWZ, to zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odpady selektywnie zbierane, to odpady których dotyczy obowiązek selektywnej zbiórki. Zgodnie z art. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności ustanawiają selektywne zbieranie odpadów komunalnych obejmujące co najmniej następujące frakcje odpadów: papieru, metalu, tworzywa sztucznego, szkła i opakowań wielomateriałowych oraz odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji. Rozporządzeniem z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów Minister Środowiska określił frakcje odpadów podlegających selektywnemu zbieraniu. Zgodnie z § 3 Rozporządzenia selektywnie zbiera się: papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne, odpady ulegające biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów.

Z przywołanych przepisów wynika, że segregowane odpady, czyli odpady które podlegają selektywnemu zbieraniu to wyłącznie odpady obejmujące następujące frakcje: papier, szkło, metale, tworzywa sztuczne i odpady ulegające biodegradacji. Jest to katalog zamknięty.

W świetle ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz Rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów oraz zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 170106 nie należą do katalogu odpadów segregowanych podlegających selektywnej zbiórce.

15.Pismem z 26.02.2019 r. zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wezwał wykonawcę K na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp do złożenia m.in. wykazu usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz dowodów określających czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie przy czym dowodami są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane.

16.W odpowiedzi wykonawca K złożył wykaz usług oraz referencje. Dokumenty złożone przez wykonawcę K nie potwierdzają wykonania co najmniej jednej usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów, obejmujących co najmniej trzy frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku.

Zarówno z wykazu jak i ze złożonych referencji wynika, że wykonawca KOMA OLSZTYN sp. z o.o.w 2018 r. wykonał jedną usługę, lecz dotyczącą zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących jedynie dwie frakcje odpadów segregowanych tj. odpady obejmujące opakowania z papieru i tektury o kodzie 150101 w ilości 130,00 Mg oraz zmieszane odpady opakowaniowe o kodzie 150106 w ilości 258,50 Mg.

Łączna ilość odpadów segregowanych wyniosła 388,50 Mg. Odpadami segregowanymi (selektywnie zbieranymi) nie są bowiem odpady z betonu oraz gruz betonowy z rozbiórek i remontów (kod 170106) oraz zmieszane odpady z betonu, gruzu ceglanego, odpadowych materiałów ceramicznych i elementów wyposażenia inne niż wymienione w 170106 (kod 170107) i z tego powodu ilości tych odpadów nie mogą być uwzględnione w obliczeniu wymaganej przez zamawiającego ilości odpadów segregowanych. Z dokumentów złożonych przez wykonawcę K wynika, że w 2018 r. wykonawca KOMA OLSZTYN sp. z o.owykonał usługę dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących jedynie dwie frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia w łącznej ilości 388,50 Mg w jednym roku, co nie spełnia warunku udziału w postępowaniu
w zakresie wykonania usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących co najmniej 3 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku.

17. Wobec tego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę K z postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonać czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K.
18. Dodatkowo odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy K do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku wykonania usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących co najmniej 3 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku w sytuacji gdy złożony przez wykonawcę K wykaz usług i referencje potwierdzały jedynie wykonanie w 2018 r. usługi zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących tylko 2 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem rozpoznawanego zamówienia
o łącznej ilości 388,50 Mg.

III. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, polegający na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wyposażeniem niezbędnym w celu wykonania zamówienia wobec braku przekazania przez wykonawcę K informacji o podstawie dysponowania nieruchomością

19. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu zaś zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia.
20. Zamawiający w rozdz. V SIWZ określił warunki udziału w postępowaniu. W zakresie spełniania warunków dotyczących zdolności technicznej lub zawodowej (wyposażenie niezbędne w celu wykonania zamówienia publicznego) zamawiający wskazał, że wykonawca musi wykazać, że dysponuje wyposażeniem umożliwiającym odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości tj. co najmniej nieruchomością na terenie Olsztyna, na której prowadzony będzie PSZOK, o powierzchni nie mniejszej niż 500 m^2 na terenie utwardzonym, zapewniającym odprowadzenie wód opadowych.
21. Zgodnie z rozdz. VII ust. 1 pkt 7 SIWZw celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu na wezwanie zamawiającego należy złożyć wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.
22. Pismem z 26.02.2019 r. zamawiający w celu potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu wezwał wykonawcę K – na podstawie art. 26 ust. 1 Pzp – do złożenia m.in. wykazu narzędzi, wyposażenia zakładu lub urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy w celu wykonania zamówienia wraz z informacją o podstawie do dysponowania tymi zasobami.
23. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca K złożył wykaz narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy, w którym to wykazie opisano nieruchomość, jednak nie podano informacji o podstawie do dysponowania nieruchomością. Z tego powodu złożony wykaz nie spełnia wymogów określonych
w rozdz. Vll ust. 1 pkt 7 SIWZ.
24. Wobec powyższego, zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, zamawiający powinien wykluczyć wykonawcę K z postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonać czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę K.
25. Dodatkowo odwołujący podniósł zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 Pzp przez zaniechanie wezwania wykonawcy K do złożenia dokumentów potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, tj. złożenie przez wykonawcę K informacji o podstawie do dysponowania nieruchomością.

IV. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 6 Pzp polegający na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy K, mimo że oferta zawiera błąd w obliczeniu ceny polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki VAT w wysokości 8%.

26. Zgodnie z art. 89 ust. 6 Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli oferta zawiera błędy
w obliczeniu ceny lub kosztu.
27. Jeśli zamawiający nie określił w SIWZ stawki VAT, którą należało przyjąć do obliczenia ceny oferty, to błędne zastosowanie nieprawidłowej stawki VAT skutkuje odrzuceniem oferty, jako zawierającej błąd w obliczeniu ceny (art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp) – wyrok KIO
z 21 maja 2018 r. – KIO 880/18.
28. Zastosowana przez wykonawcę K do obliczenia zaoferowanej ceny stawka VAT w wysokości 8% jest nieprawidłowa.
29. Odwołujący składając ofertę za wykonanie usług objętych postępowaniem w trybie przetargu nieograniczonego na udzielenie zamówienia publicznego na »Utworzenie
i prowadzenie Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych na terenie Gminy Olsztyn (stacjonarnego i mobilnego)« do obliczenia oferowanej ceny brutto zastosował stawkę VAT 23%, która jest stawką prawidłową.
30. Zgodnie z Załącznikiem do Uchwały Nr XXXVII/641/17 Rady Miasta Olsztyna z dnia 28 czerwca 2017 r. Regulamin utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn ilekroć w „Regulaminie" jest mowa o Punktach Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych (PSZOK)– należy przez to rozumieć utworzone przez gminę miejsca, które zapewniają przyjmowanie takich odpadów komunalnych jak: papier, szkło, metale
i tworzywa sztuczne, odpady wielkogabarytowe, odpady ulegające biodegradacji, odpady zielone, popiół z gospodarstw domowych, przeterminowane leki i chemikalia, zużyte baterie i akumulatory, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, zużyte opony, odzież i tekstylia, odpady wielomateriałowe, odpady budowlane i rozbiórkowe

stanowiące odpady komunalne.

31. Ustawodawca w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach odróżnia czynności polegające na „zbieraniu odpadów" od czynności „przyjmowania odpadów". Każde z tych pojęć ma inne znaczenie nadane przez ustawodawcę. Postanowienia SIWZ oraz Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn wyraźnie wskazują, że działalność PSZOK polega na przyjmowaniu odpadów komunalnych w utworzonym w tym celu miejscu. Żadne postanowienie SIWZ ani Regulaminu nie posługuje się w stosunku do działalności PSZOK pojęciem „zbieranie odpadów". Działalność PSZOK nie polega bowiem na zbieraniu odpadów. PSZOK to punkt selektywnego zbierania odpadów komunalnych, to miejsce na terenie gminy, w którym mieszkańcy pozostawiać mogą odpady komunalne zebrane w sposób selektywny. Działalność PSZOK polega na utworzeniu punktu (miejsca) do którego mieszkańcy dostarczają odpady komunalne takie jak papier, szkło, metale i tworzywa sztuczne, odpady wielkogabarytowe, odpady ulegające biodegradacji, odpady zielone, popiół z gospodarstw domowych i inne, które to odpady są przyjmowane przez prowadzącego PSZOK.

32. Działalność w zakresie „zbierania odpadów" polega natomiast na wykonywaniu usługi o odmiennym charakterze. Ustawodawca posługuje się pojęciem zbierania odpadów w stosunku do odpadów komunalnych zmieszanych gromadzonych przez właścicieli nieruchomości na tych nieruchomościach. Usługa „Zbieranie odpadów" polega na odbieraniu odpadów zgromadzonych na nieruchomościach zamieszkałych lub niezamieszkałych oraz ich transporcie z miejsca zgromadzenia do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nieprowadzące do zasadniczej zmiany charakteru i składu odpadów i niepowodujące zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów. W ramach wykonywania usługi „zbierania odpadów". Wykonawca tej usługi zobowiązany jest zapewnić transport odpadów z miejsca ich gromadzenia przez mieszkańców, tj. z pojemników usytuowanych na terenie nieruchomości, na której odpady są wytwarzane do miejsca ich przetwarzania. Powyższe wskazuje na odmienny charakter usługi „zbierania odpadów" oraz usługi „przyjmowania odpadów".

33. Zgodnie z art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2011 r. Nr 177, poz. 1054 ze zm.) [zwanej dalej ustawa o VAT], opodatkowaniu ww. podatkiem podlegają odpłatna dostawa towarów i odpłatne świadczenie usług na terytorium kraju.

34. Zgodnie z obowiązującym od 1.01.2011 r. przepisem art. 5a ustawy o VAT, towary lub usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5, wymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, są identyfikowane za pomocą tych klasyfikacji, jeżeli dla tych towarów lub usług przepisy ustawy lub przepisy wykonawcze wydane na jej podstawie powołują symbole statystyczne. Dla prawidłowego określenia wysokości stawki podatku od towarów i usług od czynności, których przedmiotem są poszczególne towary lub usługi, ustawodawca odsyła do klasyfikacji statystycznych wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej, powołując w przepisach dotyczących obniżonych stawek podatku oraz w załącznikach do ustawy symbole Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług [PKWiU] Klasyfikacją, do której odwołują się przepisy ustawy, jest PKWiU, wprowadzona rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 4 września 2015 r. w sprawie PKWiU (Dz. U. poz. 1676 ze zm.).

35. Zgodnie z art. 41 ust. 1 ustawy o VAT, stawka podatku wynosi 23%, z zastrzeżeniem ust. 2-12c, art. 83, art. 119 ust. 7, art. 120 ust. 2 i 3, art. 122 i art. 129 ust. 1. Jednak, zarówno w treści ustawy o VAT, jak i przepisach wykonawczych do niej, ustawodawca przewidział obok zwolnień podmiotowych (dotyczących podatnika) również zwolnienia przedmiotowe odnoszące się do niektórych czynności, a także obniżone stawki podatku. W myśl art. 41 ust. 2 ustawy o VAT, dla towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy, stawka podatku wynosi 8% z zastrzeżeniem ust. 12 i art. 114 ust. 1. W myśl art. 41 ust. 13 ustawy o VAT, towary i usługi będące przedmiotem czynności, o których mowa w art. 5 ustawy o VAT, niewymienione w klasyfikacjach wydanych na podstawie przepisów o statystyce publicznej podlegają opodatkowaniu stawką w wysokości 23%,
z wyjątkiem tych, dla których w ustawie o VAT lub przepisach wykonawczych określono inną stawkę. Oznacza to, że stawkę podatku w podstawowej wysokości należy stosować, jeżeli brak jest przepisu szczególnego określającego obniżoną stawkę podatku lub zwolnienie od podatku, przy czym przepisy takie zawiera zarówno ustawa, jak również rozporządzenia wykonawcze do ustawy. Zgodnie z obowiązującym od 1 stycznia 2011 r. art. 146a ustawy o VAT, w okresie od 1 stycznia 2011 r. do 31 grudnia 2018 r., z zastrzeżeniem art. 146f ustawy o VAT:

- –stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 1 i 13, art. 109 ust. 2 i art. 110 ustawy o VAT wynosi 23%;
- –stawka podatku, o której mowa w art. 41 ust. 2, art, 120 ust. 2 i 3 ustawy o VAT oraz w tytule załącznika nr 3 do ustawy, wynosi 8%;
- –stawka zryczałtowanego zwrotu podatku, o której mowa w art. 115 ust. 2 ustawy o VAT, wynosi 7%;
- –stawka ryczałtu, o której mowa w art. 114 ust. 1 ustawy o VAT, wynosi 4%.

36. Posługując się klasyfikacją PKWiU odwołujący wskazuje, że usługa objętą postępowaniem na udzielenie zamówienia publicznego na »Utworzenie i prowadzenie PSZOK na terenie Gminy Olsztyn (stacjonarnego i mobilnego)« podlega klasyfikacji, na którą składają się następujące symbole i odpowiadające im grupowania:

A. Dział 38 – Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadające się do recyklingu (38.11.1) oraz Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu (38.11.2), do których stosuje się stawkę VAT 8%. Zgodnie z postanowieniami SIWZ stawka VAT 8% znajduje zastosowanie jedynie w przypadku przyjmowanie odpadów w ramach Mobilnego PSZOK i przekazywania odpadów do Regionalnej Instalacji Przetwarzania Odpadów Komunalnych właściwej dla gminy Olsztyn (RIPOK), tj. Zakładu Gospodarki Odpadami Komunalnymi Sp. z o.o. zlokalizowanego w Olsztynie przy ul. Lubelskiej 53.

B. Dział 82 i 85 – Usługi wspomagające prowadzenie działalności gospodarczej, gdzie indziej nie sklasyfikowane (82.99.12; 82.99.19) oraz Usługi wspomagające edukację (85.60), do których ma zastosowanie stawka VAT 23%. Zgodnie z SIWZ zaklasyfikowaniu do tych kategorii usług podlegają pozostałe usługi związane z utworzeniem i prowadzeniem PSZOK m.in. opisane w opisie przedmiotu zamówienia tj:

1) Przyjmowanie odpadów w ramach Stacjonarnego PSZOK;
2) Prowadzenie w formie elektronicznej i papierowej ewidencji podmiotów oraz nieruchomości, z których przekazywane są odpady i przedmioty, oraz ilości i rodzaju wszystkich przyjmowanych odpadów (wymóg ten nie dotyczy Mobilnego PSZOK);
3) Prowadzenie w formie elektronicznej i papierowej ewidencji odpadów przyjętych do PSZOK i przekazywanych do dalszego zagospodarowania w tym odzysku lub unieszkodliwiania, zgodnie z obowiązującym Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 12 grudnia 2014 r. w sprawie wzorów dokumentów

stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów (Dz.U. z 2014 r. poz. 1973);
4) Dokumentowanie prawidłowości postępowania z odpadami oraz ilości odpadów przyjętych i przekazanych do RIPOK;
5) Opracowanie i podanie do publicznej wiadomości na stronie internetowej wykonawcy i w siedzibie PSZOK „Regulamin PSZOK" i „Regulamin Mobilnego PSZOK," po uprzednim zatwierdzeniu ich przez zamawiającego.
6) Opracowanie i podanie do publicznej wiadomości (w siedzibie PSZOK i na stronie internetowej wykonawcy) harmonogramu wraz z miejscami przyjmowania odpadów przez Mobilny PSZOK na co najmniej 30 dni przed planowanym odbiorem odpadów, po uprzednim zatwierdzeniu go przez zamawiającego;
7) Zapewnienie w PSZOK linii telefonicznej z niezmiennym numerem przez cały okres obowiązywania umowy;
8) Wykonywania pozostałych zobowiązań opisanych w Regulaminie PSZOK i Regulaminie Mobilnego PSZOK, a także tych, które nie są wskazane, a są konieczne do realizacji rozpoznawanej umowy. W zakresie tych czynności mieszczą się takie działania jak:
a) Sporządzenie raportów oraz prowadzenie dokumentacji (ewidencja odpadów, comiesięczne raporty z wykonywania usługi itp.), ewidencja podmiotów i nieruchomości oddających odpady do PSZOK, realizacja obowiązku ochrony danych osobowych wynikającego z przepisów o RODO,
b) Usługi przyjmowania telefonów: przyjmowanie zgłoszeń i nowych miejsc przyjmowania odpadów przez Mobilny PSZOK, udzielanie informacji na temat zasad korzystania z PSZOK, zapewnienie niezmiennego numeru telefonu i linii telefonicznej,
c) Organizowanie Mobilnego PSZOK: opracowanie harmonogramu, zaprojektowanie, wydrukowanie i kolportaż ulotek (usługa stała comiesięczna),
d) Opracowanie Regulaminów Stacjonarnego i Mobilnego PSZOK,
e) Prowadzenie specjalnej zakładki na stronie internetowej dedykowanej wykonywanej usłudze,
f) Konsulting – pomoc przy przeprowadzaniu badań rynku,
g) Doradztwo edukacyjnozawodowe w tym, reprezentowanie zamawiającego podczas spotkań branżowych dot. usługi.

37. Mając na uwadze treść przytoczonych przepisów należy zatem stwierdzić, że usługi objęte postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego na Utworzenie i prowadzenie PSZOK na terenie Gminy Olsztyn (stacjonarnego i mobilnego) podlegają opodatkowaniu stawką VAT w wysokości 23%, gdyż taką stawką objęty jest przeważający zakres czynności objętych opisem przedmiotu zamówienia.
38. Na prawidłowość zastosowanej przez odwołującego stawki VAT w wysokości 23% wskazuje także to, że odwołujący na podstawie uchwały nr XL/701/13 Rady Miasta Olsztyna z dnia 31 lipca 2013 r. wykonywał zadanie własne Gminy Olsztyn w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK. W wykonaniu ww. uchwały wnioskodawca zawarł z Gminą Olsztyn umowę wykonawczą nr 42/12/2013/218 z dnia 31.12.2013 r., a następnie umowę wykonawczą nr 8/07/2015/218/02, na podstawie których w ramach wykonywania utworzenia i prowadzenia PSZOK na terenie Gminy Olsztyn odwołujący zobowiązany był do przyjmowania i zagospodarowania odpadów objętych świadczoną usługą a ponadto do:
1) odbioru odpadów od właścicieli nieruchomości co najmniej 40 godzin w tygodniu. PSZOK otwarty będzie od poniedziałku do piątku w godz. 06:0018:00 i w sobotę w godz. 06:0014:00,
2) prowadzenia w formie elektronicznej i papierowej ewidencji podmiotów oraz nieruchomości, z których przekazywane są odpady do PSZOK ponad założony, limit oraz ilości i rodzaju wszystkich przyjmowanych odpadów,
3) prowadzenia w formie elektronicznej lub papierowej ewidencji ilości i rodzaju odpadów przekazywanych do dalszego zagospodarowania w tym odzysku lub unieszkodliwiania,
4) prowadzenia odrębnej ewidencji przychodów i kosztów przez prowadzenie ksiąg rachunkowych i dokumentacji dotyczącej jego sytuacji prawnej oraz finansowej w celu zapewnienia przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy odwołującym a Gminą Olsztyn,
5) przekazywania odpadów do odzysku lub unieszkodliwiania uprawnionym podmiotom z częstotliwością zapewniającą odpowiednie utrzymanie w czystości i porządku terenu PSZOK,
6) wyposażenia i utrzymywania w odpowiednim stanie technicznym i higienicznosanitarnym kontenerów, pojemników oraz terenu całego PSZOK,
7) opracowania, uzgodnienia treści i podania do zatwierdzenia powierzającemu, „Regulaminu korzystania z PSZOK" wraz ze wzorem oświadczenia o przekazaniu odpadów,
8) podania do publicznej wiadomości w prasie lokalnej i na stronie internetowej wykonawcy zatwierdzonego przez powierzającego „Regulaminu PSZOK".
39. Zakres usług objęty rozpoznawanym postępowaniem pokrywa się z zakresem zadania własnego Gminy Olsztyn w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK, powierzonego uprzednio odwołującemu na podstawie uchwał Rady Miasta Olsztyna. Zamawiający nigdy nie kwestionował stosowanej przez odwołującego stawki VAT w wysokości 23% przez okres trwania powierzenia. Przez cały okres powierzenia odwołujący rozliczał wykonywane usługi z zakresu utworzenia u prowadzania PSZOK na rzecz Gminy Olszy Olsztyn wystawiając faktury VAT według stawki 23%. Wobec tego składając ofertę w rozpoznawanym postępowaniu odwołujący do obliczenia ceny zastosował stawkę VAT w wysokości 23% zaaprobowaną przez zamawiającego. Prawidłowość zastosowanej stawki 23% potwierdza również raport biegłego rewidenta.

Dowód: uchwały Rady Miasta Olsztyna, Umowy wykonawcze, faktury VAT za 2015 r., raport biegłego rewidenta.

40. Ponadto zamawiający nie miał wątpliwości co do prawidłowości zastosowanej przez odwołującego stawki VAT w wysokości 23%, skoro wezwał jedynie wykonawcę K do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty w zakresie zastosowania obniżonej stawki należnego VAT w wysokości 8% przy obliczeniu ceny oferty, nie zastosował tej procedury wobec odwołującego.
41. Wobec tego, zgodnie z art. 89 ust. 6 Pzp, zamawiający powinien odrzucić ofertę złożoną przez wykonawcę K.

V. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp polegający na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty

wykonawcy K, pomimo braku wniesienia przez wykonawcę K wadium w sposób prawidłowy

42. Zgodnie z treścią rozdz. VI ust. 5 SIWZ zamawiający żądał od wykonawców wniesienia wadium w wysokości 90 000,00 zł przed upływem terminu składania ofert w pieniądzu, przelewem na rachunek bankowy (podając w tytule przelewu nazwę postępowania i NIP), poręczeniach bankowych, poręczeniach pieniężnych spółdzielczych kas oszczędnościowokredytowych, gwarancjach bankowych, gwarancjach ubezpieczeniowych, poręczeniach udzielanych przez podmioty, o których mowa w art. 6b ust. 5 pkt 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości. Wadium wniesione w pieniądzu przelewem na rachunek bankowy powinno wpłynąć, najpóźniej przed upływem terminu składania ofert, przy czym zamawiający będzie uważał za skuteczne wniesienie wadium tylko wówczas, gdy bank prowadzący rachunek zamawiającego potwierdzi, że otrzymał taki przelew przed upływem terminu składania ofert.

43. Zgodnie z art 89 ust. 1 pkt 7b Pzp zamawiający odrzuca ofertę jeżeli wadium nie zostało wniesione lub zostało wniesione w sposób nieprawidłowy.

44. W dokumentacji postępowania przetargowego brak jest informacji o wniesieniu wadium zgodnie z wymogami SIWZ przez wykonawcę K. Wobec powyższego z ostrożności procesowej odwołujący ponosi zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp polegający na zaniechaniu przez zamawiającego oferty wykonawcy K, pomimo naruszenia obowiązku wniesienia wadium w sposób prawidłowy.

VI. Zarzut naruszenia art. 93 Pzp polegający na unieważnieniu przez zamawiającego postępowania pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności

45. Z ostrożności procesowej odwołujący podnosi zarzut naruszenia art. 93 Pzp.

46. Zgodnie z art. 93 Pzp zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

1) nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3;
2) w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę nie złożono co najmniej dwóch ofert niepodlegających odrzuceniu;
3) w postępowaniu prowadzonym w trybie licytacji elektronicznej wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji elektronicznej albo nie została złożona żadna oferta;
4) cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, chyba że zamawiający może zwiększyć tę kwotę do ceny najkorzystniejszej oferty;
5) w przypadkach, o których mowa w art. 91 ust. 5, zostały złożone oferty dodatkowe o takiej samej cenie;
6) wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć;
7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający może unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli środki, które zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie całości lub części zamówienia, nie zostały mu przyznane, a możliwość unieważnienia postępowania na tej podstawie została przewidziana w:

1) ogłoszeniu o zamówieniu – w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, partnerstwa innowacyjnego albo licytacji elektronicznej albo
2) zaproszeniu do negocjacji – w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki, albo
3) zaproszeniu do składania ofert – w postępowaniu prowadzonym w trybie zapytania o cenę.

47. Pismem z 15.03.2019 r. zatytułowanym „Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania" nr dokumentu 34871.03.2019-W, zamawiający dokonał unieważnienia postępowania pomimo braku podstaw prawnych do dokonania tej czynności i bez podania uzasadnienia faktycznego i prawnego czym naruszył art. 93 Pzp.

VII. Podsumowanie

48. Przedstawiona powyżej przez odwołującego argumentacja potwierdza słuszność podniesionych zarzutów.

49. Mając powyższe na uwadze odwołujący wnosi jak na wstępie.

50. Wpis od odwołania w wysokości 15 000 zł został uiszczony na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.
Dowód: potwierdzenie przelewu,

51. Stosowanie do treści art. 180 ust. 5 Pzp kopia odwołania, została przekazana zamawiającemu 25.03.2019 r. za pośrednictwem poczty elektronicznej.
Dowód: dowód przesłania kopii odwołania zamawiającemu.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu 25.03.2019 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom 25.03.2019 r. (art. 185 ust. 1 *in initio* Pzp).

27.03.2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia [1] KOMA Olsztyn Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Olsztynie, ul. Towarowa 20A, 10417 Olsztyn [pełnomocnik] i [2] UTYLSERVICE BIS S., ul. Jagiellońska 1, 83300 Brodnica złożyli Prezesowi KIO pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania po stronie zamawiającego. Przystępujący przekazał kopie przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu.

Przystępujący i zamawiający wnieśli pisma zatytułowane »Odpowiedź na odwołanie« do czasu zamknięcia rozprawy 1 i 2.04.2019 r. (art. 186 ust. 1 Pzp). Przystępujący i zamawiający wnieśli o oddalenie odwołania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.

Izba stwierdza, że nie zachodzą przesłanki określone w art. 189 ust. 2 Pzp, których zaistnienie skutkowałoby odrzuceniem odwołania.

W ocenie Izby odwołujący wypełnił łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest odwołujący wykazał posiadanie interesu w uzyskaniu rozpoznawanego zamówienia oraz odwołujący wykazał wystąpienie możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego [postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej SIWZ) oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu] nie jest sporny.

Izba postanowiła dopuścić jako dowód dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba wzięła pod uwagę dowody złożone przez:

A)odwołującego:

1)dowód nr 1 – dokument uzyskany ze strony internetowej Ministerstwa Środowiska – dotyczący wprowadzenia wspólnego systemu segregacji odpadów na wykazanie okoliczności, że takie są wytyczne Ministerstwa w zakresie selektywnej zbiorki i dla wykazania, jakie są kategorie odpadów objętych selektywną zbiórką;

B)zamawiającego:

2)dowód nr 2 (wyciąg z dokumentacji) decyzja Prezydenta Olsztyna z 16.01.2017 r. na potwierdzenie dysponowania nieruchomością przez przystępującego; Członkowie konsorcjum wykonawcy K wykazali w JEDZ rozdz. II sekcja C i D, że nie będą się posługiwali innymi podmiotami, więc wynika z tego, że konsorcjum wykonawcy K dysponuje samodzielnie PSZOK, co potwierdza również dowód nr 2, decyzja Prezydenta Olsztyna;

C)przystępującego:

3)dowód nr 3 – dokument z 18.01.2016 r. interpretacja indywidualna dyrektora Izby Skarbowej w Poznaniu z 18.01.2016 r. na okoliczność, że świadczenie usług prowadzenia PSZOK jest objęte 8% stawką VAT.

W ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na zaniechaniu wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie wykonaniu usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów, obejmującej co najmniej 3 frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem zamówienia, w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert«, a art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp brzmi »Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się […] wykonawcę, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu lub nie został zaproszony do negocjacji lub złożenia ofert wstępnych albo ofert, lub nie wykazał braku podstaw wykluczenia«.

Izba ustaliła, że w rozdz. V ust. 2 pkt 3 lit. a tiret pierwsze SIWZ zamawiający ustalił warunek udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia i zdolności technicznej lub zawodowej, zgodnie z art. 22 ust. 1a i ust. 1b pkt 3 Pzp, które to przepisy brzmią »1a. Zamawiający określa warunki udziału w postępowaniu oraz wymagane od wykonawców środki dowodowe w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia oraz umożliwiający ocenę zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia, w szczególności wyrażając je jako minimalne poziomy zdolności« i »1b. Warunki udziału w postępowaniu mogą dotyczyć […] zdolności technicznej lub zawodowej«.

Wykonawca K na wykazanie spełnienia warunku postawionego w rozdz. V ust. 2 pkt 3 lit. a tiret pierwsze SIWZ wykazał wykonanie m.in. zbierania i przekazania do miejsca zagospodarowania 816 Mg odpadów z betonu, gruzu betonowego z rozbiórek i remontów oraz zmieszane odpady z betonu itd., co odwołujący zakwestionował, że takie odpady nie mogą być uznane za odpady segregowane (zbierane selektywnie). Na poparcie zarzutu odwołujący przywołał art. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.), który to przepis brzmi »Gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności […] ustanawiają selektywne zbieranie odpadów komunalnych obejmujące co najmniej następujące frakcje odpadów: papieru, metalu, tworzywa sztucznego, szkła i opakowań wielomateriałowych oraz odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym odpadów opakowaniowych ulegających biodegradacji«. Użycie w przepisie wyrażeń »w szczególności« i »co najmniej«, że ustawodawca nie ustanowił zamkniętego katalogu frakcji odpadów, czego nie wziął pod uwagę odwołujący. Podobnie odwołujący nie wziął pod uwagę już samego tytułu rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów (Dz. U. z 2017 r. poz. 19), gdzie zostało wyeksponowane pojęcie »wybranych frakcji odpadów«, a więc znowu nie obejmującego pełnego katalogu frakcji odpadów.

Ze względu na brak pełnego katalogu frakcji odpadów w przepisach powszechnie obowiązujących nie można pójść z a odwołującym i nie można twierdzić, że nie mogą istnieć inne frakcje poza wymienionymi, konkretnie nazwanymi frakcjami w przywołanych przez odwołującego przepisach.

Izba stwierdza także, że zamawiający nie wskazał w SIWZ jakichkolwiek frakcji odpadów, których wykazanie warunkuje spełnienie warunków udziału w postępowaniu zamawiającego.

Również w przepisach lokalnych – § 3 ust. 2 Regulaminu utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olsztyn stanowiącego załącznik do Uchwały Nr XXXVII/641/17 Rady Miasta Olsztyna z dnia 28 czerwca 2017 r. występuje zobowiązanie cyt. »do selektywnego gromadzenia […] odpadów budowlanych i rozbiórkowych«.

Takie same wnioski – braku zamkniętego katalogu frakcji odpadów – można wysnuć z analizy dowodu nr 1 złożonego przez odwołującego.

Dlatego Izba stwierdza, że zamawiający był obowiązany uwzględnić spełnienie warunku doświadczenia wskazanego w rozdz. V ust. 2 pkt 3 lit. a tiret pierwsze SIWZ przez wykonawcę K (o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej – wykonawca musi wykazać się wiedzą i doświadczeniem w realizacji w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, co najmniej jednej usługi dotyczącej zbierania i przekazywania do miejsca zagospodarowania odpadów obejmujących […] co najmniej trzy frakcje odpadów segregowanych, objętych przedmiotem zamówienia w łącznej ilości nie mniejszej niż 1000 Mg w jednym roku) przez wskazanie wykonania m.in. zbierania i przekazania do miejsca zagospodarowania 816 Mg odpadów z betonu, gruzu betonowego z rozbiórek i remontów oraz zmieszane odpady z betonu itd. oraz dwóch innych frakcji (nie kwestionowanych przez odwołującego) w sumie przekraczających ilość 1000 Mg w jednym roku.

Ponadto Izba stwierdza, że zamawiający mając obowiązek zaliczyć spełnienie warunków udziału w postępowaniu wprost nie miał podstaw do żądania od wykonawcy K uzupełnienia oferty zgodnie z art. 26 ust. 3 Pzp, który to przepis brzmi »Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów

potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania«.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut pierwszy naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw.
z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na zaniechaniu przez zamawiającego wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu oraz zaniechaniu odrzuceniu oferty wykonawcy K, pomimo braku wykazania przez wykonawcę K spełnienia warunków udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania wyposażeniem niezbędnym w celu wykonania zamówienia, wobec braku przekazania przez wykonawcę K informacji o podstawie dysponowania nieruchomością – nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że zamawiający wymagał w »Wykazie narzędzi, wyposażenia zakładu, urządzeń technicznych dostępnych wykonawcy« zał. nr 2 do »Wezwania do złożenia dokumentów i oświadczeń w trybie art. 26 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych«
z 26.02.2019 r. w kolumnie 5 »Podstawa dysponowania wskazanym pojazdem« szczegółowego wskazania sposobu dysponowania obiektem cyt. »dysponowanie samodzielne/pojazd zostanie udostępniony przez inny podmiot*«, a przypis gwiazdkowy na końcu tabeli nakazywał cyt. »* niepotrzebne skreślić« [pisownia cytatów oryginalna – przypis Izby]. Dlatego na podstawie przytoczonego wezwania zamawiający nie miał prawa do stawiania dodatkowego wymagania podania przez wykonawcę podstawy dysponowania obiektem innym niż pojazd. Szczególnie, że zamawiający nie udostępnił żadnego innego załącznika do wypełnienia w tym zakresie przez wykonawcę, a także samodzielne dysponowanie nieruchomością wynika z decyzji zezwolenia na zbieranie odpadów niebezpiecznych i innych niż niebezpieczne wydanej 16.01.2017 r. przez Prezydenta Miasta Olsztyna i ważnej do 15.01.2027 r., co pokazuje dowód nr 2.

W związku z tym Izba stwierdza, że odwołujący wysunął nadmierne wnioski żądania wykluczenia wykonawcy K z udziału w postępowaniu i uznania oferty wykonawcy K za odrzuconą, gdyż zamawiający posiadł wymagane informacje w wystarczającym zakresie,
a ponadto nie występował o wskazane przez odwołującego informacje.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut drugi naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nie może zostać uwzględniony.

W ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 6 Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy K, mimo że oferta wykonawcy K zawiera błąd w obliczeniu ceny, polegający na przyjęciu nieprawidłowej stawki VAT w wysokości 8% – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 89 ust. 6 Pzp brzmi »Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli […] zawiera błędy w ob-liczeniu ceny lub kosztu«.

Izba stwierdziła, że zamawiający otrzymując dwie oferty z różnymi stawkami VAT zbadał zasadność zastosowania stawki VAT 8%, zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp, który brzmi »W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści«. Zamawiający uwzględnił wyjaśnienia wykonawcy K.

Zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146aa ustawy o podatku od towarów i usług (Dz.U. z 2018 r. poz. 2174) stawka należnego VAT w wysokości 8% dotyczy towarów i usług wymienionych w załączniku nr 3 do ustawy gdzie zostały wymienione m.in.:

- -usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu – (PKWiU 38.11,1),
- -usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu – (PKWiU 38,112),
- -usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów innych niż niebezpieczne – (PKWiU 38.11.6),
- -usługi związane ze zbieraniem odpadów niebezpiecznych – (PKWiU 38.12.1),
- -usługi związane z infrastrukturą przeznaczoną do przemieszczania odpadów niebezpiecznych nadających się do recyklingu – (PKWiU 38.12.30.0).

Zamawiający uznał, że usługa będąca przedmiotem rozpoznawanego zamówienia obejmuje wymienione wyżej symbole PKWiU.

Wątpliwości odwołującego rozstrzyga art. 3 ust. 1 pkt 34 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, gdzie jest podana definicja zbierania odpadów, czyli gromadzenie odpadów przed ich transportem do miejsc przetwarzania, w tym wstępne sortowanie nie prowadzące do zasadniczej zmiany klasyfikacji odpadów oraz tymczasowe magazynowanie odpadów.

Również – na podstawie art. 9c ust. 1a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku
w gminach – podmiot prowadzący PSZOK jest posiadaczem odpadów prowadzącym zbieranie odpadów, co należy rozumieć zgodnie z nomenklaturą ustawy o odpadach.

Zgodnie z umową, która ma zostać zawarta w wyniku rozpoznawanego postępowania wykonawca będzie miał obowiązek prowadzenia PSZOK (stacjonarnego i mobilnego), będzie miał obowiązek przyjmowania odpadów do tymczasowego magazynowania do czasu uzbierania odpowiedniej ilości do ekonomicznego ich wyekspediowania do odpowiedniego zakładu przetwarzania odpadów.

Ze względu na niewłaściwą interpretację pojęcia »zbierania odpadów«, odwołujący przyjął że stawka VAT 8% znajduje zastosowanie jedynie w przypadku przyjmowania odpadów przez PSZOK mobilny, który odbiera odpady od mieszkańców na terenie osiedli gminy Olsztyn. Natomiast pozostałe usługi objęte przedmiotem zamówienia, zdaniem odwołującego, to inne usługi, do których ma zastosowanie stawka VAT 23%.

Jednak przedmiot zamówienia obejmuje przyjmowanie odpadów od mieszkańców i innych wytwórców w sposób stacjonarny jak i mobilny. Dlatego wykonawca K mógł Rewidenta I. N. z 1.02.2019 r., która to opinia została dołączona do wyjaśnień
z 8.02.2019 r. złożonych na wezwanie Zamawiającego przez wykonawcę K. Także jest zgodna z dowodem nr 3. W zakresie opodatkowania i dokumentowania świadczenia prowadzenia PSZOKstwierdzono tam, że opisane we wniosku

»Usługi związane ze zbieraniem odpadów komunalnych innych niż niebezpieczne nadających się do recyklingu«, 38.11.21 »Usługi związane ze zbieraniem odpadów innych niż niebezpieczne nienadających się do recyklingu«, 38.12.13 »Usługi związane ze zbieraniem niebezpiecznych odpadów komunalnych« - zgodnie z art. 41 ust. 2 w związku z art. 146a pkt 2 załącznika nr 3 do ustawy – wnioskodawca będzie obowiązany opodatkować stawką VAT w wysokości 8%.

Pozostałe usługi kwestionowane przez odwołującego, a realizowane w ramach PSZOK (prowadzenie ewidencji podmiotów oraz nieruchomości, z których przyjmowane są odpady, prowadzenie ewidencji odpadów, dokumentowanie prawidłowości postępowania z odpadami itd.) są usługami pomocniczymi w stosunku do kompleksowej usługi zbierania odpadów. Usługi te byłyby wymagane, gdyby nie usługa podstawowa. W takim razie opodatkowanie całego świadczenia następuje według stawki obowiązującej dla usługi podstawowej.

Zamawiający wyjaśnił, że nie podjął czynności badania prawidłowości zastosowanej przy obliczeniu ceny oferty przez odwołującego w wysokości 23%, gdyż stawka ta jest stawką podstawową, a korzystanie ze stawek preferencyjnych i zwolnień jest uprawnieniem podatników, a nie ich obowiązkiem. Podatnik ma zawsze prawo zastosować podstawową stawkę podatkową bez negatywnych konsekwencji. Podobnie wyroki KIO 489/14, KIO 2294/12.

Dlatego Izba musi uznać, że zamawiający postąpił właściwie nie wysuwając w stosunku do oferty zastrzeżeń, które sugerował odwołujący.

W związku z tym w ocenie Izby, zarzut trzeci naruszenia art. 89 ust. 6 nie może zostać uwzględniony.

Zarzut czwarty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 7b Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na zaniechaniu przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy K pomimo braku wniesienia wadium w sposób prawidłowy – został wycofany przez odwołującego na początku rozprawy i w związku z tym nie był przedmiotem rozpoznania.

W ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 93 Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na unieważnieniu przez zamawiającego postępowania pomimo braku podstaw do dokonania tej czynności – nie zasługuje na uwzględnienie.

W art. 93 Pzp ustawodawca wskazuje warunki unieważnienia postępowania.

Zamawiający wyjaśnił, że 15.03.2019 r. dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, o czym, na podstawie art. 92 ust. 1 Pzp zawiadomił wykonawców. Ponadto, na podstawie art. 92 ust. 2 Pzp, zamawiający udostępnił informację o wyniku postępowania na stronie internetowej. Omyłkowo zamawiający nadał tytuł tej informacji „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania".

Na wniosek odwołującego na podanie podstawy prawnej unieważnienia postępowania zamawiający 19.03.2019 r. poinformował tego wykonawcę, że omyłkowo zawarł w informacji tytuł „zawiadomienie o unieważnieniu postępowania" i usunął błędny tytuł z pisma i na kolejny wniosek odwołującego o podobnej treści zamawiający pisemnie 20.03.2019 r. powiadomił odwołującego, że nie dokonał zmiany treści informacji zamieszczonej na stronie internetowej, z której jednoznacznie wynikało, że w postępowaniu została wybrana oferta najkorzystniejsza, a jedynie usunął błędny tytuł enuncjacji zaznaczając jednocześnie, że odwołujący nie powinien mieć wątpliwości co do rozstrzygnięcia postępowania ponieważ 15.03.2019 r. odwołujący otrzymał pocztą elektroniczną pismo zamawiającego z informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy K, liczbie punktów przyznanych każdej z ofert, nie odrzuceniu żadnej z ofert oraz nie wykluczeniu żadnego wykonawcy i terminie w jakim zostanie podpisana umowa z wybranym wykonawcą. Dokument zawierał również informację, że postępowanie nie zostało unieważnione.

Z tego względu, że zamawiający niezwłocznie poprawił pomyłkę zawartą w tytule pisma i właściwie o tej korekcie poinformował wykonawców, a w samej treści informacji nie było błędnych danych – Izba nie może przychylić się do zarzutów odwołującego. Izba stwierdza, że zamawiający nie dokonał unieważnienia postępowania zamówieniowego, a tylko omyłkowo zamieścił błędny nagłówek w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. Następnie zamawiający skutecznie skorygował tę omyłkę.

Dlatego w ocenie Izby, zarzut piąty naruszenia art. 93 Pzp nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp, który to zarzut zdaniem odwołującego polegał na zaniechaniu wybrania przez zamawiającego oferty złożonej przez odwołującego jak najkorzystniejszej, w świetle określonych przez zamawiającego kryteriów, spośród ofert ważnych i nie podlegających odrzuceniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

Art. 91 ust. 1 Pzp brzmi »Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia«.

Izba stwierdza, że zamawiający prawidłowo nie wykluczył z postępowania żadnego wykonawcy ani nie odrzucił żadnej z dwóch złożonych ofert. Dlatego zamawiający zastosował w stosunku do obu ofert kryteria oceny ofert ustanowione w SIWZ. Zamawiający prawidłowo wybrał zgodnie z tymi kryteriami ofertę najkorzystniejszą, zgodnie z art. 91 ust. 1 Pzp i zamawiający nie naruszył w związku z tym przytaczanych przez odwołującego przepisów.

Dlatego w ocenie Izby, zarzut szósty naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp – nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez odwołującego przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie 3 600,00 zł zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący:……