

WYROK

z dnia 26 kwietnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 kwietnia 2019 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 kwietnia 2019 r. przez wykonawcę

ESE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

ZGO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie - Wielkopolskie Centrum Recyklingu z siedzibą w Jarocinie

przy udziale wykonawcy SSI SCHAFFER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje ZGO Spółce z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie - Wielkopolskiemu Centrum Recyklingu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawcy SSI SCHAFFER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. kosztami postępowania obciąża ZGO Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie - Wielkopolskie Centrum Recyklingu i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ESE Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od ZGO Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie - Wielkopolskiego Centrum Recyklingu na rzecz ESE Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Kaliszu.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 703/19

Zamawiający - ZGO Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jarocinie - Wielkopolskie Centrum Recyklingu prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „zadanie 7 Rozbudowa ZZO Jarocin - Wielkopolskie Centrum Recyklingu - dostawa pojemników” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 z późn. zm.), w trybie przetargu nieograniczonego.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 22 stycznia 2019 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2019/S 017-035436. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

#### I Zarzuty i żądania odwołania

Odwołujący - ESE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy SSI SCHAFFER Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, pomimo iż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz zarazem nie nadaje się do poprawienia w jakimkolwiek trybie ustawowym, a tym samym - naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności polegającej na dokonaniu wyboru oferty SSI SCHAFFER Sp. z o.o., dokonania czynności ponownego badania i ceny ofert, a w jego następstwie odrzucenia oferty SSI SCHAFFER Sp. z o.o. oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Odwołującego. Odwołujący wskazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która w przypadku uwzględnienia odwołania powinna zostać uznana za najkorzystniejszą. W wyniku zaś naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych i zaniechania dokonania odrzucenia oferty wykonawcy SSI SCHAFFER Sp. z o.o. oferta Odwołującego nie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, a co za tym idzie - Odwołujący może ponieść szkodę w postaci nieudzielenia mu zamówienia.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący stwierdził, że przedmiotem zamówienia jest dostawa pojemników na odpady biodegradowalne, w tym 10.000 sztuk fabrycznie nowych pojemników wykonanych z tworzywa sztucznego o pojemności 80 litrów (oraz 4.500 sztuk

w ramach prawa opcji) oraz 1.000 sztuk fabrycznie nowych pojemników wykonanych z tworzywa sztucznego o pojemności 240 litrów.

Oferty w postępowaniu złożyli wykonawcy: SSI SCHAFFER Sp. z o.o. i ESE Sp. z o.o. Zamawiający dokonał wyboru oferty spółki SSI SCHAFFER wskazując, iż oferta ta odpowiada wszystkim wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i została oceniona najwyższej w oparciu o kryteria wyboru oferty.

W tomie III specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, Zamawiający wskazał, że dostawa pojemników powinna odpowiadać

szczegółowym wymogom dotyczącym m.in. koloru, wykonania i nośności. Zamawiający określił, iż wszystkie pojemniki muszą być przystosowane do opróżnienia przez śmieciarki i być wykonane zgodnie z normą PN-EN 840 oraz posiadać certyfikat jakości RAL-GZ 951/1 lub równoznaczny. Ponadto wskazał, że nośność każdego pojemnika o pojemności 80 litrów z odpadami nie może być mniejsza niż 50 kilogramów. Powyższe wymaganie jest istotne, gdyż Zamawiający postanowił podnieść standard zamawianych pojemników w zakresie nośności powyżej minimalnych wymogów wynikających z normy PN-EN 840, zgodnie z którą maksymalne obciążenie pojemnika wykonanego z tworzywa sztucznego przeznaczonego na odpady biodegradowalne o pojemności 80 litrów wynosi 32 kilogramy.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący w swojej ofercie zaoferował pojemniki, których nośność spełnia wskazane przez Zamawiającego minimum na poziomie 50 kilogramów. Wykonawca SSI SCHAFFER Sp. z o.o. zaoferował jednak pojemnik PRO 80 I WAVE, którego nośność (obciążenie maksymalne) wynosi jedynie 40 kilogramów. Oferta wykonawcy SSI SCHAFFER Sp. z o.o. w zakresie pojemników o pojemności 80 l jest więc niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a co za tym idzie - zawiera uchybienie skutkujące po stronie Zamawiającego koniecznością odrzucenia oferty tej firmy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Pismem z 26 marca 2019 r. Zamawiający wezwał SSI SCHAFFER Sp. z o.o. do złożenia dokumentów potwierdzających m.in. że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Jako że w przedłożonej odpowiedzi SSI SCHAFFER Sp. z o.o. nie załączył tłumaczenia na język polski karty technicznej pojemnika 80 l i 240 l, Zamawiający, 2 kwietnia 2019 r., dokonał ponownego wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentacji w powyższym zakresie. Zgodnie bowiem z punktem 12.7 specyfikacji istotnych warunków zamówienia dokumenty lub oświadczenia sporządzone w języku obcym miały być składane wraz z tłumaczeniem na język polski.

W odpowiedzi na wezwanie SSI SCHAFFER Sp. z o.o. przedłożył Zamawiającemu jedynie dwie karty techniczne dotyczące pojemników GMT - w języku niemieckim oraz polskim. Niemniej, zgodnie z dokumentacją dołączoną pierwotnie do formularza ofertowego,

w ramach pojemników o pojemności 80 l zaoferował Zamawiającemu model PRO WAVE, a nie GMT, którego karta techniczna została przetłumaczona i przedstawiona Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie z 2 kwietnia 2019 r. W związku z tym Zamawiający w żadnym momencie nie dysponował tłumaczeniem karty technicznej dotyczącej zaoferowanych przez

SSI SCHAFFER Sp. z o.o. pojemników PRO 80 I WAVE. Działanie wykonawcy mogło w sposób oczywisty doprowadzić do konfuzji po stronie Zamawiającego w zakresie rzeczywiście zaoferowanych mu pojemników i ich właściwości. Biorąc pod uwagę przedstawione w postępowaniu dokumenty, nie dało się jednoznacznie określić, czy wykonawca, w zakresie pojemników o pojemności 80 l, oferuje Zamawiającemu produkt pod nazwą PRO WAVE, czy też GMT.

Również pojemniki GMT nie spełniają wymagań stawianych przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zgodnie bowiem z dokumentacją techniczną, o której mowa powyżej, maksymalne obciążenie pojemnika GMT o pojemności 80 l wynosi 40 kilogramów.

Zamawiający zaniechał dalszego wyjaśniania treści oferty SSI SCHAFFER Sp. z o.o. i dokonał wyboru oferty tego wykonawcy jako najkorzystniejszej, pomimo braku posiadania przetłumaczonych kart technicznych oraz wyraźnych danych dotyczących niespełnienia przez pojemnik o pojemności 80 l wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, dotyczących maksymalnego obciążenia.

Zatem oferta SSI SCHAFFER Sp. z o.o. zawiera uchybienia skutkujące koniecznością jej odrzucenia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. z powodu niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zaniechanie odrzucenia oferty SSI SCHAFFER Sp. z o.o. stanowi również naruszenie art. 7 ust.

I ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem sankcjonuje nierówne traktowanie wykonawców. Dokonanie wyboru oferty niezgodnej z wymaganiami Zamawiającego prowadzi do naruszenia interesu Odwołującego, który zaoferował świadczenie odpowiadające tym wymaganiom.

## II Stanowisko Zamawiającego

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania oraz o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że wykonawca ESE Sp. z o.o. nie jest podmiotem uprawnionym do

złożenia odwołania, bowiem nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia ze względu na to, że złożona przez niego oferta znacząco przekracza kwotę, którą Zamawiający posiada w budżecie na realizację tego zamówienia. Pierwotna kwota zarezerwowana przez Zamawiającego wyniosła 795.000,00 zł brutto, po otwarciu ofert Zamawiający podniósł kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia do wysokości ceny oferty złożonej przez SSI

SCHAFFER Sp. z o.o. Oferta złożona przez ESE Sp. z o.o. jest droższa o 361.386,30 zł brutto od oferty uznanej za najkorzystniejszą. Jednocześnie Zamawiający nie jest w stanie wydatkować dodatkowo kwoty 361.386,30 zł brutto i tym samym wybrać oferty Odwołującego. Zatem nawet gdyby argumentacja Odwołującego została uwzględniona, Zamawiający nie jest w stanie wyasygnować środków na realizację zamówienia z uwzględnieniem oferty Odwołującego. Zastosowanie ma tu przepis art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli 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.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Obligatoryjne unieważnianie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje, że żaden z oferentów nie uzyska zamówienia. Oczywistym jest więc, że ESE Sp. z o.o. nie ma „interesu w uzyskaniu danego zamówienia” w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie, nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania w przedmiotowej sprawie. „Zgodnie ze stanowiskiem ugruntowanym w orzecznictwie interes prawny należy definiować jako interes polegający na istnieniu niepewności stanu prawnego lub prawa odwołującego o charakterze obiektywnym. Naruszenie interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” („Środki ochrony prawnej w świetle nowelizacji prawa zamówień publicznych” dostępne na ; na temat pojęcia „interesu w uzyskaniu zamówienia” zob. m.in. P. Janda, w: S. Babiarz, Z. Czamik, P. Janda, P. Pełczyński, Prawo zamówień publicznych, 2011, s. 699-701) - Komentarz do art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych red. Sieradzka 2018, wyd. 1/Sieradzka - Legalis 2019).

Naruszenie interesu prawnego polega zatem na utraceniu przez wykonawcę lub inny podmiot szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W okolicznościach tej sprawy oczywistym jest, że Odwołujący nie ma szans na wygranie niniejszego postępowania, zatem nie ma uprawnienia do złożenia odwołania, bowiem nie spełnia wymogu wynikającego z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jest to drugie postępowanie przetargowe na zakup pojemników na bioodpady. W pierwszym postępowaniu firma ESE Sp. z o.o. również złożyła ofertę, która znacząco przekraczała budżet zarezerwowany przez Zamawiającego na realizację zadania. Oferta pierwotna Odwołującego, jak i złożona w niniejszym postępowaniu, różni się cenowo w małym stopniu, więc nawet w przypadku unieważnienia postępowania nie ma przesłanek, by ESE Sp. z o.o. była w stanie zaproponować wykonanie zadania opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w kwocie mieszczącej się w budżecie Zamawiającego, co dodatkowo potwierdza brak interesu w złożeniu odwołania.

Co do zarzutów Odwołującego Zamawiający wskazał, że zgodnie z przeprowadzoną oceną oferty złożonej przez SSI SCHAFFER Sp. z o.o., spełnia ona wymagania zawarte w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, wykonawca przedstawił dokumentację potwierdzającą posiadanie certyfikatu jakości RAL-GZ 951/1 (lub równoznacznego), a pojemniki zostaną wykonane zgodnie z normą PN-EN 840, co potwierdzają certyfikaty. Z przedstawionych przez SSI SCHAFFER Sp. z o.o. dokumentów wynika, że zaoferowane pojemniki 80 l posiadają nośność na poziomie minimum 50 kg (waga pojemnika 10,5 kg + wsad z odpadów 40 kg), co zostało również opisane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Zamawiający, opisując nośność pojemników, miał na myśli masę własną pojemnika + wsad odpadów, które można do niego załadować.

Jeden z potencjalnych wykonawców, który złożył zapytanie do postępowania przetargowego, również rozumiał nośność pojemnika poprzez masę pojemnika + wsad odpadów w kilogramach i zwrócił się z prośbą o dopuszczenie w postępowaniu pojemników o nośności 39 kg. Taka interpretacja nośności została zastosowana przez Zamawiającego w celu zapewnienia, że uchwyty zastosowane w pojemnikach wytrzymają całe obciążenie podczas wykonywania wyładunku odpadów.

Pojemniki muszą posiadać jedynie certyfikat jakości RAL oraz muszą być wyprodukowane zgodnie z normą PN-EN 840, która zakłada nośność pojemnika na minimalnym poziomie 32 kg. Natomiast Zamawiający nie wymaga potwierdzenia nośności pojemników na poziomie 50 kg żadnym certyfikatem ani normą. Zapis dotyczący nośności na poziomie 50 kg został zastosowany w celu podniesienia jakości i wytrzymałości pojemników. Parametry zostały

spełnione przez SSI SCHAFFER Sp. z o.o., co zostało przedstawione w karcie technicznej. Dodatkowo firma ta udziela gwarancji na dostarczone pojemniki na warunkach opisanych we wzorze umowy.

Odwolujący wskazał na zaferowanie przez SSI SCHAFFER Sp. z o.o. dwóch różnych rodzajów pojemników. Jednak formularz oferty nie zawierał pozycji, w której wykonawca powinien wskazać model/nazwę pojemnika, który oferuje. Wymogiem było jedynie podanie ceny jednostkowej pojemników wraz z ich literażem. Firma SSI SCHAFFER Sp. z o.o. złożyła dokumenty techniczne, które potwierdzają spełnienie przez nią wszelkich stawianych wymagań.

Odwolujący wskazał, że spełnia wszystkie wymagania stawiane przez Zamawiającego, przy czym do złożonej oferty nie przedstawił żadnych dokumentów, które pozwoliłyby to zweryfikować.

Potwierdza to informację przedstawioną przez Zamawiającego, że wykonawca nie miał obowiązku podawania konkretnych modeli/nazw oferowanych pojemników na etapie składania ofert. SSI SCHAFFER Sp. z o.o. spełniła również wszystkie warunki udziału w postępowaniu, a żadne ze złożonych przez nią dokumentów nie budziły zastrzeżeń Zamawiającego.

### III Stanowisko Przystępującego

Przystępujący po stronie Zamawiającego - SSI SCHAFFER Sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania.

Wskazał, że jego oferta spełniała wszystkie wymagania stawiane w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia - tom III specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przedstawił też dokumenty potwierdzające posiadanie certyfikatu jakości RAL-GZ/1 oraz udokumentował, że pojemniki będące przedmiotem dostawy będą wykonane według normy PN-EN 840. Wymogiem Zamawiającego było, aby wszystkie pojemniki posiadały certyfikat jakości RAL-GZ 951/1 i udokumentowania jedynie tej okoliczności żądał Zamawiający, któremu to żądaniu zadośćuczynił Przystępujący, przedkładając odpowiedni certyfikat.

Zamawiający na etapie składania ofert nie żądał wskazania konkretnego modelu pojemnika. Tym samym oferta Przystępującego spełniała minimalne warunki postawione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Przystępujący w toku postępowania złożył również kartę techniczną pojemnika wskazującą na jego nośność, choć Zamawiający nie żądał przedłożenia żadnej szczególnej dokumentacji w tym zakresie. Nawet brak dokumentacji w zakresie nośności pojemnika nie mógł więc stanowić podstawy do wyeliminowania Przystępującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Argument Odwołującego, iż pojemniki PRO WAVE 80 l nie spełniały parametrów nośności wymaganych przez Zamawiającego wynika z błędnego rozumienia tego pojęcia przez Odwołującego. Przystępujący wskazuje, iż pod pojęciem nośności rozumieć należy wagę samego pojemnika powiększoną o wagę wsadu, a nie jedynie wagę wsadu, jak twierdzi Odwołujący. Takie rozumienie pojęcia „nośność” pojemnika jest powszechnie przyjęte w branży dostawców i producentów pojemników. Nie budzi także wątpliwości, że pojęcie nośności było w ten sposób rozumiane przez Zamawiającego. Świadczy o tym treść zapytania złożonego przez potencjalnego uczestnika postępowania w toku postępowania: „Czy Zamawiający dopuszcza pojemniki o pojemności 80 l o nośności (waga pojemnika + wsad) 39 kg?” W odpowiedzi na zapytanie Zamawiający nie zakwestionował takiego rozumienia nośności, co oznacza, iż pojęcie to interpretował dokładnie w taki sam sposób jak Przystępujący oraz inni potencjalni uczestnicy postępowania i zakupu pojemników o tak rozumianej nośności oczekiwali.

Przystępujący zatem spełnił wszelkie wymagania określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, aby jego oferta została rozpatrzona i wybrana jako najkorzystniejsza.

### IV Ustalenia Izby

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych.

W ocenie Zamawiającego wykonawca ESE Sp. z o.o. nie jest podmiotem uprawnionym do złożenia odwołania, bowiem nie ma interesu w uzyskaniu danego zamówienia ze względu na to, że złożona przez niego oferta znacząco przekracza kwotę, którą Zamawiający posiada w budżecie na realizację tego zamówienia, a Zamawiający nie jest w stanie tej kwoty zwiększyć, by wybrać ofertę Odwołującego. Jak wskazał Zamawiający, naruszenie interesu polega na utraceniu przez wykonawcę szans na wygranie konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a w okolicznościach tej sprawy Odwołujący nie ma szans na wygranie niniejszego postępowania. Obligatoryjne unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Prawo zamówień publicznych powoduje bowiem, że żaden z oferentów nie uzyska zamówienia.

Powyższy pogląd Zamawiającego jest błędny, a opinie, na które się powołuje, nieaktualne w świetle bieżącego orzecznictwa, czy to krajowego, czy to w szczególności Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który przesądził przedmiotową kwestię. M.in. w wyroku z 11 maja 2017 r. w sprawie C-131/16 Archus et Gama Trybunał wskazał bowiem, że „pojęcie danego zamówienia w rozumieniu art. 1 ust. 3 dyrektywy 92/13, zmienionej dyrektywą 2007/66 [tzw. dyrektywy odwoławczej], może w danym razie dotyczyć ewentualnego wszczęcia nowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego”. „Dane zamówienie” nie jest więc równoznaczne „danemu postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego”, lecz „danemu przedmiotowi zamówienia”, czyli w tym wypadku dostawie pojemników na odpady. Tym samym wykonawca posiada uprawnienie do złożenia odwołania, nawet jeśli jego skutkiem byłoby unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (podobnie też w wyroku z 4 lipca 2013 r., w sprawie C-100/12 Fastweb).

Izba ustaliła także, iż stan faktyczny postępowania (treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert, treść złożonych dokumentów) nie jest sporny między Stronami, za wyjątkiem karty katalogowej pojemników PRO WAVE. Jak wyjaśnił Zamawiający, Przystępujący nie przedłożył pierwotnie karty katalogowej tych pojemników, lecz pojemników GMT (jedna karta katalogowa dotyczyła zarówno pojemników 80-, jak i 240-litrowych), tyle że bez tłumaczenia na język polski, do którego uzupełnienia został wezwany. Dokument, do którego odniósł się Odwołujący, był jedynie wizualizacją pojemnika, którą również wykonawca miał przedstawić.

W ocenie Izby nie ma to jednak zasadniczego znaczenia w istniejącym stanie faktycznym.

Po zapoznaniu się z przedmiotem sporu oraz argumentacją obu Stron i Przystępującego, w oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentów postępowania przetargowego przedstawionych przez Zamawiającego oraz dokumentów i oświadczeń złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W odwołaniu Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z przywołanym w ramach zarzutów art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

Z dyspozycji art. 91 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wynika, że zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jak wynika z treści powyższego przepisu, nie ma on związku z zarzutami niniejszego odwołania, które nie dotyczą oceny złożonych ofert według ustanowionych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia kryteriów oceny.

Natomiast zgodnie z dyspozycją art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podstawę faktyczną odrzucenia oferty Przystępującego Odwołujący upatruje w niespełnieniu wymagania dla pojemników na odpady o pojemności 80 litrów opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia - szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia (punkt 1. kropka 16.), zgodnie z którym „nośność każdego pojemnika z odpadami nie może być mniejsza niż 50 kilogramów”. Jak wyjaśnił Zamawiający, wymóg nośności został zastosowany w celu zapewnienia, że uchwyty zastosowane w pojemnikach wytrzymają całe obciążenie podczas wykonywania wyładunku odpadów. Nie rozstrzyga to jednak samego poziomu wymaganego przez Zamawiającego parametru - 50 kg wagi odpadów, czy de facto 40 kg wagi

odpadów.

Przedmiotem sporu jest więc rozumienie zastosowanego przez Zamawiającego pojęcia „nośność”, tj. czy pod pojęciem nośności rozumieć należy wagę samego pojemnika powiększoną o wagę wsadu, jak wskazywali Zamawiający i Przystępujący, czy też jedynie wagę wsadu, jak twierdził Odwołujący. Zamawiający nie zdefiniował bowiem tego pojęcia w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Rozróżnienie to ma zasadnicze znaczenie, ponieważ zaofertowane pojemniki GMT 80 litrów posiadają parametr „masy użytkowej” (wagi odpadów) 40 kg oraz parametr „ciężar własny” ok. 10,5 kg, co łącznie dawałoby 50,5 kg. Zatem, w zależności od stwierdzenia, jak rozumieć „nośność” pojemnika, pojemniki GMT byłyby zgodne lub nie z powyższym wymaganiem specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nawet więc jeśli Zamawiający, jak stwierdził, opisując nośność pojemników, miał na myśli masę własną pojemnika oraz wsad odpadów, które można do niego załadować, to tego nie wyraził.

Według twierdzenia strony zamawiającej rozumienie pojęcia „nośność” pojemnika jako łącznej wagi odpadów i pojemnika jest powszechnie przyjęte w branży dostawców i producentów pojemników. Nie zostało to jednak w żaden sposób wykazane, a wręcz można stwierdzić, że jest przeciwnie, gdyż żaden z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania, oprócz specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tym pojęciem się w ogóle nie posługuje.

Norma PN-EN 840 - mówiąc o 32 kg, na które powoływały się Strony, wskazuje na „ładowność nominalną”, która odnosi się do wagi samych odpadów, co nie było sporne.

Również przedstawione przez wykonawców karty katalogowe pojemników PRO WAVE i GMT mówią odpowiednio o parametrze „payload” (czyli - według słownika - ładunku, ładowności, udźwigu, ładunku użytecznym, ciężarze użytecznym) oraz „Nutzlast” (czyli - według słownika - ciężarze użytkowym, udźwigu użytkowym, obciążeniu użytkowym lub też - zgodnie z tłumaczeniem karty katalogowej przedstawionym przez Przystępującego „masie użytkowej”). Wszystkie te pojęcia wskazują na masę samych odpadów ładowanych do pojemnika, co nie było sporne. Karta techniczna pojemników GMT podaje też jako osobny parametr „Eigengewicht”, czyli ciężar własny pojemnika.

Znaczenia pojęcia „nośności” jako odnoszącego się do łącznego ciężaru odpadów i pojemnika nie można również wywnioskować z pytania i odpowiedzi na pytanie nr 5. Zadający pytanie wykonawca co prawda na początku spytał się, czy „Zamawiający dopuszcza pojemniki o pojemności 80 l o nośności (waga pojemnika + wsad) 39 kg?”, jednak była to jego własna propozycja, a Zamawiający w odpowiedzi wskazał jedynie, że „w dalszym ciągu podtrzymuje swoje stanowisko dotyczące nośności pojemników, które zostały określone w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia”, czyli odrzucił propozycję, ale w żaden sposób nie ustosunkował się do „definicji” wykonawcy zawartej w pytaniu.

Co więcej, należy zwrócić uwagę, że gdyby pojęcie nośności było tak oczywiste, jak stwierdzono, to wykonawca ten nie musiałby w nawiasie precyzować, co ma wchodzić w skład owych proponowanych 39 kg. Poza tym w dalszej części pytania wykonawca przelicza wymaganą przez Zamawiającego nośność 50 kilogramów dla pojemników 80-litrowych i 70 kilogramów dla pojemników 240-litrowych na odpowiednio 0,625 kg/l i 0,292 kg/l, co daje odpowiednio  $0,625 \times 80 = 50$  i  $0,292 \times 240 = 70,08$ . Tym samym wykonawca ten również odnosi wymóg Zamawiającego dotyczący nośności do wagi wyłącznie odpadów, a nie pojemnika.

Również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazuje, że „pojemniki muszą być wyprodukowane zgodnie z normą PN-EN 840, która zakłada nośność pojemnika na minimalnym poziomie 32 kg. Natomiast Zamawiający nie wymaga potwierdzenia nośności pojemników na poziomie 50 kg żadnym certyfikatem ani normą” - tym samym również Zamawiający, wbrew swojemu twierdzeniu, utożsamia nośność z „ładownością nominalną”, o której jest mowa w normie, a która odnosi się do samych odpadów, co potwierdziły Strony i Przystępujący podczas rozprawy.

Również fragment „nośność pojemnika z odpadami” w wymogu „nośność każdego pojemnika z odpadami nie może być mniejsza niż 50 kilogramów” nie przesądza o wliczeniu bądź nie wagi pojemnika do wymaganych 50 kg, ponieważ odnosi się do obecności odpadów w pojemniku, których wliczenie do wagi 50 kg jest oczywiste.

Wobec braku własnej definicji Zamawiającego pojęcia „nośności” na etapie specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy interpretacji tego pojęcia należy odnieść się więc do jego powszechnego użycia.

Podczas rozprawy Strony ani Przystępujący nie przedstawiły innej definicji niż zawarta w Wikipedii, która nośność definiuje jako „możliwość przejścia przez materiał, złącze lub konstrukcję obciążeń zewnętrznych - wytrzymałość materiałów, używane także dla określenia parametrów dopuszczalnego obciążenia (nośność wiaduktu lub mostu). Określenie używane jest również w kontekście: nośność statku - podstawowy parametr określający wielkość statku, nośność podłoża gruntowego - rozumiane jako możliwość przejścia obciążeń przekazywanych przez fundamenty na podłoże gruntowe” oraz odsyła do pojęcia „udźwigu”, czyli „masy, jaka może zostać podniesiona (czasem także przemieszczona w innych płaszczyznach) przez człowieka lub maszynę. Udźwig występujący bez dodatkowego ujednoznacznienia oznacza zazwyczaj maksymalną masę, jaka może zostać podniesiona przez dane urządzenie, nie powodując przy tym uszkodzenia tego urządzenia. Na udźwig wpływ może mieć też położenie środka ciężkości podnoszonego obiektu oraz wysokość podnoszenia. Wartość udźwigu podawana jest, jako udźwig nominalny, przez producenta urządzenia.”

Z żadnej z tych definicji nie wynika zwyczaj zaliczania do „nośności” czy „udźwigu” masy własnej.

Również więc odniesienie do definicji ogólnej nie wskazuje na poprawność twierdzenia Zamawiającego i Przystępującego.

W związku z powyższym Izba uznała, że pojęcie nośności należy rozumieć tak, jak wskazał to Odwołujący. W konsekwencji pojemniki zaoferowane przez Przystępującego nie spełniają spornego wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W kwestiach proceduralnych można jeszcze dodać, że co prawda w formularzu oferty wykonawcy nie podawali producenta, nazwy i modelu pojemników na odpady, jednak został on określony poprzez wymagane przez Zamawiającego karty katalogowe, które zgodnie z punktem 9.6. lit. c specyfikacji istotnych warunków zamówienia miał przedstawić wykonawca na wezwanie Zamawiającego w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego. Miały one zawierać m.in. dane o wymiarach, maksymalnym obciążeniu i materiałach zastosowanych do produkcji.

Przystępujący takie dokumenty przedstawił, nie kwestionował też, że oferuje pojemniki GMT o parametrach zgodnych z przesłaną kartą katalogową, natomiast z karty tej wynika, że pojemniki o pojemności 80 litrów nie spełniają wskazanego wymogu nośności min. 50 kg, czego nie można było zignorować w trakcie badania oferty.

Nie jest więc prawdą twierdzenie Zamawiającego, że wymagane parametry zostały spełnione, co zostało przedstawione w karcie technicznej. Poza tym Przystępujący, owszem, deklorował spełnienie wymogów oraz udzielenie gwarancji na dostarczone pojemniki na warunkach opisanych we wzorze umowy, ale odnosząc się do parametrów wskazanych w karcie katalogowej.

Co do ewentualnej konieczności unieważnienia postępowania i poziomu ceny oferty Odwołującego, o którym wspominał Zamawiający, należy zauważyć, że wysokość tej ceny

mogła być powiązana z podwyższonym, niestandardowym parametrem „nośności” pojemników, które zaoferował Odwołujący, zaś w kolejnym postępowaniu Zamawiający będzie miał szansę skorygować (zdefiniować, wyjaśnić) swój wymóg w zakresie nośności.

W związku z powyższym Izba orzekła jak w sentencji uwzględniając odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 972), uwzględniając wpis w wysokości 15.000 złotych oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika

Zamawiającego w kwocie 3.600 złotych.

Przewodniczący: .....