Sygn. akt: KIO 1005/22

WYROK

z dnia 28 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 kwietnia 2022 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 kwietnia 2022 r. przez wykonawcę: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Kunów, ul. Warszawska 45B, 27-415 Kunów

przy udziale wykonawcy Remondis Sp. z o. o., ul. Zawodzie 18, 02-981 Warszawa zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5) Prawa zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim pomimo, że wskazał on w treści swojej oferty, dla frakcji wskazanych w pkt 3.A pkt 9) i 10) podmioty do których zamierza przekazać odpady w celu ich zagospodarowania, które nie są instalacjami i nie posiadają wymaganych przepisami prawa oraz Specyfikacją Warunków Zamówienia zezwoleń w tym zakresie, z uwagi na potwierdzenie się wskazanego wyżej zarzutu. W pozostałym zakresie oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża Gminę Kunów, ul. Warszawska 45B, 27-415 Kunów i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Gminy Kunów, ul. Warszawska 45B, 27-415 Kunów na rzecz Przedsiębiorstwa Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu i wydatków pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 oraz 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) 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 1005/22

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego pn: „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu Gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.06.2022 r. do 31.12.2024 r.", zostało wszczęte ogłoszeniem opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2022/S 017-041193 w dniu 25.01.2022 r. przez: Gmina Kunów, ul. Warszawska 45B, 27-415 Kunów zwany dalej: „Zamawiającym". Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze. zm.), zwana dalej: „NPzp" albo „ustawy Pzp" albo „ustawy p.z.p" albo „p.z.p".

W dniu 31.03.2022 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej: Remondis Sp. z o. o., ul. Zawodzie 18; 02-981 Warszawa zwana dalej: „Remondis Sp. z o. o." albo „Przystępującym". Drugą pozycje w rankingu zajęło Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce zwana dalej: „Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o." albo „Odwołującym".

Jednocześnie 05.04.2022 r. (e-mailem) pismem z 04.04.2022 r. Zamawiający odmówił on przekazania Odwołującemu szeregu dokumentów, w tym odpowiedzi Remondis sp. z o.o. na wezwania do udzielenia wskazanych wyżej wyjaśnień z 03.03.2022 r. oraz z 08.03.2022 r. Zamawiający wskazał, że dokumenty te i informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa.

Dnia 11.04.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) odwołanie względem czynności z 31.03.2022 r. oraz 05.04.2022 r. złożyło Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o." Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w tym samym dniu (e-mailem). Zarzucił naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim pomimo, że wskazał on w treści swojej oferty, dla frakcji wskazanych w pkt 3.A pkt 9) i 10) podmioty do których

zamierza przekazać odpady w celu ich zagospodarowania, które nie są instalacjami i nie posiadają wymaganych przepisami prawa oraz SWZ zezwoleń w tym zakresie;

2. Art. 18 ust. 3 oraz art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu:

a. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów i informacji stanowiących zgodnie z oświadczeniem Remondis Sp. z o.o. jego tajemnicę

przedsiębiorstwa;

b. wyjaśnień wykonawcy Remondis sp. z o.o. udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w jego pismach z 03.03.2022 r. oraz z 08.03.2022 r. w sytuacji w której w treści uzasadnienia. Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert;

2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;

3) udostępnienia Odwołującemu dokumentów i informacji niezasadnie utajnionych przez Remondis sp. z o.o. jako tajemnica przedsiębiorstwa;

4) odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Remondis sp. z o.o.

Zarzut nr 1. Stosownie do rozdziału XV.10 SWZ Zamawiający wymagał złożenia oferty na Formularzu Ofertowym - zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ. Ponadto w pkt XV.12 SWZ Zamawiający wskazał, że oferta oraz pozostałe oświadczenia i dokumenty, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy zamieszczonych w załącznikach do SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami, co do treści oraz opisu kolumn i wierszy. Z powyższego wynika, że wzór formularza ofertowego, poprzez zawarte w jego treści wymagania dotyczące realizacji przedmiotu zamówienia, określa warunki zamówienia. Z kolei treść zawarta w formularzu ofertowym wykonawcy określa treść zobowiązania wykonawcy, w tym deklarowany sposób realizacji zamówienia. Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 3.A wzoru formularza ofertowego Zamawiający wymagał, aby instalacje wskazane dla odpadów wymienionych w tym punkcie posiadały na dzień składania ofert zezwolenia do przetwarzania odpadów („Zamawiający wymaga, aby instalacje wskazane poniżej posiadały już na dzień składania ofert wymagane zezwolenia do przetwarzania odpadów").

W przeciwieństwie do odpadów wymienionych w pkt 3.A formularza ofertowego, dla odpadów wymienionych w pkt 3.B formularza ofertowego możliwe było wskazanie podmiotu posiadającego zezwolenie na przetwarzanie odpadów (instalacja) lub podmiotu posiadające zezwolenie na zbieranie odpadów. Frakcje z pkt 3.B formularza oferty zakwalifikowane zostały przez Zamawiającego do kategorii mogącej stanowić tzw. niewielkie ilości. Powyższe korespondowało z treścią OPZ stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ. W pkt 7.14 4

OPZ Zamawiający wskazał, że w zakresie zagospodarowania odpadów obowiązkiem wykonawcy jest:

a) w zakresie zmieszanych odpadów - przekazywanie odebranych odpadów do instalacji komunalnej wskazanej w formularzu ofertowym - 7.14 ppkt 1) OPZ;

b) w zakresie odpadów wskazanych w pkt 5 ppkt 1 lit. b)-f) OPZ - przekazywanie odebranych odpadów do instalacji wskazanej w formularzu ofertowym - 7.14 ppkt 2) OPZ

c) w zakresie pozostałych odpadów - przekazywanie odebranych odpadów do instalacji wskazanej w formularzu ofertowym albo w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych do wskazanego w formularzu ofertowym podmiotu zbierającego te odpady - 7.14 ppkt 3) OPZ. Odwołujący podnosił, że to treść formularza ofertowego określała, które odpady, ze względu na ich niewielkie ilości mogą zostać przekazane po ich odbiorze do instalacji albo podmiotu zbierającego odpady. Oznacza to, że pkt 7.14 ppkt 3) OPZ należało rozumieć w ten sposób, że objęte nim odpady, a wymienione w pkt 3.A formularza ofertowego, należało bezwzględnie przekazać do instalacji, a wymienione w pkt

3.B można było przekazać do instalacji albo podmiotu zbierającego odpady. Postanowienie pkt 7.14 OPZ odsyłało do treści formularza ofertowego celem ustalenia, które odpady należy bezwzględnie przekazywać do instalacji, a w przypadku, których możliwe jest ich alternatywne przekazanie do podmiotu posiadającego zezwolenie na zbieranie odpadów.

Odwołujący podnosił, że wbrew opisanym powyżej wymaganiom SWZ instalacje wymienione w ofercie Remondis sp. z o.o. w pkt 3.A ppkt 9) i 10) oferty nie posiadają wymaganych na dzień składania ofert zezwoleń na przetwarzanie tych frakcji odpadów. Wykonawca podał w tym zakresie w treści oferty nieprawdziwe informacje. W zakresie frakcji wskazanej w pkt 3.A ppkt 9) formularza ofertowego Odwołujący przedkłada oświadczenie wymienionego w tym punkcie oferty podmiotu, który sam potwierdza, że wymaganego zezwolenia na przetwarzanie odpadów nie posiada.

Okoliczność powyższa oznacza niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co rodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z wymaganiami SWZ tj. deklaruje zagospodarowanie niektórych odpadów w zakładach nie posiadających zezwoleń do prowadzenia działalności w tym zakresie. Podmioty wymienione w pkt 3.A ppkt 9) i 10) oferty nie są instalacjami w rozumieniu przepisów prawa oraz samej treści SWZ. Instalacją jest wyłącznie podmiot posiadający zezwolenie na przetwarzanie odpadów albo na wytwarzanie odpadów.

Odwołujący podnosi, że wskazana wyżej wadliwość oferty Remondis sp. z o.o. jest tożsama w stosunku do wadliwości jaką Zamawiający stwierdził w ofercie Odwołującego w uprzednio prowadzonym przez siebie postępowaniu nr ZP.I.271.14.2021. W uzasadnieniu decyzji o dorzuceniu oferty Odwołującego Zamawiający wskazywał m.in.:

- „Zamawiający po zapoznaniu się z wyjaśnieniami uznał, iż Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „FART-BIS" Sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (jedna z instalacji w rozumieniu art. 3 podpunkt 2-7 i 12 formularza ofertowego) nie posiada statusu instalacji w rozumieniu art. 3 punkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2021 r. - Prawo ochrony środowiska i ma jedynie zezwolenie na zbieranie odpadów, a nie wymagane zezwolenie na zbieranie i przetwarzanie odpadów". - „[...] żądanie wskazania w treści oferty instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, stanowi wypełnienie ustawowego obowiązku, wynikającego z ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [..]". - „Oświadczenie w tym zakresie jest dla Zamawiającego niezwykle istotne, tym bardziej, że stanowić będzie integralną treść umowy, w postaci jednego z załączników. Treść tego załącznika nie będzie przy tym stanowić elementu negocjacji przy zawieraniu umowy, lecz ma odzwierciedlać bezpośrednio to, co oświadczył każdy Wykonawca w złożonej przez siebie ofercie". - „[..] z treści oferty Wykonawcy wprost wynika, iż odpady wskazane w punkcie 3 podpunktach 3-7 i 12 miałyby być przekazywane do podmiotu nieposiadającego statusu instalacji zgodnie z właściwymi przepisami". - „[..] Wykonawca wskazał w swojej ofercie instalację, do której przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, która nie jest do tego uprawniona. Powyższe oznacza, iż Wykonawca zadeklarował wykonanie zamówienia w sposób niezgodny z warunkami zamówienia, co stanowi przesłankę do odrzucenia oferty". - „[..] wskazanie w ofercie instalacji, której Wykonawca nie będzie mógł przekazywać odpadów, oznacza złożenie oferty, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Prawo zamówień publicznych". Odwołujący przywołał każde z cytowanych wyżej stwierdzeń Zamawiającego jako uzasadnienie własne niniejszych zarzutów odwołania. Każde z nich zachowuje swoją aktualność w postępowaniu. Dodatkowo Odwołujący zwraca uwagę na orzeczenie Izby wydane w ww. sprawie (KIO 3609/21) w którym potwierdzono konieczność odrzucenia oferty Odwołującego z powodu wskazanych wyżej wadliwości. Ponadto Odwołujący wskazuje analogiczne orzeczenie o sygn. akt KIO 809/19 z 22.05.2019 r.

Odwołujący podnosił, że decyzja Zamawiającego o zaniechaniu odrzucenia oferty Remondis Sp. z o.o. z opisanych powyżej przyczyn jest całkowicie niezrozumiała, szczególnie w świetle kierowanych do tego wykonawcy pism o wyjaśnienie treści oferty. Odwołujący podkreśla bowiem, że w pismach z 03.03.2022 r. oraz 08.03.2022 r. Zamawiający zwracał się do tego wykonawcy o wyjaśnienie, czy instalacje wskazane w pkt 3.A ppkt 9) i 10) formularza oferty posiadają status instalacji oraz zezwolenie na

przetwarzanie tych frakcji odpadów. Zamawiający równocześnie stwierdzał, że z posiadanych przez niego informacji wynika, że instalacje takich zezwoleń nie posiadają. Zamawiający ponadto jednoznacznie wskazywał w tych pismach: - „Zatem, aby mówić o instalacji zgodnie z ustawą z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz.U. z 2021 roku poz. 770 i 2151), należy mieć zezwolenie na przetwarzanie odpadów albo na wytwarzanie odpadów".

Odwołujący podnosił, że treść ww. pism Zamawiającego, a kierowanych do Remondis sp. z o.o. potwierdza, że interpretuje on treść SWZ w zakresie wymogu posiadania zezwoleń dla instalacji tak samo jak Odwołujący. Nie sposób zatem zrozumieć dlaczego Zamawiający przyjął ofertę ww. wykonawcy pomimo, że bezprzecznie, dla wskazanych frakcji odpadów nie wskazał on instalacji posiadających wymagane zezwolenia. Obowiązkiem Zamawiającego jest prowadzenie postępowania zgodnie z zasadami określonymi przez siebie przed składaniem ofert. Zmiana tych zasad i reguł po złożeniu ofert stanowi rażące naruszenie przepisów prawa zamówień publicznych. Wymaga podkreślenia, ż gdyby Odwołujący miał wiedzę, że w zakresie odpadów wskazanych w pkt 3.A formularza ofertowego nie jest wymagane wskazanie instalacji posiadającej na dzień składania ofert zezwolenia na przetwarzanie odpadów to jego oferta byłaby korzystniejsza.

Zarzut nr 2. Odwołujący podnosił, że po wyborze oferty najkorzystniejszej wystąpił do

Zamawiającego o udostępnienie mu w trybie art. 74 ust. 2 ustawy Pzp korespondencji prowadzonej z wykonawcą Remondis Sp. z o.o. po terminie składania ofert. Jak wynika z pisma Zamawiającego z 04.04.2022 r. odmówił on przekazania Odwołującemu szeregu dokumentów, w tym odpowiedzi Remondis Sp. z o.o. na wezwania do udzielenia wskazanych wyżej wyjaśnień z 03.03.2022 r. oraz z dnia 08.03.2022 r. Zamawiający wskazał, że dokumenty te i informacje zostały zastrzeżone przez wykonawcę jako stanowiące jego tajemnicę przedsiębiorstwa. Stosownie do art. 18 ust. 3 ustawy Pzp warunkiem skutecznego zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa jest wykazanie wraz z przekazaniem tych informacji, że nie mogą być one udostępnione. Z treści skierowanego do Odwołującego pisma Zamawiającego z dnia 04.04.2022 r. wynika, że wykonawca REMONDIS sp. z o.o. przedstawił uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa, jednakże nie zostało ono przekazane Odwołującemu. Odwołujący podnosił, że nie sposób uznać, aby samo uzasadnienie tajemnicy przedsiębiorstwa stanowiło tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Nie sposób przyjąć, że informacje w tym zakresie mają wartość gospodarczą, której ujawnienie mogłoby narazić wykonawcę na szkodę. Odwołujący podkreślał ponadto, że zawarte w ww. piśmie Zamawiającego z 04.04.2022 r. rzekome cytaty z uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Remondis sp. z o.o. nie wypełniają wymogu przekazania uzasadnienia. Zamawiający

zobowiązany jest przekazać Odwołującemu dokumenty dotyczące tego uzasadnienia, a nie cytować stwierdzenia zawarte w tym uzasadnieniu. Odwołujący w tej sytuacji nawet nie ma możliwości weryfikacji jaka faktycznie była treść uzasadnienia wykonawcy Remondis sp. z o.o. w tym zakresie. Ponadto, sam fakt przytoczenia w piśmie z 04.04.2022 r. treści uzasadnienia Remondis sp. z o.o. wyklucza możliwość przyjęcia spełnienia przesłanki dotyczącej nieudostępnienia jej do wiadomości publicznej. Mając na uwadze treść rzekomego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa Remondis Sp. z o.o. przytoczoną przez Zamawiającego w piśmie z 04.04.2022 r. Odwołujący zwraca ponadto uwagę, że potwierdza ona, że wykonawca Remondis Sp. z o.o. nie przedstawił uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla utajnienia dokumentów składających się na „wykazanie tajemnicy przedsiębiorstwa". Sam ten fakt rodzi konieczność uwzględnienia przedmiotowego zarzutu. Odwołujący podnosił, że bez udostępnienia mu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa pozbawiony jest możliwości dokonania oceny skuteczności zastrzeżenia informacji przez Remondis sp. z o.o. co z kolei pozbawia go możliwości uzyskania wglądu do podmiotowych środków dowodowych przedłożonych przez tego wykonawcę. Odwołujący pozbawiony jest możliwości dokonania weryfikacji prawidłowości czynności Zamawiającego w zakresie zgody na utajnienia treści oświadczeń Remondis Sp. z o.o.

Niezależnie od okoliczności w której Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów i informacji zastrzeżonych przez Remondis Sp. z o.o. Odwołujący podnosi, że bezsprzecznie niedopuszczalne jest zastrzeżenie treści wyjaśnień ww. wykonawcy udzielonych w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego z 03.03.2022 r. oraz 08.03.2022 r. Jak można twierdzić, że odpowiedź na pytania Zamawiającego, a dotyczące tego czy podmioty wskazane w pkt 3.A ppkt 9) i 10) formularza ofertowego posiadają status instalacji i wymagane prawem zezwolenia stanowi tajemnicę przedsiębiorstwa? Nie sposób nawet wyobrazić sobie na czym miałaby tutaj polegać wartość gospodarcza tych informacji. Ponadto, nie może być mowy o spełnieniu przesłanki braku możliwości dostępu do tych instalacji skoro informacje w zakresie posiadania zezwoleń są jawne i podlegają publikacji w BDO. Ponadto, w oparciu o treść rzekomego uzasadnienia tajemnicy przedsiębiorstwa przytoczoną przez Zamawiającego w piśmie z 04.04.2022 r. Odwołujący stwierdził, że w ogóle nie dotyczy ona informacji jakich oczekiwał Zamawiający w odpowiedzi na swoje wezwania do udzielenia wyjaśnień z 03.03.2022 r. oraz z 08.03.2022 r.

Zamawiający w dniu 12.04.2022 r. (e-mailem) wezwał wraz kopią odwołania, w trybie art. 524 NPzp, uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 13.04.2022 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o. zgłosiło przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W konsekwencji Izba uznała skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego: Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych "Fart-Bis" Sp. z o.o.

W dniu 22.04.2022 r. (wpływ do Prezesa KIO w wersji elektronicznej podpisane podpisem cyfrowym za pośrednictwem elektronicznej skrzynki podawczej - ePUAP) Zamawiający wobec wniesienia odwołań do Prezesa KIO wniósł na piśmie, w trybie art. art. 521 NPzp, odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o:

1) oddalenie odwołania w części co do zarzutu Nr 1;

2) umorzenie postępowania w części co do zarzutu Nr 2 jako bezprzedmiotowego.

Ponadto wnoszę o przeprowadzenie następujących dowodów z dokumentów w sprawie na okoliczność bezprzedmiotowości zarzutu Nr 2 do odwołania:

1) pismo Remondis Sp. z o. o. Oddział w Ostrowcu Św. z 19.04.2022 r.;

2) pismo Zamawiającego kierowane do Odwołującego z 20.04.2022 r. wraz z załącznikami.

Do zarzutu Nr 1 tj. naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy p.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę Remondis Sp. z o. o. Oddział w Ostrowcu Św., pomimo że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia

Zamawiający nie uwzględnia zarzutu.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca został wybrany pomimo, że wskazał on w treści swojej oferty (formularzu ofertowym), dla frakcji wskazanych w pkt 3.A. pkt 9 i 10 podmioty, do których zamierza przekazywać odpady w celu ich zagospodarowania, które nie są instalacjami i nie posiadają wymaganych przepisami prawa oraz SWZ zezwoleń w tym zakresie. Ponadto powołał się, że w postępowaniu poprzedzającym o taką wadliwość oferty została odrzucona oferta Odwołującego przez Zamawiającego. Zwrócił uwagę, że Odwołujący nie może porównywać swojej sytuacji do sytuacji obecnie wybranego Wykonawcy, bowiem Zamawiający znacznie przemodelował zapisy SWZ w porównaniu do poprzedniego przetargu, zatem orzeczenie, na które się powołuje nie można uznać za analogiczne w obecnym stanie faktycznym, bowiem zapisy SWZ są odmienne od ówczesnych, w szczególności:

1) wskazano kody, do których należy mieć zezwolenie na wytwarzanie odpadów lub umowę/y z podmiotem/ami posiadającym/i ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów lub promesę od podmiotu/ów posiadającego/ych ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów;

2) wskazano, że umowa może ulec zmianie w zakresie zmiany instalacji, z którymi Wykonawca posiada zawarte umowy i do których zobowiązany będzie przekazywać odebrane lub zebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Kunów, wskazane w załączniku numer 2 do umowy, pod warunkiem, że będzie spełniać wymogi określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia.

Zamawiający wymagał od Wykonawcy wykazania w formularzu ofertowym zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888, 1648 i 2151) instalacji, do których podmiot odbierający jest obowiązany przekazać odebrane odpady oraz stosownie art. 6f ust. 1a ww. ustawy wymagał, by w umowie w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów określić instalacje, do których podmiot odbierający odpady jest obowiązany przekazać odebrane odpady.

W rozdz. XI ust. 4 pkt 8-10 SWZ jako podmiotowe środki dowodowe wymagane od Wykonawcy Zamawiający przewidział:

„8) zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, lub

9) umowę/y z podmiotem/ami posiadającym/i ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenia zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, lub

10) promesę od podmiotu/ów posiadającego/ych ważne zezwolenie na wytwarzanie

odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, gwarantującą zawarcie przez podmiot/y wystawiający/e promesę umowy z Wykonawcą na przyjęcie do zagospodarowania i poddania procesowi ręcznego lub mechanicznego sortowania odpadów

komunalnych o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, pochodzących z terenu Gminy Kunów, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą."

Również w pkt 7. 2 ppkt 5-8 OPZ stanowiącym załącznik Nr 4 do SWZ Zamawiający wymagał od Wykonawcy posiadania w całym okresie realizacji umowy następujących dokumentów potwierdzających uprawnienia do wykonywania przedmiotu zamówienia:

„5) Umowy z instalacjami odzysku i unieszkodliwiania w zakresie odpadów innych niż wskazane w punktach od 6 do 8 albo w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady zgodnie z wykazem wskazanym w formularzu ofertowym;

6) Zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, lub

7) Umowę/y z podmiotem/ami posiadającym/i ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenia zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, lub

8) Promesę od podmiotu/ów posiadającego/ych ważne zezwolenie na wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub pozwolenie zintegrowane obejmujące wytwarzanie odpadów z uwzględnieniem przetwarzania odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów lub zezwolenie na przetwarzanie odpadów w związku z eksploatacją sortowni odpadów, w zakresie obejmującym co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, gwarantującą zawarcie przez podmiot/y wystawiający/e promesę umowy z Wykonawcą na przyjęcie do zagospodarowania i poddania procesowi ręcznego lub mechanicznego sortowania odpadów komunalnych o kodach 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07, pochodzących z terenu Gminy Kunów, w sytuacji gdy oferta Wykonawcy zostanie uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą."

Zamawiający doprecyzował te warunki w pkt 7.14 ppkt 2 i 3 OPZ, stanowiącym załącznik Nr 4 do SWZ, wskazując, że:

„2) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych, o których mowa w punkcie 5 podpunkt 1 lit. b) - f) do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 roku poz. 779 i 2151) wskazanej w formularzu ofertowym w terminie nie później niż 3 miesięcy od odebrania ich od właścicieli nieruchomości;

3) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości pozostałych selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w tym odpadów selektywnie zebranych w PSZOK - Punkt Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych i w aptece) do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 roku poz. 779 i 2151) wskazanej w formularzu ofertowym albo w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych do wskazanego w formularzu ofertowym podmiotu

zbierającego te odpady nie później niż w ciągu 8 miesięcy od dnia odbioru ich od właścicieli nieruchomości, a w stosunku do odpadów odbieranych w ostatnich dwóch miesiącach

obowiązywania umowy w terminie do 30 dni od daty zakończenia umowy".

Zapisy te zostały również powtórzone we wzorze umowy w § 2 ust. 3 pkt 8 lit. b i c, stanowiącym załącznik Nr 7 do SWZ. Zamawiający zatem rozróżnił w zapisach SWZ i OPZ odpady, które zawsze muszą trafić do instalacji przetwarzającej odpady poprzez żądanie umów, promes albo zezwolenia na te odpady (zapisy SWZ i OPZ wskazane powyżej), jak również w opisie przedmiotu zamówienia (pkt 7.14 ppkt 2 OPZ) wskazując, że chodzi o odpady zebrane selektywnie, o których mowa w punkcie 5 ppkt 1 lit. b) - f), tj.

„b) papier i tektura (kod 20 01 01 i 15 01 01),

c) szkło bezbarwne i kolorowe (kod 20 01 02 i 15 01 07),

d) tworzywa sztuczne (kod 20 01 39 i 15 01 02),

e) opakowania wielomateriałowe (kod 15 01 05),

f) zmieszane odpady opakowaniowe (kod 15 01 06),".

Jednocześnie dopuszczając w pkt 7.14 ppkt 3 OPZ przekazanie pozostałych odpadów selektywnie zebranych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 roku poz. 779 i 2151) wskazanej w formularzu ofertowym albo w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych do wskazanego w formularzu ofertowym podmiotu zbierającego te odpady.

Zatem zapisy SWZ i OPZ można uznać za wiążące dla Wykonawcy, który mógł je zinterpretować w ten sposób, że tylko w zakresie odpadów o kodzie 15 01 01, 15 01 02, 15 01 05, 15 01 06, 20 01 01, 20 01 39, 20 01 02, 15 01 07 wymagane są instalacje, natomiast w pozostałych może chodzi o podmioty posiadające zezwolenie na zbieranie odpadów.

KIO, w uchwale z 03.08.2017 r., sygn. akt: KIO/KD 38/17, wskazała, że: reguła ta wynika z prawniczej paremii in dubio contra proferentem znaczącej w języku polskim „wątpliwości należy tłumaczyć przeciw autorowi". Nie ulega wątpliwości, że Zamawiający jest autorem ogłoszenia o zamówieniu i SIWZ, które zostały zredagowane przez Zamawiającego. KIO ukazuje związek genetyczny analizowanej reguły z dyrektywą wykładni contra proferentem, która zgodnie z zapatrywaniem przedstawicieli doktryny powinna być stosowana powszechnie, także w profesjonalnym obrocie handlowym, ponieważ ryzyko wieloznaczności wyrażeń powinien ponosić ten, kto wyrażenia formułował (zob. Z. Radwański, Wykładnia oświadczeń woli składanych indywidualnym adresatom, Wrocław 1992, s. 133-134). Takie uzasadnienie dla analizowanej reguły in dubio potwierdza również SN, który w wyroku z 04.07.2019 r., sygn. akt: IV CSK 363/18, wskazał, że: to na zamawiającym spoczywa obowiązek pełnego i jednoznacznego opisu przedmiotu zamówienia jeszcze przed wszczęciem postępowania o jego udzielenie. Powinien on więc przygotować niezbędną dokumentację (osobiście lub za pomocą osób trzecich). Jeżeli powstają wątpliwości co do jednoznaczności postanowień SIWZ (a szerzej: dokumentacji zamawiającego, w oparciu o którą wykonawcy składają oferty), muszą być one rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Przeciwny wniosek byłby sprzeczny z art. 29 ust. 1 Pzp. W konsekwencji, jeżeli dokumentacja sporządzona przez zamawiającego zawiera nieścisłości, nie jest jednoznaczna, nie można negatywnymi skutkami obciążać oferentów (a więc potencjalnych wykonawców), ale zamawiającego - jako autora tej dokumentacji. Sąd Okręgowy w Szczecinie wskazał ponadto, że obowiązywanie reguły interpretacyjnej „na korzyść wykonawcy" uzasadnia także jej związek z wyrażoną w art. 7 ust. 1 Pzp kwestią przejrzystości, która oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (wyrok SO w Szczecinie z 07.03.2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18, z szerokim powołaniem na orzecznictwo TSUE).

Zamawiający zatem uznał, że z wykładni SWZ i OPZ należy wywnioskować, że w zakresie kodów 16 01 03 (zużyte opony) oraz kodów 17 02 01 i 17 04 11 (odpady budowalne i rozbiórkowe) nie wymagano od Wykonawcy posiadania zezwolenia, umowy oraz promesy, zatem dopuszczalne było ze względu na niewielką ilość tych odpadów podanie punktów zbierania odpadów. Wskazał, że Wykonawca w swoich wyjaśnieniach z dnia 9 marca 2022 r., wykazał jednak że odpady o kodzie 16 01 03 będą poddawane

recyklingowi i Zamawiający przyjął te wyjaśnienia za wystarczające.

Ponadto wskazał, że w § 15 ust. 2 lit. t wzoru umowy stanowiącego załącznik Nr 7 do SWZ Zamawiający dopuścił zmianę umowy „w zakresie zmiany instalacji, z którymi Wykonawca posiada zawarte umowy i do których zobowiązany będzie przekazywać odebrane lub zebrane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Kunów, wskazane w załączniku numer 2 do umowy, pod warunkiem, że będzie spełniać wymogi określone w Specyfikacji Warunków Zamówienia." Jak również dopuścił, że może być nałożona kara umowna za transport „odpadów do innej instalacji zagospodarowania odpadów niż ustalona w umowie, w wysokości 5.000,00 zł za każdy taki przypadek, z wyjątkiem sytuacji niemożliwości dostarczenia odpadów do instalacji wskazanej w umowie, z przyczyn nie wynikających z winy Wykonawcy, takich jak na przykład awaria instalacji, do której Wykonawca miał przekazywać odpady lub inne podobne okoliczności, pod warunkiem zgłoszenia tego faktu Zamawiającemu w formie e-maila albo pisemnie na

dane wskazane w umowie, w terminie do 2 dni roboczych od dnia wystąpienia sytuacji. "

Wskazane również powyżej zapisy SWZ, OPZ oraz istotne zapisy umowy przesądzają o fakcie, że obowiązek podania instalacji ma charakter informacyjny i nie może nakładać na wykonawcę zobowiązania, iż całość odpadów odebranych zostanie przekazana do określonych w umowie instalacji. Nie można zgodzić się z Odwołującym, przede wszystkim z uwagi na ciągły charakter świadczenia, mogącego obejmować długi okres świadczenia zamówienia, bowiem nie jest nawet możliwe do przewidzenia, czy instalacje określone w umowie będą funkcjonować przez cały okres jej realizacji zamówienia. Niniejsza sytuacja jest analogiczna w odniesieniu do podwykonawców i zakresu powierzanego im zamówienia podawanego w ofercie, gdzie Krajowa Izba Odwoławcza niejednokrotnie stwierdzała, że informacje te mają co do zasady charakter niewiążący, informacyjny. Zatem analogicznie należało stwierdzić w niniejszej sprawie - biorąc jednocześnie pod uwagę, że - ani przepisy ustawy Pzp, ani tym bardziej przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie ograniczają w żaden sposób możliwości zmiany instalacji wskazanej przez wykonawcę w jego ofercie na etapie realizacji zamówienia i jednoznacznie dopuszcza to SWZ w § 15 ust. 2 lit. t wzoru umowy, stanowiącego załącznik Nr 7 do SWZ.

Wskazał również, że konstrukcja zapisu w § 15 ust. 2 lit. t wzoru umowy, stanowiącego załącznik Nr 7 do SWZ, w której Zamawiający nie wprowadził żadnych szczególnych warunków dokonania zmiany w zakresie instalacji/zbierającego wskazanego w ofercie, w szczególności zaś nie ograniczył możliwości takiej zmiany do wystąpienia określonych okoliczności (np. odmowy przyjęcia odpadów, utraty zezwoleń na przetwarzanie odpadów). Wykonawca, który zamierza zmienić instalację/zbierającego nie musi przedstawić Zamawiającemu żadnych dodatkowych dokumentów. Zatem zawarcie aneksu, o którym mowa w przywołanym postanowieniu umownym, jest więc w istocie czystą formalnością, Zamawiający nie ma zaś podstaw do tego by odmówić zawarcia takiego aneksu.

Skoro zatem w świetle zapisów SWZ, (w tym wzoru umowy), oświadczenie dotyczące instalacji/zbierających odpady zawarte w ofercie wybranego Wykonawcy miało charakter informacyjny, kwestia posiadania przez te instalacje lub te podmioty zezwoleń na przetwarzanie lub odpowiednio zbieranie odpadów była dla Zamawiającego kwestią drugorzędną, bowiem nawet gdyby okazało się, że dla danej instalacji nie zostało wydane wymagane prawem zezwolenie, instalacja ta mogłaby - na etapie wykonywania umowy z łatwością zostać zmieniona na inną. Takie stanowisko również zajęło KIO w wyroku z dnia 1.06.2021 r., KIO 1229/21, LEX nr 3232934 oraz KIO w wyroku z dnia 18 stycznia 2022 r., KIO 372/21.

Do zarzutu Nr 2 tj. naruszenie art. 18 ust. 3 oraz art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu: uzasadnienia zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów i informacji stanowiących zgodnie z oświadczeniem Remondis Sp. z o. o. tajemnicę przedsiębiorstwa oraz wyjaśnień wykonawcy Remondis Sp. z o. o., udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w jego pismach z 03.03.2022 r. oraz 08.03.2022 r. Zarzut w chwili obecnej stał się bezprzedmiotowy.

Trudno mówić, że Zamawiający zaniechał udostępnienia Odwołującemu uzasadnienia zastrzeżeń tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów i informacji stanowiących zgodnie z oświadczeniem Remondis Sp. z o. o. tajemnicę przedsiębiorstwa, skoro Zamawiający przekopiował całość uzasadnienia Wykonawcy do pisma kierowanego do Odwołującego z 04.04.2022 r. Zatem zostało to uzasadnienie to zostało doręczone Odwołującemu. Po wniesieniu odwołania udostępniono w dniu 20.04.2022 r. całość wyjaśnień Remondis Sp. z o. o. wraz z załączonymi dokumentami do nich, za uzyskaniem wcześniejszej zgody firmy Remondis Sp. z o. o. wyrażonej w piśmie z 19.04.2022 r., zatem zarzut uznaje się za bezprzedmiotowy. Na dowód dokonania czynności przez Zamawiającego przedkłada się pismo Remondis Sp. z o. o. z 19.04.2022 r. oraz pismo Zamawiającego kierowane do Odwołującego z 20.04.2022 r. wraz z załącznikami.

Z przytoczonych powodów Zamawiający stwierdza, że nie zaistniały przesłanki do uwzględnienia odwołania określone w art. 554 p.z.p., dlatego Zamawiający wnioskuje o oddalenie odwołania zgodnie z art. 553 p.z.p.

W dniu 25.04.2022 r. (e-mailem podpisanym podpisem cyfrowym) Przystępujący złożył pismo Uczestnika postępowania, w którym wnosił o oddalenie zarzutów w całości.

Zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.Zamawiający nie naruszył przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. W pkt 3 ppkt 9 i 10 Formularza ofertowego Remondis wskazano podmioty, które nie posiadają zezwolenia na przetwarzanie odpadów. W ocenie Odwołującego powinno to skutkować odrzuceniem oferty Remondis jako niezgodnej z warunkami zamówienia, gdyż w ocenie Odwołującego ta sytuacja jest analogiczna do sytuacji, jaka miała miejsce w poprzednio prowadzonym przed Zamawiającego postępowaniu o nr ZP.I.271.14.2021 , w którym Zamawiający powziął wątpliwości w zakresie oferty Odwołującego. Odwołujący błędnie przyjął, że okoliczności faktyczne tych dwóch sytuacji są takie same, a zatem, że taka sama powinna być decyzja Zamawiającego. Podkreślił, że dokumentacja postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr ZP.I.271.14.2021 została ukształtowana odmiennie od dokumentacji Postępowania o nr ZP.I.271.2.2022. Z treści dokumentacji poprzedniego postępowania wprost wynikało bowiem, że informacja o instalacjach, do których będą przekazywane odpady stanowiła treść oferty a zatem, że katalog instalacji wskazany w ofercie nie może zostać zmieniony. Analogicznego wniosku nie można sformułować w aktualnym postępowaniu.

a. W § 2 ust. 3 pkt 8 lit. b) projektu umowy z poprzedniego postępowania wskazano, że do obowiązków wykonawcy w zakresie przedmiotu zamówienia należy m.in. przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w tym odpadów selektywnie zebranych w punkcie selektywnego zbierania odpadów komunalnych -PSZOK i w aptece) do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy o odpadach, wskazanej w formularzu ofertowym. Przekazanie odpadów do instalacji innej niż wskazana w formularzu ofertowym przewidziano wyłącznie w sytuacji niemożliwości dostarczenia odpadów do instalacji wskazanej w umowie, z przyczyn niewynikających z winy wykonawcy.

b. W dokumentacji poprzedniego postępowanie nie wskazano, że istnieje możliwość zmian instalacji wskazane' w ofercie, czy zmiany umowy w zakresie instalacji. Wobec tego w poprzednim postępowaniu informacja o instalacji, do której będą przekazywane odpady wskazana w ofercie stanowiła treść oferty sensu stricto i istotną deklarację wykonawcy co do sposobu realizacji zamówienia - miejsca przekazywania odpadów. Potwierdza to umieszczenie listy instalacji bezpośrednio w treści formularza oferty oraz fakt, iż formularz ofertowy stanowić miał załącznik numer 2 do umowy w sprawie zamówienia publicznego, a w umowie nie przewidziano możliwości dokonania zmiany podanej w formularzu ofertowym instalacji.

O ile dokumentacja postępowania zawiera wiele analogicznych postanowień, jak poprzednia dokumentacja, to zawiera ona również zasadniczą różnicę - Zamawiający wprost przewidział w projekcie umowy możliwość zmian instalacji do której wykonawca będzie zobowiązany przekazywać odpady z gminy Kunów. W ten sposób Zamawiający dał wyraz temu, że informacja na temat instalacji nie jest treścią oferty sensu stricto. Skoro instalacje, do których wykonawca będzie przekazywał odpady mogą być zmieniane na etapie realizacji umowy, to nie sposób uznać, że wskazanie w ofercie instalacji, która nie posiada pozwolenia na przetwarzanie odpadów stanowi o niezgodności z warunkami zamówienia (instalacja ta może zostać z łatwością zmieniona na etapie realizacji umowy, a nawet jeszcze przed jej zawarciem). Zamawiający dzięki zmianom dokonanym w dokumentacji postępowania (względem dokumentacji obowiązującej w postępowania nr ZP.I.271.14.2021) nadał tej informacji zupełnie inny charakter, czyniąc z niej informację o charakterze wyłącznie informacyjnym. Jak słusznie wskazała Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7 sierpnia 2020 r., sygn. akt: KIO 1504/20 „Z samego faktu żądania złożenia określonego oświadczenia czy dokumentu wraz z ofertą nie można wywodzić, iż ich treść stanowi merytoryczną treść oferty (...). ”

Dlatego sytuacja Remondis nie może być traktowana i oceniania tak samo, jak sytuacja Odwołującego Fart-Bis w poprzednio prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu o udzielenia zamówienia publicznego (nr ZP.I.271 .14.2021). Zatem przytoczona w odwołaniu argumentacja Zamawiającego pochodząca z informacji o odrzuceniu oferty Fart-Bis, nie jest adekwatna do tego Postępowania i powinna zostać pominięta. W doktrynie wskazuje się, że w niektórych sytuacjach zawarta w ofercie lista instalacji, do której wykonawca będzie przekazywał odpady do zagospodarowania ma charakter wyłącznie informacyjny, co uzasadnia możliwość poprawienia listy instalacji ze względu na brak istotności tej informacji.

a. W wyroku KIO z 01.06.2021 r., sygn. akt: KIO 1229/21: „Skoro zatem w świetle zapisów

SIWZ, (w tym wzoru umowy), oświadczenie dotyczące instalacji/zbierających odpadów zawarte w ofercie Przystępującego miało jedynie charakter informacyjny, kwestia lokalizacji (adres danej instalacji), czy posiadania przez te instalacje lub te podmioty zezwoleń na przetwarzanie lub odpowiednio zbieranie odpadów była dla Zamawiającego kwestią drugorzędną. Jak słusznie zauważył Przystępujący - nawet gdyby okazało się, że dla danej instalacji nie zostało wydane wymagane prawem zezwolenie. instalacja ta mogłaby — na etapie wykonywania umowy — z łatwością zostać zmieniona na inną"
b. W wyroku KIO z 17.02.2021 r., sygn. akt: KIO 279/21: „Izba wzięta pod uwagę, że informacja o instalacji, do jakiej będą przekazywane odpady zmieszane, jest na gruncie analizowanej SIWZ jedynie oświadczeniem o charakterze informacyjnym, a nie treścią oferty. Stwierdzono, że rzeczywiście zamawiający wymagał od wykonawców podania w ofercie informacji o instalacji, do jakiej będą przekazywane odpady. Na uwagę zasługiwał jednak fakt, że jednocześnie zamawiający w § 1 ust. 3 wzoru umowy jednoznacznie przesądził, że zmiana instalacji, do której będą przekazywane odpady nie stanowi zmiany umowy. Zgodnie z art. 66 KC w zw. z art. 14 ust. 1 ustawy Pzp, oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia umowy. Skoro zmiana instalacji nie stanowi zmiany umowy, to informacja o niej nie jest istotnym postanowieniem umownym, a co za tym idzie, nie stanowi "treści oferty" w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Oferta przystępującego z ww. powodów nie jest niezgodna z postanowieniem pkt 3.5 OPZ. W postanowieniu tym zamawiający m. in. nałożył na wykonawców obowiązek przekazywania odpadów zgodnie z przepisami o odpadach, a więc również do instalacji posiadających wymagane pozwolenia.

Przystępujący w pkt 4. 1) formularza oferty oświadczył, że gwarantuje wykonanie całości zamówienia zgodnie z treścią SIWZ, wyjaśnień do SIWZ oraz jej modyfikacji. W kontekście treści S 1 ust. 3 wzoru umowy, przystępujący, jeśli uzyska zamówienie, będzie miał możliwość i jednocześnie obowiązek przekazywać odpady do instalacji posiadającej wymagane pozwolenia, a więc innej niż instalacja P.U. H. Z powodu brzmienia § 1 ust. 3 wzoru umowy zmiana instalacji zaś nie będzie mogła być uznana za niedopuszczalną w rozumieniu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, gdyż nie będzie dotyczyła "treści oferty" w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ale oświadczenia o charakterze informacyjnym i niewiążącym.".

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 (instalacja ta może bowiem zostać zmieniona), to trudno przyjąć, aby wskazanie w ofercie podmiotów, które posiadają wyłącznie zezwolenie na zbieranie odpadów stanowi podstawę do odrzucenia oferty. Na każdym etapie umowy możliwa jest zmiana instalacji/podmiotu zbierającego odpady, więc nie ma ryzyka, że odpady zostaną zagospodarowanie w sposób niezgodny z przepisami. Odrzucenie oferty Remondis stanowiłoby w tej sytuacji nadmierny formalizm - skoro możliwa jest zmiana umowy w tym zakresie, to informacja podana w ofercie nie ma charakteru wiążącego. Zamawiający nie przewidział w umowie szczególnych przesłanek do zmiany instalacji/podmiotu, do którego będą przekazywane odpady.

Odwołujący wskazał, że Remondis podał w ofercie nieprawdziwe informacje wskazując, że instalacje wymienione w pkt 3.A ppkt 9 i 10 posiadają na dzień składania ofert zezwolenie na przetwarzanie tych frakcji odpadów. Podkreślenia jednak wymaga, że taki zarzut nie został sformułowany w odwołaniu.

Niezależnie od powyższego oraz argumentacji dot. charakteru informacji na temat instalacji i podmiotów, do których przekazywane będą odpady (charakter informacyjny), podkreślenia "maga, że z pkt 7.14 ppkt 2 OPZ wynika, że do wskazanej w formularzu ofertowym instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów należy przekazywać wyłącznie odebrane od właścicieli nieruchomości selektywnie zebrane odpady komunalne, o których mowa w punkcie 5 podpunkt 1 lit. b-f) (w literach tych nie wymieniono odpadów budowlanych i rozbiórkowych oraz zużytych opon). Zgodnie z ppkt 3 pozostałe selektywnie zebrane odpady komunalne (czyli również odpady budowlane i rozbiórkowe oraz zużyte opony) można przekazać do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów wskazanych w formularzu ofertowym albo w przypadku niewielkich ilości odpadów odebranych selektywnie do wskazanego w formularzu ofertowym punktu zbierającego te odpady. Nie jest więc prawdą, jak wskazuje Odwołujący, że odpady wymienione w pkt 3.A formularza ofertowego należy bezwzględnie przekazać do instalacji przetwarzającej odpady i w przypadku małych ilości tych odpadów nie ma możliwości przekazania ich do podmiotu zbierającego odpady. Rozbieżność pomiędzy postanowieniami OPZ (m.in. pkt 7.14. ppkt 2 i 3, pkt 7.2 ppkt 5 OPZ) gdzie Zamawiający wskazał na możliwość przekazywania m.in. odpadów budowalnych i rozbiórkowych oraz zużytych opon do podmiotów zbierających odpady, a pkt 3.A Formularza ofertowego - gdzie Zamawiający wskazał, że odpady te będą przekazywane i przetwarzane w instalacjach (nie wskazując na możliwość podania podmiotu zbierającego odpady), powinna być interpretowana na korzyść wykonawcy.

W orzecznictwie wskazuje się, że wszelkie rozbieżności w dokumentacji postępowania należy interpretować na korzyść wykonawcy - czyli strony, która nie jest jej autorem. Nie można bowiem obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością za niedopatrzenia zamawiającego. Zostało to wskazane np. w wyroku KIO z 22.09.2016 r., sygn. akt: KIO 1672/16, z 30.05.2018 r., sygn. akt: KIO 925/18, z 25.10.2019 r., sygn. akt: KIO 2041/19.

Z uwagi na rozbieżność pomiędzy OPZ i Formularzem ofertowym należy uznać, że w zakresie rodzajów odpadów wskazanych w pkt 5 ppkt 1 lit. g) - r) OPZ wykonawca mógł wskazać zarówno instalację do odzysku i unieszkodliwiania odpadów, jak i podmiotu zbierającego odpady (w przypadku ich niewielkich ilości).

czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym zamawiający wskazuje w SWZ 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. Ustawodawca jednoznacznie dopuścił więc możliwość wskazywania w ofercie podmiotu zbierającego odpady dla niewielkich ilości odpadów odbieranych selektywnie. I chociaż zgodnie z wzorem Formularza ofertowy w pkt 3A. lit. 9 i 10 należało wskazać instalacje przetwarzające odpowiednio odpady budowlane i rozbiórkowe oraz zużyte opony, to Wykonawca był uprawniony, mając na uwadze treść powołanego powyżej przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz pkt 7.14 ppkt 2 i 3 OPZ, do wskazania podmiotu zbierającego te odpady (w przypadku niewielkich ilości odpadów).

Przepisy nie wyjaśniają, co należy rozumieć przez „niewielką ilość odpadów", ocena w tym zakresie powinna więc być dokonywana w sposób zindywidualizowany, z uwzględnieniem okoliczności faktycznych danego stanu faktycznego. W pkt 6 OPZ Zamawiający wskazał ilości odpadów komunalnych odebranych z terenu gminy Kunów w 2020 r. i 2021 r. Z informacji tych wynika, że zarówno odpady budowalne i rozbiórkowe, jak i zużyte opony stanowiły niewielki procent wszystkich odebranych w tym latach odpadów:

a. Odpady budowlane i rozbiórkowe

2020 r. - 7,6 %

2021 r. - 4,8 %

b. Zużyte opony

2020 r. - 2%

2021 r. - 1,6 %

Bez wątpienia wskazane powyżej ilość odpadów można więc uznać za „niewielką ilość odpadów" w rozumieniu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, a zatem w ich przypadku możliwe było wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. W zakresie zużytych opon Remondis wskazał - Geocycle Polska sp. z o.o. z siedzibą w Małgoszczu, zaś w przypadku odpadów budowlanych i rozbiórkowych wskazał Zakład Unieszkodliwiania Odpadów ZUO Janik w Janiku (który jest instalacją do przetwarzania odpadów o kodach 17 01 01, 17 01 02, 17 OI 03, 17 OI 07, 17 02 02, 17 02 03, 17 08 02, zaś w pozostałych zakresie stosowne zezwolenie na zbieranie posiada sam Wykonawca - Remondis).

Co więcej w wyjaśnieniach z 09.03.2022 r. Remondis wskazał, że zużyte opony będą przetwarzane w ramach grupy kapitałowej, do której należy Geocycle Polska sp. z o.o. przez podmiot, który posiada zezwolenie na przetwarzanie odpadów. Remondis wskazał również, że w razie potrzeby jest w stanie zagospodarować te odpady we własnej instalacji w Dąbrowie Górniczej. Wobec tego w przedmiotowym stanie fatycznym nie może być mowy o niezgodności oferty Remondis z warunkami zamówienia. Wykonawca wskazał w ofercie podmioty, które posiadają zezwolenie na zbieranie odpadów o kodach wskazanych w pkt 3.A pkt 9 i 10 Formularz ofertowego, do czego był uprawniony zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz postanowieniami OPZ. Nawet jeżeli uznać, że Wykonawca nie mógł wskazać w ofercie podmiotów zbierających odpady, to z uwagi na charakter jaki Zamawiający nadał informacji o instalacjach - wyłącznie charakter informacyjny i fakt, że umożliwił zmianę tych instalacji, należy uznać, że informacja ta nie jest treścią

oferty, a zatem nie może być mowy o niezgodności z warunkami zamówienia.

zarzutu naruszenia art. 18 ust. 3 oraz 74 ust. 2 Pzp. Uczestnik postępowania wyraził zgodę na odtajnienie wyjaśnień złożonych w dniu 9 marca 2022 r., których objęcie tajemnicą przedsiębiorstwa kwestionuje Odwołujący. Z odpowiedzi Zamawiającego na odwołanie wynika, że pismo to wraz z załącznikami zostało już Odwołującemu udostępnione. Wobec tego zarzut ten powinien zostać oddalony z uwagi na brak substratu zaskarżenia. Analogiczna sytuacja miała miejsce w stanie faktycznym będącym przedmiotem sprawy rozpatrywanej przez KIO w wyroku z 17.03.2021 r., sygn. akt: KIO 477/21 Izba oddaliła wówczas zarzut dot. tajemnicy przedsiębiorstwa biorąc pod uwagę, że na skutek udostępniania utajnionych przez wykonawcę informacji stał się on bezprzedmiotowy.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron oraz Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 NPzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 505 ust. 1 NPzp. Odwołujący, którego oferta uplasowała się na drugiej pozycji w rankingu złożonych ofert, w wypadku potwierdzenia zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 542 ust. 1 NPzp, dopuścił w niniejszej sprawie dowody z: dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego w wersji elektronicznej, w tym w szczególności postanowień Specyfikacji

Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ") /po ujednoliceniu dokonanym 15.02.2022 r./, tj. treści Opisu Przedmiotu Zamówienia zwanego dalej: „OPZ" (zał. nr 4 do SWZ) /po ujednoliceniu dokonanym 15.02.2022 r./, postanowień wzoru umowy (zał. nr 7 do SWZ) /po ujednoliceniu dokonanym 15.02.2022 r./, czy też wzoru formularza ofertowego (zał. nr 1 do SWZ) /po ujednoliceniu dokonanym 15.02.2022 r./. Nadto, dowód z oferty Przystępującego, wezwania do wyjaśnień z 03 i 8.03.2022 r. skierowanego przez Zamawiającego do Przystępującego, odpowiedzi Przystępującego z 09.03.2022 r. wraz z załącznikami, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z 31.03.2022 r., wniosku o udostepnienie z 01.04.2022 r., odpowiedzi na wniosek Zamawiającego z 05.04.2022 r. (pismo z 04.03.2022 r.), jak i korespondencji Zamawiającego z Przystępującym z 19.04.2022 r. (pismo Zamawiającego i odpowiedź Przystępującego - oba z tego samego dnia) oraz udostepnienia dokumentacji Przystępującego Odwołującemu w dniu 20.04.2022 r. (ta ostatnia czynność została udokumentowana przekazaniem stosowej dokumentacji do KIO 20.04.2022 r.).

Nadto, zaliczono do materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego na potwierdzenie okoliczności wskazanych w odpowiedzi:

• pismo Zamawiającego skierowane do Odwołującego z 20.04.2022 r. zawierające wyjaśnienia Przystępującego z 09.03.2022 r. wraz z załącznikami (udostepnienie dokumentów Przystępującego Odwołującemu, o które wnioskował w kontekście drugiego zarzutu).

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie oraz odpowiedź na odwołanie, a nadto stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania oraz podtrzymanych na posiedzeniu i rozprawie zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji orzeczenia.

Odwołujący sformułował w odwołaniu zarzuty naruszenia przez Zamawiającego:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Remondis Sp. z o.o. Oddział w Ostrowcu Świętokrzyskim pomimo, że wskazał on w treści swojej oferty, dla frakcji wskazanych w pkt 3.A pkt 9) i 10) podmioty do których zamierza przekazać odpady w celu ich zagospodarowania, które nie są instalacjami i nie

posiadają wymaganych przepisami prawa oraz SWZ zezwoleń w tym zakresie;

2. art. 18 ust. 3 oraz art. 74 ust. 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie udostępnienia Odwołującemu:

a. uzasadnienia zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa dla dokumentów i informacji stanowiących zgodnie z oświadczeniem Remondis Sp. z o.o. jego tajemnicę przedsiębiorstwa;

b. wyjaśnień wykonawcy Remondis sp. z o.o. udzielonych w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego zawarte w jego pismach z 03.03.2022 r. oraz z 08.03.2022 r. w sytuacji w której w treści uzasadnienia.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania, odpowiedzi na odwołanie oraz pisma Przystępującego. Skład orzekający Izby stwierdził, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale co do dopuszczalności określonych zaniechań ze strony Zamawiającego na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Do tych kwestii Izba odniesie się przy omawianiu poszczególnych zarzutów.

Biorąc pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 552 ust.1 NPzp), oceniając wiarygodność i moc dowodową, po wszechstronnym rozważeniu zebranego materiału (art. 542 ust. 1 NPzp), Izba stwierdziła, co następuje.

Odnośnie pierwszego zarzutu, Izba uznała, że podlega on uwzględnieniu.

Izba przenalizowała postanowienia SWZ, OPZ, formularza ofertowego oraz treść oferty Przystępującego pod kątem weryfikacji stanowisk i argumentacji stron oraz uczestnika wyrażonych w pismach, jak i na rozprawie, w kontekście sformułowanego zarzutu. W konsekwencji stwierdzając co następuje.

Po pierwsze, nie jest zasadne twierdzenie Przystępującego, że brak jest w OPZ odesłania do formularza ofertowego. Takie odesłanie znajdują się w pkt 7.14 ppkt 1, 2, jak i 3 OPZ. Co więcej istotny charakter formularza ofertowego, a ściślej okoliczność kształtowania w treści formularza ofertowego treści SWZ, a dokładnie doprecyzowania OPZ wynika z pkt 7.2 ppkt 5 OPZ, gdzie wprost stwierdza się, że: „(...) albo w przypadkach niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady (...).”, a następnie znajduje się dalsza część: „(...) zgodnie z wykazem wskazanym w formularzu ofertowym.”, czyli stwierdza się, że wykaz takich odpadów został wskazany w formularzu ofertowym. Biorąc więc to pod uwagę należy uznać, że Zamawiający zawarł jednoznaczne odesłanie w OPZ o charakterze doprecyzowującym, jako znajdujące się w formularzu ofertowym. Bezsporne jest że taki wykaz odpadów znajduje się w zakresie „niewielkich ilości odebranych odpadów” w pkt 3B formularza. Identyczne zresztą postanowienie odsyłające znajduje się w § 4 ust. 1 lit. e wzoru umowy.

Po drugie, Izba nie podzieliła także stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że wskazano postanowieniami SWZ oraz OPZ poprzez konkretne kody frakcję, które zawsze muszą trafić do instalacji i pośród nich nie ma kodów frakcji wskazanych w pkt 3A ppkt 9 i 10 formularza ofertowego. W tym zakresie, bowiem Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie pominął, że we wszystkich przytoczonych w odpowiedzi fragmentach SWZ, OPZ, czy też wzoru umowy wskazuje się: „(...) co najmniej odpady przewidziane do przetworzenia o kodzie Nie jest więc to zbiór zamknięty tych kodów, lecz otwarty. W konsekwencji, tak istotne i rozstrzygające są postanowienia formularza ofertowego w pkt 3A „(.) w następujących instalacjach” (Zamawiający wymaga, aby instalacje wskazane poniżej

posiadały już na dzień składania ofert wymagane zezwolenia do przetwarzania odpadów) (.)” oraz 3 B „instalacje albo podmiotu zbierające odpady”. Z tych też względów powtarzające się odesłanie do formularza ofertowego w pkt 7.14 ppkt 1-3 OPZ. W ocenie Izby, także w tym zakresie formularz ofertowy dokonuje jednoznacznego doprecyzowania zakresu frakcji w kontekście pkt 3A w zakresie odpadów które muszą być przetwarzane w instalacjach i mieć zezwolenie do przetwarzania odpadów. Powyższe stanowisko potwierdza stanowisko Zamawiającego wynikające z wezwań do wyjaśnień z 03 oraz

08.03.2022 r. kierowanych do Przystępującego. Niniejsze czyni późniejsze stanowisko Zamawianego oraz wyjaśnienia przedstawione na rozprawie, niewiarygodnym. W konsekwencji, Izba także nie dostrzegła żadnych niejasności postanowień SWZ, czy też OPZ, które należy rozstrzygać na korzyść Przystępującego. Zaś, stanowisko w tym zakresie przedstawione w pismach i na rozprawie, Izba odczytuje jedynie jako przejaw strategii procesowej.

Po trzecie, odnośnie kwestii charakteru informacji zawartych w formularzu ofertowym, w ocenie Izby, nie mają one na kanwie tej sprawy i tych postanowień SWZ, OPZ i wzoru umowy charakteru informacyjnego. W tym kontekście, Izba podkreśla, że przeanalizowała przytoczone przez strony i Przystępującego orzecznictwo (wyrok KIO z 17.02.2021 r., sygn. akt: KIO 279/21, wyrok KIO z 01.06.2021 r., sygn. akt: KIO 1229/21, wyrok KIO z 28.12. 2021 r., sygn. akt: KIO 3609, czy też wyrok KIO z 18.01.2021 r., sygn. akt: KIO 3721/21), i należy stwierdzić, że tak Przystępujący, jak i Odwołujący w wielu sprawach, w których biorą udział w sposób mechaniczny i automatyczny przytaczają orzecznictwo, które w zależności od okoliczności jest zbieżne z ich interesem. Niestety czynią to zupełnie bezrefleksyjnie, omijając różnice w stanie faktycznym, postanowień SWZ, OPZ, czy też wzoru umowy. Izba nie przeczy, że w tym stanie faktycznym istnieje możliwość zmiany listy instalacji, co należy uznać za działania jak najbardziej słuszne. Jednakże, w tym wypadku wcale nie jest tak, jak twierdził Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie, mechanicznie za jednym z orzeczeń (wyrok KIO z 01.06.2021 r., sygn. akt: KIO 1229/21), że Zamawiający nie ograniczył możliwości takiej zmiany. Jednoznacznie bowiem w § 15 ust. 2 lit. t wzoru umowy stoi, że: „(...) pod warunkiem, że będzie spełniać wymogi określone w SWZ". Izba rozumie to w ten sposób, że także w zakresie treści formularza ofertowego, tzn. doprecyzowania się tam znajdującego, do którego znajduje się odesłanie w OPZ, czyli jest wymogiem określonym w SWZ. Nota bene formularz ofertowy stanowi załącznik do umowy i ma on istotne znaczenie w paragrafach umowy (§ 4 ust. 1 lit. e, § 8 ust. 7 oraz § 11 ust. 6 pkt 5 wzoru umowy) przytoczonych na rozprawie przez Odwołującego. Izba także podzieliła stanowisko Odwołującego, że aby zmienić listę instalacji należy przyjąć, że również ta pierwotna jest zgodna z postanowieniami SWZ i można ją zmienić tylko na taką spełniającą warunki określone w SWZ.

Względem sprzeczności treści formularza ofertowego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. z dnia 15 kwietnia 2021 r. (Dz.U. z 2021 r. poz. 888 z późn. zm.), 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;", stanowisko Przystępującego, nie znalazło uznania u Izby, po pierwsze, jeśli tak było dlaczego Przystępujący nie kwestionował treści formularza w ramach środków ochrony prawnej, albo nie wnioskował o zmianę w tym zakresie, po drugie, ma on charakter przypominający a nie mający charakter zabraniający Zamawiającemu ograniczenia wskazania tych odpadów, które mają niewielką ilość.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający przewidział w postanowieniach przytoczonych chociażby przez Zamawiającego w odpowiedzi na odwołanie oraz powyżej w uzasadnieniu w postępowaniu m.in. warunki zamówienia polegające na obowiązku wykonawcy przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów oraz na obowiązku wskazania w treści oferty instalacji, do których będą przekazywane i w których będą przetwarzane odpady, co zostało doprecyzowane (zakres frakcji) w ramach formularza ofertowego w pkt 3A oraz będą przekazane i przetwarzane w instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2021 roku poz. 779 i 2151) albo w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów będą przekazane do podmiotu zbierającego odpady (rozróżnić dopiskiem instalację albo podmiot zbierający odpady, co również zostało doprecyzowane (zakres frakcji) w ramach formularza ofertowego w pkt 3B. W konsekwencji wskazanie w ofercie przez Przystępującego w pkt 3A ppkt 9 i 10 podmiotów, które nie są instalacjami i nie mają zezwolenia na przetwarzanie odpadów skutkuje tym, że treść oferty Przystępującego jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

Odnośnie drugiego zarzutu, Izba uznała, że podlega on oddaleniu.

Odwołujący nie zaprzeczył, że Zamawiający przekazał w pełni zastrzeżone dokumenty wskazane w odwołaniu w ramach niniejszego zarzutu. Powyższe miało miejsce 20.04.2022 r. co wynika z dokumentacji postępowania i dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie Zamawiającego. Dokonał wiec de facto faktycznego uwzględnienia zarzutu. W konsekwencji dokonanych przez Zamawiających czynności faktycznych brak jest substratu zaskarżenia, gdyż Izba nie może nakazać Zamawiającemu odtajnienia upublicznionych, czyli jawnych już dokumentów. Abstrahując od tej okoliczności należy dodatkowo stwierdzić, że nie zamyka, to Odwołującemu możliwości skorzystania ze środka ochrony prawnej. W konsekwencji nie można stwierdzić, że w konkretnym stanie faktycznym (który uległ zmianie) naruszenie ma wpływ na wynik postępowania.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy Izba uwzględniła odwołanie w zakresie zarzutu wskazanego w sentencji wyroku na podstawie art. 553 zdanie pierwsze, art. 554 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 lit. a) b) Pzp oraz orzekła, jak w sentencji.

Jednocześnie obciążając kosztami Zamawiającego i zasądzając od niego na rzecz Odwołującego kwoty 15 000,00 zł tytułem zwrotu kosztów wpisu oraz 3 600,00 zł tytułem zwrotu wydatków pełnomocnika na podstawie dowodu uiszczenia wpisu i złożonych rachunków, uznając że zaistniały podstawy określone w § 7 ust. 5 rozporządzenia wskazanego poniżej do odstąpienia od stosunkowego rozdzielnia kosztów. Jednocześnie w odniesieniu do kosztów Izba dodatkowo podkreśla, że mimo uwzględnienia jednego zarzutu, ma on kluczowy charakter, gdyż skutkuje koniecznością powtórzenia czynności badania i oceny ofert i odrzuceniem oferty wybranej 31.03.2022 r.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 557 Pzp oraz art. 575 Pzp, z uwzględnieniem postanowień 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: .....