

WYROK

z dnia 25 lutego 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: **Przewodniczący: Piotr Kozłowski**

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **22 lutego 2021 r.** w Warszawie odwołania wniesionego **1 lutego 2021 r.** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej

przez wykonawcę: „**4M**” **M. Z., P. G., R. R. sp. j. z siedzibą w Krośnie Odrzańskim**

w postępowaniu pn. *Zakup wraz z dostawą pojemników na odpady* (nr postępowania ZP.PN.29.2020)

prowadzonym przez zamawiającego: **Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie**

przy udziale wykonawcy: **ESE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.Oddala odwołanie.

2.Kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

1)zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) **uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania,**

2)zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 4238 zł 55 gr (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści osiem złotych pięćdziesiąt pięć groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na posiedzenie.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020 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**.

Uzasadnienie

Miejski Zakład Oczyszczania sp. z o.o. z siedzibą w Lesznie {dalej: „Zamawiający”} prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.) {dalej również: „ustawa pzp”, „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy pn. *Zakup wraz z dostawą pojemników na odpady* (nr postępowania ZP.PN.29.2020)

Ogłoszenie o tym zamówieniu 1 grudnia 2020 r. zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych pod nr 760275-N-2020.

Wartość tego zamówienia nie przekracza kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

25 stycznia 2021 r. Zamawiający zawiadomił drogą elektroniczną 4M M. Z., P. G., R. R. sp. j. z siedzibą w Krośnie Odrzańskim {dalej również „4M”} o odrzuceniu jego oferty.

1 lutego 2021 r. „4M” {dalej również: „Odwołujący”} wniosło w formie elektronicznej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp {lista zarzutów}:

1.Art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 1 i art. 92 ust. 1 – przez bezpodstawne odrzucenie oferty złożonej przez 4M, przy jednoczesnym zaniechaniu wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie zaproponowanego równoważnego sposobu otwierania pojemników na popiół oraz podanie lakonicznego uzasadnienia faktycznego czynności odrzucenia.

2.Art. 91 ust. 1 – przez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ESE sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie {dalej również: „ESE” lub „Przystępujący”} zamiast oferty 4M.

3.Art. 7 ust. 1 pkt 1 i 2 – przez nierówne traktowanie wszystkich wykonawców w trakcie prowadzonego postępowania oraz brak zachowania zasady uczciwej konkurencji podczas badania treści złożonych ofert i podjęcie decyzji w oparciu o subiektywną opinię.

Odwołujący wniosk o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1.Unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty.

2.Unieważnienia odrzucenia oferty 4M.

3.Ponownego badania oferty 4M w oparciu o specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej: „SIWZ”} i obiektywne przesłanki uzasadniające wybór.

4. Wyboru oferty 4M jako najkorzystniejszej.

Z odwołania wynikają następujące okoliczności dotyczące przebiegu badania przez Zamawiającego oferty złożonej przez 4M.

Jednym z rodzajów pojemników na odpady stanowiących przedmiot tego zamówienia są 120 litrowe pojemniki na popiół w kolorze grafitowym opatrzone na przedniej ścianie napisem „POPIÓŁ”.

Zgodnie z pkt 3.6.7. z rozdziału 3 SIWZ *Zpokrywy pojemników przeznaczonych do odbioru popiołu winny posiadać jedną listwę wewnętrzną do otwierania pokryw, co zwiększa higienę korzystania z pojemników, pozostałe pojemniki mogą posiadać ręczki do otwierania pokryw.*

W wyniku złożenia przez 4M od powyższego opisu odwołania, które było rozpoznawane przez Izbę pod sygn. akt KIO 3237/20, Zamawiający dopuścił składanie ofert równoważnych, zastrzegając, że *równoważne metody, materiały, produkty itp. nie mogą stanowić zamienników w stosunku do metod, materiałów, produktów itp. opisanych w opisie przedmiotu zamówienia, ale muszą gwarantować spełnienie zdefiniowanych tam wymagań Zamawiającego.*

W postępowaniu zostały złożone tylko dwie oferty.

4M w zakresie pojemników na popiół złożyła ofertę równoważną w odniesieniu do rozwiązań technicznych w zakazanych przez Zamawiającego w odniesieniu do: 1) wzmocnienia ścian bocznych – wskazując na zwiększenie ich grubości zamiast ścian z przetłoczeniami, 2) sposobu otwierania zapewniającego odpowiednią higienę – wskazując zastosowanie pokrywy z dwoma uchwytami na jej brzegach zamiast powyżej opisanej listwy.

Po otwarciu ofert, pismem z 18 stycznia 2021 r. 4M zostało wezwane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy pzp do złożenia wyjaśnień tylko w odniesieniu do kwestii z pkt 1) powyżej.

Pismem z 19 stycznia 2021 r. 4M złożyło wyjaśnienia, które usatysfakcjonowały Zamawiającego.

4M przedłożył Zamawiającemu atest PZH, który potwierdza, że zaoferowany produkt odpowiada wymaganiom higienicznym bez ograniczeń.

Pismem z 25 stycznia 2021 r. zamawiający poinformował 4M o odrzuceniu jego oferty, wskazując, że jej treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, gdyż – jak podał Zamawiający w ramach uzasadnienia – *Państwo natomiast, składając ofertę dołączyli do niej informację o rozwiązaniu równoważnym, z którego wynika, iż oferują Państwo przedmiot zamówienia inny, niż oczekuje Zamawiający, tj.: „pojemniki z dwoma uchwytami/rączkami osadzonymi po obu stronach pokrywy”. W ocenie Zamawiającego powyższe rozwiązanie nie jest równoważnym do konkretnego produktu, który oczekiwał Zamawiający.*

Pismem z 27 stycznia 2021 r. Zamawiający poinformował o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ESE.

Odwolujący wyprowadził w związku z powyższymi okolicznościami następujące wnioski.

Po pierwsze, że oba specyficzne dla pojemników na popiół wymagania, które mają podstaw w żadnych badaniach technicznych czy normach, zostały w SIWZ opisane bardzo enigmatycznie, dając nieograniczoną swobodę Zamawiającemu. W szczególności Zamawiający nie określił, w stosunku do jakiego standardu ma zostać zapewniony większy poziom higieny rozwiązania w zakresie otwierania klapy pojemnika. Innymi słowy Zamawiający nie określił wartości poziomu higieny w jednostkach miary, wg norm czy innego obiektywnego wskaźnika porównawczego.

Po drugie, że skoro w stosunku do pojemników na inne rodzaje odpadów dopuszczono wprost klapę z dwoma uchwytami, Zamawiający nie ma zastrzeżeń co do poziomu higieny takiego rozwiązania, gdyż w przeciwnym wypadku należałoby uznać, że w sposób jawny nie dba o użytkowników tych pojemników.

Po trzecie, że skoro Zamawiający nie wzywał w tym zakresie do wyjaśnień, nie miał wątpliwości, że zaproponowany przez 4M sposób otwierania pojemników jest równoważny w stosunku do rozwiązania opisanego w pkt 3.6.7 SIWZ. Jeżeli jednak miał wątpliwości w tym zakresie, powinien albo wezwać 4M do złożenia wyjaśnień, albo też odrzucić jej ofertę bez wzywania do wyjaśnień tylko co do sposobu wzmocnienia ścian bocznych.

Po czwarte, że postępowanie Zamawiającego jednoznacznie wskazuje na pozbawienie 4M prawa do wyjaśnienia równoważności zaproponowanego rozwiązania technicznego.

Odwolujący podniósł, że przez równoważną ofertę należy rozumieć taką, która obejmuje przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które wynikają z opisu przedmiotu zamówienia, zawierającego również opis rozwiązania równoważnego. Równoważność nie może oznaczać tożsamości produktów, gdyż przeczyłoby to jej istocie i w praktyce oznaczałoby wymóg niemożliwy do spełnienia.

Odwolujący wywiódł, że niezależnie od tego, czy do otwierania pokrywy małych pojemników na odpady (jakimi są pojemniki 120-litrowe) służy jedna listwa wewnętrzna czy dwa uchwyty, zapewnia to ten sam poziom higieny dla użytkowników pojemników i łatwość otwarcia pojemnika. Wybór konkretnego rozwiązania jest wynikiem pracy projektantów, którzy mają za zadanie zaprojektować pojemniki na odpady w ten sposób by spełniały wszystkie obowiązujące normy i jednocześnie były bezpieczne dla użytkowników.

Odwolujący stwierdził, że odmienny wygląd pokrywy nie ma wpływu na zapewnienie wyższego poziomu higieny dla użytkowników, gdyż oba rozwiązania zapewniają ten sam poziom co jest potwierdzone stosownymi certyfikatami, w szczególności certyfikatem z Państwowego Zakładu Higieny. Zgodnie z powszechną wiedzą, którą potwierdzają informacje dostępne na stronie Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny (dalej również: „PZH”), wpływ na zwiększenie higieny produktu (pojemników, zbiorników, opakowań) ma materiał, z którego jest wykonany przedmiot, a nie jego kształt (listwa lub rączki). To samo wynika z wytycznych Światowej Organizacji Zdrowia w zakresie higieny rąk w korzystaniu z przedmiotów codziennego użytku (WHO/IER/PSP/2009.07). W tym przypadku oferowane przez wszystkich wykonawców pojemniki miały być wykonane z tego samego materiału (PEHD).

Dla Odwołującego niezrozumiałe jest, że Zamawiający z jednej strony zażądał w SIWZ dla potwierdzenia spełnienia przez pojemniki wymagań higienicznych atestu PZH, a jednocześnie w odniesieniu do pojemnika na popiół zaoferowanego przez 4M nie bierze pod uwagę takiego dokumentu. Tym bardziej, że Zamawiający już korzysta z pojemników na odpady oferowanych przez 4M (tj. pojemników producenta WEBER) i do tej pory nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do ich jakości i higieny użytkowania.

Odwolujący zwrócił uwagę, że ponieważ Zamawiający nie ma doświadczenia z tego typu odpadami jak popiół, nie sposób wywnioskować, na jakiej podstawie uznał, że jedna listwa w pokrywie pojemnika zwiększy higienę korzystania z pojemników, skoro dopiero wprowadza je do użytkowania, a jednocześnie brak jakichkolwiek badań czy wytycznych w tym zakresie.

Odwolujący dodał, że dostarcza pojemniki na odpady od 2008 r., brał udział w ok. 1.000 przetargów i do tej pory nie spotkał się jeszcze z odrzuceniem oferty przez jakiegokolwiek zamawiającego z przyczyn, które nie znajdują żadnego potwierdzenia naukowego, są sprzeczne z normami i wynikają jedynie z subiektywnego przekonania prowadzącego przetarg, jak w tej sprawie.

Odwolujący powołał się również na to, że uzyskał od innego zamawiającego, Przedsiębiorstwa Komunalne sp. z o.o. w Pleszewie, który w drodze przetargu nabył pojemniki WEBER potwierdzenie, że zapewniają one odpowiedni poziom higieny dla odbioru odpadów, jakim jest popiół.

Odwolujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 92 ust. 1 pzp, gdyż decyzja o odrzuceniu oferty 4M jako niezgodnej z treścią SIWZ nie została oparta na żadnych racjonalnych podstawach, a na subiektywnej opinii Zamawiającego, który kreuje własne standardy nieoparte żadnymi badaniami naukowymi i normami, o czym świadczy lakoniczne uzasadnienie odrzucenia oferty. Tymczasem to Zamawiający powinien wykazać w ramach tego uzasadnienia, że zaoferowane przez 4M rozwiązanie równoważne nie spełnia wymagań co do zapewnienia odpowiedniego poziomu higieny.

Odwolujący wywiódł, że wynikający z art. 92 ust. 1 ustawy pzp obowiązek zamawiającego, polegający na konieczności uzasadnienia dokonanych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego czynności, stanowi wyraz realizacji naczelnych zasad obowiązujących w systemie zamówień publicznych, tj. zasady jawności postępowania oraz równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Zważyć bowiem należy, że to na podstawie

zawiadomienia, o którym mowa w tym przepisie wykonawca podejmuje decyzję w przedmiocie zasadności skorzystania z przysługujących mu środków ochrony prawnej, a następnie podejmuje decyzję, jakie zarzuty należy sformułować w odwołaniu oraz w jaki sposób zamierza polemizować ze stanowiskiem zamawiającego. Stąd uzasadnienie faktyczne czynności winno w sposób wyczerpujący prezentować, jakie okoliczności stanowiły podstawę decyzji zamawiającego, po to aby wykonawca niepodzielający dokonanej przez zamawiającego oceny mógł ustosunkować się do niej ustosunkować.

Odwolujący nadmieniał, że w postępowaniu przed Izbą w poprzedniej sprawie o sygn. akt KIO 3237/20 wskazywał, że SIWZ została tak sformułowana, że bez akceptacji rozwiązań równoważnych ofertę może złożyć jedynie firma ESE.

Odwolujący podniósł, że naruszeniem zasady uczciwej konkurencji jest opisanie przedmiotu zamówienia z użyciem oznaczeń wskazujących na konkretnego producenta lub konkretny produkt, jak również z użyciem parametrów wskazujących na konkretnego producenta. Dyskryminacja wykonawców następuje także w sytuacji, gdy wymagania dotyczące przedmiotu zamówienia są na tyle rygorystyczne, że nie są uzasadnione potrzebami zamawiającego, a przy tym ograniczają krąg wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia.

W ocenie Odwołującego taka sytuacja zaistniała w tym postępowaniu, o czym świadczy fakt, że zostały złożone tylko dwie oferty, przy czym tylko ESE zaproponowała pojemniki zgodne z pierwotnym brzmieniem opisu, choć w każdym przetargu na dostawę pojemników na odpady zawsze bierze udział kilku oferentów.

Mając na uwadze, że wskazana przez Zamawiającego przyczyna odrzucenia oferty jest wyjątkowo lakoniczna i subiektywna, a do polemiki z nią wymagana jest wiedza specjalistyczna, Odwołujący wniósł o powołanie biegłego w przedmiotowej sprawie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpiło ESE, wnosząc o oddalenie odwołania.

W piśmie z 22 lutego 2021 r. Przystępujący w szczególności następująco odniósł się do zarzutów odwołania.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że Odwołujący błędnie interpretuje postanowienia SIWZ w zakresie dopuszczalności składania ofert równoważnych.

Przystępujący podał, że: zgodnie z brzmieniem pkt 3.9. SIWZ *Zamawiający dopuszcza składanie ofert równoważnych: wszędzie tam, gdzie w opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane nazwy własne, znaki towarowe, patenty, pochodzenie lub normy, Zamawiający dopuszcza metody, materiały, produkty itp. równoważne do przedstawionych w opisie.* Równoważność w takim rozumieniu została implementowana przez Zamawiającego między innymi w pkt 3.6.1. oraz 3.6.2. SIWZ, które dotyczą wykonania dostarczanych pojemników zgodnie z określoną normą.

Zdaniem Przystępującego równoważność, o której mowa w pkt 3.9. SIWZ nie odnosi się natomiast do wymagań funkcjonalnych czy konstrukcyjnych, jakie powinny spełniać pojemniki na odpady, w tym również pokrywa pojemnika do odbioru popiołu, w odniesieniu do której Zamawiający wymagał w pkt 3.6.7. SIWZ jednej listwy wewnętrznej służącej do jej otwierania, dopuszczając pokrywę z rączkami dla pojemników na inne odpady.

Skoro Zamawiający sprecyzował, jakiego konkretnie pojemnika i z jakim rodzajem pokrywy oczekuje, zadaniem każdego wykonawcy było sprostanie tym wymaganiom lub kwestionowanie tego oczekiwania w drodze przysługujących środków ochrony prawnej

Dla Odwołującego znamienne jest, że odwołanie nie zawiera praktycznie żadnej argumentacji dotyczącej naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, pomimo twierdzenia, jakoby pokrywa zaoferowanego pojemnika była zgodna z treścią pkt 3.6.7. SIWZ. W ocenie Przystępującego kwestionowanie odrzucenia oferty, która w sposób oczywisty jest sprzeczna z jednoznacznym wymaganiem Zamawiającego, stanowi nadużycie prawa.

Przystępujący wywiódł, że skoro Zamawiający nie przewidział rozwiązania równoważnego w zakresie pokrywy pojemnika na popiół odpadów, wzywanie do wykazania równoważności rozwiązania oferowanego przez Odwołującego byłoby nadmierne, a być może nawet stanowiłoby naruszenie zakazu negocjowania treści oferty, który wynika z art. 87 ust. 1 pzp.

Poza tym Przystępujący wyraził przypuszczenie, że ponieważ postanowienie z pkt 3.6.7. SIWZ jest jasne i zrozumiałe, fakt zaoferowania rozwiązania nieodpowiadającego określönemu tam wymaganiu, nie budziło wątpliwości po stronie Zamawiającego.

Niezależnie od powyższego Przystępujący podniósł, że Odwołujący powiela zarzut, sformułowany przez niego w poprzednim odwołaniu z 7 grudnia 2020 r., w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 2 oraz art. 29 ust. 1-3 pzp przez m.in. *nieuzasadnione rozróżnienie budowy pokrywy pojemników – pkt 3.6.7 SIWZ* wnosząc o wykreślenie tego postanowienia.

Przystępujący dodał, że wyrokiem z 30 grudnia 2020 r. w sprawie o sygn. akt KIO 3237/20 Izba oddaliła to odwołanie, wskazując jednocześnie (co powołano w treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty), że *lakoniczność i ogólność przedstawionych twierdzeń nie pozwala na uznanie, że odwołujący uprawdopodobnił, iż punkt 3.6.7 SIWZ narusza art. 29 ust. 1-3 pzp, nie mówiąc już o udowodnieniu takiego naruszenia.*

Według Przystępującego tym samym postanowienie z pkt 3.6.7. SIWZ należy uznać za zgodne z przepisami pzp, w tym również co do sposobu opisywania przedmiotu zamówienia oraz formułowania oczekiwań przez Zamawiającego.

Stąd zdaniem Przystępującego Odwołujący miał pełną świadomość, że składając ofertę, która nie będzie zgodna pkt 3.6.7. SIWZ, naraża się na jej odrzucenie, skoro żądanie wykreślenia tego pkt zostało oddalone.

W konsekwencji odwołanie od odrzucenia sprowadza się w ocenie Przystępującego do próby ponownego argumentowania o zasadności czy też prawidłowości postanowienia z pkt 3.6.7. SIWZ, co w świetle art. 528 pkt 4 pzp nie jest dopuszczalne. Jedyna różnica pomiędzy oboma odwołaniami sprowadza się wyłącznie do tego, że oferta odwołującego została odrzucona wobec niespełnienia jednego z warunków opisu przedmiotu zamówienia, który wcześniej bezskutecznie próbował wyeliminować z treści SIWZ.

W odniesieniu do atestu higienicznego Państwowego Zakładu Higieny, na który powołał się Odwołujący, Przystępujący zwrócił uwagę na następujące okoliczności.

Atest powinien posiadać każdy z wykonawców i złożyć go na wezwanie Zamawiającego – co wynika z treści pkt 9.4. SIWZ – w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określönym w SIWZ.

Każdy atest higieniczny, w tym złożony przez 4M atest o nr HK/B/1177/01/2017 nie dotyczy parametrów technicznych, walorów użytkowych i oceny właściwości alergizujących wyrobu, co znajduje oparcie w „Regulaminie ubiegania się o wydawanie Atestów Higienicznych i Świadectw Jakości Zdrowotnej Narodowego Instytutu Zdrowia Publicznego – Państwowego Zakładu Higieny” zamieszczonym na stronie internetowej PZH: *Atesty i Świadectwa nie dotyczą cech użytkowych i parametrów technicznych opiniowanych przez NIZP-PZH wyrobów/produktów* (rozdział I § 1 „Postanowienia ogólne” ust. 4).

Przystępujący podsumował, że złożony przez 4M atest PZH nie dotyczy określöných rozwiązań, cech

funkcjonalnych, jakie posiada dany pojemnik – w tym przypadku wyposażenia pokrywy w listwę wewnętrzną, co stanowi wymaganie Zamawiającego, któremu sprostać powinien każdy z wykonawców składający ofertę.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego, sprawa została skierowana do rozpoznania na rozprawie, podczas której Odwołujący i Przystępujący pozostali przy swoich stanowiskach i argumentacji.

Natomiast Zamawiający zajął stanowisko zasadniczo zbieżne z Przystępującym, w szczególności wskazując, co następuje.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, który zaoferował rozwiązanie niezgodne z wymaganym właśnie w powyżej wskazanym postanowieniu SIWZ. Nie można w tym przypadku mówić o równoważności, skoro wprost Zamawiający wymagał uchwytów w postaci wewnętrznej listwy na całej szerokości pokrywy.

Nie ma tu zbieżności z kwestią, która była przedmiotem wyjaśnień w związku z zaoferowaniem przez Odwołującego alternatywnego, w stosunku do opisanego w SIWZ, sposobu zapewnienia zwiększonej wytrzymałości na obciążenie. Zamawiający badał tę kwestię, dochodząc do przekonania, że powinien całościowo zadbać ofertę, zanim dokona jej odrzucenia. Jednak w tym przypadku wyjaśnienia udzielone przez Odwołującego przekonały Zamawiającego, że takie wzmocnienie jest równoważne dla rozwiązania opisanego przez Zamawiającego. Stąd powodem odrzucenia była tylko niezgodność z pkt 3.6.7. SIWZ.

Zamawiający podtrzymał argumentację, którą wyraził w poprzedniej sprawie odwoławczej, co do tego, że wymagane przez niego rozwiązanie zwiększa higienę korzystania z pojemnika. Zamawiający zatem nie twierdził, że rozwiązania oferowane przez Odwołującego nie posiada certyfikatów stwierdzających higieniczność, a jedynie wymagał rozwiązania jeszcze lepszego niż ten standard.

W szczególności w okresie zimowym można przekonać się, zwłaszcza jak pokrywa przymarznie, że możliwość jej otworzenia również na środku przedniej krawędzi pokrywy, a nie wyłącznie na bokach (rogach pokrywy), sprzyja temu, żeby pokrywa nie uległa pęknięciu.

Ponadto rozwiązanie wymagane przez Zamawiającego eliminuje zanieczyszczenie popiołem przestrzeni pod rączkami. Ma to kluczowe znaczenie dla utrzymania czystości obsługi pojemnika, dlatego było tak istotne dla Zamawiającego. Wyjaśnił, że z uwagi na sypkość popiołu ograniczył swój wymóg do pojemników na takie odpady, przy innych dopuszczając rozwiązanie takie, jak oferuje m.in. Odwołujący.

Zdaniem Zamawiającego uzasadnienie odrzucenia, zarówno w zakresie faktycznym, jak i prawnym, było wystarczające.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Odwołującego Zamawiającego i Przystępującego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zaznaczyć należy, że z uwagi na datę wniesienia rozpoznawanego odwołania do postępowania odwoławczego w tej sprawie, zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. poz. 2020 ze zm.), znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 ze zm.) (dalej: „nowa ustawa pzp” lub „npzp”).

Z art. 505 ust. 1 npzp wynika, że legitymacja do wniesienia odwołania przysługuje wykonawcy, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący wykazał, że ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, gdyż złożył ofertę w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Jednocześnie może ponieść szkodę w związku z zarzucanymi Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż odrzucenie jego oferty w oczywisty sposób uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Z przywoływanego przez obie strony sporu pkt 3.6.7. specyfikacji istotnych warunków zamówienia {dalej również: „specyfikacja” lub „SIWZ”} w odniesieniu do sposobu otwierania pojemników wprost wynika, że o ile w przypadku pojemników przeznaczonych do odbioru popiołu ich pokrywa ma obligatoryjnie posiadać wgłębione przetłoczenie (tzw. listwę wewnętrzną), o tyle dla wszystkich pozostałych rodzajów pojemników dopuszczono pokrywę z uchwytami (rączkami). Skoro wyłącznie „pozostałe pojemniki mogą posiadać rączki do otwierania pokrywy”, a *contrario* pojemniki na popiół nie mogą być wyposażone w tego rodzaju rozwiązanie służące do otwierania pokrywy, w konsekwencji nie sposób uznać je za rozwiązanie równoważne dla pokrywy z listwą. Innymi słowy rozwiązanie, które zostało wprost wyłączone w odniesieniu do pojemników na popiół, nie może jednocześnie zostać uznane za dopuszczone jako równoważne dla rozwiązania opisanego jako wymagane.

W konsekwencji nie ma wątpliwości, że w odniesieniu do pokrywy z uchwytami – jako rozwiązaniu wykluczonemu dla pojemników na popiół – nie może znaleźć zastosowanie generalna klauzula uregulowana w pkt 3.9. s.i.w.z., zgodnie z którą Zamawiający wszędzie tam, gdzie w opisie przedmiotu zamówienia zostały wskazane nazwy własne, znaki towarowe, patenty, pochodzenie lub normy, dopuścił metody, materiały, produkty itp. równoważne do przedstawionych w opisie (czyli w tym przypadku do pokrywy z tzw. listwą wewnętrzną).

W tych okolicznościach nie było potrzeby ustalania, czy pokrywa z tzw. listwą wewnętrzną jest rozwiązaniem, które jest chronione patentem, względnie wskazuje na pochodzenie, jest wynikiem szczególnego procesu, który charakteryzuje produkty określonych producentów lub wynika z określonych norm. Zaznaczyć jednak należy, że nie można tego *a priori* wykluczać na podstawie samego brzmienia powyżej przywołanego postanowienia z pkt 3.9. s.i.w.z., które nie jest takie jednoznaczne, jak wydaje się Przystępującemu.

Co więcej, do przeciwnych wniosków prowadzi zachowanie Zamawiającego, który przecież w odniesieniu do wymagania przetłoczenia wszystkich ścian bocznych na całej wysokości korpusu, o którym mowa w pkt 3.6.5. s.i.w.z. badał, czy alternatywne rozwiązanie w pojemnikach oferowanych przez 4M, polegające na pogrubieniu ścian bocznych, jest równoważne i uznał, że tak. Ponadto, jak trafnie podniósł Odwołujący, w ramach uzasadnienia odrzucenia również w odniesieniu do wymagania z pkt 3.6.7. s.i.w.z. Zamawiający najwyraźniej ocenił pokrywę z rączkami pod kątem równoważności, choć akurat w przypadku tego rozwiązania nie było do tego podstaw.

Natomiast Odwołujący przeszedł do porządku dziennego nad tym, co wynika z końcowej części postanowienia z pkt 3.6.7. s.i.w.z., skupiając się wyłącznie na jego środkowej części, niezbyt fortunnie sformułowanej, bo nie stanowiącej już *stricto* opisu wymaganego przez Zamawiającego rozwiązania technicznego, a wyraz jego subiektywnej oceny jako zwiększającego higienę korzystania z pojemników.

Jednakże niezależnie od tego, czy obiektywnie rzecz biorąc argumentacja Odwołującego, że ze sformułowanie w brzmieniu „co zwiększa higienę korzystania z pojemników” jest co najmniej enigmatyczne, biorąc pod uwagę, że dla

wszystkich oferowanych pojemników Zamawiający zażądał atestu higienicznego PZH, nie ma to znaczenia dla tej sprawy, gdyż w tej sprawie taka argumentacja, a także zgłaszane dla jej poparcia wnioski dowodowe należy uznać za spóźnione.

Odwolujący bezskutecznie usiłuje bowiem poddać rozpoznaniu przez Izbę spór w zakresie, który mógł i powinien uczynić przedmiotem rozpoznania w poprzedniej sprawie odwoławczej, zainicjowanej wniesieniem odwołania zarówno w odniesieniu do pkt 3.6.5., jak i pkt 3.6.7. specyfikacji jako naruszających art. 29 ust. 1-3 pzp, z żądaniem wykreślenia tych postanowień. Izba nie może w tej sprawie przejść do porządku dziennego nad tym, że wyrokiem z 30 grudnia 2020 r. sygn. akt KIO 3237/20 Izba oddaliła to odwołanie w całości, a następnie wyrok ten stał się prawomocny. W konsekwencji postanowienie pkt 3.6.7. s.i.w.z. stało się wiążące nie tylko dla wszystkich uczestników poprzedniej sprawy odwoławczej, ale dla wszystkich wykonawców, a Izba nie może ponownie w tym zakresie orzekać.

Z uwagi na powyższe za bez znaczenia dla rozstrzygnięcia w tej sprawie należało ocenić wszystkie zgłoszone przez Odwołującego dowody i wniosek o przeprowadzenie dowodów z przesłuchania go w charakterze strony oraz dopuszczenie dowodu z opinii biegłego, abstrahując od wadliwego, bo zbyt ogólnego sformułowania okoliczności, na które miałyby zostać te dowody przeprowadzone.

Dodatkowo w odniesieniu do wniosku o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego Izba nie stwierdziła, aby ustalenie stanu faktycznego tej sprawy wymagało zasięgnięcia wiadomości specjalnych, wręcz przeciwnie przedmiot zamówienia należy raczej do kategorii rzeczy nieskomplikowanych.

Poza wszelkim sporem jest okoliczność, że 4M zaoferowało również w przypadku pojemników na popiół pokrywę z uchwytem na jej wierzchu w obu rogach przy przedniej krawędzi, ale zorientowanych niemal równolegle do bocznych krawędzi, które nie są tzw. listwą wewnętrzną. Wynika to zresztą jednoznacznie z oględzin pokrywki okazanej na rozprawie przez Odwołującego jako egzemplarz pokrywki oferowanych w tym postępowaniu pojemników na popiół w zestawieniu chociażby z kartą katalogową pojemnika Conteneur C120H, załączoną przez Przystępującego do pisma na dowód, że na rynku występują również 120-litrowe pojemniki innej marki niż ESE, które dysponują pokrywką z rozwiązaniem opisanym przez Zamawiającego jako listwa wewnętrzna.

W tak ustalonych okolicznościach Izba stwierdziła, że zarzuty są niezasadne.

Izba rozważyła, z uwzględnieniem okoliczności dotyczących tej sprawy, zakres zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp.

Skład orzekający Izby podziela utrwalony w doktrynie i orzecznictwie pogląd {wyrażony również w orzeczeniach przywołanych w odwołaniu}, że zarówno treść s.i.w.z., jak i treść oferty stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje, jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego – co do zasady – porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z opisem przedmiotu zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści s.i.w.z. – jest z nią zgodna.

Aby zapewnić możliwość sprawdzenia zgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., ustawa pzp z jednej strony obowiązuje zamawiającego, aby prowadził całe postępowanie o udzielenie zamówienia w formie pisemnej (art. 9 ust. 1 pzp), w tym przekazał i udostępnił specyfikację istotnych warunków zamówienia (art. 37 ust. 2 pzp), która ma zawierać w szczególności opis przedmiotu zamówienia, określenie terminu wykonania zamówienia, istotne warunki umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz opis sposobu przygotowania ofert (art. 36 ust. 1 pkt 3, 4, 10 i 16 pzp). Z drugiej strony przepisy zastrzegają pod rygorem nieważności dla oferty składanej przez wykonawcę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego formę elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym (art. 10a ust. 5 pzp) (w poprzednim stanie prawnym była to forma pisemna pod rygorem nieważności), a treść takiej oferty musi odpowiadać treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 pzp).

W doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się również, że rozumienie terminu *oferta* należy opierać na art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym jest nią oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Z uwagi na odpłatny charakter zamówień publicznych, nieodzownym elementem treści oferty będzie zawsze określenie ceny za jaką wykonawca zobowiązuje się wykonać zamawiane świadczenie. W pozostałym zakresie to zamawiający określa w s.i.w.z. wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia. W szczególności zamawiający może wymagać skonkretyzowania producenta i oznaczenia indywidualizującego przedmiot oferty czy oczekiwać potwierdzenia spełniania poszczególnych wymagań przedmiotowych, zarówno przez złożenie stosownych oświadczeń, jak i przez opisanie, w jaki sposób zostaną spełnione.

W konsekwencji nie tylko treść wynikająca *explicite* ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie tej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z treścią s.i.w.z.. gdyż – co do zasady – niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi za naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

Niezależnie od charakteru niezgodności, aby zastosować podstawę odrzucenia oferty z art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp musi być możliwe uchwycenie, na czym konkretnie taka niezgodność polega, czyli co i w jaki sposób w ofercie nie jest zgodne z konkretnie wskazanymi, skwantyfikowanymi i ustalonymi jednoznacznie postanowieniami s.i.w.z.

Z kolei zgodnie z art. 87 ust. 1 pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz z zastrzeżeniem ust. 1a i 2 pzp, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści. Z wyjątkiem trybu dialogu konkurencyjnego zmiany te sprowadzają się *de facto* do uregulowanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 pzp, do którego wprost odesłano również w art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, instytucji poprawiania omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją, co nie może jednak powodować istotnej zmiany treści oferty.

Reasumując, odrzuceniu podlega zatem wyłącznie oferta, której treść jest niezgodna z treścią s.i.w.z. w sposób jednoznaczny, zasadniczy i nieusuwalny, gdyż obowiązkiem zamawiającego jest poprawienie w złożonej ofercie niezgodności z s.i.w.z. niemających istotnego charakteru. Jest ono zatem dopuszczalne w takim zakresie, w jakim nie stanowi naruszenia naczelnych zasad prowadzenia postępowania z zachowaniem uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości.

Skoro oferta 4M w zakresie pojemników na popiół wprost nie spełnia jednego z parametrów opisu dla tego rodzaju

pojemników w s.i.w.z. i z oczywistych względów nie zachodzi w tym przypadku możliwość usunięcia tej niezgodności treści oferty z treścią s.i.w.z., bezzasadny jest zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 pzp, a także wszystkich pozostałych przepisów wskazanych w odwołaniu.

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 553 zd. 1 nowego pzp – orzekła, jak w pkt 1. sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono – w pkt 2. sentencji – stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 575 npzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. a-b w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. poz. 2437) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika, potwierdzonymi złożoną fakturą, oraz kosztów dojazdu samochodem na posiedzenie (trasa Leszno-Warszawa-Leszno) w wysokości odpowiadającej tzw. kilometrówce, według złożonego zestawienia, jednakże z pominięciem doliczenia do tak wyliczonej kwoty dodatkowo kwoty podatku VAT wg stawki 23%, gdyż nie mamy w tym przypadku do czynienia ze sprzedażą usługi dojazdu przez pełnomocnika Zamawiającemu.