Sygn. akt: KIO 1441/22

WYROK

z dnia 17 czerwca 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak
Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 14 czerwca 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa

Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 maja 2022 r. przez Odwołującego - wykonawców

wspólnie ubiegających się o zamówienie: ENERIS Surowce Spółka Akcyjna, ul. Zagnańska 232a, 25-563 Kielce, ENERIS Tomaszów Mazowiecki Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Majowa 87/89, 97-200 Tomaszów Mazowiecki w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gmina Nowe Miasto nad Pilicą, Pl. O.H. Koźmińskiego %, 26-420 Nowe Miasto nad Pilicą

przy udziale

Wykonawcy - Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis" Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością, ul. Ks. Piotra Ściegiennego 268A, 25-116 Kielce zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

1.1 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego i 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.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 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:

Sygn. akt: KIO 1441/22

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

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego Gminę Nowe Miasto nad Pilicą na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Nowe Miasto nad Pilicą w okresie od 01.04.2022 do 31.03.2024 r. (nr ref. postępowania: ZP/10/2022), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.02.2022 r., 2022/S 023-057892, wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i zaniechania unieważnienia postępowania,

wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie wnieśli w dniu 30 maja 2022 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 1441/22).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit b) w zw. z art. 112 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fart-Bis pomimo braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości na terenie Gminy Nowe Miasto nad Pilicą, zgodnie z wymogami u.c.p.g. w zakresie objętym przedmiotem zamówienia;

2. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fart-Bis, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. który nie wskazał w ofercie instalacji, do których przekaże odbierane odpady komunalne,

ewentualnie w razie uznania, że zarzut powyższy nie może zostać uwzględniony

3. 255 pkt 6 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i 4, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wskazał w ofercie instalacji, do których przekaże odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawna możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu o elementy niewymagane pierwotnie w postępowaniu) oraz prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względy na naruszenie przepisów u.c.p.g. oraz narusza to przejrzystość postępowania i równego traktowania wykonawców; zamawiający nie ma możliwości stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z przepisami wykonać zamówienie publiczne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, odrzucenie oferty Fart-Bis, ewentualnie unieważnienie postępowania.

W warunkach udziału w postępowaniu (rozdział VII pkt 2 ppkt a swz) Zamawiający wymagał posiadania wpisu do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (kody odpadów ujęte w opisie przedmiotu zamówienia).

Wykonawca Fart-Bis przedstawił wpis, który nie obejmuje jednego z kodów ujętych w opisie przedmiotu zamówienia, tj. kodu 20 01 28. W wyjaśnieniach złożonych Zamawiającemu Wykonawca przyznał, iż nie posiada wpisu w tym zakresie twierdząc, iż nie nie było to wymagane: Wskazujemy, że zgodnie z OPZ, odpad Chemikalia (kod 20 01 28) nie jest odbierany od mieszkańców, a jest zbierany w PSZOKu. Dlatego dla tej frakcji odpadów nie był sformułowany warunek posiadania wpisu do rejestru w zakresie odbierania odpadów. Ponadto wskazujemy, że zbieranie odpadów w PSZOK nie jest kwalifikowane jako odbiór odpadów, co wynika z ustawy.

Dokonują wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający odniósł się do wątpliwości zgłaszanych przez wykonawców w toku postępowania, co zdaniem Odwołującego stanowiło nieuprawnioną zmianę SWZ po upływie terminu składania ofert. Interpretacja, jakoby obowiązek posiadania wpisu nie dotyczył kodu odpadów, których odbiór odbywa się z PSZOK jest nieuprawniony. Zamawiający nie wskazał bowiem, że obowiązek ten dotyczy kodów odpadów odbieranych bezpośrednio z terenu nieruchomości, ale od właścicieli nieruchomości. Odpady odbierane z PSZOK również pochodzą od właścicieli nieruchomości i są objęte przedmiotem zamówienia (kody ujęte w opisie przedmiotu zamówienia).

W zakresie dotyczącym wskazania instalacji Odwołujący podniósł, iż w ofercie Fart-Bis takiego wskazania nie ma, pomimo takiego obowiązku wynikającego z u.c.p.g., co ma zagwarantować zagospodarowanie odpadów objętych przedmiotem zamówienia. W tych okolicznościach oferta Wykonawcy podlega odrzuceniu jako niezgodna w swej treści z warunkami zamówienia. Zamawiający w swz wskazał, iż przedmiot zamówienia należy wykonać zgodnie z przepisami powszechnie obowiązującego prawa, w tym przepisami u.c.p.g.

Z uwagi na to, że formalnie w treści dokumentów zamówienia brak jest jednoznacznego zobowiązania do wskazania instalacji, Odwołujący wskazał, że w razie uznania braku podstaw do odrzucenia oferty, konsekwencją powinno być unieważnienie postępowania w związku nie spełnieniem wymogu określonego w art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z 13.6.2022 r. wniósł o oddalenie w całości odwołania.

Zamawiający w OPZ wskazał frakcje odpadów odbieranych od właścicieli nieruchomości oraz odpady odbierane z PSZOK (pkt 5.2 OPZ). W formularzu wyceny znajdowały się wszystkie frakcje odpadów, ale w zakresie niektórych kodów odpadów Wykonawca zobowiązany był wykazać się wpisem w rejestrze działalności regulowanej, tj. odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w zakresie objętym przedmiotem zamówienia. Warunek ten dotyczył odpadów: zmieszanych, zbieranych selektywnie, ulegających biodegradacji, popiołu. Tym samym nie było wymogu uzyskania wpisu do rejestru prowadzenie punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych. Podmiot prowadzący taki punkt jest posiadaczem odpadów, w rozumieniu ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach, prowadzącym zbieranie odpadów. Nie stanowi działalności regulowanej pośredniczenie w przekazaniu selektywnie zebranych w PSZOK odpadów do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania, nawet jeżeli wymaga tymczasowego magazynowania odpadów przed ich przekazaniem do zagospodarowania.

Złożone Zamawiającemu przez Wykonawcę Fart-Bis zaświadczenie o wpisie do rejestru działalności regulowanej w zakresie odbierania odpadów komunalnych obejmuje wszystkie kody odpadów objęte tym zamówieniem, które mają być odbierane od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, czyli obejmuje pełen zakres działalności regulowanej, którą ma prowadzić wykonawca.

Zgodnie z wzorem umowy (załącznik nr 5 do swz) wykonawcy zobowiązani byli posiadać umowy z Instalacją Komunalną, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości. Niezgodność oferty Fart-Bis z warunkami zamówienia można byłoby stwierdzić w sytuacji, gdyby na dzień składania ofert Zamawiający przewidział wymóg wskazania w formularzu oferty odpowiednich umów. Takiego wymagania nie ma, a z wzoru umowy wynika, że muszą być one zapewnione na dzień zawarcia umowy. Zamawiający w toku czynności w pierwszej kolejności zbadał oferty pod kątem rażąco niskiej ceny i w ramach wyjaśnień wniósł o wskazanie adresu instalacji, która pozwoli mu ocenić realność przyjętych cen jednostkowych. Wykonawca Fart-Bis spełnił warunek w zakresie wskazania instalacji komunalnej, do których będą przekazywane odpady. W toku postępowania wyjaśniającego ceny każdy z wykonawców wskazał adresy instalacji oraz przekazał Zamawiającemu obowiązujące umowy potwierdzające spełnienie obowiązku wskazanego we wzorze umowy.

Zamawiający powołał orzeczenia Izby, w których w sposób zgodny z jego stanowiskiem oceniono zbliżony stan faktyczny w postępowaniu pod kątem wystąpienia wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący w piśmie z 13.6.2022 r. wycofał zarzut z pkt 1 odwołania i podtrzymał pozostałe dwa zarzuty dotyczące podstawy do odrzucenia oferty Fart-Bis, jako niezgodnej z warunkami zamówienia i zarzut ewentualny zaniechania unieważnienia postępowania.

Stanowisko Izby

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniach zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą.

Odwołanie nie podlegało odrzuceniu. Na posiedzeniu Przystępujący i Zamawiający wnosili o uznanie zarzutu nr 3 z odwołania za spóźniony wskazując, iż dotyczy on treści dokumentacji postępowania, tj. braku żądania wskazania w ofercie instalacji, do której będą kierowane

odpady wobec, którego to braku termin na wniesienie odwołania należało liczyć od dnia publikacji dokumentacji. Odwołujący w odpowiedzi na wniosek wskazał na szeroko zacytowanie w odwołaniu orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2348/20) i prezentowany w nim pogląd, zgodnie z którym wada postępowania może być na każdym jego etapie podniesiona, jako podstawa zarzutu, niezależnie od ustalenia, czy należało wnosić odwołanie na zapisy SWZ. Ta wada nadal istnieje i do momentu wyboru oferty najkorzystniejszej wykonawca może taki zarzut sformułować.

Skład orzekający podzielił stanowisko Odwołującego przyjmując argumentację prezentowaną w odwołaniu. Należy odróżnić zarzut dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania, które pomimo wady kończy się wyborem oferty najkorzystniejszej od zarzutów dotyczących treści dokumentacji postępowania. Pomimo wspólnej podstawy faktycznej wynikającej z braków lub nieprawidłowości dokumentów zamówienia, zaniechanie unieważnienia postępowania może być podstawą odwołania w zasadzie, aż do ostatniej czynności w postępowaniu, co jest wynikiem stanu wadliwości spowodowanego wcześniejszymi czynnościami (jeżeli te nie zostały skorygowane na odpowiednim etapie). Co istotne, stan ten istnieje do momentu, gdyż sam zamawiający uzna, że uzasadnia on unieważnienie postępowania, albo gdy będzie to spowodowane żądaniem wykonawcy lub innego podmiotu uprawnionego do wniesienia odwołania. W ocenie składu orzekającego, istnienie wady postępowania, która niweczy cel jakim jest zawarcie ważnej, niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, powoduje iż postępowanie nie może zakończyć się wyborem oferty najkorzystniejszej, a zatem termin na wniesienie odwołania liczony od dnia zawiadomienia o wyborze oferty czyni odwołanie skutecznym. Ponadto, w niniejszej sprawie zarzut zaniechania unieważnienia postępowania został sformułowany jako zarzut ewentualny, którego rozpoznanie powiązane zostało z oceną zasadności zarzutu zasadniczego, tj. zaniechania odrzucenia oferty wybranej, której treść została ukształtowana warunkami zamówienia. Argumentacja Odwołującego w zasadzie zmierzała do wykazania istnienia konieczności podania informacji w samej ofercie o instalacji, do której odpady miałyby być kierowane, jako wypełniającej obowiązek nałożony na Zamawiającego przepisami art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g., niezależnie od treści wymaganej w swz. Przyjęcie odmiennej oceny miało dopiero prowadzić do potrzeby unieważnienia postępowania. Tym samy, zarzut ewentualny został powiązany z oceną ofert pod kątem realizacji obowiązku opisanego w przepisie szczególnym. Na tej podstawie Izba uznała, iż oba zarzuty podtrzymane przez Odwołującego zostały podniesione w terminie na wniesienie odwołania, którego bieg rozpoczął się od dnia zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej i podlegały rozpoznaniu.

Rozpoznając odwołania Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym treść swz wraz z załącznikami, oraz ofertę PUK Fart-Bis Sp. z o.o. wraz z wyjaśnieniami.

Izba ustaliła i zważyła.

Udostępniona wykonawcom SWZ w przedmiotowym postępowaniu w zakresie wskazania wykazu instalacji określała jedynie obowiązek posiadania umów przeznaczonych do przekazywania odpadów, w tym instalacji komunalnych, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Zamawiający we wzorze umowy (załącznik nr 5 do swz) wskazał na obowiązek wykonawcy związany z realizacją zamówienia opisany, jako: Posiadanie umowy z Instalacją Komunalną na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych, bioodpadów oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych lub dokumentów poświadczających, że Wykonawca jest właścicielem lub współwłaścicielem Instalacji Komunalnej. W przypadku zamiaru zmiany Instalacji Komunalnej przez Wykonawcę w trakcie realizacji umowy, Wykonawca winien uzyskać pisemną akceptację Zamawiającego odnośnie zamierzonej zmiany. Zamawiający nie zaakceptuje nowo wybranej Instalacji Komunalnej, jeżeli zaproponowana Instalacja w dniu zgłoszenia zamiaru dokonania zmiany nie została wpisana na listę instalacji komunalnych, o której mowa w art. 38b ust. 1 ustawy o odpadach przez właściwego marszałka województwa.

Zamawiający nie wymagał złożenia wraz z ofertą dokumentu zawierającego wykaz instalacji. W formularzu oferty wszyscy wykonawcy składali oświadczenia ogólne, w tym potwierdzali zapoznanie się z wzorem umowy i zobowiązywali się do zawarcia umowy na warunkach określonych w swz.

W wezwaniu z 11.3.2022 r. do wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny Zamawiający wskazał między innymi na okoliczność dotyczącą wykonania zadania przy wykorzystaniu innych, niż własna instalacji do odbioru odpadów (pkt 8 pisma).

Zamawiający oczekiwał wyjaśnienia kosztów transportu odpadów do instalacji - poprzez

wskazanie lokalizacji instalacji oraz odległości od siedziby Zamawiającego jako punktu

odniesienia. Ponadto, Zamawiający oczekiwał wskazania kosztów związanych z realizacją umów z Instalacją Komunalną na przyjmowanie odebranych odpadów, lub wykazania, że w cenie jednostkowej zostały uwzględnione koszty bycia właścicielem lub współwłaścicielem instalacji odbioru odpadów.

W wyjaśnieniach z 16.3.2022 r. Fart-Bis wskazał instalacje, w których zagospodarowywane miałyby być odpady (poszczególne frakcje), tj.: PGK w Końskich Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych Fart Sp. z o.o., MB Recykling Sp. z o.o., EMKA S.A. Do wyjaśnień załączył cennik zagospodarowania odpadów PGK w Końskich sp. z o.o., umowę z instalacją MB Recykling sp. z o.o., umowę z instalacją EMKA S.A.

Izba uznała jak niżej.

Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku wyboru oferty konkurencyjnej, co pozbawia go szansy na uzyskanie zamówienia i realizację.

Odnosząc się do zarzutów, Odwołujący zasadniczo kwestionował prawidłowość oceny oferty wybranej, w której nie została wskazana na etapie jej złożenia instalacja, do której miały być kierowane odpady, co stanowić miało wymaganą treść oferty niepodlegającą uzupełnieniu. Zarówno z podstawy prawnej zarzutu, jak i jego uzasadnienia wynika, iż Odwołujący wywodził skutek w postaci odrzucenia oferty wybranej z braku wypełnienia obowiązku, który nie został wprost wskazany w treści swz, ale wynika z przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. 2021, poz. 888 z późn. zm.), tj. art. 6d ust. 4 pkt 5 - ujęcia w dokumentach zamówienia publicznego zobowiązania wykonawcy do wskazania w ofercie instalacji do których przekazywane będą odpady komunalne.

Odnosząc się do tak postawionego zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w

zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Wykonawcy Fart-Bis,

której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. który nie wskazał w ofercie instalacji, do których przekaże odbierane odpady komunalne, Izba uznała, iż brak było podstaw do stwierdzenie wystąpienia niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia.

W zasadzie nie budziło wątpliwości, po wyjaśnieniach złożonych na rozprawie przez Zamawiającego, iż w specyfikacji nie został wprost wskazany obowiązek podania informacji o instalacji w treści oferty lub załącznikach. W żaden sposób nie było możliwe wywiedzenie z zapisu wzoru umowy, który dotyczył obowiązku posiadania umowy z instalacją komunalną, zobowiązania do wskazania w treści oferty instalacji, a tym bardziej obowiązku załączenia do oferty umowy z instalacją. Dopiero w odpowiedzi na wezwanie do wyjaśnienia ceny wykonawcy zostali zobowiązani, zakresem objętym wezwaniem Zamawiającego, do wskazania miejsca położenia instalacji, celem weryfikacji kosztów związanych z zagospodarowaniem odpadów.

Oddalają te zarzuty Izba uznała, iż Odwołujący nie wykazał zasadności twierdzenia, na podstawie którego wywodził niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia.

Izba w całości podziela stanowisko między innymi Sądu Okręgowego w Łodzi przedstawione w wyroku z 22.05.2017 r., sygn. akt III Ca 452/17, w którym Sąd stwierdził, iż nie tylko treść wynikająca explicite ze złożonej oferty, ale również nieskonkretyzowanie jej treści przez wykonawcę w sposób lub w zakresie wymaganym przez zamawiającego, może być podstawą do stwierdzenia niezgodności oferty z siwz, gdyż- co do zasady - niedopuszczalne jest precyzowanie i poprawianie treści złożonej oferty, w szczególności z uwagi na naczelne zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji. Niezgodność treści oferty z treścią siwz może polegać na sporządzeniu i przedstawieniu oferty w sposób niezgodny z wymaganiami siwz z zaznaczeniem, że chodzi tu o wymagania dotyczące sposobu wyrażenia, opisania i potwierdzenia zobowiązania (świadczenia) ofertowego, a więc wymagania co do treści oferty, a nie wymagania co do jej formy, które również zamieszczane

są w siwz.

Ponadto, szczególnie doniosłym dla poparcia stanowiska składu orzekającego może być wyrok Sądu Okręgowego w Szczecinie z 7 marca 2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18, w którym Sąd wyraźnie zaakcentował znaczenie zasady 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 uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk.

W niniejszej sprawie zasadniczym pozostawało odniesienie się przede wszystkim do wymagań opisanych w swz. Przede wszystkim zapisy swz nie zobowiązywały wykonawców do objęcia treścią oferty informacji o instalacji, chociaż wymóg dotyczący posiadania umów z instalacją stanowił element treści stosunku zobowiązaniowego. Należy jednak rozróżnić zakres informacji wymaganych na etapie sporządzenia oferty od zakresu przedmiotu zamówienia i wymagań dotyczących etapu jego realizacji. To Zamawiający określa w dokumentach zamówienia, jakie informacje są niezbędne do wyboru oferty, co nie oznacza, iż w zakresie w jakim nie ma konieczności potwierdzenia konkretnych wymagań, wykonawca zostaje zwolniony z ich dotrzymania na etapie realizacji prac. Tym samym w formularzy oferty oprócz oświadczeń generalnych, potwierdzających zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego, znajdują się oświadczenia doprecyzowujące zakres świadczenia, w zakresie w jakim wymaga tego zamawiający. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wymagał podania konkretnych instalacji, w których odpady będą zagospodarowywane, co nie oznacza, iż wykonanie zamówienia może odbywać się z naruszeniem zasad obowiązujących dla gospodarki odpadami komunalnymi. Wykonawcy zobowiązali się bowiem do zawarcia umowy i jej realizacji na warunkach określonych we wzorze, w którym Zamawiający wskazał na konieczność przedłożenia umów z instalacją komunalną przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Z wypowiedzi Odwołującego można wnioskować, iż brak wykazu instalacji w ofercie miałby świadczyć o niedochowaniu obowiązku weryfikacji sposobu realizacji świadczenia przez Zamawiającego na etapie badania i oceny ofert, czy wręcz ryzyku wykonania świadczenia bez udziału instalacji komunalnych w zakresie odbioru odpadów komunalnych z nieruchomości.

W tym zakresie należy przede wszystkim wskazać, iż treść swz po upływie terminu składania ofert nie mogła być zmodyfikowana w taki sposób, aby w drodze wykładni postanowień wzoru umowy oceniać treść ofert w oderwaniu od wymagań precyzujących wymaganą treść oferty. Bez wskazania na obowiązek zamieszczenia w formularzu oferty lub załącznikach do oferty informacji o instalacjach, Zamawiający nie mógł oceniając oferty na tej podstawie stwierdzić niezgodność treści ofert z warunkami zamówienia. W ocenie składu orzekającego, przeprowadzona procedura wyjaśniająca elementy oferty mające wpływ na wysokość ceny, pozwoliła na weryfikację nie tylko ceny ale także elementu świadczenia jakim jest miejsce przekazania odpadów do zagospodarowania. Zamawiający miała zatem możliwość potwierdzenia zgodności oświadczenia z formularza oferty z warunkami zamówienia. Należy w tym miejscu podkreślić, iż nie ma przeszkód formalnych do tego, aby w drodze wyjaśnienia treści oferty uzyskać informacje precyzujące oświadczenia z formularza oferty, a granicą dla tych działań powinny być zasady przejrzystości, uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Do czasy gdy wyjaśnienia nie prowadzą do niedozwolonej negocjacji, lub uzupełnienia treści oferty o elementy wymagane na moment jej składania, nie ma podstaw do kwestionowania czynności w postępowaniu.

Ponieważ zarzut Odwołującego oparty był na zobowiązaniu, które nie zostało wyartykułowane w swz w odniesieniu do wymaganej treści oferty, sam brak informacji nie świadczył jeszcze o niezgodności oferty z wymaganiami zamówienia. Zamawiający w sposób dozwolony uzyskał informacje potwierdzające lokalizacje instalacji w drodze wyjaśnienia kosztów składających się na cenę oferty od każdego wykonawcy, co pozwoliło na etapie poprzedzającym wybór oferty zweryfikować zobowiązanie z formularza oferty. Odwołujący nie formułował zarzutów w odniesieniu do instalacji powołanych w wyjaśnieniach wraz z dowodami, a tym samym nie dopatrzył się podstaw do kwestionowania realności zobowiązania złożonego w ofercie co do zgodności wykonania przedmiotu zamówienia z wymaganiami Zamawiającego.

W ocenie Izby, treść oferty wraz z wyjaśnieniami jest wiążąca dla wykonawcy i nie ma podstaw do kwestionowania informacji dodatkowo przekazanych, pod kątem ich ważności dla złożonej oferty. W szczególności, w okolicznościach tego postępowania, nie doszło do sytuacji w której dopiero wyjaśnienia pozwalały uzyskać informacje wymagane w ofercie, które decydowałyby o zakresie świadczenia objętego zakresem zobowiązania przyjętego w tej ofercie. Z punktu widzenia oceny oferty, miejsce lokalizacji instalacji miało na etapie

postępowania o udzielenie zamówienia znaczenie jako okoliczność pozwalająca na weryfikację kalkulacji ceny. Ustawodawca w tym zakresie pozostawił Zamawiającemu możliwość uzyskania dodatkowych informacji, na podstawie których nie tylko dokonuje sprawdzenia założeń wpływających na koszty świadczenia, ale również może ustalić okoliczności precyzujące sposób spełnienia świadczenia, nawet w zakresie wykraczającym poza wymaganą treść oferty. Sytuacją powszechnie akceptowaną w orzecznictwie, jest np. odrzucenie oferty w oparciu o informacje uzyskane w drodze wyjaśnienia ceny oferty, jeżeli te dopiero wskazywały na niezgodność z wymaganiami zamówienia. Znajduje to potwierdzenie między innymi w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 30.4.2021 r., sygn. akt XXIII Ga 606/20, w którym stwierdza się, iż wykonawca przyjmując mylne założenia (punktem wyjścia do skalkulowania ceny jest bowiem inny stan faktyczny, niż wynika z siwz), skalkulował cenę w sposób, który nie uwzględniał cech przedmiotu zamówienia, jego zakresu i warunków realizacji. To zaś słusznie stanowiło podstawę odrzucenia oferty skarżącego przez zamawiającego.

W rozpoznawanej sprawie to wyjaśnienia pozwoliły rozwiać wątpliwości, jakie mogły być efektem braku żądania sprecyzowania informacji już w formularzu oferty, które pozwalały potwierdzić zgodność oferty z wymaganiami zamówienia. Zamawiający nie miał zatem podstaw do stwierdzenia niegodności oferty wybranej z warunkami zamówienia. Tym samym zarzut podlegał oddaleniu.

Odnosząc się natomiast do zarzutu ewentualnego, tj. naruszenia art. 255 pkt 6 w zw. z art. 134 ust. 1 pkt 4 oraz w zw. z art. 99 ust. 1 i 4, a także art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g., poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Wykonawca, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą nie wskazał w ofercie instalacji, do których przekaże odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawna możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu o elementy niewymagane pierwotnie w postępowaniu) oraz prowadzi do nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego, ze względy na naruszenie przepisów u.c.p.g. oraz narusza to przejrzystość postępowania i równego traktowania wykonawców; zamawiający nie ma możliwości stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z przepisami wykonać zamówienie publiczne, Izba również nie dopatrzyła się podstaw do jego uwzględnienia.

Przede wszystkim należy odnotować zmianę, jak nastąpiła po nowelizacji Ustawy, polegająca na wykreśleniu kompetencji Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wystąpienia do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania (dawny art. 146 ust. 1 pkt 6 Ustawy). W aktualnym stanie prawnym na podstawie art. 459 ust. 1 pkt 2 Ustawy Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 Ustawy. W przepisie tym zostały sprecyzowane przesłanki do unieważnienia umowy.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Ustawy Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia jeżeli obarczone jest ono niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W świetle tej regulacji konieczne jest stwierdzenie wystąpienia wady postępowania niemożliwej do usunięcia, której charakter wpisuje się w przesłanki do unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący na pytanie o doprecyzowanie, w oparciu o którą z przesłanek unieważnienia umowy zachodzić miałaby podstawa do żądania jej unieważnienia wskazał na art. 457 ust. 5 Ustawy, który stanowi, iż Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny.

Zgodnie z tym odesłaniem żądanie unieważnienia zawartej umowy miałoby mieć podstawę w ustaleniu, że strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi, wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem, dobrymi obyczajami.

Oceniając zarzut Izba miała również na względzie, iż Odwołujący w odwołaniu przywołał wyrok KIO z 7.2.2022 sygn. akt KIO 169/22, w którym stwierdzona została podstawa do unieważnienia postępowania w okolicznościach zbliżonych do tych jakie mają miejsce w niniejszej sprawie oraz aktualnym stanie prawnym. Tym samym w odwołaniu okoliczność prowadząca do stwierdzenia nieważności umowy wynikać miała z wady postępowania polegającej na braku wskazania w ofercie wybranej instalacji, do których wykonawca przekaże odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawna możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu o elementy

niewymagane pierwotnie w postępowaniu).

Skład orzekający w niniejszej sprawie wyraża odmienny pogląd od przedstawionego w orzeczeniu powołanym w odwołaniu (zaskarżone do Sądu Okręgowego w Warszawie), zgodnie z którym odesłanie do przepisu art. 457 ust. 1 Ustawy, przy kompetencji Prezesa Urzędu do wystąpienia o unieważnienie umowy, odnosiło się również do innych naruszeń Ustawy, niż wskazane w pkt 1 - 5. W szczególności literalna wykładnia przepisu art. 457 Ustawy nie prowadzi obecnie do żadnych niejasności we wskazaniu przesłanek unieważnienia umowy, a te są ściśle opisane zamkniętym katalogiem sytuacji, w jakich można stwierdzić wystąpienie podstawy do unieważnienia umowy. Dotyczy to również podstawy z art. 457 ust. 5 Ustawy wskazującej nie tylko na zdarzenie mogące prowadzić do żądania unieważnienia zawartej umowy, ale również podmioty posiadające legitymację czynną.

W ocenie składu orzekającego, Odwołujący nie wykazał wystąpienia którejkolwiek z podstaw do stwierdzenia nieważności umowy objętych przepisami art. 457 ust. 1 i 5 Ustawy, co prowadziło do oddalenia zarzutu ewentualnego. W szczególności, wydaje się że argumentacja Odwołującego prowadzona była w celu wykazania części normy opisanej w art. 457 ust. 1 pkt 1 Ustawy, tj. udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy, co jednak znacząco deformowało brzmienie tego przepisu, w którego dalszej części wskazuje się na rodzaj tego naruszenia związany z brakami ogłoszenia. Taka sytuacja nie występuje w analizowanej sprawie, a tym samym nie było podstaw do prowadzenia dalszego wywodu na okoliczności, które nie mogą mieć znaczenia prawnego.

W świetle powyższego Izba oddaliła odwołanie w zakresie zarzutów podtrzymanych przez Odwołującego.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 5, § 7 ust. 3 i 4 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 11

oz. 2437).
Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

Przewodniczący: .....