

WYROK
z dnia 12 stycznia 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska
Protokolant: Paweł Puchalski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 stycznia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2015r. przez **wykonawcę MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Nowe Piekuty w Nowych Piekutach, ul. Główna 8**

przy udziale **wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „ASTWA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Kombatantów 4** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2829/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu: unieważnić czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnić czynność wykluczenia wykonawcy MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, unieważnić czynność odrzucenia oferty tego wykonawcy, powtórzyć czynność badania i oceny ofert, dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu,**
- 2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „ASTWA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Kombatantów 4 i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48 tytułem wpisu od odwołania,**
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „ASTWA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. Kombatantów**

1

4 na rzecz wykonawcy MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48 kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie : jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Białymstoku**.

Przewodniczący:

2

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Nowe Piekuty oraz zorganizowanie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych (PSZOK) w Gminie Nowe Piekuty zostało wszczęte ogłoszeniem zamieszczonym w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 grudnia 2015r. za numerem 2015-328178.

W dniu 22 grudnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wyniku postępowania tj. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Usługowo-Asenizacyjnego „ASTWA” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w

Białymstoku, ul. Kombatantów 4 – dalej przystępujący oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku, ul. 42 Pułku Piechoty 48 – dalej odwołujący ze wskazaniem na to, że zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (- dalej siwz w załączniku Nr 9, szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) wykazał gamę odpadów z ich kodami, jakie wchodziły w zakres przedmiotu zamówienia. Odwołujący w złożonej ofercie i załączonym do niej zaświadczeniu o dokonaniu wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wydanym przez Wójta Gminy Nowe Piekuty, brak jest wpisu do odbioru odpadów budowlanych i rozbiórkowych o kodach: 170180 oraz 170380. Odwołujący nadto nie poinformował zamawiającego w ofercie, czy wybór oferty będzie prowadził do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. To zdaniem zamawiającego powoduje, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu określonych w siwz oraz nie spełnia wymogów ustawy. Zastanawiającym dla zamawiającego jest również fakt datowania złożonego podpisu na formularzu ofertowym przed dniem ogłoszenia o przetargu. Jako uzasadnienie prawne zamawiający podał art. 91 ust. 1 pkt 3a ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm. poz. 984, 1047 i 1473, z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915 i 1146, 1232 oraz z 2015 r. poz. 349, poz. 478, poz. 605 – dalej ustawa) oraz Pkt V ust 1, lit. a) siwz. Jednocześnie zamawiający poinformował o wykluczeniu odwołującego, gdyż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, jako uzasadnienie prawne zamawiający podał art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy.

W dniu 28 grudnia 2015r. odwołujący wniósł drogą elektroniczną odwołanie. Odwołanie zostało opatrzone bezpiecznym podpisem cyfrowym złożonym przez członka zarządu ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do samodzielnej reprezentacji, zgodnie z

odpisem z KRS załączonym do odwołania. Kopia odwołania została złożona na biurze podawczym zamawiającego w dniu 28 grudnia 2015r.

Odwołujący wskazał, że jego interes we wniesieniu odwołania wyraża się tym, iż jego oferta, gdyby nie został wykluczony, a jego oferta odrzucona, byłaby ofertą najkorzystniejszą.

W ocenie odwołującego zamawiający dokonał z naruszeniem obowiązujących przepisów następujących czynności dokonując:

1. wykluczenia odwołującego z postępowania;
2. odrzucenia oferty odwołującego;
3. wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Usługowo - Asenizacyjne „ASTWA” Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. art.92 ust.1 pkt 2 i 3 ustawy - w przekazanym odwołującemu w dniu 22 grudnia 2015 r. „Zawiadomieniu o wyborze najkorzystniejszej oferty” zamawiający nie podał podstawy prawnej decyzji o odrzuceniu oferty, natomiast w odniesieniu do decyzji o wykluczeniu z postępowania - nie przedstawił uzasadnienia faktycznego. Obydwie te okoliczności w istotny sposób utrudniają odwołującemu należyte sformułowanie treści odwołania, zmuszając go do opierania się na przypuszczeniach i domniemaniach;
2. art. 89 ust.1 ustawy - w przekazanym „Zawiadomieniu ...” z dnia 22 grudnia 2015 r., skierowanym do odwołującego w trybie art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy, wbrew ustawowemu obowiązkowi zamawiający nie podał prawnego uzasadnienia dla podjętej decyzji. Odwołanie się zamawiającego do przepisu „Art.91 ust.1 pkt 3a” jest obarczone wadą prawną, gdyż ustawa nie zawiera takiego przepisu. Przyjmując, z ostrożności procesowej, iż intencją zamawiającego było odniesienie się do przepisu art. 91 ust.3a - co można wnioskować z treści uzasadnienia faktycznego - to odwołujący podkreślił, że ten przepis nie jest podstawą prawną do odrzucenia oferty;
3. art.24 ust.2 pkt 4 ustawy - przez błędne uznanie, że odwołujący „nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Przytoczone stanowisko zamawiającego (str.2 „Zawiadomienia.” z dnia 22 grudnia 2015 r.), będące wymaganym przepisem art. 92 ust.1 pkt 3 ustawy uzasadnieniem faktycznym, jest tylko przepisaniem (skopiowaniem) treści przesłanki ujętej w pkt 4 art.24 ust.2 ustawy.
4. art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy - podobnie jak w odniesieniu do punktu 1, tu z uwagi

na brak wskazania podstawy faktycznej odrzucenia oferty, odwołujący z ostrożności procesowej założył, iż powodem wykluczenia odwołującego był „brak jest wpisu do odbioru odpadów budowlanych i rozbiórkowych o kodach: 170 180 oraz 170 380. Biorąc pod uwagę, że zamawiający w przekazanym 22 grudnia 2015 r. „Zawiadomieniu ...” wskazując, jako uzasadnienie odrzucenia oferty, postanowienie „Pkt V ust.1 lit. a) siwz, zasadne jest według odwołującego domniemanie, że zamawiający swoją decyzję w tym zakresie podjął w

4

odniesieniu do wymagań związanych z ukształtowanymi przez siebie warunkami udziału w postępowaniu;

5. art. 7 ustawy przez prowadzenie postępowania w taki sposób, iż prowadzi to do nierówno prawnego traktowania wykonawców, czym narusza interes odwołującego;

6. art. 91 ust.1 ustawy przez wybór oferty wskazanego wykonawcy, obarczony wadliwą decyzją o odrzuceniu oferty odwołującego;

Wniósł o uwzględnienie odwołania i żąda:

1. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z dnia 22 grudnia 2015 r.;

2. unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;

3. unieważnienia czynności wykluczenia odwołującego z postępowania;

4. powtórzenia czynności badania ofert;

5. dokonania ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu wskazał, że wobec faktu, iż brak jest podania uzasadnienia prawnego dla podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, uzasadnienie odwołania sformułowane jest tylko na podstawie przypuszczeń, co do intencji zamawiającego, jakie można wysnuć z treści - również obarczonego wadami - uzasadnienia faktycznego.

W zakresie zarzucanego odwołującemu braku w treści wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wskazania odpadów o kodach: 170 180 oraz 170 380, odwołujący podniósł, że zamawiający wskazując na powyższy zarzut ewidentnie mylił dwie kwestie:

po pierwsze - warunki udziału w postępowaniu;

po drugie - zakres świadczenia objęty przedmiotem zamówienia (opisem przedmiotu zamówienia).

W treści „Zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty” z dnia 22 grudnia 2015 r.

zamawiający, uzasadniając swoją decyzję o odrzuceniu oferty odwołującego, odwołuje się do załącznika Nr 9 („Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia”).

Jednocześnie, kształtując warunki udziału w postępowaniu, w zakresie objętym przepisem art.22 ust.1 pkt 1 ustawy, zamawiający sformułował następujący zapis:

„O udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w zakresie określonym przepisem art. 22 ust. 1 ustawy dotyczące:

a) Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Wykonawca winien wykazać, że:

- posiada wpis do rejestru działalności regulowanej stosownie do wymogów art. 9b

ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r.

5

poz. 1399 ze zmianami), co najmniej w zakresie odpadów wymienionych w pkt 7 zał. Nr 25 do siwz:

- posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i transportu odpadów w myśl przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.),” Jest to rozdział V pkt. 1 lit. a siwz i sekcja III.3.1. ogłoszenia o zamówieniu.

W tiret pierwszym tych zapisów zamawiający odwołał się do dokumentu, jaki nie istnieje (nie występuje) w przedmiotowym postępowaniu - „zał. Nr 25 do siwz”. Dostępny na stronie internetowej BIP zamawiającego dokument - „SIWZ” z dnia 2 grudnia 2015 r. o objętości 38 stron zawiera tylko 9 (dziewięć) załączników. Nie jest więc możliwym odwoływanie się do załącznika o numerze 25.

Zamawiający, stawiając zarzut odwołującemu stwierdził, iż w złożonej ofercie i załączonym

do niej zaświadczeniu o dokonaniu wpisu do działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów od właścicieli nieruchomości brak jest określonych wpisów.

Tym samym zamawiający dokonał oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu. Jeżeli więc - w ocenie zamawiającego - złożony przez odwołującego wraz z ofertą dokument nie potwierdza spełnienia warunku udziału w postępowaniu - zamawiający był zobowiązany - wezwać wykonawcę w trybie art. 26 ust.3 ustawy lub wezwać do wyjaśnień.

Taki sposób prowadzenia postępowania wynika wprost z literalnego brzmienia treści tego przepisu art. 26 ust. 3 ustawy. Potwierdzeniem takiego sposobu rozumienia powyższego przepisu jest jednolicie ukształtowana linia orzecznicza Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący nie dokonując oceny braków swojej oferty, stoi na stanowisku, że bez dokonania wezwania w trybie art.26 ust.3 ustawy lub wezwania do złożenia wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy, zamawiający nie miał prawa podjąć decyzji o wykluczenia odwołującego z postępowania, a w konsekwencji do odrzucenia jego oferty.

Zdaniem odwołującego zupełnie wystarczającą procedurą byłoby podjęcie przez zamawiającego procedury wyjaśnień w trybie art.26 ust.4 ustawy. W ocenie odwołującego, zamawiający dokonując takiej oceny postawionych wymagań, nie dostrzega istotnych różnic związanych z odbiorem, gromadzeniem i gospodarowaniem odpadami komunalnymi. Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej „UCPG”) gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności obejmują wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi. Ponadto zgodnie z brzmieniem przepisów art. 6c UCPG gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy (ust. 1), zaś rada gminy może, w drodze uchwały stanowiącej akt prawa miejscowego, postanowić o odbieraniu odpadów komunalnych od

6

właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, a powstają odpady komunalne (ust. 2). Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 4 ustawy o odpadach przez pojęcie „odpady komunalne - rozumie się odpady powstające w gospodarstwach domowych, z wyłączeniem pojazdów wycofanych z eksploatacji, a także odpady niezawierające odpadów niebezpiecznych pochodzące od innych wytwórców odpadów, które ze względu na swój charakter lub skład są podobne do odpadów powstających w gospodarstwach domowych”. Natomiast odpady „oznaczają każdą substancję lub przedmiot należący do jednej z kategorii, określonych w załączniku nr 1 do ustawy, których posiadacz pozbywa się, zamierza pozbyć się lub do ich pozbycia się jest obowiązany” (art. 3 ust. 1 ustawy o odpadach). Zdaniem odwołującego należy więc stwierdzić, iż o tym, czy dane substancje lub przedmioty należy zakwalifikować jako odpady komunalne decyduje:

1. po pierwsze, spełnienie przez nie przesłanek uznania ich za odpady,
2. a następnie, bądź źródło powstania tychże odpadów („odpady powstające w gospodarstwach domowych”) bądź ich charakter lub skład („podobny do odpadów powstających w gospodarstwach domowych”).

O tym, czy dany odpad należy zakwalifikować do grupy odpadów komunalnych (wedle rozporządzenia MŚ w sprawie katalogu odpadów), należy badać każdorazowo z uwzględnieniem podanych wyżej kryteriów, a kategorie odpadów zawarte w katalogu odpadów stanowią w tym zakresie jedynie uzupełniającą wskazówkę. Ponadto w art. 4 ust. 2 pkt 1 lit a) UCPG wskazuje się, że regulamin UCPG „określa szczegółowe zasady utrzymania czystości i porządku na terenie gminy dotyczące [m.in.] wymagań w zakresie utrzymania czystości i porządku na terenie nieruchomości obejmujących prowadzenie we wskazanym zakresie selektywnego zbierania i odbierania odpadów komunalnych, w tym powstających w gospodarstwach domowych przeterminowanych leków i chemikaliów, zużytych baterii i akumulatorów, zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego, mebli i innych odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych opon, a także odpadów zielonych.” Użycie przez ustawodawcę słów „w tym” oznacza, że odpady rozbiórkowe i gruz budowlany stanowią odpady komunalne, jeżeli powstają w gospodarstwach domowych i tym samym należy ująć je w gminnym systemie gospodarki odpadami komunalnymi (odbiór tych odpadów objęty jest zakresem ponoszonej przez właścicieli nieruchomości opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi).

Przy czym, jak wyraźnie podkreśla Resort Środowiska - niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe mogą być odpadami komunalnymi tylko w przypadku gdy pochodzą z

gospodarstw domowych. Rozpatrując kwestię dotyczącą odpadów budowlanych i rozbiórkowych, powstających w gospodarstwach domowych należy, według odwołującego, także mieć na uwadze przepisy rozporządzenie Ministra Środowiska z dnia 15 maja 2012 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych, odebranych

7

nieczystościach ciekłych oraz realizacji zadań z zakresu gospodarowania odpadami komunalnymi (DZ. U. z 2012r. poz. 630). Problem ujawnia się z tego rodzaju odpadami komunalnymi, dla których zostały wprowadzone wymagania w zakresie ich selektywnego zbierania oraz osiągnięcia poziomów przygotowania do ponownego użycia, recyklingu czy odzysku innymi metodami, a dla których brak jest w grupie 20 odrębnych rodzajów. W przypadku gdyby były one klasyfikowane do podgrupy 20 01 99 „inne niewymienione frakcje zbierane w sposób selektywny, wtedy Polska mogłaby mieć problemy z osiągnięciem poziomów wynikających z dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z 19 listopada 2008r. w sprawie odpadów (DZ. Urz. UE z 22 listopada 2008 L. 312). W związku z tym, rozporządzenie z dnia 15 maja 2012 r. w sprawie wzorów sprawozdań o odebranych odpadach komunalnych (...), nakazuje, aby w sprawozdaniu sporządzanym przez podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości - w części VI - ująć także odpady o określonym poziomie recyklingu, w tym odpady z grupy 17 -17 01 01, 17 01 03 i inne, należące do grupy 17.

Odwołujący podkreślił, iż powyższe kody (17 01 80 oraz 17 03 80) zostały ujęte i wskazane w dołączonych do złożonej oferty, decyzjach:

- i. Decyzji na transport (DOS-II.6233.1.13.2013. z 4 kwietnia 2013 z późniejszymi zmianami), wydanej na podstawie ustawy o odpadach - str.44 oferty pozycje: 330,337;
 - ii. Decyzji na zbieranie odpadów (DOS-II.6233.1.14.2013 z 12 kwietnia 2013 ze zmianami) wydanej na podstawie ustawy o odpadach - str.29 oferty pozycje: 326, 333.
- Zgodnie z powyższą decyzją odwołujący może takie odpady transportować i zbierać na terenie swojej bazy.

Posiadanie przez odwołującego powyższych decyzji i przedłożenie ich wraz z ofertą zamawiającemu jest, w ocenie odwołującego, wystarczającym sposobem potwierdzenia wymagań niezbędnych dla prawidłowego gospodarowania odpadem o kodach 17 01 80 oraz 17 03 80 zarówno w zakresie jego odbioru, jak i zagospodarowania - zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia oraz fakt złożenia przez odwołującego wraz ofertą stosowanych dokumentów, decyzja zamawiającego o wykluczeniu odwołującego powinna być uznana za nieuprawnioną.

Co do braku oświadczenia odwołującego dotyczącego powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego, to odwołujący ten fakt przyznał, jednak uważa, iż powyższa okoliczność nie może stanowić podstawy do podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty.

Przemawiają za tym poniższe okoliczności:

1. w żadnym z dokumentów sporządzonych przez zamawiającego brak jest wskazania na obowiązek złożenia takiego oświadczenia. Jest to o tyle istotne, że skoro w siwz w Rozdz. VI pkt 1 lit. a) zamawiający wskazał na konieczność złożenia oświadczenia, którego

8

bezwzględny obowiązek złożenia wynika wprost z przepisów ustawy. (Art. 44. Wykonawca składa wraz z ofertą oświadczenie o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu, (...), to niezrozumiałym brakiem konsekwencji byłoby pominięcie wskazania na obowiązek złożenia innego oświadczenia, które może być wymagane tylko przy zaistnieniu określonych okoliczności (art.91 ust.3a - „Jeżeli”);

2. w żadnym z dokumentów przetargowych zamawiający nie wskazał, które towary (świadczenia) wchodzące w skład przedmiotu zamówienia zostały wymienione w załączniku nr 11 do ustawy o VAT, co do których ustawodawca przewidział w art. 17 ust. 1 pkt 7 ustawy o VAT tzw. mechanizm odwróconego obciążenia ("mechanizm odwróconego VAT");

3. składając ofertę wykonawca zobowiązany jest do poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku - jeżeli wybór jego oferty będzie prowadzić do sytuacji wskazanej przepisem art.91 ust.3a;

4. złożenie stosownego oświadczenia jest niezbędne, jeżeli spełnione są łącznie wszystkie przesłanki ujęte przepisem art. 17 ust.1 pkt 7 lit. a-c ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i usług;

5. w treści oferty odwołujący- zgodnie z żądaniem zamawiającego (Rozdz. X Pkt 10 lit. a) siwz: „Oferta musi zawierać: Wypełniony Formularz Ofertowy (sporządzony według wzoru stanowiącego Załącznik nr 1 do SIWZ); załącznik Nr 1 do SIWZ „Formularz ofertowy”) - podał cenę netto, cenę brutto, stawkę podatku VAT. A przecież przy wystąpieniu mechanizmu odwróconego obciążenia, z uwagi na to, że na zamawiającym ciąży obowiązek podatkowy - zgodnie z przepisem art.91 ust.3a zdanie 2 - wykonawca zobowiązany jest podać „wartość bez kwoty podatku”.

6. z ostrożności procesowej odwołujący wskazał, że zaniechanie wykonania lub niewłaściwe wykonanie obowiązku informacyjnego ciążyącego na wykonawcy w stosunku do zamawiającego o powstaniu u zamawiającego obowiązku podatkowego nie zostało obwarowane sankcją w postaci odrzucenia oferty (tak wyrok z dnia 13 listopada 2015 r. Sygn. akt: KIO 2362/15 oraz wyrok z dnia 28 października 2015 r. Sygn. akt: KIO 2263/15). Mając na uwadze powyższe okoliczności i zdaniem odwołującego brak jest podstaw do uznania, iż odwołujący podlegał wykluczeniu z postępowania lub też, iż jego oferta winna zostać odrzucona.

W dniu 29 grudnia 2015r. zamawiający poinformował wykonawców o wniesieniu odwołania przekazując jego kopię.

W dniu 31 grudnia 2015r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił przystępujący. Przystąpienie zostało podpisane przez dwóch członków zarządu

9

ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do zgłoszenia. Kopia przystąpienia została przekazana zamawiającemu i odwołującemu bezpośrednio w dniu 30 grudnia 2015r. Przystępujący wskazał, że jako wykonawca, której oferta została wybrana jako najkorzystniejsza ma interes w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania jako oczywiście bezzasadnego.

W uzasadnieniu przystępujący podniósł, że zgodnie z postanowieniami pkt. 9 d) Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego Załącznik nr 9 do siwz, zamawiający wskazał, iż zakres przedmiotu zamówienia obejmować będzie m.in. odbiór i zagospodarowanie opadów budowlanych i rozbiórkowych o kodach: 170101, 170102, 170103, 170107, 170180, 170201, 170202, 170203, 170380, 170604, 200399. Zamawiający wskazał więc szczegółowo, jakie odpady będą odbierane od właścicieli nieruchomości w ramach realizacji przedmiotu zamówienia, a także kody odpadów, jakie będą odbierane, a tym samym kody, co do których wykonawcy muszą posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej. Rozdział 4a ustawy o ustawie z dnia 13 września 1996 r. o UCPG poświęcony jest warunkom wykonywania działalności w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych. Zgodnie z regulacjami w nim zawartymi to jest w art. od 9b do art. 9 m UCPG, działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2001r. o swobodzie działalności gospodarczej. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do uzyskania wpisu do rejestru w gminie, na terenie której zamierza odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości.

Z dołączonych do formularza ofertowego przez odwołującego zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych wydanych przez Wójta Gminy Nowe Piekuty z dnia 1 lutego 2012 r., 3 października 2012 r., 22 maja 2013 r. oraz 21 czerwca 2013 r. wynika, że odwołujący, nie spełnia wyżej opisanego warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z zaświadczeniami o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości odwołujący (strony 5-14 oferty odwołującego) nie posiada wpisu do rejestru w zakresie odpadów o kodach: 17 01 80 oraz 17 03 80. Konieczność posiadania wpisu w zakresie również tych odpadów wynikała, w ocenie przystępującego, wprost z zapisu pkt 9 lit d OPZ (d) odpady *budowlane i rozbiórkowe* (170101, 170102, 170103, 170107, 170180, 170201, 170202, 170203, 170380, 170604, 200399). W związku z powyższym, odwołujący, nie spełnia warunków udziału w

postępowaniu i prawidłowo został wykluczony z przedmiotowego postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy.

Wbrew stanowisku odwołującego wykluczenie nie musiało być poprzedzone wezwaniem go do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie w/w warunku udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów (...) chyba, że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu.” Nawet, jeżeli hipotetycznie przyjąć, iż odwołujący w wyznaczonym na przedłożenie dokumentów terminie, uzyska od Wójta Gminy Nowe Piekuty nowe zezwolenie na odbiór i zagospodarowanie odpadów również o kodach 170180 i 170380, to przedłożenie zezwolenia z datą późniejszą niż dzień składania ofert nie będzie potwierdzało spełniania warunków udziału w postępowaniu. Przeciwnie, przedłożenie zezwolenia z datą późniejszą potwierdzi, iż odwołujący nie spełniał warunków udziału w postępowaniu w dniu składania ofert, ani przed tym dniem - art. 26 ust. 2 a ustawy. Powyższe potwierdzono m.in. w Komentarzu do Prawa Zamówień Publicznych pod red. M. Stachowiak, wydanie 7 str. 237, gdzie wskazano: „Dokumenty złożone w wyniku wezwania zamawiającego mogą być wystawione przez właściwy organ lub wykonawcę przed datą, w której upłynął termin składania wniosków lub ofert, lub po tej dacie (w tym również po dacie wezwania do uzupełnienia). Winny jednak w treści potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez dostaw, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego w dniu, w którym upłynął termin składania odpowiednio wniosków lub ofert”

Mając na uwadze powyższe wykluczenie z udziału w postępowaniu oraz odrzucenie oferty odwołującego było, w ocenie przystępującego, w pełni zasadne, gdyż poprzez wezwanie do przedłożenia wymaganego zezwolenia na odbiór odpadów o w/w kodach, to nie sanuje to braku spełnienia warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu w momencie składania ofert.

Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem odwołującego, iż posiadanie decyzji na transport oraz decyzji na zbieranie odpadów wydanych na podstawie ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, są wystarczające na zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodach 17 01 80 oraz 17 03 80. Z powyższym stanowiskiem w pewnym zakresie można byłoby się zgodzić, gdyby odbiór odpadów budowlanych i rozbiórkowych był komercyjny. Jednakże przedmiotowe zamówienia dotyczy odbioru odpadów komunalnych od konkretnych mieszkańców danej gminy, zgodnie ze złożonymi deklaracjami, którzy płacą za świadczenie tej usługi stosowną opłatę. Decyzja na transport i decyzja od zbieranie odpadów wydana na podstawie ustawy o odpadach oraz zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej na podstawie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach to trzy całkowicie odrębne i niekryżujące się ze sobą dokumenty, a posiadanie decyzji na transport i decyzji na zbieranie

odpadów nie sanuje braków we wpisie do rejestru działalności regulowanej. Przystępujący zwrócił uwagę należy, iż siwz w ust. 9 d) szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia przewiduje konieczność wystawienia dwóch kontenerów poza Punktem Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych, w których odpady odbierane będą na analogicznej zasadzie jak odbiór odpadów od mieszkańców. Odbiór powyższy obwarowany jest posiadaniem zezwolenia potwierdzonego wpisem do rejestru działalności regulowanej w myśl ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, podobnie jak każdy inny odbiór odpadów komunalnych zgodnie z art. 9c ust. 1 w zw. z art. 9b ust. 4 pkt. 4 UCPG. Ponadto zgodnie z art. 91 ust. 3a ustawy in fine w brzmieniu obowiązujący od dnia 1 lipca 2015 r. „Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku.”

W związku z powyższym, w przedmiotowym postępowaniu (jak w każdym postępowaniu wszczętym po dniu 1 lipca 2015 r.), wykonawcy zobowiązani byli do złożenia zamawiającemu oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego (tj. oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy). Oferta odwołującego nie zawierała przedmiotowego oświadczenia. Oferta nie zawierająca wymaganego przez prawo zamówień publicznych

oświadczenia wypełnia w związku z tym przesłankę odrzucenia oferty, określoną w art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy - jest niezgodna z ustawą, a dokładniej z art. 91 ust. 3a ustawy. Ponadto wskazać należy, iż w przypadku niezłożenia przedmiotowego oświadczenia przez wykonawcę, zamawiający nie ma możliwości zastosowania art. 26 ust. 3 lub 4 ustawy, wzywając do uzupełnienia lub wyjaśnienia oświadczenia by naprawić brak oświadczenia lub jego niejasności. Wymagane oświadczenie nie potwierdza bowiem spełniania warunków udziału w postępowaniu, nie potwierdza spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie jest również pełnomocnictwem. Tym samym brak jest możliwości zastosowania tych przepisów. Zastosowania w powyższym przypadku nie może mieć również procedura określona w art. 87 ust. 1 ustawy. Wskazany przepis służy bowiem wyjaśnieniu treści złożonej oferty, a nie uzupełnieniu braków w ofercie. Przystępujący podkreślił, że zgodnie z treścią art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy, w każdym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wszyscy wykonawcy zobowiązani są do złożenia oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego. Złożenie takiego oświadczenia jest konieczne niezależnie od tego, czy wybór oferty wykonawcy będzie prowadził do powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego, czy też nie. Brak przedmiotowego oświadczenia nie może być interpretowany jako złożenie oświadczenia o braku powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego. Na powyższe, w ocenie przystępującego, wskazuje literalne brzmienie art. 91 ust 3a ustawy in fine, w którym

12

ustawodawca zobowiązał wykonawcę do poinformowania zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, a więc w każdym postępowaniu bez względu na skutki podatkowe, jakie mogą powstać u zamawiającego. Powyższe potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt 2422/15. Zdanie drugie art. 91 ust. 3a ustawy wskazuje w ocenie przystępującego, iż ustawodawca nie ograniczył obowiązku złożenia oświadczenia jedynie do wykonawców, którzy składają ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Samo sformułowanie "czy" wskazuje, że oświadczenie może mieć charakter zarówno pozytywny, jak i negatywny. Tym samym wymagane jest złożenie oświadczenia niezależnie od jego treści. Podobny wniosek płynie z uzasadnienia projektu ustawy, gdzie również mowa jest o wykonawcy, bez ograniczenia tego pojęcia: "Dodano do przewidzianej w art. 2 pkt 1 projektu treści art. 91 ust. 3a zdanie drugie, z którego wynika obowiązek informacyjny ciążyący na wykonawcy w stosunku do zamawiającego odnośnie do tego, czy po stronie zamawiającego powstanie obowiązek podatkowy w podatku od towarów i usług w związku z wyborem danej oferty (informację tę wykonawca przekazywałby zamawiającemu wraz z ofertą)."

Niedopuszczalne jest, w ocenie przystępującego, również przyjęcie, iż brzmienie zdania pierwszego znowelizowanego ust 3a: *"Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty (...)"* sugeruje, że oświadczenie należy złożyć jedynie, gdyby jego treść miała być pozytywna. Jest to jednak argument nieporównanie słabszy niż literalne brzmienie normy zawartej w zdaniu drugim tego przepisu. Co więcej, pierwsze zdanie skierowane jest do zamawiającego, a nie do wykonawcy. Prawdopodobnie drugie zdanie dodano tej jednostki redakcyjnej ustawy nie dlatego, że kontynuuje myśl rozpoczętą od *"Jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego (...)"*, tylko dlatego że była to jedyna jednostka redakcyjna odnosząca się do tematu doliczenia podatku VAT do ceny oferty. Podsumowując przystępujący stwierdził, że opisane powyżej działania zamawiającego stanowiły wykonanie obowiązku, jaki na zamawiającego nałożyły przepisy ustawy.

Biorąc pod uwagę stawiane przez odwołującego zarzuty, argumenty a także powyższe wyjaśnienia znajdujące swoje odzwierciedlenie w zaistniałym stanie faktycznym, treści złożonych dokumentów oraz obowiązujących przepisów odwołanie powinno zostać oddalone jako całkowicie niezasadne.

W dniu 7 stycznia 2016r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie w całości.

13

W dniu 8 stycznia 2016r. przystępujący złożył stanowisko przystępującego o niezasadności odwołania. Przystępujący przytoczył treść postanowień siwz i stwierdził, że prawdą jest, jak wskazuje odwołujący, że zamawiający błędnie wskazał numer załącznika, w którym określono zakres odpadów objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający popełnił oczywistą omyłkę pisarską, gdyż w przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie udostępnił załącznika o numerze wskazanym w wyżej zacytowanym fragmencie siwz. Nie ulega jednak wątpliwości, że odwołującego, jaki i innych wykonawców biorących udział w przedmiotowym postępowaniu wiązały inne dokumenty udostępnione przez zamawiającego w tym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie zakwestionował treści siwz w drodze odwołania. Przystępujący wskazał, że zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 2 ustawy odwołującemu przysługiwało prawo do wniesienia odwołania od treści opisu sposobu oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu, jednak odwołujący nie skorzystał z przysługującego mu uprawnienia. Kwestionowanie treści SIWZ w tym zakresie na obecnym etapie postępowania, jest więc niedopuszczalne. W Załączniku nr 9 do SIWZ Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej jako OPZ), zamawiający szczegółowo wymienił kody odpadów, których odbiór i zagospodarowanie będzie przedmiotem zamówienia. Klasyfikacja odpadów według kodów przez zamawiającego, zgodna jest z klasyfikacją określoną w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie katalogu odpadów (Dz.IL.2014.1923). Przystępujący przytoczył treść pkt. 9 OPZ i stwierdził, że odwołujący nie spełnia warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej. Zgodnie z zaświadczeniami odwołującego o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (strony 5-14 oferty odwołującego) wykonawca ten nie posiada wpisu do rejestru w zakresie odpadów o kodach: 17 01 80 oraz 17 03 80* Konieczność posiadania wpisu w zakresie również tych odpadów wynikała wprost z zapisu pkt 9 lit d OPZ, tj. z zapisu o treści: zakres przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie: (...) d) odpady budowlane i rozbiórkowe (170101 170102, 170103, 1701077 170180, 170201 170202, 170203, 170380, 170604, 200399". W tym zapisie bowiem zamawiający wprost wskazał, że przedmiotem zamówienia będą odpady o kodach 170180 oraz 170380. Posiadanie wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie również tych odpadów jest niezbędne do możliwości realizacji przez wykonawcę przedmiotu zamówienia. W przypadku braku wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie odpadów o kodzie 170180, tj. usunięte tynki, tapety, okleiny itp. oraz odpadów o kodzie 170380, tj. odpadowa papa, spowoduje, że wykonawca nie będzie mógł odebrać takich odpadów od właścicieli nieruchomości - czyli nie będzie mógł realizować przedmiotu zamówienia.

W OPZ wskazano szczegółowo, jakie odpady będą odbierane od właścicieli nieruchomości w ramach realizacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający wskazał również wprost kody odpadów, jakie będą odbierane, a tym samym kody, co do których wykonawcy muszą posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej. Nie było więc wątpliwości co do zakresu przedmiotu zamówienia, tj. do tego, jakie odpady będą odbierane przez wykonawcę od właścicieli nieruchomości. Tym samym nie było wątpliwości, w zakresie jakich odpadów wykonawcy, biorący udział w postępowaniu, mima posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej. Nie jest prawdą, jak wskazuje odwołujący, jakoby posiadanie przez tego wykonawcę decyzji na transport oraz decyzji na zbieranie odpadów w zakresie odpadów o kodach 170180 oraz 170380 było wystarczające dla możliwości prowadzenia przez wykonawcę działalności gospodarczej w zakresie odbierania wskazanych odpadów od właścicieli nieruchomości. Aby móc prowadzić działalność w zakresie transportu odpadów podmiot musi uzyskać zezwolenie na transport odpadów. Aby móc prowadzić działalność w zakresie zbierania odpadów podmiot musi uzyskać zezwolenie na zbieranie odpadów. Natomiast, aby móc prowadzić działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości podmiot musi posiadać wpis do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Zgodnie z art. 9b ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach „Działalność w zakresie odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest działalnością regulowaną w rozumieniu ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej Art. 64 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie

działalności gospodarczej „Jeżeli przepis odrębnej ustawy sianowi, że dany rodzaj działalności jest działalnością regulowaną w rozumieniu niniejszej ustawy, przedsiębiorca może wykonywać tę działalność, jeżeli spełnia szczególne warunki określone przepisami tej odrębnej ustawy i po uzyskaniu wpisu w rejestrze działalności regulowanej, z zastrzeżeniem art. 75” Zgodnie z 9b ust. 4 ustawy z dnia 13 września 1996 r, o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, rejestr działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zawiera między innymi określenie rodzaju odbieranych odpadów komunalnych. Nie jest więc bez znaczenia, jakie odpady (o jakich kodach) wpisane są w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, gdyż właśnie te odpady może odbierać podmiot prowadzący działalność. Podmiot odbierający odpady od właścicieli nieruchomości nie może więc odbierać odpadów, w zakresie których nie ma wpisu w rejestrze działalności regulowanej. W związku z powyższym, w ocenie przystępującego, odwołującego, z uwagi na brak wpisu w rejestrze działalności regulowanej w zakresie odpadów o kodach 170180 oraz 170380? nie będzie mógł odbierać tych odpadów, a jednocześnie nie ulega wątpliwości że przedmiot zamówienia obejmuje odbiór tychże odpadów*

15

Wskazał ponadto, że wbrew twierdzeniom odwołującego, w przedmiotowym stanie faktycznym zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 26 ust. 3 zd. 1 ustawy „Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania”. Oferta odwołującego podlegała odrzuceniu z uwagi na brak oświadczenia o obowiązku podatkowym, o którym mowa w art. 91 ust. 3a prawa zamówień publicznych. Z uwagi na odrzucenie oferty odwołującego zamawiający nie miał obowiązku wezwania odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Nadto zgodnie art. 91 ust. 3a ustawy, w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 lipca 2015 r. „jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku”. Obowiązek poinformowania zamawiającego o tym, czy po jego stronie powstanie obowiązek podatkowy w wyniku świadczenia usług przez wykonawcę oraz ewentualnie, w jakim zakresie obowiązek ten obciąży zamawiającego, wynika więc z przepisu ustawy. Niewątpliwie, zdaniem przystępującego, w przedmiotowym postępowaniu po stronie wykonawców zachodził obowiązek złożenia oświadczenia o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy. Przedmiotowe postępowanie zostało bowiem wszczęte po dniu wejścia w życie art. 91 ust. 3a ustawy w brzmieniu po nowelizacji dokonanej ustawą z dnia 9 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015, poz. 605) (dalej jako ustawa nowelizująca). Przystępujący stoi na stanowisku, że nie jest jak to wskazuje odwołujący, iż o braku zobowiązania wykonawcy do złożenia oświadczenia o obowiązku podatkowym, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zd. 2 prawa zamówień publicznych, nie decyduje brak wskazania na taki obowiązek przez zamawiającego w siwz. Obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zd. 2 prawa zamówień publicznych, wynika z ustawy i żaden przepis

16

nie obliguje zamawiającego do powtórzenia treści ustawy w siwz. W związku z tym, brak wskazania przez zamawiającego w siwz, że wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu, mają obowiązek złożyć oświadczenie o obowiązku podatkowym, nie

powoduje, iż taki obowiązek nie istnieje. Obowiązek ten jest niezależny od treści siwz. Przystępujący uważa, że obowiązek ten istnieje nawet, gdy po stronie zamawiającego nie powstanie obowiązek podatkowy i wówczas wykonawca ma obowiązek poinformować czy wybór oferty będzie prowadził do powstania obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego oraz wskazać rodzaj towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie się wiązać z powstaniem obowiązku podatkowego zamawiającego. Przystępujący odwołał się do wyroku Izby z dnia 17 września 2015r. dotyczącego umowy ramowej. Podkreślił, że celem wprowadzenia do ustawy art. 91 ust. 3a zd. 2 ustawy było umożliwienie zamawiającemu dokonania rzeczywistej oceny ofert złożonych przez wykonawców. Dodatkowo powstanie po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego z tytułu nabycia określonych towarów lub usług zależne jest od cech posiadanych przez dostawcę takich towarów lub usług, czyli od cech posiadanych przez wykonawcę. Dlatego też to właśnie na wykonawców nałożono obowiązek złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy. Zamawiający nie ma bowiem wiedzy, co do wszystkich okoliczności dotyczących wykonawcy, a będących jednocześnie przesłankami powstania po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego. Niewypełnienie powyższego obowiązku złożenia oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy skutkuje w ocenie przystępującego odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy, jako niezgodnej z ustawą. Obowiązek złożenia oświadczenia wynika bowiem z przepisu ustawy, a niezłożenie takiego oświadczenia stanowi niezastosowanie się do ustawowego nakazu. Brak w ofercie oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 prawa zamówień publicznych, nie może zostać uzupełniony w drodze wezwania wykonawcy do złożenia dokumentów, czy też wyjaśnień. Podstawy do uzupełnienia takiego oświadczenia nie daje art. 26 ust. 3 prawa zamówień publicznych, art. 87 ust. 1 prawa zamówień publicznych, czy art. 87 ust. 2 prawa zamówień publicznych. Dokumenty i oświadczenia, które mogą być uzupełnione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego określono w art. 26 ust. 3 ustawy. Katalog dokumentów, które mogą zostać uzupełnione na wezwanie zamawiającego, jest katalogiem zamkniętym. Oświadczenie, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy, nie stanowi dokumentu, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy (czyli dokumentu potwierdzającego spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego), ani pełnomocnictwa. W związku z tym art. 26 ust. 3 ustawy nie może mieć zastosowania do uzupełnienia przedmiotowego oświadczenia.

17

Przepis art. 87 ust. 1 ustawy w ocenie przystępującego również nie może mieć zastosowania do uzupełnienia braku oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy. Wskutek takiego wyjaśnienia, zdaniem przystępującego, doszłoby w rzeczywistości do uzupełnienia treści oferty o oświadczenie, które się w niej nie znalazło, przy jednoczesnym braku podstawy prawnej pozwalającej na uzupełnienie takiego oświadczenia. Uzupełnienie treści oferty o oświadczenie, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy niezgodne byłoby również według przystępującego z zakazem w art. 87 ust. 1 zdanie 2 prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Braku oświadczenia o obowiązku podatkowym Zamawiającego, nie można potraktować także jako omyłki. Zamawiający, aby poprawić taką „omyłkę” w treści oferty wykonawcy, musiałby w rzeczywistości złożyć oświadczenie za samego wykonawcę. Co więcej zamawiający musiałby ewentualnie wskazać za wykonawcę usługi lub towary, których nabycie spowoduje powstanie po stronie zamawiającego obowiązku podatkowego oraz wartość takich towarów (która jest przecież zależna od ceny ofertowej wykonawcy). Brak oświadczenia o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 prawa zamówień publicznych, nie stanowi oczywiście omyłki pisarskiej, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy. Oczywiście omyłka pisarska może być wyłącznie przeoczeniem, błędem, czy niedokładnością widoczną na pierwszy rzut i oczywistym dla zamawiającego, Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 17 stycznia 2008r. sygn. akt KIO/UZP 77/07, „oczywista omyłka jest pewnym rodzajem niedokładności przypadkowym przeoczeniem czy też oczywistym błędem pisarskim, który polega na mylnym użyciu wyrazu, jego pisowni albo też opuszczeniu jakiegoś wyrazu” Ponadto jak wskazano w wyroku Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 października 2009 r. sygn. akt IX CAa 661/09 „oczywistą omyłką pisarską, a więc zapisem

oferty podlegającym poprawieniu jest, w świetle poglądu utrwalonego w orzecznictwie sądowym, taka omyłka, co, do której nie zachodzą żadne wątpliwości, iż błędny zapis jest wynikiem przeoczenia lub niewłaściwego doboru słów**.

Braku oświadczenia w ofercie odwołującego nie można traktować jako oczywistej omyłki pisarskiej. Oferta wskazanego wykonawcy nie zawiera żadnego oświadczenia czy nawet próby złożenia takiego oświadczenia. Nie występuje więc niedokładność, przeoczenie, czy błąd pisarski, który podlegałby uzupełnieniu. Nie ma tu również oczywistości błędu i oczywistości, co do tego, jak zamawiający miałby poprawić występującą omyłkę.

18

Zamawiający może nie mieć bowiem wiedzy, aby stwierdzić, czy świadczenie na jego rzecz usług przez danego wykonawcę, będzie prowadzić do powstania po jego stronie obowiązku podatkowego w zakresie podatku od towarów i usług.

Oczywistym jest również, że sam brak oświadczenia, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdanie 2 prawa zamówień publicznych, nie stanowi oczywistej omyłki rachunkowej, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 2 prawa zamówień publicznych. Omyłka rachunkowa jest to bowiem błąd popełniony przez wykonawcę w obliczeniach, który jest oczywisty z punktu widzenia zamawiającego. W przedmiotowym stanie faktycznym, w ocenie przystępującego, brak w ofercie odwołującego nie może zostać również potraktowany jako omyłka, o której mowa w art. 87 ust 2 pkt 3 prawa zamówień publicznych, tj. inna omyłka polegająca na niezgodności oferty z siwz, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie umieścił w treści siwz wymogu złożenia oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego, w związku z czym brak ten nie polega na niezgodności oferty z siwz.

Przystępujący wskazał ponadto, że w przepisach ustawy nowelizującej dokładnie określono tylko jeden przypadek, w którym zamawiający mogą wzywać wykonawców do uzupełnienia oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego. Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 r. ustawa nowelizującej W przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy wymienionej w art. 2 [prawo zamówień publicznych], wszczętego przed dniem 1 lipca 2015 r. którego przedmiot objęty jest zakresem niniejszej ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli ta informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy wymienionej w art. 1, wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. Oferta, której wybór powodowałby powstanie obowiązku podatkowego u zamawiającego, jest oceniana z uwzględnieniem art. 91 ust. 3a ustawy wymienionej w art. 2, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą".

W związku z powyższym, ustawodawca dokładnie określiła w jakich przypadkach dopuszczalne jest wzywanie wykonawców do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy o

19

podatku od towarów i usług wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku. Wezwanie do uzupełnienia oświadczenia jest dopuszczalne wyłącznie w przypadku postępowań wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r. -jako wyjątek od braku takiej możliwości. Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte po dniu 1 lipca 2015 r., w związku z czym nie ma wątpliwości, że nie ma w nim zastosowania art. 12 ust. 1 ustawy nowelizującej. Nie ma przy tym żadnej podstawy, aby w drodze analogii zastosować art. 12 ust. 1 ustawy nowelizującej do postępowań wszczętych po dniu 1 lipca 2015 r. Analogia możliwa byłaby tylko w sytuacji istnienia luki prawnej, a w omawianych przepisach taka luka nie występuje.

Wprowadzenie art. 12 ust. 1 ustawy nowelizującej świadczy o tym, że ustawodawca uznał, iż nie jest możliwe poprawienie czy uzupełnienie oświadczenia o obowiązku podatkowym zamawiającego w postępowaniach innych niż wszczętych przed dniem 1 lipca 2015 r. Gdyby taka możliwość - uzupełnienia lub poprawienia oświadczenia - istniała, to nie byłoby potrzeby wprowadzania tego przepisu. Przyjęcie odmiennego wniosku, byłoby niezgodne z zasadami prawidłowej legislacji. Ponadto, gdyby ustawodawca chciał wprowadzić możliwość uzupełnienia takich uchybień, to wyraziłby to wprost w przepisach, albo nie wprowadzał art. 12 ust. 1 ustawy nowelizującej - jeżeli uznałby, że taka możliwość wynika już z przepisów prawa.

Podkreślił ponadto, że zgodnie zaś z literalnym brzmieniem art. 91 ust. 3a zdanie 2 prawa zamówień publicznych, informacja o obowiązku podatkowym zamawiającego powinna zostać złożona zamawiającemu wraz ze złożeniem oferty. Literalna wykładnia zacytowanego przepisu nie pozostawia wątpliwości, że oświadczenie, o którym mowa w art. 91 ust. 3a zdaniem 2 ustawy powinno zostać złożone wraz z ofertą, a nie później. Jest to konstrukcja w pełni uzasadniona koniecznością umożliwienia zamawiającemu dokonania prawidłowej oceny złożonych ofert.

Wskazał także, iż powyższe twierdzenia przystępującego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza między innymi w wyroku z dnia 20 listopada 2015 r. sygn. akt KIO 2422/15 Jak wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w tym wyroku „Zgodnie z art. 87 ust 1 ustawy w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści ofert, przy czym niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust 1a i ust 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany jej treści. Przepis ten ma zastosowanie w sytuacji, gdy treść oferty jest niejednoznaczna* niejasna, zawiera sprzeczności, budzi wątpliwości interpretacyjne w związku z wystąpieniem niezamierzonych błędów lub opuszczeń.

20

Jak wynika z treści oferty odwołującego, w żadnym miejscu oferty nie została zawarta jakakolwiek informacja w zakresie obowiązku podatkowego dotyczącego mechanizmu odwróconego VAT, o której mowa w art. 91 ust. 3a ustawy. Nie powstały zatem żadne wątpliwości co do treści oferty w omawianym zakresie. (...) Zamawiający nie miał podstaw do uzupełnienia za wykonawcę brakującego oświadczenia i wypełnienia za wykonawcę szczegółowej tabeli, w zakresie towarów, cen jednostkowych itp. których dostawa będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego. Oświadczenie w powyższym zakresie jest zobowiązany złożyć wykonawca, uwzględniając wymagania przepisów ustawy o podatku od towarów i usług.

W świetle zatem jednoznacznej treści oferty złożonej przez odwołującego, nie wystąpiły wątpliwości, które zobowiązywałyby zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty w trybie art. 87 ust: 1 ustawy. Przystępujący podkreślił że zamawiający nie jest uprawniony do samodzielnego wywodzenia z treści oferty hipotetycznych informacji które nie zostały w żaden sposób wyrażone przez wykonawcę w ofercie. Przeciwnie działanie zamawiającego stanowiłoby poważne naruszenie obowiązku zachowania w postępowaniu zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Powyższy brak wymaganej informacji w ofercie Odwołującego nie podlega poprawie w trybie art. 87 ust 2 pkt 1 ustawy jako oczywista omyłka pisarska, (...) Oferta zawiera zatem istotny błąd, którego poprawienie wymagałoby uzupełnienia przez Odwołującego wymaganych oświadczeń, których brak w ofercie jest oczywisty. Braki powyższe nie mogą być „sprostowane” w trybie art. 87 ust. 2 pkt 1 ustawy, wobec złożonego charakteru i znacznego zakresu brakujących informacji, których nie mógł Zamawiający samodzielnie wywieść z treści złożonej oferty”.

W związku z powyższym, niewątpliwie oferta złożona przez odwołującego jest niezgodna z ustawą, tj. nakazem z art. 91 ust. 3a zdanie 2 ustawy. W związku z koniecznością złożenia oświadczenia wraz z ofertą oraz brakiem możliwości uzupełnienia takiego oświadczenia, zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Niezasadna jest przy tym argumentacja odwołującego, jakoby obowiązek złożenia oświadczenia uzależniony był od zapisów treści siwz, gdyż wynika on wprost z przepisu ustawy. Obowiązek złożenia oświadczenia jest ponadto niezależny od tego, czy rzeczywiście powstanie obowiązek podatkowy po stronie Zamawiającego czy też nie.

W dniu 11 stycznia 2016r. przed otwarciem posiedzenia zamawiający złożył oświadczenie o

uwzględnieniu odwołania w całości i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej, czynność odrzucenia oferty odwołującego, czynność wykluczenia odwołującego oraz zobowiązał się do powtórzenia czynności badania ofert oraz do wyboru oferty

21

najkorzystniejszej spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Zamawiający wniósł o umorzenie postępowania i orzeczenie o kosztach postępowania na podstawie art. 186 ust. 6 ustawy.

Przystępujący zgłosił sprzeciw wobec uwzględnienia odwołania ograniczając go do zarzutu związanego z wykluczeniem odwołującego z uwagi na niewykazanie warunków udziału w postępowaniu, tj. nieprzedstawienie wpisu do rejestru działalności regulowanej na odbiór odpadów o kodach 170180 i 170380.

Na rozprawie przystępujący przedłożył kolejne pismo procesowe, w którym ograniczył stanowisko i argumentację wyłącznie do zarzutu, co do którego złożył oświadczenie o sprzeciwie.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, siwz, oferty odwołującego.

Na podstawie powyższych dowodów ustalono, co następuje:

Sekcja II.1.4. ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych wskazuje, że przedmiotem zamówienia jest odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstałych i zebranych we wszystkich nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy położonych w granicach Gminy Nowe Piekuty oraz zorganizowanie i prowadzenie punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych w gminie Nowe Piekuty oraz zagospodarowanie odpadów zebranych w tym punkcie.

Sekcja III.3.1. opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności – posiada wpis do rejestru działalności regulowanej stosownie do wymogów art. 9b ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zmianami), co najmniej w zakresie odpadów wymienionych w pkt 7 zał. Nr 25 do siwz

W pkt IV ogłoszenia o zamówieniu na stronie internetowej pkt. IV ppkt. 3 znajduje się pod tabelą wskazanie ilości odpadów komunalnych zebranych z terenu Gminy Nowe Piekuty z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w latach 2011, 2012, 2013, 2014 i są tam wymienione kody 150102, 150107, 150101, 200301 oraz w pkt. 8 lit. d zamawiający wskazał, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych (170101, 170102, 170103, 170107, 170180, 170201, 170202, 170203, 170380, 170604, 200399). W celu odbioru tych odpadów wykonawcy mieli wystawić 2 kontenery o pojemności 7m3 w miejscowościach Nowe Piekuty i Jabłoń Kościelna. W pkt

22

VII ogłoszenia o zamówieniu zamawiający w lit. A pkt 1 opisał wymóg posiadania uprawnienia do wykonywania określonej działalności lub czynności, odwołując się przy wpisie do rejestru działalności regulowanej do pkt. 7 załącznika nr 25 do siwz.

W rozdziale III zamawiający zawarł opis przedmiotu zamówienia, zgodnie z którym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera załącznik nr 9

W rozdziale V - Warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, zamawiający w pkt 1 lit a wskazał, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki udziału w postępowaniu określone przez zamawiającego w zakresie określonym przepisem art. 22 ust. 1 ustawy dotyczące:

Posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania.

Wykonawca winien wykazać, że:

posiada wpis do rejestru działalności regulowanej stosownie do wymogów art. 9b ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zmianami), co najmniej w zakresie odpadów wymienionych w pkt 7 zał. Nr 25 do siwz – w wersji nadesłanej do Izby w kserokopii poświadczona za zgodność z oryginałem znajduje się ręczne poprawienie na pkt 9 załącznika nr 9;

posiada aktualne zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie zbierania i

transportu odpadów w myśl przepisów ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2013 r. poz. 21 ze zm.),

W załączniku nr 9 do siwz szczegółowy opis przedmiotu zamówienia:

- w ppkt. 3 znajduje się pod tabelą wskazanie ilości odpadów komunalnych zebranych z terenu Gminy Nowe Piekuty z nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych w latach 2011, 2012, 2013, 2014 i są tam wymienione kody 150102, 150107, 150101, 200301 – w pkt 9 lit. d znajduje się wskazanie, że zakres przedmiotu zamówienia obejmuje odbiór i zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych (170101, 170102, 170103, 170107, 170180, 170201, 170202, 170203, 170380, 170604, 200399). W celu odbioru tych odpadów wykonawcy mieli wystawić 2 kontenery o pojemności 7m³ w miejscowościach Nowe Piekuty i Jabłoń Kościelna.

W treści siwz brak jest załącznika nr 25. Zamawiający nie określił swoje statusu jako płatnika podatku VAT, ani nie wskazał, czy przedmiot zamówienia dotyczy towarów określonych w załączniku nr 11 do ustawy o podatku od towarów i usług, nie zawarł także wymagania dotyczącego składania oświadczenia w trybie art. 91 ust. 3 a ustawy.

Z oferty odwołującego wynika, że odwołujący przedstawił cenę w rozbiu na cenę netto, brutto oraz wartość podatku VAT, oświadczenia w trybie art. 91 ust. 3a nie składał.

23

Na str. 5-7 oferty odwołującego znajduje się zaświadczenie o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nr ew. IK.6233.1.2012 z dnia 21 czerwca 2013r., gdzie w pkt 4 określono rodzaje odbieranych odpadów komunalnych, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 8-10 oferty odwołującego znajduje się zaświadczenie o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nr ew. IK.6233.1.2012 z dnia 22 maja 2013r., gdzie w pkt 4 określono rodzaje odbieranych odpadów komunalnych, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 11-12 oferty odwołującego znajduje się zaświadczenie o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nr ew. IK.6233.1.2012 z dnia 3 października 2012r., gdzie w pkt 4 określono rodzaje odbieranych odpadów komunalnych, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 13-14 oferty odwołującego znajduje się zaświadczenie o dokonaniu wpisu do ewidencji działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nr ew. IK.6233.1.2012 z dnia 1 lutego 2012r., gdzie w pkt 4 określono rodzaje odbieranych odpadów komunalnych, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 15-16 znajduje się decyzja nr DOS-II.6233.23.2015 stanowiąca zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów przez uwzględnienie dodatkowych rodzajów odpadów, gdzie w lit A określono dodatkowe rodzaje odbieranych odpadów komunalnych, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 17-18 znajduje się decyzja nr DOS-II.6233.I.24.2015 stanowiąca zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów przez uwzględnienie zmiany adres spółki oraz transportu dodatkowych rodzajów odpadów, gdzie w lit B dodano dodatkowe rodzaje odbieranych odpadów, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 19- 32 znajduje się decyzja nr DOS.6233.I.14.2013 stanowiąca zezwolenie na zbieranie odpadów na terenie nieruchomości w Białymstoku, ul. 27 Lipca 62, gdzie w pkt. 2.1. w ppkt. 326 i 333 wymieniono kody 170180 i 170380.

Na str. 33 – 34 znajduje się decyzja nr DOS.II.6233.I.28.2013 stanowiąca zmianę zezwolenia na zbieranie odpadów przez uwzględnienie zmiany adres spółki oraz transportu

24

dodatkowych rodzajów odpadów, gdzie w lit B dodano dodatkowe rodzaje odbieranych odpadów, wśród nich nie ma wymienionych kodów 170180 i 170380.

Na str. 35-46 znajduje się decyzja nr DOS.II.6233.I.13.2013 stanowiąca zezwolenie na

transport odpadów niebezpiecznych, w tym w poz. 330 i 337 wymienione są kody 170180 i 170380.

Nie było zapytań wobec treści siwz, zamawiający nie kierował do odwołującego wezwań do wyjaśnień ani w trybie art. 26 ust. 4, ani 87 ust. 1 ustawy, jak również nie wzywał wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Ze stanowiska Ministerstwa Środowiska „Kody odpadów komunalnych podlegające wpisowi do rejestru działalności regulowanej” wynika, że w sprawozdaniach kwartalnych podmiotów odbierających odpady komunalne należy uwzględnić inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe tj. 170101, 170102, 170103, 170107, 170201, 170202, 170203, 170302, 170401, 170402, 170403, 170404, 170405, 170406, 170407, 170411, 170508, 170604, 170802, 170904, ex 200399 inne niż niebezpieczne odpady budowlane i rozbiórkowe. Odpady niebezpieczne budowlane i rozbiórkowe mogą być odpadami komunalnymi tylko w przypadku gdy pochodzą z gospodarstw domowych. W takim przypadku odpady te powinny być również klasyfikowane jako odpowiednie odpady z grupy 17, brak jest bowiem możliwości zaklasyfikowania tych odpadów w grupie 20. Izba oceniła ten dowód jako nie mający istotnego związku z okolicznościami, których istnienie wywodzi odwołujący, gdyż wbrew tytułowi nadanemu temu stanowisku, odnosi się on nie do sposobu dokonywania wpisu w rejestrze działalności regulowanej, ale do sposobu wypełniania sprawozdań kwartalnych, a zatem nie może być uznany za przesądzający dla oceny, czy kody 170180 i 170380 podlegają wpisowi do rejestru działalności regulowanej czy też nie.

Z pisma Urzędu Gminy Łomża z dnia 17 maja 2013r. do odwołującego wynika, że omyłkowo w zaświadczeniu o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z dnia 16.11.2012r. został wpisany kod 170180. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminie nie daje Wójtowi delegacji do wpisania odpadu o kodzie 170180. Dowód ten w ocenie Izby potwierdza stanowisko odwołującego, że kod odpadu 170180 nie podlega wpisowi do rejestru działalności regulowanej w Gminie Łomża, natomiast ze str. 9-13 oferty przystępującego wynika, że w Gminie Nowe Piekuty do rejestru działalności regulowanej wpisywana jest działalność odbioru odpadów o kodach 170180 i 170380. W ocenie Izby zgromadzony materiał dowodowy świadczy o istnieniu rozbieżnej praktyki organów samorządowych, co do danych, które podlegają ujawnieniu w rejestrze działalności regulowanej.

25

Z załącznika nr 1 do uchwały nr XX/129/13 Rady Gminy Nowe Piekuty wynika, że § 2 Właściciele nieruchomości zapewniają utrzymanie czystości i porządku na terenie nieruchomości poprzez: pkt. 14) niezwłoczne usuwanie z terenu nieruchomości materiału rozbiórkowego i resztek materiałów budowlanych, powstałych w wyniku budów i remontów lokali oraz budynków.

§ 5 Ustala się następujące zasady w zakresie prowadzenia selektywnego zbierania i odbierania odpadów pkt. 10 Prowadzenie selektywnego zbierania powstających w gospodarstwach domowych : przeterminowanych leków i chemikaliów (...), odpadów budowlano-remontowych i rozbiórkowych (...) obowiązkowe jest we wszystkich rodzajach zabudowy. Pkt. 11 Przedsiębiorca ma obowiązek w ramach zryczałtowanej odpłaty odebrać wyłącznie te odpady budowlano-remontowe i rozbiórkowe, które powstały w wyniku prowadzenia drobnych robót nie wymagających pozwolenia na budowę ani zgłoszenia (...) (max 1 m³ z gospodarstwa domowego rocznie), odpady nie spełniające tej definicji przedsiębiorca ma obowiązek odebrać za dodatkową opłatą, której wysokość określona została w wyniku przetargu, który wygrał.

§ 8 pkt 2 ppkt. 5 odpady budowlane będą odbierane na indywidualne zgłoszenie.

Z wezwania do uzupełnienia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw z dnia 11 stycznia 2015r. skierowanym przez zamawiającego do odwołującego wynika, że w trybie art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa odwołującego do uzupełnienia wpisu do rejestru działalności regulowanej na odbiór odpadów o kodach 170180 oraz 170380 i do złożenia informacji czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazanie źródła oraz wartości bez kwoty podatku.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymogi formalne określone w art. 185 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba oceniła, że odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba stoi na stanowisku, że aczkolwiek przystępujący ograniczył swój sprzeciw do uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez uznanie, że dopuszczalne jest wykluczenie odwołującego w sytuacji, gdy nie przedstawił zaświadczenia o wpisie do rejestru działalności regulowanej obejmującego kody 170180 i 170380, to Izba w takiej sytuacji ma obowiązek rozpoznać odwołanie w całości. To

26

stanowisko znajduje oparcie w art. 186 ust. 4 ustawy, który stanowi, że jeżeli uczestnik postępowania odwoławczego, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego, wnieśnie sprzeciw wobec uwzględnienia w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu, Izba rozpoznaje odwołanie. Natomiast przepis art. 186 ust. 2 i 3 ustawy nie daje Izbie podstaw do częściowego umorzenia postępowania, jak również ustawodawca nie przewidział możliwości umorzenia postępowania w całości lub części z powodu jego bezprzedmiotowości, jak ma to miejsce w art. 183 ust. 5 ustawy dotyczącym rozpoznawania przez Izbę wniosku o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ogłoszeniem przez Izbę orzeczenia kończącego postępowanie odwoławcze. Tym samym uwzględnienie odwołania w części nie objętej sprzeciwem może być przez Izbę rozpatrywane jedynie jako przyznanie przez zamawiającego spornych okoliczności, a częściowe wniesienie sprzeciwu, jako nie podtrzymanie przez przystępującego wniosku o oddalenie odwołania w części, w której przystępujący się nie sprzeciwiał uznaniu. Taka interpretacja zaistniałej w niniejszym postępowaniu odwoławczym sytuacji procesowej znajduje usprawiedliwienie w treści art. 185 ust. 5 ustawy, zgodnie z którym czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 ustawy – przez nie podanie podstawy prawnej decyzji o odrzuceniu oferty, natomiast w odniesieniu do decyzji o wykluczeniu z postępowania - nie przedstawił uzasadnienia faktycznego.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 92 ust. 1 pkt 2 i 3 stanowi, że niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktyczne i prawne;

3) wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne - jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Z treści informacji o wyniku postępowania wynika, że zamawiający informując, że oferta odwołującego została odrzucona podał jako podstawę prawną art. 91 ust. 1 pkt 3 a ustawy. Taka jednostka redakcyjna w art. 91 ustawy nie występuje, nadto w art. 91 ustawy nie określono przesłanek odrzucenia oferty. Te zaś zostały zamknięte w katalogu wymienionym w art. 89 ust. 1 ustawy. Do tego przepisu zamawiający nie odwoływał się podając podstawę prawną odrzucenia oferty odwołującego. Przepis art. 91 ust. 3 a ustawy stanowi bowiem, że

27

jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, zamawiający w celu oceny takiej oferty dolicza do przedstawionej w niej ceny podatek od towarów i usług, który miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami. Wykonawca, składając ofertę, informuje zamawiającego, czy wybór oferty będzie prowadzić do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego, wskazując nazwę (rodzaj) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz wskazując ich wartość bez kwoty podatku. Z tym przepisem skorelowany jest obowiązek zamawiającego wynikający z art. 93

ust. 1 c ustawy, zgodnie z którym w przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 4, jeżeli złożono ofertę, której wybór prowadziłby do powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego zgodnie z przepisami o podatku od towarów i usług, do ceny najkorzystniejszej oferty lub oferty z najniższą ceną dolicza się podatek od towarów i usług, który zamawiający miałby obowiązek rozliczyć zgodnie z tymi przepisami.

Przepis przejściowy - art. 12 ustawy z dnia 9 kwietnia 2015 roku o zmianie ustawy o podatku od towarów i usług oraz ustawy stanowi, że w przypadku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego na podstawie ustawy wymienionej w art. 2, wszczętego przed dniem 1 lipca 2015 r., którego przedmiot objęty jest zakresem niniejszej ustawy, zamawiający wzywa wykonawców, którzy złożyli oferty, do przedstawienia informacji dotyczącej kwoty podatku od towarów i usług doliczonej do ceny złożonej oferty, jeżeli taka informacja nie wynika z treści oferty, oraz informacji dotyczącej możliwości powstania u zamawiającego obowiązku podatkowego na podstawie ustawy o podatku od towarów i usług wraz ze wskazaniem nazwy (rodzaju) towaru lub usługi, których dostawa lub świadczenie będzie prowadzić do jego powstania, oraz ich wartości bez kwoty podatku, a następnie poprawia oferty w zakresie ceny przez pomniejszenie tej ceny o podatek od towarów i usług w zakresie, w jakim u zamawiającego powstaje obowiązek rozliczenia podatku od towarów i usług. Oferta, której wybór powodowałby powstanie obowiązku podatkowego u zamawiającego, jest oceniana z uwzględnieniem art. 91 ust. 3 a ustawy. Przepis przejściowy nie ma w niniejszej sprawie zastosowania, gdyż postępowanie zostało wszczęte po dniu 1 lipca 2015r. Natomiast z literalnego brzmienia art. 91 ust. 3a, jak również art. 93 ust. 1c ustawy wynika, że ustawodawca nie wskazał odrębnej od art. 89 ust. 1 ustawy podstawy odrzucenia oferty z powodu nie złożenia przez wykonawcę informacji o obowiązku zastosowania odwróconego VAT-u. W tej sytuacji zamawiający nie podał jakiegokolwiek podstawy prawnej, na podstawie której dokonał odrzucenia oferty odwołującego. W tym stanie rzeczy należało ocenić, że zamawiający nie podał uzasadnienia prawnego podstaw odrzucenia oferty odwołującego, co pozostaje w sprzeczności z treścią art. 91 ust. 1 pkt 2 ustawy. Analogicznie w odniesieniu do wykluczenia odwołującego z postępowania zamawiający wskazał wyłącznie, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunków udziału w

28

postępowaniu, nie wskazując w czym upatruje niespełniania warunków udziału w postępowaniu. Jedynie z podstaw faktycznych odrzucenia można było wywieść, że zamawiający uważa, że odwołujący powinien był udowodnić posiadanie uprawnień do wykonania przedmiotu zamówienia za pomocą wpisu do rejestru działalności regulowanej obejmującego uprawnienie do odbioru odpadów o kodach 170180 i 170380. Takie uzasadnienie jednak nie znalazło się w części dotyczącej wykluczenia odwołującego z postępowania. Wadliwość te jednak w ocenie Izby nie miały i nie mogły mieć istotnego wpływu na wynik, gdyż odwołujący prawidłowo zdiagnozował tak podstawę prawną odrzucenia – art. 91 ust. 3a ustawy, jak i uzasadnienie faktyczne wykluczenia wyinterpretowując je z uzasadnienia faktycznego odrzucenia. Biorąc to pod uwagę, a także fakt, że zamawiający przyznał odwołującemu rację w tym zakresie uwzględniając odwołanie w całości, zaś przystępując nie zgłosił w zakresie tego zarzutu sprzeciwu. Izba uznała, że mimo tego, że Izba stwierdziła naruszenie przepisów ustawy przez zamawiającego, to jednak to naruszenie nie miało i nie mogło mieć istotnego wpływu na wynik postępowania. W konsekwencji zarzut należało oddalić na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust.1 ustawy przez niepodanie prawnego uzasadnienia dla podjętej decyzji o odrzuceniu oferty odwołującego, gdyż odwołanie się zamawiającego do przepisu art.91 ust.1 pkt 3a jest obarczone wadą prawną, gdyż ustawa nie zawiera takiego przepisu, a przepis art. 91 ust. 3a ustawy nie jest podstawą prawną do odrzucenia oferty.

Zarzut jest zasadny. Przepis art. 89 ust. 1 ustawy stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) jest niezgodna z ustawą;
- 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 3) jej złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

- 4) zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia;
- 5) została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert;
- 6) zawiera błędy w obliczeniu ceny;
- 7) wykonawca w terminie 3 dni od dnia doręczenia zawiadomienia nie zgodził się na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3;
- 8) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów.

29

Zamawiający nie kwestionował faktu, że w uzasadnieniu odrzucenia oferty odwołującego nie odwołał się do żadnego z tych przepisów. Nadto uwzględniając w całości odwołanie zamawiający przyznał, że zarzut jest zasadny, zaś z mocy art. 190 ust. 5 zd. 2 ustawy fakt ten nie wymagał dowodu.. Przystępujący temu przyznaniu nie oponował ograniczając wniesiony sprzeciw. Zamawiający dokonał czynności wezwania do uzupełnienia informacji o powstaniu obowiązku podatkowego po stronie zamawiającego Izba oceniła, że odwołanie w tym zakresie zasługiwało na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art.24 ust.2 pkt 4 ustawy - przez błędne uznanie, że odwołujący „nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu”.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. Izba ustaliła, że w świetle zgromadzonego materiału dowodowego rację należy przyznać odwołującemu. Pomiedzy przystępującym, a odwołującym sporne było to, czy i w jaki sposób szczegółowy opis przedmiotu zamówienia może wywierać wpływ na opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W ocenie Izby rozstrzygnięcie tego sporu sprowadza się do treści art. 22 ust. 4 i 5 ustawy. Przepisy te stanowią, że opis sposobu dokonania oceny spełniania warunków, o których mowa w ust. 1, a więc także posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania (art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy), powinien być związany z przedmiotem zamówienia oraz proporcjonalny do przedmiotu zamówienia. Warunki oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. Z analizy tych przepisów wynika, że przedmiot zamówienia określa czy dany warunek jest z nim związany czy też nie i czy daje się ustalić proporcję do przedmiotu zamówienia, a także czy służy zweryfikowaniu zdolności wykonawcy do należytego wykonania zamówienia. Jednak w ocenie Izby to zweryfikowanie zdolności do należytego wykonania zamówienia nie oznacza, że zamawiający ma ustawowy obowiązek zweryfikowania wszystkich uprawnień wykonawcy, które są lub mogą okazać się niezbędne dla należytego wykonania zamówienia. Ustawodawca w zakresie warunku dotyczącego posiadania uprawnień nie wprowadza odmiennych regulacji, niż te które dotyczą pozostałych warunków stanowiąc tak samo o związaniu z przedmiotem zamówienia i konieczności zachowania proporcji. Zamawiający ma zatem swobodę w określeniu, które z uprawnień potrzebnych dla wykonania zamówienia będzie weryfikował u wykonawcy. Mogą to być wszystkie uprawnienia jak też i tylko te, które na etapie składania ofert zamawiający uznaje za najistotniejsze dla zagwarantowania należytego wykonania zamówienia. W ocenie Izby

30

oznacza to, że zamawiający formułując opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu w zakresie warunku posiadania uprawnień nie został zwolniony z obowiązku jednoznacznego i precyzyjnego określenia jakie uprawnienia będzie badał na etapie badania ofert. Przeciwna interpretacja art. 22 ust. 5 ustawy powodowałaby sprzeczność z normą art. 22 ust. 4 ustawy i nakazem zachowania proporcji do przedmiotu zamówienia. Tym samym nie ma racji przystępujący, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie warunku posiadania uprawnień może zastępować, czy doprecyzowywać opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Opis przedmiotu zamówienia może jedynie służyć ocenie trzech elementów opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu tj. związania z przedmiotem,

proporcjonalności oraz możliwości zweryfikowania za pomocą żądanego uprawnienia zdolności wykonawcy do wykonania zamówienia i aspekt ten będzie głównie podlegał ocenie na etapie przed upływem terminu składania oferty przy kwestionowaniu nadmiernych, dyskryminacyjnych, czy nierównych warunków udziału w postępowaniu. W niniejszej sprawie natomiast istotne jest nie to, jakie kody zostały wymienione w załączniku nr 9 do siwz, ale czy opis sposobu dokonywania oceny warunków udziału w postępowaniu zawarty w rozdziale V pkt 1 lit. a tiret 1 siwz nakazywał wykazanie się wpisem do rejestru działalności regulowanej w zakresie kodów 170180 i 170380. W ocenie Izby ten opis takiego wymagania nie sformułował. Rację ma odwołujący, że odesłanie przez zamawiającego do nieistniejącego załącznika nr 25 do siwz i jego pkt 7, dla oceny wymogu zamawiającego ma istotne znaczenie. Bezsporne jest, że załącznika nr 25 w aktualnej siwz nie ma. Natomiast pkt 7 w załączniku istniejącym nr 9 do siwz stanowi, że „Zamawiający przedstawi wykonawcy przy podpisaniu umowy oraz każdorazowo po otrzymaniu nowych deklaracji od właścicieli nieruchomości wykaz gospodarstw domowych zamieszkałych, objętych przedmiotem zamówienia. Zamawiający zakłada, że około 99% gospodarstw domowych będzie prowadzić segregację odpadów oraz posiadać kompostownik przydomowy.” Zatem punkt ten nie odnosi się ani do obowiązków wykonawcy, ani do rodzaju odpadów. Nadto opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu wskazuje, że wykonawca winien wykazać, że posiada wpis do rejestru działalności regulowanej stosownie do wymogów art. 9b ustawy z dnia 13.09.1996r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zmianami), co najmniej w zakresie odpadów wymienionych w pkt 7 zał. Nr 25 do siwz. W ocenie Izby użyte przez zamawiającego w tym opisie sformułowanie „co najmniej w zakresie” może także rodzić wątpliwości nie pozwalające na nadanie wymaganiu znaczenia takiego jak chce przystępujący, to jest, że chodzi o zakres nie mniejszy niż określony w pkt 9 załącznika nr 9 do siwz. Należy zwrócić uwagę, że zamawiający w załączniku nr 9 do siwz dwukrotnie posługuje się kodami odpadów tj. w pkt 4 odnoszącym się do dotychczasowych odpadów komunalnych zbieranych u

31

zamawiającego w latach 2011-2014, jak i w pkt 9, gdzie zamawiający wskazuje, jakich odpadów odbioru oczekuje. W ocenie Izby nie ma możliwości jednoznacznego przesądzenia o tym, czy zamawiający używając pojęcia „co najmniej w zakresie” miał na myśli kody odpadów z pkt 4 czy z pkt. 9 załącznika nr 9, czy też jakieś inne kody wskazane w niezłączonym do siwz dokumencie. Mając to na uwadze Izba uznała, że opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu został opisany w sposób niejednoznaczny i nieprecyzyjny i tym samym nie można było literalnie uznać, że to właśnie do pkt 9 załącznika nr 9 do siwz zamawiający zamierzał odesłać wykonawców przy określaniu zakresu uprawnień. Rację zatem ma odwołujący, że na gruncie postanowień siwz miał on prawo przedstawić załączony do oferty dokument i treść tego dokumentu powinna być oceniona na korzyść odwołującego jako spełniająca wymagania siwz w zakresie sporządzonego przez zamawiającego opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. W konsekwencji zamawiający nieprawidłowo zastosował art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy dokonując wykluczenia odwołującego z postępowania.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 lub ust. 4 ustawy przez zaniechanie wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących przedłożonych dokumentów lub uzupełnienia złożonych dokumentów, gdyż odwołujący z ostrożności procesowej założył, iż powodem wykluczenia odwołującego był „brak jest wpisu do odbioru odpadów budowlanych i rozbiórkowych o kodach: 170 180 oraz 170 380”

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożą wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożą pełnomocnictw, albo którzy złożą wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożą wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez

zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.. Natomiast w myśl art. 26 ust. 4 ustawy zamawiający wzywa także, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Przedmiotowy zarzut został przez odwołującego podniesiony z ostrożności procesowej, na wypadek, gdyby Izba nie uwzględniła zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2

32

pkt 4 ustawy. Izba zaś zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy uwzględniła oceniając, że w świetle sporządzonej siwz zamawiający nie miał prawa domagać się przedstawienia mu zaświadczeń o wpisie do rejestru działalności regulowanej obejmującego kody 170180 i 170380, gdyż takiego wymagania nie sformułował skutecznie w treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania uprawnień. Skoro zatem zamawiający nieprawidłowo dopatrywał się braków w zaświadczeniu odwołującego, których w rzeczywistości nie było, to nie było podstaw do uznania zasadności zarzutu zaniechania wezwania do uzupełnienia dokumentów jak i do złożenia wyjaśnień dotyczących treści dokumentów. W konsekwencji zarzut należało oddalić.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy przez prowadzenie postępowania w taki sposób, iż prowadzi to do nierówno prawnego traktowania wykonawców, czym narusza interes odwołującego;

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W myśl ust. 2 czynności związane z przygotowaniem oraz przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia wykonują osoby zapewniające bezstronność i obiektywizm. Przepis art. 7 ust. 3 ustawy stanowi nakaz udzielenia zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. W ocenie Izby dokonywanie doprecyzowania treści opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu na etapie informacji o wyniku postępowania jest niedopuszczalne i godzi w zasadę równego traktowania wykonawców. Wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji braku jednoznaczności opisu sposobu spełniania warunku udziału w postępowaniu, nie może także domyślać się intencji zamawiającego, jakie nie zostały wyartykułowane w postawionym warunku. To zamawiający jako gospodarz postępowania stoi na straży jego przejrzystości, tym samym konsekwencje błędów których zamawiający w tym zakresie dopuścił muszą obciążać właśnie zamawiającego. Nie można uznać za prawidłowy w myśl przepisów ustawy wybór wykonawcy, który został oparty o zasady nie wynikające z siwz, a to rodzi także naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy. Mając to na uwadze Izba uwzględniła zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ustawy.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 91 ust. 1 ustawy przez wybór oferty wskazanego wykonawcy, obarczony wadliwą decyzją o odrzuceniu oferty odwołującego;

33

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 91 ust. 1 stanowi, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przepis ten należy jednak interpretować w ten sposób, że ocena ofert jest dokonywana w odniesieniu do prawidłowo ustalonego kręgu wykonawców, których oferty są poddawane ocenie ofert. W przypadku wadliwego ustalenia kręgu takich podmiotów, dochodzi w ocenie Izby do naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy. W tym zakresie Izba podtrzymuje argumentację przedstawioną w odniesieniu do zarzutu dotyczącego naruszenia art. 7 ustawy.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1, 2 i 3 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy stosownie do

wyniku sprawy oraz uwzględniając treść art. 186 ust. 6 pkt. 3 lit b ustawy, w myśl którego koszty postępowania odwoławczego, w sytuacji wniesienia sprzeciwu w myśl art. 186 ust. 4, ponosi wnoszący sprzeciw, jeżeli odwołanie zostało uwzględnione przez Izbę oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i 2 lit. a i b i § 5 ust. 2 pkt 2 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. Nr 41, poz. 238) obciążając przystępującego kosztami postępowania w postaci uiszczonego przez odwołującego wpisu oraz poniesionych przez odwołującego kosztów zastępstwa prawnego do wysokości maksymalnej dopuszczalnej przez rozporządzenie, zgodnie z przedłożonym przez odwołującego rachunkiem.

Izba oddaliła wniosek przystępującego o nieobciążanie go kosztami postępowania uznając, że tak przepisy ustawy jak i wyżej cytowanego rozporządzenia nie dają podstaw do odstąpienia od zasądzenia kosztów od sprzeciwiającego się w sytuacji uwzględnienia zarzutów odwołania.

Przewodniczący: