

Sygn. akt KIO 249/21

WYROK
z dnia 23 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Andrzej Niwicki
Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpatrzeniu na rozprawie 22 lutego 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 22 stycznia 2021 r. przez wykonawcę **ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy, poczta Mirosławiec** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Łobez**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Niepodległości 19a, 73-150 Łobez** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego
orzeka:

1. oddala odwołanie.
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy, poczta Mirosławiec** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tego wykonawcę tytułem wpisu od odwołania. 2.1. zasądza od **ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy, poczta Mirosławiec** na rzecz **Gminy Łobez** kwotę **3 898 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziewięćdziesiąt osiem złotych zero groszy) tytułem uzasadnionych kosztów wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów przejazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie**.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt KIO 249/21

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Łobez, ul. Niepodległości 13, 73-150 Łobez prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na usługę pn. „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu miasta i gminy Łobez” o wartości szacunkowej powyżej kwot określonych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp z 29 stycznia 2004 r. (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843). Ogłoszenie o postępowaniu zamieszczono 9.09.2020 r. w DUUE 2020/S 175-423061

Odwołujący ATF sp. z o.o. sp. k. z siedzibą w Chojnicy poczta Mirosławiec wniósł odwołanie wobec czynności odrzucenia jego oferty dnia 13 stycznia 2021 r. oraz dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej 19 stycznia 2021 r.

Odwołujący Zamawiającemu zarzuca naruszenie;

1. Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 pzp i art. 66 k.c. przez dokonanie odrzucenia oferty odwołującego w sytuacji, gdy oferta Spółki odpowiada treści siwz, z oferty i wyjaśnień spółki - wbrew stanowisku Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty - nie wynika, że oferta obejmuje wyłącznie obsługę (administracyjną) funkcjonującego PSZOKu, a nadto Odwołujący składając ofertę wyraził zgodę na zawarcie umowy o treści wskazanej przez Zamawiającego, w ramach której gotowy jest zobowiązać się do wykonywania obowiązków i zadań wskazanych w zakresie prowadzenia PSZOK zawartych w § 5, a także w Szczegółowym OPZ zał. nr 1 do umowy (w tym r. XI dotyczącego eksploatacji (prowadzenia) PSZOK oraz odbioru i transportu odpadów gromadzonych w punkcie, bowiem oświadczył, że zapoznał się ze siwz i nie wnosi do niej zastrzeżeń; nadto Zamawiający dokonał zniekształcenia oświadczenia woli odwołującego, jakim jest oferta; nadto w sytuacji, gdy Zamawiający dokonał nieprawidłowego wezwania do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 pzp z uwagi na zobowiązanie Spółki do udzielenia odpowiedzi na zagadnienia nie dotyczące kwestii objętych dokumentacją przetargową.

2. Art. 92 ust. 1 i 2 w zw. z art. 91 ust. 1 pzp przez dokonanie wyboru oferty przystępującego, w rezultacie niewłaściwie podjętej uprzednio czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a zatem dokonania wyboru oferty, która zgodnie z rankingiem ofert nie była najkorzystniejsza, w sytuacji, w której oferta Skarżącej Spółki została w sposób prawidłowy złożona tj. zgodnie z warunkami przedstawionymi w dokumentacji przetargowej; podczas gdy oferta PUK Sp. z o.o. z siedzibą w Łobzie nie stanowi oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz.

3. Art. 91 ust. 1 ustawy pzp przez niedokonanie przez Zamawiającego wyboru oferty Odwołującego, pomimo że zaofiarowana cena była najniższa, warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione, a oferta jest zgodna z treścią SIWZ.

4. Art. 7 ust. 1 i 3 pzp przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasad, nielogicznej oceny wyjaśnień Odwołującego, a także sformułowania zapytań nieadekwatnych do wymagań stawianych w dokumentacji przetargowej dotyczących etapu składania ofert.

II. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności odrzucenia oferty z jednoczesnym unieważnieniem czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z 19 stycznia 2021 roku.

2. Dokonanie czynności badania i oceny ofert, a następnie wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z rankingiem ofert.

Czynność wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy z pozycji drugiej pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania

zamówienia. Uzasadniając zarzuty i żądania odwołujący wskazał, co następuje.

Zamawiający zawiadomił Odwołującego odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, wskazując, że obowiązkiem wykonawcy jest utworzenie PSZOKu, a następnie jego prowadzenie jako zadania własnego Gminy Łobez, a utworzenie PSZOKu jest natomiast obwarowane uzyskaniem szeregu decyzji administracyjnych. Zamawiający wskazał, iż z wyjaśnień Odwołującego wynika, że „złożona oferta obejmuje wyłącznie obsługę (administracyjną) funkcjonującego PSZOKu (pismo z 28 grudnia 2020 roku cyt. „Wykonawca jest gotowy do obsługi PSZOK w imieniu i na rzecz Wykonawcy (Zamawiającego) zbędnej zwłoki wskazując, że uzyskanie decyzji administracyjnej przez Wykonawcę nie jest zgodnie z przepisami prawa wymagane”. Nadto zamawiający wskazał, że „biorąc pod uwagę wyjaśnienia złożone przez ww. wykonawcę 28 grudnia 2020 r. oraz uwarunkowania prawne związane z utworzeniem PSZOKu i opisane w SIWZ (w tym brak możliwości zastosowania art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach) należy uznać, że wykonawca ten nie rozpoznał w sposób prawidłowy zakresu swojego zobowiązania, a w konsekwencji nie zaoferował wykonania umowy (w zakresie dot. PSZOKu) zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ - pomimo tego, że w toku postępowania przed KIO przedstawił on interpretację zakresu ww. zobowiązania, pokrywającą się z tą wynikającą ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.

Z decyzją i argumentacją nie zgadza się Odwołujący, wskazując, że działanie Zamawiającego narusza szereg zapisów ustawy pzp i pozostaje w sprzeczności z celami i zasadami kierującymi postępowaniem o udzielenie zamówienia. Argumenty, które zaprezentował Zamawiający w uzasadnieniu skarżonej decyzji są niezasadne/niesłuszne, a zacytowana przez Zamawiającego treść wyjaśnień Odwołującego nie pokrywa się ze złożonymi przez Spółkę wyjaśnieniami z 28 grudnia 2020 r. Odwołujący w wyjaśnieniach z 28 grudnia 2020 r. wskazał, że zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, do zadań gminy należy tworzenie PSZOK w sposób umożliwiający łatwy dostęp dla wszystkich mieszkańców gminy, które zapewniają przyjmowanie poszczególnych frakcji odpadów komunalnych, zaś na podstawie przepisów ustawy o odpadach, gmina jest zwolniona z obowiązku uzyskania odpowiednio zezwolenia na zbieranie odpadów lub zezwolenia na przetwarzanie odpadów w przypadkach określonych w art. 45 ust. 1 pkt 11 - tj. w przypadku prowadzenia PSZOK. Nadto Spółka wskazała, że uzyskanie decyzji administracyjnej w zakresie zbierania odpadów - jeśli byłoby niezbędne może nastąpić w terminie wynikającym z przepisów art. 35 ustawy z dnia 14 czerwca 1963 roku KPA. Zatem Zamawiający w sposób wybiórczy ocenił treść wyjaśnień Odwołującego, które co należy zaznaczyć, odnoszą się do wezwania nienależycie sformułowanego, bowiem odnoszącego się do zapytań niedotyczących treści złożonej przez skarżącą oferty.

Zamawiający nie tylko pominał istotne fragmenty złożonych na piśmie wyjaśnień, ale także zniekształcił ich sens. Zamawiający podejmując decyzję o odrzuceniu oferty i uzasadniając swoją decyzję, wydaje się ignorować treść wyjaśnień Odwołującego na wcześniejszym etapie postępowania tj. wyjaśnień z 21 października 2020 r., z których także wprost wynika, że Odwołująca prawidłowo rozeznała zakres swoich obowiązków dotyczących PSZOK, a złożona oferta nie ogranicza się, jak twierdzi Zamawiający, do obsługi administracyjnej funkcjonującego PSZOK-u, lecz uwzględnia realizację szeregu czynności i całości zadań związanych z funkcjonowaniem PSZOK.

W przywołanych wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu (pismo Spółki z 21.10.2020 r. oraz z 28.12.2020 r.) Odwołująca w sposób czytelny wskazała między innymi jakiego rodzaju czynności będzie podejmować w zakresie organizacji i eksploatacji PSZOK, jakiego rodzaju inwestycje zostaną w związku z tym zadaniem zrealizowane, a także wyjaśniła, że „organizacja i eksploatacja PSZOK, w tym zbieranie odpadów na nieruchomości będącej własnością Gminy Łobez i jego obsługa przez Wykonawcę, będzie możliwa niezwłocznie po zawarciu umowy o zamówienie publiczne, wydaniu nieruchomości przez Zamawiającego oraz po zabezpieczeniu czasu niezbędnego na działania operacyjne w zakresie zorganizowania infrastruktury niezbędnej dla działania punktu takiej np. jak posadowienie kontenera socjalnego, dostarczenie pojemników i kontenerów służących do gromadzenia odpadów, instalacji wagi najazdowej i inne.” Dodatkowo Odwołująca wskazała, że „uzyskanie decyzji administracyjnej w zakresie zbierania odpadów przez Wykonawcę - o ile w kontekście przepisów ustawy o odpadach oraz zapisów SIWZ byłoby uznane za niezbędne - może nastąpić w terminie wynikającym z przepisów art. 35 ustawy kpa.”

Całość udzielonych wyjaśnień i stanowisko prezentowane przed KIO, nie dają podstaw do uznania, iż treść złożonej oferty nie odpowiada treści siwz.

Spółka spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu; złożyła ofertę w ramach, której zobowiązała się do realizacji zadań objętych przedmiotem zamówienia, w tym zobowiązała się prowadzić punkt selektywnej zbiórki odpadów komunalnych zgodnie z treścią siwz.

Istotne jest, że opis przedmiotu zamówienia został skonstruowany przez Zamawiającego w sposób precyzyjny. Zał nr 1 do SIWZ - rozdz. XII zawiera zobowiązanie wykonawcy do prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (PSZOK) z terenu gminy i miasta Łobez. Zatem Zamawiający powierzył wykonawcy zadanie polegające na eksploatacji PSZOK - co oznacza, że wśród obowiązków wykonawcy mieści się zbiórka odpadów w PSZOK poza podstawowym zadaniem polegającym na odbiorze odpadów bezpośrednio od właścicieli nieruchomości zamieszkujących gminę i miasto Łobez.

Zadanie powierzone w rozdz. XII zał. nr 1 do SIWZ zostało w sposób szczegółowy, niedyskryminujący opisane, pozwala wykonawcy na dokonanie wyboru w przedmiocie miejsca zorganizowania PSZOK na terenie gminy Łobez - przy czym Odwołująca się udzielając odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego wskazała, że zorganizuje PSZOK na terenie będącym własnością Gminy Łobez ujętym w treści SIWZ. Organizacja i prowadzenie PSZOK zostało szczegółowo określone również (poza zał. nr 1 do SIWZ rozdz. XII) w § 5 zał. nr 9 do SIWZ (wzór umowy), a Odwołująca oświadczyła w ofercie, że zapoznała się z SIWZ i nie składa do niej jakichkolwiek zastrzeżeń, a zatem podejmuje się realizacji powierzonych dokumentacją przetargową zadań.

Niezgodność treści oferty z treścią siwz w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp polega na niezgodności zobowiązania, które wykonawca wyraża w swojej ofercie i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, które zamawiający opisał w siwz i którego przyjęcia oczekuje.

W okolicznościach przedmiotowej sprawy sytuacja niezgodności pomiędzy treścią SIWZ a treścią oferty nie wystąpiła. Oferta Spółki została złożona zgodnie z SIWZ, zawiera zobowiązanie Odwołującej się do realizacji zadań określonych w dokumentacji przetargowej, a nadto oferta nie wymagała dokonania przez Zamawiającego poprawek.

W przedmiotowej sprawie SIWZ w zakresie PSZOKu pozostawił kwestię jego lokalizacji do doprecyzowania po podpisaniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podobnie kwestię uzyskania odpowiednich zezwoleń Zamawiający pozostawił wybranemu wykonawcy do uzyskania po podpisaniu umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Podkreślić przy tym trzeba, że Zamawiający w dokumentacji przetargowej nie wskazał obowiązku posiadania decyzji na zbieranie odpadów dla nieruchomości położonej na terenie Gminy Łobez na dzień 8 stycznia 2021 roku (co wskazał w wezwaniu do złożenia wyjaśnień z dnia 6 grudnia 2020 roku). Odwołująca podnosi, iż z uwagi na specyfikę rozpoczęcia działalności PSZOKu, w tym konieczność uzyskania odpowiednich decyzji administracyjnych, Zamawiający powinien stworzyć warunki zorganizowania PSZOKu w odpowiednim terminie. Wynika to nie tylko z poszczególnych terminów (dat) wskazanych w dokumentacji przetargowej, ale także całości prowadzonego postępowania, w tym przede wszystkim wcześniejszych czynności Zamawiającego (unieważnienie postępowania) oraz treści zajmowanych przez Zamawiającego stanowisk w toku podejmowania czynności i procedury odwoławczej.

Takie stanowisko Zamawiającego jest nielogiczne, sprzeczne z treścią dokumentacji przetargowej i stanowi próbę manipulowania wynikiem postępowania oraz wprowadzenia Wykonawcy w błąd.

Po pierwsze, Zamawiający wskazał, że formułowanie wobec podmiotów ubiegających się dopiero o zamówienie, wymogu posiadania zezwolenia na zbieranie odpadów stanowiłoby naruszenie zasad uczciwej konkurencji.

Po drugie, Zamawiający przewidział możliwość zorganizowania PSZOK na działce będącej jego własnością.

Po trzecie, Zamawiający przewidział uregulowanie kwestii przekazania tytułu prawnego do tej nieruchomości w terminie 7 lub 11 stycznia 2021 r. tj. już po zawarciu umowy o zamówienie. Po czwarte, Zamawiający ma świadomość, że warunkiem koniecznym dla uzyskania decyzji administracyjnej w zakresie zbierania odpadów jest posiadanie tytułu prawnego do nieruchomości, (dowód: strona 2 zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 13.11.2020 r.).

Po piąte, Zamawiający jako podmiot opierający swoją działalność o zasady wyrażone w przepisach kpa, a także jako podmiot działający racjonalnie, ma świadomość, że procedura uzyskania decyzji administracyjnej wymaga zabezpieczenia odpowiedniego czasu, a zatem powinien stworzyć warunki zorganizowania PSZOKu.

Wobec przytoczonych okoliczności faktycznych przedmiotowej sprawy obecne stanowisko Zamawiającego polegające na uznaniu, że oferta Odwołującej się jest niezgodna z postanowieniami SIWZ jest bezpodstawne i dalece niezrozumiałe, bowiem oferta Odwołującej jest jasna, nie uległa modyfikacji, spełnia wszelkie wymogi merytoryczne i formalne stawiane przez Zamawiającego.

Na marginesie Odwołująca podnosi, powołując się na swoje doświadczenie i mając na uwadze specyfikę działalności PSZOKu, a także różnorodność form w jakich eksploatacja tego rodzaju punktów jest możliwa i praktykowana, że stanowisko Zamawiającego jakoby przepisy art. 45 ust 1 pkt 11 nie znajdowały w przedmiotowym przypadku zastosowania, jest błędne, bowiem mogą znaleźć zastosowanie w zależności o sposobu działania obranego przez Zamawiającego. Gminy jako gospodarze systemów gminnych, często korzystają ze zwolnienia w zakresie uzyskiwania pozwolenia na zbieranie odpadów (formalnie/administracyjnie pozostają prowadzącym PSZOK), a jednocześnie powierzają zadanie polegające na eksploatacji punktu (organizacja punktu, wyposażenie w pojemniki i kontenery, prowadzenie przyjmowania i odbioru odpadów itp.) podmiotom wyłonionym w postępowaniach przetargowych. Czasem zdarza się tak, że gmina chce skorzystać ze zwolnienia i nie uzyskuje decyzji na zbieranie to formalnie (administracyjnie, prawnie) jest prowadzącym PSZOK, ale fizycznie, operacyjnie, sprzętowo itd. eksploatującym PSZOK jest firma. Zatem firma wykonuje wszelkie obowiązki związane z prowadzeniem PSZOKu: podstawia kontenery, wymienia je, waży odpady, prowadzi ewidencję, zajmuje się klasyfikacją odpadów i ich przyjmowaniem od ludzi itd., ale wykonuje to na zlecenie gminy. Zatem ta firma nie jest w rozumieniu ustawy zbierającym odpady - zbierającym odpady jest gmina i ona korzysta ze zwolnienia, o którym mowa w art. 45 ust 1 pkt 11 ustawy o odpadach. Odwołująca podkreśla, że jest to jeden ze sposobów dopuszczonych w praktyce i podała tenże schemat jako przykład rozwiązania kwestii PSZOKu z jakim spotkała się w trakcie prowadzenia działalności.

Stąd Odwołujący raz jeszcze wskazuje, iż Zamawiający próbuje manipulować wynikiem postępowania - próbuje dokonać niekorzystnej dla wykonawcy, którego oferta okazała się najkorzystniejsza, wykładni zapisów jego oferty na podstawie wadliwej interpretacji wyjaśnień uzyskanych w ramach nieprawidłowo sformułowanych zapytań w ramach wezwania na podstawie art. 87 ust. 1 pzp. Już sama treść wezwania jest zdaniem Odwołującej się niedopuszczalna, bowiem nie dotyczy treści oferty, lecz dotyczy kwestii, które nie zostały dostatecznie sprecyzowane w SIWZ, a możliwość ich rozstrzygnięcia pojawi się dopiero po podpisaniu umowy w sprawie przedmiotowego zamówienia, tj. na etapie realizacji zamówienia.

O wątpliwych intencjach Zamawiającego świadczy treść pytań nr 2 i 3 w wezwaniu z dnia 16 grudnia 2020 roku, gdzie Odwołująca się została zobowiązana do udzielenia informacji:

„2. Informacji czy posiada on zezwolenia wymagane na gruncie ww. przepisów prawa niezbędne do prowadzenia PSZOKu, w szczególności w zakresie dotyczącym miejsca magazynowania odpadów (jakim jest bezspornie PSZOK) - obowiązujące najpóźniej z dniem 8 stycznia 2021 roku;

3. Jeżeli odpowiedź na pytanie nr 2 okaże się negatywna - wskazania do kiedy wykonawca jest w stanie uzyskać przedmiotowe zezwolenia (których obowiązek posiadania wynika wprost z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), a które są niezbędne do prowadzenia PSZOKu i tym samym należytego wykonywania zamówienia publicznego (w terminach określonych w SIWZ - do czego zobowiązał się Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie)\".

Przytoczone zapytania dotyczą decyzji, do których posiadania na etapie ubiegania się o zamówienie, nie został na mocy dokumentacji przetargowej, zobowiązany wykonawca - Odwołująca się. Stąd podnieść należy, że Zamawiający pomimo nienależenia na wykonawców obowiązku posiadania określonych decyzji administracyjnych w czasie składania ofert - przed podpisaniem umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego, wezwał do wyjaśnienia kwestii nie dotyczących oferty powołując się na art. 87 ust. 1 p.z.p., który dotyczy możliwości wyjaśnienia treści złożonych ofert. Kwestie poruszone w wezwaniu z 16 grudnia 2020 r. powinny być rozpatrywane w ramach realizacji umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie i na podstawie jej postanowień, a nie na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia - na etapie badania ofert. Wezwanie skierowane do Spółki nie stanowi zatem skutecznego żądania od wykonawcy złożenia wyjaśnień dotyczących złożonej oferty, bowiem nie dotyczy

treści oświadczenia woli składającego się na ofertę.

Odwołująca się nie została wykluczona z postępowania, dlatego powołany w zawiadomieniu ust. 2 art. 92 pzp nie znajduje zastosowania.

Zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy p.z.p. Oferta Spółki została złożona zgodnie z wymaganiami przewidzianymi w dokumentach przetargowej. Odwołująca podnosi, iż Zamawiający odrzucił prawidłowo skonstruowaną ofertę Odwołującej się. Takie działanie Zamawiającego stanowi szkodę dla Odwołującej i jest niezgodne z zapisami ustawy p.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadniając stanowisko wskazał, co następuje.

Zgodnie z treścią SIWZ do zadań wykonawcy przedmiotowego zadania należy m.in. utworzenie i prowadzenie (eksploatacja) Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych. Treść specyfikacji była znana wykonawcom na etapie składania ofert i nie była kwestionowana. Zamawiający powziął wątpliwości co do treści oferty Odwołującego. Z tego względu 14 września 2020 r. zwrócił się do niego w trybie art. 87 ust. 1 pzp o wyjaśnienie treści oferty w zakresie dotyczącym utworzenia PSZOKu, w szczególności zaś, czy wykonawca dokonując kalkulacji oferty w części dotyczącej utworzenia (eksploatacji) PSZOK miał wiedzę, iż Zamawiający nie prowadzi rzeczony punkt, a jedynie dysponuje terenem pod jego utworzenie.

21 października 2020 roku Odwołujący ustosunkował się do wezwania wskazując, iż ma wiedzę, że w ramach ceny ofertowej będzie zobowiązany do eksploatacji (prowadzenia) PSZOK w imieniu Zamawiającego oraz że Zamawiający jako podmiot zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów, na podstawie art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach nie posiada zezwolenia na prowadzenie PSZOK - co zostało przez niego uwzględnione w cenie ofertowej.

Na skutek złożonych wyjaśnień Zamawiający powziął wątpliwości co do poprawności sporządzenia opisu przedmiotu zamówienia, w szczególności pod kątem jego zgodności z art. 29 ustawy p.z.p. i z tej przyczyny unieważnił ww. postępowanie, lecz w wyniku wyroku KIO z 30.11.2020 r. zamawiający ponowił czynność badania ofert, w pierwszej kolejności zwracając się do Odwołującego o wyjaśnienie treści oferty (w trybie art. 87 ust. 1 pzp) w n/w zakresie: określenia miejsca, w którym Odwołujący zamierza prowadzić Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych („PSZOK”) to jest przez wskazanie miejsc na terenie gminy Łobez w którym przedmiotowy punkt ma być prowadzony; informacji czy posiada on zezwolenia wymagane na gruncie ww. przepisów prawa niezbędne do prowadzenia PSZOKu, w szczególności w zakresie dotyczącym miejsca magazynowania odpadów (jakim jest bezspornie PSZOK) — obowiązujące najpóźniej z dniem 8 stycznia 2021 roku;

jeżeli odpowiedź na pytanie numer 2 okaże się negatywna - wskazanie do kiedy Wykonawca jest w stanie uzyskać przedmiotowe zezwolenia (których obowiązek posiadania wynika wprost z ustawy o odpadach oraz ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), a które są niezbędne do prowadzenia PSZOKu i tym samym należytego wykonania zamówienia publicznego (w terminach określonych w SIWZ — do czego zobowiązał się Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie).

W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący podtrzymał swoje stanowisko co do możliwości skorzystania przez Gminę Łobez ze zwolnienia wynikającego z art. 45 ustawy o odpadach oraz podtrzymując, iż zgodnie ze wzorem umowy Zamawiający przekazał mu działający PSZOK, który będzie przez niego prowadzony. Ze złożonych wyjaśnień wynika, że Odwołujący błędnie zidentyfikował zakres rzeczowy swojego zobowiązania (w konsekwencji zaś błędnie skalkulował cenę ofertową), a ponadto nie podjął żadnych czynności przygotowawczych niezbędnych do utworzenia PSZOK-u.

Odwołujący stoi jednak konsekwentnie na stanowisku iż przedmiotem zamówienia jest wyłącznie prowadzenie (obsługa) już istniejącego PSZOKu prowadzonego samodzielnie przez Zamawiającego, który korzysta ze zwolnienia wynikającego z art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy o odpadach. Wykonawca podnosił powyższe w złożonych przez siebie wyjaśnieniach z 21 października 2020 r. oraz 28 grudnia 2020 roku, a także w odwołaniach złożonych dotychczas do Prezesa KIO. Co znamienne, Odwołujący w żadnym z pism nie odnosi się co do obowiązku utworzenia PSZOKu i konsekwentnie pomija tę materię milczeniem,

W kontekście powyższego należy ustalić (w sposób niebudzący wątpliwości i to na dzień składania ofert) zakres rzeczowy zobowiązania, w szczególności to, czy z treści siwz (tak jak twierdzi Odwołujący) wynikało, iż utworzenie i prowadzenie PSZOKu odbywa się z uwzględnieniem zwolnienia z art. 45 ustawy o odpadach, który dotyczy wyłącznie gmin. Odwołujący bez podania uzasadnienia faktycznego bądź prawnego jednostronnie twierdzi, iż Gmina Łobez posiada swój własny PSZOK i korzysta z opisanego powyżej zwolnienia.

Zważywszy na argumenty i zarzuty podniesione przez Odwołującego, a także podniesioną przez niego interpretację zakresu zobowiązania należy zaznaczyć, iż przedmiotem sporu w niniejszym postępowaniu jest treść oferty i zakres zobowiązania wykonawcy na tle interpretacji SIWZ (tj. interpretacja treści SIWZ w zakresie dot. opz oraz z uwzględnieniem przepisów prawa).

W ocenie Zamawiającego w zaistniałym stanie faktycznym nie ulega żadnej wątpliwości iż Odwołujący błędnie zidentyfikował zakres swojego zobowiązania.

Zgodnie z r. III ust. 2 pkt 3 SIWZ (odnoszącym się do opisu przedmiotu zamówienia) jednym z elementów składających się na przedmiot zamówienia jest świadczenie przez wykonawcę usługi polegającej na organizacji i obsłudze (prowadzeniu) punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych. Z samej treści Specyfikacji wynika więc jednoznacznie, że na zakres przyszłego świadczenia - wbrew twierdzeniom Odwołującego - składa się organizacja i prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej: Innymi słowy Zamawiający wymaga, aby od dnia zawarcia umowy wybrany wykonawca prowadził PSZOK. W tym też celu, jako jedna z warunków przystąpienia do postępowania przetargowego została wskazana konieczność posiadania przez niego uprawnień do zbierania odpadów (co jest niezbędne dla prowadzenia PSZOK),

Zamawiający w precyzyjny sposób określił, iż jego celem jest to aby wykonawca utworzył PSZOK. Co więcej, stanowisko to ulega wzmocnieniu w toku dalszej analizy treści SIWZ, którą należy interpretować przez pryzmat „ustaw o odpadach”.

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej, „u.c.p.g”) w sprawach dotyczących postępowania z odpadami komunalnymi, w zakresie nieuregulowanym w niniejszej ustawie, stosuje się przepisy ustawy z dnia 14 grudnia 2002 roku o odpadach (dalej: Przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazują (w dużym uproszczeniu), że utworzenie PSZOKu mieści się W katalogu zadań własnych gminy, wchodzących w skład szerzej pojmowanego zadania polegającego na utrzymaniu czystości i porządku na terenie danej gminy. Z tego względu celem pełnego przedstawienia zasad, na jakich działają PSZOiŚ niezbędnym jest sięgnięcie do przepisów ustawy o odpadach. Należy zauważyć, iż od dnia ogłoszenia przetargu do dnia dzisiejszego Odwołujący nie podjął żadnych działań zmierzających do uzyskania przewidzianych prawem decyzji. W wyjaśnieniach oraz w treści odwołania Odwołujący wskazywał, że to obowiązkiem Zamawiającego jest przewidzenie odpowiedniego czasu na uzyskanie decyzji administracyjnych dot. prowadzenia PSZOK. W ocenie Zamawiającego jest to dodatkowe potwierdzenie faktu, że Wykonawca nie podjął przygotowań, aby przygotować się wykonania umowy jednocześnie przerzucając odpowiedzialność w tym zakresie na Zamawiającego. Wykonawcą jako profesjonalista oferujący wykonanie zamówienia, ma obowiązek podjęcia wszelkich niezbędnych działań w celu przygotowania się do wykonania umowy z chwilą jej zawarcia.

Warto nadmienić, iż w postępowaniu tym wykonawca sam podnosił, że zorganizowanie i uruchomienie PSZOK ze względu na obowiązujące regulacje prawne jest przedsięwzięciem trwającym kilka miesięcy nawet przy zachowaniu najwyższej staranności po stronie wykonawcy wskazując, że warunkiem uruchomienia PSZOK jest pozyskanie nieruchomości i zakończenie przez wykonawcę wszelkich prac związanych z budową lub adaptacją nieruchomości dla potrzeb PSZOK, co powinno zostać potwierdzone uzyskaniem przez wykonawcę stosownych zezwoleń, zgód lub zgłoszeń. Termin pomiędzy zawarciem umowy a rozpoczęciem funkcjonowania PSZOK powinien być odpowiednio długi, gdyż utworzenie PSZOK wymaga podjęcia szeregu czasochłonnnych Reasumując nawet przy jednoczesnym wszczęciu procedury uzyskania decyzji środowiskowej i zezwolenia na zbieranie odpadów decyzje administracyjne w tym zakresie, z uwagi na skomplikowanie sprawy, zostaną wydane w okresie około 2-3 miesięcy okres ten może ulec wydłużeniu, co powinno zostać uwzględnione przy planowaniu uruchomienia PSZOK. Kolejny okres czasu jest niezbędny na przygotowanie terenu nieruchomości (zagospodarowanie) j wyposażenie jej w odpowiednie urządzenia i instalacje Tym samym realny okres niezbędny na przygotowanie i uruchomienie PSZOK wynosi około 6 miesięcy,

Istotną częścią przygotowania pszok jest opracowanie dokumentacji projektowej Kluczowymi elementami będą tu projekt budowlany i wykonawczy, kosztorysy i przedmiary i specyfikacja techniczna wykonania i odbioru robót. Wskazało szczegółowe wymogi.

Mając na uwadze powyższe należy uznać, że Zamawiający nie zamierzał powierzyć podmiotowi trzeciemu (wykonawcy) świadczenia usługi polegającej na obsłudze (prowadzeniu) PSZOK tub jego prostej organizacji poprzez zlokalizowanie na nim dodatkowych kontenerów.

Biorąc pod uwagę uwarunkowania prawne związane z prowadzeniem punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych w kontekście treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla przedmiotowego zadania oraz wyjaśnienia złożone przez Odwołującego w dniu 28 grudnia 2020 roku (a także złożone uprzednio pismem z 21 października 2020 roku) należy uznać, że nie rozpoznał on w sposób prawidłowy zakresu swojego zobowiązania, co oznacza, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

O tym, że Odwołujący błędnie rozpoznał zakres oczekiwań Zamawiającego (a zarazem zakres swojego przyszłego zobowiązania) świadczy również jego stanowisko wyrażone przed w postępowaniu o KIO 2941/20, w którym podniósł iż: „ma wiedzę, że w ramach zaproponowanej ceny ofertowej będzie zobowiązany do eksploatacji (prowadzenia) PSZOK w imieniu Zamawiającego oraz, że Zamawiający jako podmiot zwolniony z obowiązku uzyskania zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie przepisów art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, nie posiada zezwolenia na prowadzenie PSZOK. Odwołujący potwierdził, że uwzględnił w cenie realizacji zamówienia wszystkie koszty związane z eksploatacją PSZOK i złożył wycenienia kosztów. Powyższe przesądza w sposób jednoznaczny, że Odwołujący nigdy nie zamierzał utworzyć PSZOKu w ramach realizacji zamówienia publicznego dla Gminy Łobez — warto raz jeszcze zwrócić uwagę że Odwołujący konsekwentnie pomija wszelkie kwestie faktyczne i prawne związane z utworzeniem PSZOK, narzucając Zamawiającemu wykładnię dokumentacji zamówienia, która w sposób oczywisty jest niezgodna z obowiązującymi przepisami prawa oraz celem, jaki zamierza osiągnąć Zamawiający.

Odwołujący nie zaoferował wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymogami określonymi w SIWZ dla ww. zadania (w zakresie dot. PSZOKu), przez co jego oferta nie odpowiada wymogom jasno określonym w dokumentacji postępowania (które były znane oferentom na każdym etapie postępowania). Co więcej, w zaistniałych okolicznościach faktycznych Odwołujący na dzień składania ofert (jak i podpisania umowy) nie jest w stanie wykonać przedmiotu zamówienia zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa co stanowi samodzielną przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 p zp

W zaistniałych okolicznościach oferta Odwołującego musi podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 p.zp., co obligowało Zamawiającego do wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez drugiego z wykonawców.

Zarzut Odwołującego dot. naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 zw. z art. 87 ust. 11 pzp oraz art. 66 k.c, — w świetle powyższego należy uznać za chybiony. Pozostałe zarzuty podniesione przez Odwołującego tj. naruszenia przez Zamawiającego art. 92 ust. 1 i 2 w zw. z art. 91 ust. 1, art. 91 ust. 1 oraz art. 7 ust. 1 i 3 pzp jako skorelowane w sposób nierozdzielny z zarzutem nieuzasadnionego odrzucenia oferty Odwołującego, należy uznać również za bezzasadne. Z uwagi na obowiązek odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający był zobowiązany do wyboru drugiej oferty na liście rankingowej

Odnosząc się do terminu utworzenia PSZOKu, pod względem należy zwrócić uwagę, że jest to proces długotrwały, który wynosi min. 4-6 miesięcy. Jest to fakt znany Izbie z urzędu, notoryjny, który znajduje potwierdzenie w wielu wyrokach izby.

Mając na uwadze, że ogłoszenie postępowania miało miejsce 9 września 2020 roku, to w sytuacji, gdyby Odwołujący podjął jakiegokolwiek próby utworzenia PSZOKu lub zwolnienia z obowiązku uzyskania decyzji administracyjnych na zbieranie odpadów, niniejsze postępowanie byłoby bezprzedmiotowe.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Sp. z o.o., ul. Niepodległości 19a, 73-150 Łobez.

Wniósł o pozostawienie bez rozpoznania zarzutów dotyczących naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy pzp z 2004 r., jako podniesionych po upływie terminu ustawowego oraz

oddalenie odwołania w pozostałym zakresie z uwagi na bezzasadność zarzutów.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając odwołanie na rozprawie

z uwzględnieniem materiału dowodowego w sprawie, na który składają się w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym opis przedmiotu zamówienia, wzór umowy, treść ofert złożonych zamawiającemu przez odwołującego oraz przystępującego, a także treść wyjaśnień udzielonych zamawiającemu w toku badania i oceny ofert, mając nadto na względzie stanowiska stron i uczestnika przedstawione na piśmie oraz do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.

Izba stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem we wniesieniu środka ochrony prawnej, jako że w razie potwierdzenia zasadności zarzutów odwołujący miałby możliwość uzyskania zamówienia, a w związku z tym na poniesienie w tym zakresie wymiernej szkody w odmiennej sytuacji, tj. w razie udzielenia przez zamawiającego zamówienia innemu niż On, wykonawcy.

Rozpoznając odwołanie w granicach podniesionych w nim zarzutów Izba uznała, że nie podlega ono uwzględnieniu.

Izba podziela wskazanie przystępującego, że zarzuty naruszenia przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy pzp zostały w odwołaniu podniesione z naruszeniem terminu ustawowego, co nie pozwala na ich rozpatrzenie, jakkolwiek czynności zamawiającego i odwołującego podjęte w procedurze wyjaśnień treści oferty mają istotne znaczenie dla oceny treści oferty, a w konsekwencji jej zgodności z postanowieniami siwz.

Jak wynika ze stanowisk stron, co do zasady nie jest kwestionowany fakt, że w zakres przedmiotu zamówienia wskazany w postanowieniach opz oraz wzoru umowy, stanowiącego załącznik do siwz wchodzić ma prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (powszechnie nazywanego PSZOK). Wątpliwości zamawiającego w tym zakresie zostały objęte dwukrotnie wyjaśnieniami Odwołującego w dniu 28 grudnia 2020 r. oraz wcześniej pismem z 21 października 2020 roku. Zauważyć jednak należy, że odwołujący nie potwierdzał wprost zorganizowania i prowadzenia takiego punktu, lecz sugerował odmienny od wynikającego z treści siwz, sposób działania, co najmniej w pierwszym okresie wykonywania umowy. Złożone wyjaśnienia, z uwzględnieniem także wykładni ich treści w zgodzie z art. 66 kc, jednoznacznie wskazują, że wykonawca od początku udziału w postępowaniu zakładał, że PSZOK nie będzie przez niego prowadzony lege artis formalnie), lecz będzie on działał w zastępstwie gminy, która nie musi posiadać zezwolenia na zbieranie odpadów na podstawie przepisów art. 45 ust. 1 pkt 11 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Odwołujący na żadnym etapie postępowania (w tym postępowania odwoławczego) nie wykazał w jaki sposób doszedł do takiej interpretacji, co więcej nie podjął on żadnych czynności zmierzających do utworzenia PSZOKu, mimo iż wie że może być do tego zobowiązany (co wynika wprost ze złożonych przez niego w dniu 28 grudnia 2020 roku wyjaśnień). Odwołujący potwierdził, że uwzględnił w cenie za realizację zamówienia wszystkie koszty związane z eksploatacją PSZOK i złożył wyliczenia kosztów. Pomimo wiedzy o takiej konieczności, odwołujący odpowiadając na pytania, konsekwentnie pomijał deklarację, że utworzy PSZOK, co było jednoznacznie czynnością niezbędną do podjęcia i świadczenia usługi podstawowej. Izba nie podziela w tym kontekście poglądu odwołującego, iż treść oferty nie uchybia treści siwz. Skoro oferta jako oświadczenie woli i wyjaśnienia jej treści nie zawierają potwierdzenia, iż oferent wykona zamówienie zgodnie z wymogami sprecyzowanymi w siwz i umowie, czyli pozwolą na rzeczywiste wykonanie umowy, to twierdzenie o prawidłowości oferty w opisanej części, ma charakter pozorny.

Biorąc pod uwagę, że wskazane uchybienie odwołującego jest nieusuwalne w toku postępowania w zgodzie z przepisami prawa, czynność odrzucenia oferty na podstawie art 89 ust 1 pkt 2 pzp była uzasadniona i potwierdzonymi okolicznościami faktycznymi.

W konsekwencji zarzuty wadliwego wyboru oferty przystępującego i niezasadnego odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego, w okolicznościach rozpatrywanej sprawy, nie potwierdziły się.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) oraz § 8 ust. 2 zdanie pierwsze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: