Sygn. akt: KIO 3398/21

POSTANOWIENIE

z dnia 25 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Anna Kuszel-Kowalczyk

Małgorzata Matecka

po rozpoznaniu na posiedzeniu niejawnym bez udziału stron oraz uczestników postępowania odwoławczego w dniu 25 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 listopada 2021 r. przez wykonawcę: Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 6, 05-800 Pruszków w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Brwinów, ul. Grodziska 12, 05-840 Brwinów,

przy udziale wykonawcy: W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B., ul. Arkuszowa 43, 01-934 Warszawa zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3398/21 po stronie zamawiającego

postanawia:

1. odrzuca odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 6, 05-800 Pruszków, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę:

Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., ul. Stefana Bryły 6, 05-800 Pruszków tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) na niniejsze postanowienie - 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 3398/21

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

Zamawiający, Gmina Brwinów, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021r. poz. 1129 ze zm.), zwanej dalej „Pzp" w przedmiocie: „zagospodarowanie odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości z terenu gminy Brwinów". Zamówienie zostało podzielone na cztery części (A — D). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 161-424158 w dniu 20 sierpnia 2021 r.

Wykonawca, Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o., na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 w zw. z art. 505 ust. 1 Pzp wniósł w dniu 22 listopada 2021 r. odwołanie wobec czynności Zamawiającego z dnia 10 listopada 2021 r., polegającej na dokonaniu ponownego badania ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty - oferty firmy „Byś" W. B. . w części C z naruszeniem przepisów ustawy Pzp oraz wobec odrzucenia oferty złożonej przez Odwołującego w wyniku ponownego badania ofert w związku z ogłoszonym, a nie sporządzonym w formie pisemnej i doręczonym stronom wyrokiem (bez uzasadnienia) zapadłym przed KIO w sprawie o sygn. akt KIO 3054/21. Odwołujący wyjaśnił, że oczekuje na doręczenie wyroku wraz uzasadnieniem, a po jego analizie podejmie decyzję co do sporządzenia skargi do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Zdaniem Odwołującego, wykonanie przez Zamawiającego nie znanego orzeczenia zapadłego w ww. sprawie oraz podjęcie decyzji o samodzielnym ponownym rozstrzygnięciu postępowania, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego powoduje, iż w sprawie nie istnieją przesłanki do odrzucenia a limine niniejszego odwołania, jako spełniającego przesłanki z art. 528 ust. 4) lub 5) Pzp ze względu na nieznane na dzień wnoszenia odwołanie orzeczenie KIO w sprawie KIO 3054/21.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający w toku postępowania przed KIO 3054/21 nie uwzględnił odwołania wniesionego w tamtej sprawie przez wykonawcę (którego ofertę wybrał obecnie jako najkorzystniejszą), a zatem nie może skorzystać z dobrodziejstwa art. 528 ust. 5 Pzp, ponieważ czynność nie polegała na uwzględnieniu odwołania w sprawie KIO 3054/21, ale stanowi o ponownym wyborze dokonanym przez Zamawiającego i odrzuceniu oferty Odwołującego (tak też orzeczenie KIO z dnia 28.1.2020 r. sygn. akt KIO 2647/19, niepubl.).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie przepisów ustawy Pzp: 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, poprzez odrzucenia oferty MZO Pruszków w sytuacji, w której treść oferty już z dniem złożenia była zgodna z warunkami zamówienia, a po jej uzupełnieniu w trybie art. 233 Pzp o wskazanie adresu instalacji w formularzu oferty, który jest tożsamy z adresem siedziby Odwołującego wskazanym w formularzu ofertowym oraz adresem instalacji wpisanym do rejestru marszałka województwa, oraz uznanie, że ponowne badanie ofert przez Zamawiającego nastąpiło przedwcześnie tj. w czasie sporządzania uzasadnienia do wyroku KIO z dnia 3 listopada 2021 r. w ww. sprawie, a zatem bez zapoznania się z podstawą prawną i uzasadnieniem.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i w konsekwencji nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności ponownego badania ofert i wyboru oferty wykonawcy „Byś" W. B. jako oferty najkorzystniejszej,

2) dokonania ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający doręczył w dniu 12.11.2021 r. informację o ponownym badaniu ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej z odrzuceniem oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego w wyniku ponownego badania ofert została odrzucona pomimo, iż na dzień sporządzenia odwołania brak jest doręczonego stronom wyroku wraz z uzasadnieniem, a zatem Zamawiający samodzielnie dokonał czynności ponownego badania ofert w oderwaniu od stanu prawnego sprawy rozpoznawanej przez KIO 3054/21, która na dzień dokonania czynności ponownego badania ofert nie została w formie wyroku stronom doręczona. W rankingu ofert złożonych w części C zamówienia oferta Odwołującego, zajęłaby pierwsze miejsce i powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

Zamawiający nie wykonał orzeczenia KIO 3054/21 zgodnie z treścią zapadłego w tej sprawie wyroku, ponieważ wyrok nie został doręczony stronom postepowania i na dzień składania niniejszego odwołania, brak jest możliwości dokonania oceny jego treści i zastosowania się do niego, jak pozornie uczynił to Zamawiający już w dniu 10.11.2021 r. Na dzień dokonywania tej czynności treść orzeczenia KIO nie była znana żadnej ze stron, a ustne ogłoszenie orzeczenia w dniu 3 listopada 2021 r. nie pozwala na przyjęcie, iż Zamawiający który nie był na ogłoszeniu orzeczenia ma wiedze prawną co do jego treści. W związku z tym, w sprawie należy przyjąć, iż przesłanka pozwalająca na odrzucenie niniejszego odwołania nie wystąpiła, a zatem nic nie stoi na przeszkodzie, aby samodzielną czynność prawną zamawiającego ocenić w niniejszym postepowaniu.

Aby zamawiający był uprawniony odrzucić ofertę na wskazanej podstawie prawnej jest zobowiązany przeprowadzić analizę porównawczą treści oferty oraz warunków zamówienia (w szczególności, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia), które stanowią merytoryczne postanowienia oświadczeń woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia precyzuje i uszczegóławia, 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 (zdefiniowanej w art. 66 Kodeksu cywilnego) jako najkorzystniejszej. Dokonanie takiego porównania przesądza o tym, czy treść złożonej w postępowaniu oferty odpowiada warunkom zamówienia. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia zachodzi, gdy zawartość merytoryczna złożonej w danym postepowaniu oferty nie odpowiada ukształtowanym przez zamawiającego i zawartym w SWZ wymaganiom.

W przedmiotowej sprawie uzupełnienie oferty o adres instalacji, który, co kluczowe, jest adresem siedziby wykonawcy (MZO z siedzibą w Pruszkowie) oraz jest wskazany w załączonym do oferty dokumencie urzędowym tzw. Liście Marszałka Województwa, nie może być kwalifikowane jak oferta nie zgodna z treścią warunków zamówienia w rozumieniu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. To właśnie odległość, a nie adres instalacji jest jednym z kryteriów oceny oferty, a zatem jej poprawne wypełnienie (wskazanie ilości kilometrów) nie pozwało Zamawiającemu na odrzucenie oferty, a dokonane czynności w zakresie jej uzupełnienia pozostają w pełni zgodne z Pzp. Opuszczenie rubryki z adresem instalacji, a wpisanie w tym miejscu danych podmiotowo-przedmowach instalacji, zdaniem Odwołującego, nie jest i nie może być kwalifikowane jako oferta sporządzona niezgodnie z warunkami zamówienia.

Izba ustaliła, że w sprawie odwoławczej o sygn. akt KIO 3054/21 zapadł wyrok KIO w dniu 3 listopada 2021 r. W wyroku tym Izba orzekła co do zarzutów przedstawionych w odwołaniu wniesionym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 października 2021 r. przez wykonawcę W. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „BYŚ" W. B. z siedzibą w Warszawie, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego tj. Gminę Brwinów. Sprawa została rozpoznana przy udziale wykonawcy Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie Sp. z o.o. z siedzibą w Pruszkowie, tj. Odwołującego w niniejszej sprawie, który zgłosił swoje przystąpienie w sprawie o sygn. akt KIO 3054/21 po stronie zamawiającego.

W powyższym wyroku (sygn. akt KIO 3054/21), który został ogłoszony w dniu 3 listopada 2021 r. Izba uwzględniła odwołanie w zakresie części C zamówienia i nakazała Zamawiającemu „unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności badania i oceny oferty, w tym unieważnienie czynności wezwania wykonawcy Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Pruszkowie, ul Stefana Bryły 6 i dokonanie odrzucenia oferty tego wykonawcy na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy z uwagi na nie wskazanie w formularzu ofertowym adresu stacji przeładunkowej/instalacji komunalnej wykonawcy".

W danym stanie faktycznym Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie podlega odrzuceniu na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp.

Zgodnie z art. 528 pkt 5 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu. Stosownie do art. 529 ust. 1 Pzp, Izba może odrzucić odwołanie na posiedzeniu niejawnym.

Treść wyroku w sprawie o sygn. akt KIO 3054/21 (sentencja) nie pozostawia żadnych wątpliwości co do tego, jakie czynności Izba nakazała Zamawiającemu do wykonania w wyniku rozpoznania odwołania w sprawie KIO 3054/21. Jedną z tych czynności było odrzucenie oferty Odwołującego, tj. Miejskiego Zakładu Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że czynności Zamawiającego podjęte w dniu 10 listopada 2021 r., o których Zamawiający powiadomił Odwołującego w dniu 12 listopada 2021 r., polegające na dokonaniu ponownego badania ofert i powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części C zamówienia oraz - na odrzuceniu oferty złożonej przez Miejski Zakład Oczyszczania w Pruszkowie sp. z o.o. na podstawie art.226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zostały wykonane przez Zamawiającego zgodnie z treścią wyroku Izby w sprawie o sygn. akt KIO 3054/21.

Zauważyć należy, że przesłanka dotycząca „wykonania czynności przez zamawiającego zgodnie z wyrokiem Izby" jest jedną z samodzielnych przesłanek odrzucenia odwołania, wymienionych w art. 528 pkt 5 Pzp, Przepis ten nie wymaga łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, o których jest w nim mowa, co wynika z użycia w treści tego przepisu spójnika rozłącznego „lub".

Ponadto, zauważyć należy, że zgodnie z art. 527 Pzp, na czynność zamawiającego wykonaną zgodnie z treścią wyroku Izby odwołującemu oraz wykonawcy wezwanemu

zgodnie z art. 524, nie przysługują środki ochrony prawnej.

Ponadto, biorąc pod uwagę, że:

1. zgodnie z art. 558 ust. 1 Pzp, „Izba ogłasza orzeczenie po zamknięciu rozprawy, na posiedzeniu jawnym oraz podaje ustnie motywy rozstrzygnięcia. Nieobecność stron nie wstrzymuje ogłoszenia orzeczenia.";

2. zgodnie z art. 559 ust. 1 i 2 Pzp, „Izba z urzędu sporządza uzasadnienie

orzeczenia w terminie 7 dni od dnia ogłoszenia orzeczenia.";

3. zgodnie z art. 560 Pzp, „Odpisy orzeczenia wraz z uzasadnieniem doręcza się stronom oraz uczestnikom postępowania odwoławczego lub ich pełnomocnikom niezwłocznie po sporządzeniu uzasadnienia.";

a zgodnie z art. 577 Pzp, „W przypadku wniesienia odwołania zamawiający nie może zawrzeć umowy do czasu ogłoszenia przez Izbę wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze.", należy wskazać, że zamawiający jest uprawniony do dokonywania czynności w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego - zgodnie orzeczeniem Izby, które zostało ogłoszone. Zamawiający nie ma obowiązku wstrzymywania się z czynnościami do czasu doręczenia stronom wyroku (orzeczenia) z uzasadnieniem. W świetle art. 577 Pzp, zamawiający ma obowiązek wstrzymać się z zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego do czasu ogłoszenia wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, a zatem nawet umowa z wykonawcą w sprawie zamówienia publicznego może zostać zawarta przez zamawiającego po ogłoszeniu wyroku lub postanowienia kończącego postępowanie odwoławcze, a tym samym przed otrzymaniem wyroku z uzasadnieniem (wersji pisemnej). Zauważyć należy, że termin doręczenia orzeczenia Izby stronom ma znaczenie w przypadku wnoszenia skargi na orzeczenie Izby do sądu Okręgowego w Warszawie (art. 580 ust. 2 Pzp), od której to daty biegnie termin na wniesienie skargi.

Z powyższych względów Izba orzekła o odrzuceniu odwołania na podstawie art. 528 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie dotyczy czynności, którą zamawiający wykonał zgodnie z treścią wyroku Izby lub sądu lub, w przypadku uwzględnienia zarzutów przedstawionych w odwołaniu, którą wykonał zgodnie z żądaniem zawartym w odwołaniu.

Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 zdanie drugie Pzp oraz na podstawie art. 529 ust. 1 Pzp

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 557 i art. 574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i § 8 ust. 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).

Przewodniczący: .....