Sygn. akt KIO 21/22

WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Monika Kawa-Ogorzałek

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 stycznia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 stycznia 2022 r. przez wykonawcę D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez Gmina Leoncin

przy udziale wykonawcy Remondis 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:

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

   2.2. zasądza od Odwołującego na rzecz Zamawiającego kwotę 3600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą zwrot kosztów poniesionych przez Zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 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: .....

UZASADNIENIE

Zamawiający - Gmina Leoncin prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019r., poz. 2019 ze zm., dalej: „Pzp") postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Leoncin oraz wyposażenie w pojemniki, odbiór i zagospodarowanie odpadów z gm. PSZOK w roku 2022”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2021/S 220-578994 w dniu 15 listopada 2021r.

W dniu 3 stycznia 2022r. wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Partner D. A. (dalej: „Odwołujący") wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zmawiającego polegających na odrzuceniu jego oferty i wyborze oferty wykonawcy Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący") jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu oraz ewentualnie wobec zaniechania przez Zamawiającego unieważnienia postępowania mimo, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 3 Pzp poprzez odrzucenie jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy wskazanie w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady ma charakter wyłącznie informacyjny, a co za tym idzie brak podania tej informacji w ofercie nie może stanowić o niezgodności jej treści z warunkami zamówienia, odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy zapisy SWZ odnoszące się do wskazywania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady byty ogólnikowe i wewnętrznie sprzeczne stanowi dodatkowo o naruszeniu art. 16 pkt 2 Pzp, tj. zasady przejrzystości,

ewentualnie, tj. na wypadek przyjęcia przez Izbę, że wskazanie w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady stanowiło istotną jej treść, zarzucił Zamawiającemu dodatkowo naruszenie:

2) art. 255 pkt 6 Pzp poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na dokonaniu przez Zamawiającego opisu wymagań związanych ze złożeniem oferty w sposób wewnętrznie sprzeczny i niespójny, co uniemożliwiło Odwołującemu złożenie oferty niepodlegającej odrzuceniu.

W oparciu o przedstawione zarzuty Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i czynności odrzucenia oferty Odwołującego, a w ślad za tym nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2) ewentualnie unieważnienia Postępowania.

Uzasadniając zarzuty odwołania Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający w pkt 17.6 SWZ zawarł następujący Wykaz dokumentów składających się na ofertę:

17.6.1. formularz ofertowy — według wzoru stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. W formularzu oferty Wykonawca zobowiązany jest podać adres skrzynki ePUAP lub email, z wykorzystaniem którego prowadzona będzie korespondencja związana z postępowaniem;

17.6.2 Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) według wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do SWZ przesłany w formie elektronicznej zgodnie z zasadami określonymi w pkt. 14.2.3 i 14.2.4,

17.6.3. następujące przedmiotowe środki dowodowe - Zamawiający nie wymaga złożenia wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych

17.7. Dodatkowo do oferty należy dołączyć.

17.7.1. pełnomocnictwo upoważniające do złożenia oferty, o ile ofertę składa pełnomocnik.

17.7.2. pełnomocnictwo do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia i/lub zawarcia umowy w sprawie zamówienia w imieniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert

składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia

17.7.3. potwierdzenie wniesienia wadium.

Odwołujący wskazał, że załączony do SWZ wzór Formularza (załącznik nr 4 do SWZ) nie zawierał oświadczenia - punktu lub tabeli do uzupełnienia przez wykonawcę, odnoszącego się do instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Jednocześnie z zacytowanego powyżej zapisu SWZ nie wynikało by wykonawca był uprawniony, a zarazem zobowiązany do sporządzenia i załączenia do oferty jakiegoś dodatkowego, opracowanego przez siebie oświadczenia odnoszącego się do instalacji. Jedynym zapisem SWZ, który nawiązywał do obowiązku wskazania w ofercie instalacji był zacytowany przez Zamawiającego w decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego zapis OPZ (załącznik nr 1 do SWZ — str. 2 pkt 2). Zapis ten nie był jednak, zdaniem Odwołującego, w żaden sposób powiązany z pozostałą dokumentacją postępowania, a wręcz przeciwnie — z pozostałych zapisów SWZ, w tym zwłaszcza z opracowanego przez Zamawiającego Formularza oferty, który jak wynika z pkt 16.6.1, SWZ był dla wykonawców wiążący, nie wynikało by takie oświadczenie należało w postępowaniu złożyć. Odwołujący zauważył ponadto, że wspomniane w decyzji o odrzuceniu oferty przepisy ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2018 r. poz. 1454, ze zm.; dalej również jako: „ustawa" lub „upcg") nie nakładają na wykonawcę obowiązku wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne. Przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ww. ustawy stanowi o tym, że to wójt, burmistrz tub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Jak wynika z jego treści, przepis ten adresowany jest do wójta burmistrza, prezydenta miasta, tj. Zamawiającego, a co za tym idzie wykonawca biorący udział w postepowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, który nie jest jego adresatem, nie może go naruszyć.

W zaistniałej sytuacji odrzucenie oferty Odwołującego było sprzeczne z podstawowymi zasadami prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym zwłaszcza z zasadą przejrzystości. Przejrzystość oznacza bowiem konieczność przedstawienia informacji w formie zrozumiałej dla szerokiego kręgu odbiorców. Nie jest wystarczające zapewnienie jawności działań Zamawiających. Powinny być one również na tyle zrozumiałe i przejrzyste, aby możliwość ich społecznego odbioru i oceny była realna. W ślad za tym wykonawca nie może ponosić negatywnych konsekwencji. Jeśli więc Zamawiający chciał by wykonawca złożył oświadczenie o określonej treści w ofercie, zakładając, że brak takiego oświadczenia będzie skutkował odrzuceniem jego oferty winien był jednoznacznie we wzorze formularza oferty wskazać, jakiego oświadczenia od wykonawcy wymaga (zwłaszcza w sytuacji, gdy wzór formularza uznawał za wiążący). Brak wskazania treści takiego oświadczenia jest równoznaczny z brakiem możliwości wyrażania takiego oświadczenia od wykonawcy, a w ślad za tym brakiem podstaw do odrzucenia oferty.

Ponadto, według Odwołującego, oświadczenie odnoszące się do instalacji, do których wykonawca zamierza przekazać odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości ma charakter wyłącznie informacyjny i jako takie nie stanowi treści oferty. Podkreślił, że art. 6d ucpg wymaga, aby w SWZ zamawiający zobowiązał wykonawców do wskazania w ofercie instalacji do których podmiot odbierający jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Także art 6f ust. 1a ww. ustawy wymaga, by umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów określała instalacje, do których podmiot odbierający odpady jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Obowiązek ten ma charakter informacyjny i nie sposób uznać, by nakładał jednocześnie na wykonawcę zobowiązanie, iż całość odpadów odebranych zostanie przekazana do określonych w umowie instalacji. Taka interpretacja jest nie do przyjęcia mając na uwadze ciągły charakter świadczenia, mogącego obejmować długi okres. Nie jest nawet możliwe do przewidzenia, czy instalacje określone w umowie będą funkcjonować przez cały okres jej realizacji. W sytuacji więc, gdy — tak, jak w niniejszej sprawie — wykonawca nie dysponuje własnymi instalacjami do przetwarzania wszystkich odpadów objętych zamówieniem, musi nawiązać współpracę w zakresie zagospodarowywania odpadów z podmiotami trzecimi. W praktyce wykonawcy korzystają zazwyczaj z instalacji różnych podmiotów, zmieniając odbiorców nawet kilkukrotnie w czasie realizacji zamówienia. Decyzja o doborze instalacji podyktowana jest przede wszystkim cenami, jakie w danym momencie oferuje podmiot zarządzający instalacją oraz możliwościami przyjęcia danych odpadów, determinowanymi wydajnością instalacji (określoną udzielonymi jej pozwoleniami) i stopniem wykorzystania tej wydajności na realizację innych umów, czy obecnością danego podmiotu na rynku. Ponadto Odwołujący

dodał, że ani przepisy Pzp, ani tym bardziej przepisy ustawy o utrzymaniu czystością i porządku w gminach nie ograniczają w żaden sposób możliwości zmiany instalacji wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie na etapie realizacji zamówienia. Przepisy tej ostatniej ustawy wymagają wyłącznie by informacja o instalacjach (podmiotach zbierających) znalazła się w ofercie, a kolejno w umowie. Odwołujący podkreślił także, że Zamawiający nie zawarł we wzorze umowy (załącznik 3 do SWZ) zapisu, który zobowiązywałby wykonawcę do przekazywania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości do instalacji wskazanych w ofercie. Wykonawca, zgodnie z § 2 ust. 1 wzoru umowy, zobowiązany jest jedynie wykonać zamówienie w sposób zapewniający osiągnięcie odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania. Z treści art. 354 kc wynika przy tym, że wykonawca powinien wykonać zamówienie w sposób zgodny z prawem, co w tym przypadku wymaga przekazania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości do przetwarzania w instalacjach posiadających określone zezwolenia — nie zaś wskazanych z nazwy w ofercie. W ślad za brakiem we wzorze umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do przekazania odpadów do konkretnych, wskazanych w ofercie instalacji, Zamawiający nie określa we wzorze umowy żadnych dodatkowych wymagań związanych ze zmianą instalacji wskazanych w ofercie. W praktyce oznacza to, że wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie mógł w sposób całkowicie dowolny zmieniać instalacje, które uprzednio wskazałby w swojej ofercie. Przekazanie odpadów do instalacji innej niż wskazane w ofercie nie stanowi również podstawy ani do naliczenia wykonawcy kary umownej, ani tym bardziej do odstąpienia od umowy Zamawiający nie wprowadził więc we wzorze umowy żadnych zapisów dających mu uprawnienie do egzekwowania wykonania zamówienia przy wykorzystaniu konkretnych, wskazanych w ofercie instalacji. W związku z powyższym, zdaniem Odwołującego, zapisy wzoru umowy jednoznacznie potwierdzają, że okoliczność, do której instalacji z tych działających na rynku i posiadających stosowne uprawnienia do przetwarzania odpadów trafią odpady odebrane przez wykonawcę od właścicieli nieruchomości, była dla Zamawiającego całkowicie obojętna. Skoro więc sam Zamawiający nie traktuje na etapie realizacji zamówienia przekazania odpadów komunalnych odebranych od właścicieli nieruchomości do konkretnej, wskazanej w ofercie instalacji jako istotnego elementu zobowiązania wykonawcy, to trudno przyjąć by brak oświadczenia odnoszącego się do instalacji w ofercie wykonawcy miał stanowić o podstawie do odrzucenia jego oferty. Podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy może być tylko merytoryczna niezgodność złożonej przez jego oferty z dokumentami zamówienia (treścią SWZ), nie zaś niezgodność o charakterze czysto formalnym, nie mająca znaczenia dla kształtu zobowiązania przyjmowanego przez wykonawcę.

Uzasadniając zarzut ewentualny, Odwołujący wskazał, że gdyby jednak przyjąć, że oświadczenie wykonawcy odnośnie do instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne jest istotnym elementem oferty wykonawcy, to równocześnie przyjąć należałoby, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego i postępowanie podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp, ponieważ Zamawiający dokonał opisu swoich wymogów odnoszących się do wskazywania instalacji w ofercie w sposób nieprecyzyjny i wewnętrznie sprzeczny, czym doprowadził do sytuacji, w której Odwołujący nie był w stanie złożyć oferty w sposób poprawny. Dodatkowo, zapis z OPZ (cyt.:) wykonawca zobowiązany jest w swojej ofercie, wskazać Zamawiającemu instalacje, do których będzie przekazywać odpady pozostaje w sprzeczności z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg. Zgodnie z tym przepisem wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. W niniejszej sprawie z OPZ wynika, że z terenu gminy niektóre z odpadów są odbierane w niewielkich ilościach. Jednak Zamawiający, wbrew art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, nie dopuścił wskazania dla takich odpadów w ofercie podmiotów je zbierających. Niejednoznaczność zapisów SWZ oraz ich sprzeczność z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach mają taki charakter, że co najmniej utrudnione jest złożenie w postępowaniu oferty niepodlegającej odrzuceniu, stanowi wadę kwalifikowaną postępowania skutkującą brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Dodatkowo taki opis przedmiotu zamówienia rodzi wątpliwości odnośnie do zakresu obowiązków, jakie będą spoczywały na wykonawcy na etapie realizacji zamówienia, a w szczególności co do tego, czy wykonawca (i ewentualnie na jakich zasadach) będzie mógł na etapie realizacji zamówienia zmieniać instalacje wskazane w ofercie, czy będzie mógł współpracować z podmiotami zbierającymi odpady, co stanie się w sytuacji, gdy instalacja wskazane w ofercie w trakcie obowiązywania umowy zawartej z zamawiającym odmówi przyjęcia odpadów od wykonawcy (nie jest to sytuacja niemożliwa do przewodzenia)

itd. Wskazane tu kwestie są kluczowe dla ustalenia sposobu i kosztów realizacji zamówienia.

Przystępujący w piśmie procesowym z dnia 18 stycznia 2022r. wniósł o oddalenie odrzucenie odwołania w zakresie zarzutu ewentualnego, a w pozostałym o jego oddalenie, stwierdzając, że odwołanie jest niezasadne.

Przystępujący powołując się na przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wskazał, że wymóg wynikający z powyższego przepisu znalazł odzwierciedlenie w OPZ (załącznik nr 1 do SWZ), gdzie w rozdziale 2 na str. 2 OPZ Zamawiający wskazał, że „Wykonawca zobowiązany jest w swojej ofercie, wskazać Zamawiającemu instalacje do których będzie przekazywać odpady. ” Treść SWZ, w tym OPZ, nie budziła wiec wątpliwości w zakresie nałożenia na wykonawców obowiązku podania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane odpady. Zamawiający celowo wyszczególnił w OPZ przytoczony powyżej fragment. Fragment ten umieszczono w oddzielnym akapicie i dodatkowo pogrubiono. Przystępujący podkreślił, ze Odwołujący wskazuje, że przytoczone powyżej postanowienie OPZ nie zostało w żaden sposób powiązane z dokumentacją postępowania, jednak w jego ocenie, Zamawiający nie miał takiego obowiązku. Wykonawcę wiąże bowiem cała dokumentacja postępowania i jako profesjonalista zobowiązany jest on do wnikliwej analizy każdego z dokumentów wchodzących w jej skład. Ponadto wskazał, że jeżeli Odwołujący miał wątpliwości w jaki sposób ma zrealizować obowiązek wynikający z OP Z, nic nie stało na przeszkodzie, aby w trybie wniosku o wyjaśnienie SWZ poprosić o wyjaśnienie/ uzupełnienie formularza oferty w tym zakresie, czego Odwołujący nie uczynił. Powyższe powoduje, że brak wskazania w ofercie wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady nie wynikał z błędów Zamawiającego związanych z konstrukcją dokumentacji postępowania, a z przeoczenia Odwołującego. Istotne jest, że Odwołujący, jako profesjonalista od lat działający na rynku odpadów (co sam podkreśla w odwołaniu), powinien nie tylko przykładać szczególną wagę do wnikliwej analizy dokumentacji postępowania, ale również znać przepisy powszechnie obowiązującego prawa, które zwierają regulacje istotne dla jego branży - skoro z przepisów wynika obowiązek zamawiającego do żądania od wykonawców wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane odpady, to oczywistym jest, że wykonawca musi być przygotowany taki wykaz każdorazowo w ofercie przedstawić.

Odnosząc się do twierdzeń Odwołującego, że art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg jest adresowany do zamawiającego, a zatem wykonawca biorący udział w postępowaniu nie może go naruszyć, Przystępujący podkreślił, że zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu zastosował się do tego przepisu i wymagał od wykonawców przekazania informacji na temat instalacji, do których zamierzają przekazywać odebrane odpady (wymóg ten znalazł się w OPZ). Podstawą odrzucenia nie był przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg a treść SWZ, która uwzględniała obowiązki wynikające z ww. przepisu. Wobec tego, o ile Odwołujący nie naruszył wprost art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, o tyle złożył ofertę niezgodną z warunkami zamówienia - nie zawierającą wszystkich wymaganych elementów - z uwagi na to, że wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady ma charakter essentialia negotii oferty nie może on zostać uzupełniony.

Przystępujący nie podzielił także argumentów Odwołującego, że oświadczenie donoszące się do instalacji, do których wykonawca zamierza przekazać odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości ma charakter wyłącznie informacyjny i nie stanowi treści oferty. Wskazał, że w OPZ wskazano ponadto szereg przepisów prawa, z którymi ma być zgodna realizacji przedmiotu zamówienia. W celu weryfikacji realizacji zamówienia zgodnie z powyższymi przepisami oraz w sposób zapewniający osiągnięcie przez Zamawiającego odpowiednich poziomów recyklingu, przygotowania do ponownego użycia i odzysku etc., Zamawiający musi mieć wiedzę dokąd będą trafiały odpady, które zostaną odebrane od właścicieli nieruchomości. Zamawiający ponosi odpowiedzialność, w sytuacji w której zagospodarowuje odpady w sposób nienależyty, dlatego wiedza w zakresie instalacji, do której wykonawca będzie przekazywał odpady, ma dla niego istotne znaczenie. Jako profesjonalny uczestnik obrotu Odwołujący powinien doskonale zdawać sobie sprawę z tego, jaki jest cel wskazania poszczególnych instalacji. Żądanie wskazania w treści oferty instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, stanowi wypełnienie ustawowego obowiązku wynikającego z ucpg. Powyższe potwierdza jednoznacznie charakter informacji na temat instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości - oświadczenie w tym zakresie stanowi treść oferty i wskazuje na sposób, w jaki będzie wykonywane świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia. Jest to element indywidualizujący oferowane świadczenie, stanowiący o warunkach realizacji zamówienia i wpływa bezpośrednio na koszty związane z realizacją zamówienia. Wykaz instalacji określa sposób spełnienia świadczenia, czyli stanowi essentialia negotii oferty, niemożliwe jest w świetle przepisów Pzp doprowadzenie do uzupełnienia tego wykazu. Prowadziłoby to bowiem do możliwości zmiany treści oferty na etapie jej oceny np. w sytuacji, w której Odwołujący przewidziałby zagospodarowanie odpadów w instalacji, która nie posiada odpowiedniego zezwolenia (czyli przewidziałby

sposób realizacji sprzeczny z SWZ). Przyjęcie argumentacji Odwołującego za słuszną prowadziłoby do wniosku, że taka oferta nie podlega odrzuceniu bądź dopuszczalna byłaby jej zmiana (co w świetle art. 223 ust. 1 PZP in fine jest niedopuszczalne). Brak wiedzy na temat tego, w jaki sposób (czyli w której instalacji) wykonawca zamierza realizować zamówienia, uniemożliwia Zamawiającemu dokonanie oceny zgodności treści oferty z warunkami zamówienia. Gdyby natomiast wykaz instalacji miał jedynie charakter informacyjny i nie miał znaczenia z punktu widzenia realizacji zamówienia, to ustawodawca nie zdecydowałby się nadać obowiązkowi jego wskazania w ofercie rangi ustawowej.

Odnosząc się do zarzutu ewentualnego, Przystępujący wskazał, że stanowisko Odwołującego, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, bowiem Zamawiający nie wskazał w OPZ, że istnieje możliwość wskazania zamiast instalacji, do której będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właściciel nieruchomości, podmiotu zbierającego odpady, co w ocenie Odwołującego stanowi to wadę kwalifikowaną postępowania, jest spóźnione i jako takie powinno zostać odrzucone. Podkreślił, że opis przedmiotu zamówienia, w zakresie którym kwestionuje teraz Odwołujący wskazując na jego wadliwość, jest taki sam od momentu wszczęcia postępowania. Wobec tego termin na odwołanie w tym zakresie upłynął 10 dni po ogłoszeniu postępowania, a nie po uświadomieniu sobie tej okoliczności przez wykonawcę. Fakt, że Odwołujący podnosi ten zarzut dopiero w sytuacji, gdy jego oferta zostaje odrzucona oraz fakt, że czyni z tego zarzutu zarzut ewentualny na wypadek gdyby jego odwołanie okazało się nieskuteczne w zakresie prowadzącym do unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, wskazuje, że argumentacja na potrzeby tego zarzutu została przygotowana wyłącznie w celu „uratowania" sytuacji Odwołującego. Odwołujący jako profesjonalista powinien znać przepisy ucpg, na podstawie których składa rokrocznie liczne oferty i mieć świadomość brzmienia art. 6d ust. 4 pkt 5. Fakt, że Zamawiający nie wskazał w OPZ, że wykonawca ma możliwość wskazania w ofercie podmiotu zbierającego odpady nie oznacza, że wykonawcy nie mieli takiej możliwości i że wiązałoby się to z negatywnymi konsekwencjami. Co więcej brak tej informacji nie stanowił podstawy odrzucenia żadnej z ofert, a co za tym idzie trudno mówić o wpływie powyższego zarzucanego uchybienia na wynik postępowania, a tylko wówczas można mówić o konieczności uwzględniania odwołania w tym zakresie. Poza postanowieniami SWZ wykonawców i Zamawiającego wiążą bowiem przepisy powszechnie obowiązującego prawa. Jeżeli Odwołujący miał wątpliwości mógł wyjaśnić tę kwestię na etapie przed złożeniem oferty, czego zaniechał. Wobec tego odwołanie w tym zakresie powinno zostać odrzucone jako wniesione po upływie terminu określonego w ustawie ewentualnie oddalone z uwagi na to, że nie miało ani nie mogło mieć wpływu na wynik postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również oświadczenia, stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy oraz w piśmie procesowym, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała sprawę na rozprawę.

Ponadto Izba ustaliła, że Odwołujący posiada interes we wniesienia odwołania wynikający z art. 505 Pzp.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu wykonawcę Remondis sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, stwierdzając, iż spełnione zostały przesłanki, o których mowa w art. 525 ust. 1 i 2 Pzp.

Izba ustaliła:

Zamawiający w Szczegółowym Opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ ustalił, że: „Wykonawca zobowiązany jest w swojej ofercie, wskazać Zamawiającemu instalacje do których będzie przekazywać odpady".

Zamawiający w informacji odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust.

1 pkt 5 Pzp wskazał: „Oferent nie zawarł w ofercie listy instalacji, do których zamierza przekazywać odebrane odpady. Obowiązek ten wynika z ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz. U. 2021 r., poz. 888 ze zm.), oraz zapisu w załączniku nr 1 do SWZ, tj. w OPZ strona 2 rozdział 2 — „ Wykonawca zobowiązany jest w swojej ofercie, wskazać Zamawiającemu instalacje do których będzie przekazywać odpady.”. Zgodnie z art. 223 PZP Wykonawca nie może złożyć w formie uzupełnienia wymaganej dokumentacji. W związku z powyższym Zamawiający uznaje, że oferta złożona przez PARTNER D. A., ul. Płytowa l, 03-046 Warszawa nie jest kompletna, nie zawiera informacji pozwalających na zawarcie umowy o udzielenie przedmiotowego zamówienia.”.

Izba zważyła:

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Izba analizując treść dokumentacji postępowania, w tym postanowienia załącznika nr 1 do SWZ, który niewątpliwie stanowił jej integralną część uznała, że Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania w treści oferty instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady. Izba nie podzieliła argumentów Odwołującego dotyczących „ukrycia” w dokumentacji przetargowej powyższego obowiązku. Za całkowicie chybione Izba uznała także wywody Odwołującego, że wymóg wskazania instalacji nie był w „żaden sposób powiązany z pozostałą dokumentacją postępowania”. Podkreślić należy, że wymóg ten w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynikał ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego nierozłączną część SWZ, w związku z czym nie sposób uznać, że załącznik ten nie stanowił dokumentacji niniejszego postępowania. Zamieszczenie wymogu dotyczącego wskazania instalacji w danym miejscu, w tym jak w niniejszym postępowaniu w załączniku nr 1 do SWZ nie ma żadnego znaczenia dla oceny jego ważności, bowiem Odwołujący jako profesjonalista miał obowiązek zapoznać i zastosować się do wymogów wynikających z całości dokumentacji przedmiotowego postępowania przed upływem terminu składania ofert. Izba w całości podziela pogląd wyrażony w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12 października 2021r., sygn. akt KIO 2613/21, że „wybiórcze i niestaranne czytanie specyfikacji przez wykonawcę nie może usprawiedliwiać błędów wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia.”. Izba stwierdziła ponadto, że z konieczności wskazania w ofercie instalacji nie zwalniał Odwołującego fakt, że w formularzu oferty brak było konkretnego punktu, w którym wykonawca miałby zamieścić takie oświadczenie. Podkreślić należy, że jak wielokrotnie wskazywano w orzecznictwie Izby formularze, wykazy czy też oświadczenia, które przygotowuje Zamawiający w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią jedynie wzory, które może wykorzystać wykonawca przy sporządzeniu oferty. Dla prawidłowego złożenia oferty istotne jest przede wszystkim to, aby złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty czyniły zadość wymogom zamawiającego określonym w specyfikacji oraz załącznikach (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1752/20). Ponadto zauważyć należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wykluczył również możliwości złożenia stosowanego oświadczenia co do instalacji na odrębnym od formularza oferty dokumencie. Oświadczenie takie musiało być jednak złożone wraz z ofertą.

Kolejno wskazać należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady nie stanowił elementu merytorycznego oferty i miał on tylko i wyłącznie charakter informacyjny. W ocenie składu orzekającego, z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg wynika, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia specyfikacji, zamawiający zobowiązuje wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. A zatem to ustawodawca w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach informację dotyczącą instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady uznał na tyle istotną, że zobowiązał zamawiających do żądania od wykonawców tej informacji w ofercie. Izba przyjmuje za własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2348/20, zgodnie z którym: „obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty.”.

Uwzględniając powyższe rozważania, Izba stwierdziła, że brak podania w ofercie informacji o instalacjach do których będą przekazywane odpady, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie oferty Odwołującego pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia.

Odnosząc się do argumentów dotyczących braku zawarcia we wzorze umowy zapisów zobowiązujących wykonawcę do przekazania odpadów do konkretnych, wskazanych w ofercie instalacji, co zdaniem Odwołującego oznacza to, że wykonawca na etapie realizacji zamówienia będzie mógł w sposób całkowicie dowolny zmieniać instalacje, które uprzednio wskazałby w swojej ofercie podkreślić należy, że ewentualna, późniejsza zmiana instalacji pozostaje irrelewantna z punktu widzenia oceny i badania przez Zamawiającego zgodności oferty Odwołującego z treścią SWZ, z uwagi na fakt, że Zamawiający ocenia ważność i zgodność oferty z wymaganiami wynikającymi z SWZ na dzień składania ofert.

Tym samym Izba uznała, że z dokumentacji postępowania w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynikał obowiązek wskazania instalacji, a w związku z brakiem podania tych informacji w ofercie Odwołującego, Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba za niezasadny uznała zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 Pzp zgodnie z którym Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Podkreślić należy, że w ocenie Izby w przedmiotowym postępowaniu nie sposób uznać, że sporządzone przez Zamawiającego postanowienia SWZ były niejednoznaczne, czy też wewnętrznie sprzeczne a także sprzeczne z przepisami ucpg. Jak wyżej wskazano, Izba nie dopatrzyła się aby dokumentacja postępowania była niejasne, czy też wewnętrznie sprzeczna. W ocenie składu orzekającego profesjonalny podmiot jakim niewątpliwie jest Odwołujący nie powinien mieć żadnych trudności w odczytaniu wymogu zawartego w załączniku nr 1 do SWZ, co do konieczności wskazania instalacji, tym bardziej, że wymóg ten został on przez Zamawiającego podkreślony poprzez pogrubienie czcionki i był on czytelny.

Izba za spóźniony uznała natomiast argument dotyczący sprzeczności wymogu wskazania Zamawiającemu instalacji, do których będzie przekazywać odpady z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg. Jak bowiem słusznie zauważył Przystępujący opis przedmiotu zamówienia, w zakresie którym kwestionuje teraz Odwołujący wskazując na jego wadliwość, jest taki sam od momentu wszczęcia postępowania. Wobec tego termin na odwołanie w tym zakresie upłynął 10 dni po ogłoszeniu postępowania, z czego Odwołujący nie skorzystał.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów

w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: .....