Sygn. akt: KIO 174/23

WYROK

z dnia 3 lutego 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Rafał Malinowski

Protokolant: Bogusława Tokarczyk

po rozpoznaniu na rozprawie dnia 1 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej dnia 19 stycznia 2023 r. przez wykonawcę Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z o.o. z siedzibą w Lesznie

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. 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.

3. Zasądza od odwołującego Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu na rzecz zamawiającego Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z o.o. z siedzibą w Lesznie kwotę 3600 zł.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2022 r., poz. 1710) 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 174/23

Uzasadnienie

Miejski Zakład Oczyszczania Spółka z o.o. w Lesznie, dalej jako: „Zamawiający”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, dalej jako: „ustawa PZP”, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02”, numer referencyjny: ZP.PN.16.2022.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy PZP.

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2022 r. pod numerem 2022/S 241-694297.

W dniu 19 stycznia 2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako: „Odwołujący”. Odwołanie zostało wniesione wobec treści dokumentów zamówienia oraz wobec czynności Zamawiającego z dnia 9.01.2023 r. polegającej na istotnej modyfikacji dokumentów zamówienia bez przedłużenia terminu składania ofert, a także wobec zaniechania unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, iż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący wobec zakwestionowanych czynności i zaniechań, zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP w zw. z art. 137 ust. 6 ustawy PZP i z art. 90 ust. 2 ustawy PZP, poprzez naruszenie zasad zachowania uczciwej konkurencji, proporcjonalności oraz równego traktowania wykonawców i zaniechanie przedłużenia terminu składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty po dokonaniu istotnych dla sporządzenia oferty zmian treści SWZ,

2. art. 255 pkt 6 ustawy PZP, poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, tj. dokonania przez Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia na 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcom zapoznanie się ze zmianą SWZ i w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Wykonawców ofert na różnych formularzach ofertowych.

W związku z postawionymi zarzutami Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie

niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Stanowisko Odwołującego:

Argumentując postawione zarzuty, Odwołujący zwrócił uwagę na sekwencję zdarzeń, która miała miejsce:

- W dniu 5.01.2023 r. Zamawiający dokonał zmiany dokumentów zamówienia poprzez modyfikację wzoru umowy i formularza ofertowego przez dodanie ceny paliwa jako zmiennej wynagrodzenia, związanej z dużymi wahaniami w cenach oleju napędowego w danym miesiącu.

- Następnie, w dniu 9.01.2023 r. o godzinie 8:21, czyli w dniu składania ofert, na nieco ponad 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, Zamawiający dokonał kolejnej – istotnej – modyfikacji dokumentów zamówienia, zmieniając zapisy wzoru umowy i formularza ofertowego, poprzez usunięcie zapisu dotyczącego cen paliwa jako zmiennej wynagrodzenia. Jednocześnie Zamawiający nie wydłużył terminu na składanie ofert.

Jak kontynuował Odwołujący, w postępowaniu wpłynęły łącznie cztery oferty, na różnych formularzach ofertowych. I tak, oferta złożona przez Wykonawcę – konsorcjum firm Senda Sp. z o.o. (lider) i METALIKA RECYCLING Sp. z o.o. (partner) została złożona na formularzu ofertowym obowiązującym od 5.01.2023 r. do 9.01.2023 r. do godziny 8:21. Oferta ta zawierała informację o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel na dzień 5.01.2023 r. w kwocie 6 081 / m3 PLN. Oferta Konsorcjum firm Eko-Myśl Sp. z o.o. (Lider), Zakład Utylizacji Odpadów Clean City Sp. z o.o. (członek) i ZUO International Sp. z o.o. (członek) została złożona na formularzu ofertowym obowiązującym do dnia 5.01.2023 r. i nie zawierała informacji o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel. Oferta Wykonawcy Wielkopolskie Centrum Recyklingu Sp. z o. o została złożona na nowym formularzu ofertowym, obowiązującym od 9.01.2023 r. i nie zawierała informacji o cenie hurtowej oleju napędowego Ekodiesel.

W ocenie Odwołującego, takie postępowanie Zamawiającego świadczy o braku profesjonalizmu. Dokonanie tak istotnej zmiany w dokumentach zamówienia (modyfikacja wzoru umowy i formularza ofertowego) z punktu widzenia sporządzania kalkulacji finansowej prowadzi do braku możliwości dostosowania oferty do wymagań Zamawiającego ze względu na tak krótki czasu pomiędzy modyfikacją, a upływem terminu składania ofert. Jak podkreślił Odwołujący, podana we wzorze umowy cena paliwa miała

służyć niejako do dostosowywana ceny do realiów rynkowych, więc tym bardziej oferty złożone w przedmiotowym postępowaniu na różnych formularzach ofertowych są nieporównywalne.

Zmiana, której dokonał Zamawiający w dniu 9.01.2023 r. miała charakter istotny ponieważ zupełnie zmieniła sposób obliczania wynagrodzenia umownego. W konsekwencji Wykonawcy, którzy złożyli oferty przed godziną 10.00 nie mieli możliwości zapoznać się z wprowadzoną zmianą i uwzględnić ją w swoich ofertach.

W praktyce nie zdarza się, aby Wykonawcy wstrzymywali się ze złożeniem ofert do ostatniej chwili. Czynności związane z przygotowaniem ofert w postępowaniach takich jak przedmiotowe, wiąże się z ogromnym nakładem pracy i dopełnieniem szeregu formalności. Z tych też przyczyn zmiana dokumentacji postępowania wprowadzona na nieco ponad godzinę przed upływem terminu składania ofert jest niedopuszczalna, a z uwagi na jej wpływ na sposób kalkulacji ceny oferty (zmiana ta ma charakter istotny – kluczowy dla sposobu ustalenia tzw. strategii cenowej, która każdorazowo jest ustalana przy konstruowaniu oferty przez Wykonawcę) ma ona charakter zmiany istotnej.

Odwołujący dodał, że Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez brak unieważnienia postępowania, w sytuacji gdy w postępowaniu doszło do powstania niemożliwej do usunięcia wady, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego tj. dokonania przez

Zamawiającego zmiany dokumentów zamówienia na 1,5 godziny przed upływem terminu składania ofert, co uniemożliwiło Wykonawcom zapoznanie się ze zmianą SWZ i w konsekwencji doprowadziło do złożenia przez Wykonawców ofert na różnych formularzach ofertowych. W związku z tym, że w chwili obecnej jest już po otwarciu ofert, które w części zostały przygotowane w oparciu o dokumentację postępowania wg brzmienia sprzed zmiany, a w części po zmianie, to nie ma możliwości aby sanować przedmiotowe postępowania w taki sposób, by na skutek jego rozstrzygnięcia mogło dojść do zawarcia umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. W związku z tym, że w zasadzie każda oferta w przedmiotowym postępowaniu została przygotowana w oparciu o inny formularz ofertowy, koniecznym jest unieważnienie przedmiotowego postępowania na zasadzie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

Odwołujący przedstawił również dodatkowe stanowisko procesowe w piśmie złożonym w dniu posiedzenia.

Stanowisko Zamawiającego:

Pismem z dnia 31 stycznia 2023 r., stanowiącym odpowiedź na odwołanie, swoje stanowisko w sprawie zajął Zamawiający, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Zamawiający w pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że publikując postępowanie Zamawiający w treści §4 ust. 1 Załącznika nr 9 do SWZ – wzór umowy, przewidział mechanizm waloryzacji wynagrodzenia (powiększenia lub pomniejszenia) o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej:

W dniu 05.01.2023 roku Zamawiający dokonał modyfikacji w/w zapisu poprzez doprecyzowanie o wzór jakim waloryzacja miała być wyliczona oraz dodał w Załączniku 1a i 1b do SWZ – formularza ofertowego zdanie, w którym wykonawcy mieli

wpisać cenę hurtowa oleju napędowego ekodiesel na dzień 05.01.2023 r. Innymi słowy Zamawiający dookreślił w jaki sposób będzie obliczana ewentualna zmiana wynagrodzenia oraz zobowiązał wykonawców do wpisania w treść oferty stałą cenę oleju napędowego – przy czym należy podkreślić, że cena ta dla każdego wykonawcy byłaby taka sama (zgodnie z cennikiem Orlen z dnia 05.01.2023 roku byłoby to 5 122 PLN/m3). Tym samym wpisanie w formularzu ofertowym stałej ceny oleju napędowego było jedynie czynnością techniczną, nie wpływającą na ważność czy sposób wyceny oferty.

W dniu 09.01.2023 roku o godz. 8.21 Zamawiający dokonał ostatniej modyfikacji w/w zapisu. Zmiana ta polegała na wykreśleniu mechanizmu waloryzacji, a tym samym wykreśleniu -zbędnego z uwagi na brak konieczności wprowadzania waloryzacji wynikającej z art. 439 p.z.p. - obowiązku wpisania stałej ceny oleju napędowego w Załączniku 1a i 1b do SWZ – formularzu ofertowym. De facto poprawieniu podlegał jedynie fragment formularza ofertowego i fragment wzoru umowy, który samodzielnie nie kształtował zakresu zamówienia. W związku z tym, że zmiana ta została dokonana w dniu, w którym mijał termin otwarcia ofert, Zamawiający na platformie postępowania złożył oświadczenie1 zgodnie z którym, dopuścił również oferty złożone na wzorach formularzy ofertowych opublikowanych dnia 5.01.2023 r.

Jak kontynuował Zamawiający, do upływu terminu składania ofert wpłynęły 4 oferty tych samych wykonawców na każdą z dwóch części. Trzy oferty zostały złożone na formularzu ofertowym niezawierającym ceny hurtowej oleju napędowego ekodiesel na dzień 05.01.2023 r. (ergo po zmianie z godz. 8.21), jedna oferta złożona z zapisem o cenie hurtowej oleju napędowego (ergo przez zmianą z godz. 8.21). Stosownie do oświadczenia Zamawiającego złożonego wraz modyfikacją (patrz akapit wyżej), Zamawiający tej oferty nie odrzuci z uwagi na niezgodność z warunkami zamówienia, tym samym nie dojdzie do naruszenia zasad określonych art. 16 Pzp.

Zamawiający zwrócił również uwagę, że oferta Odwołującego została złożona na formularzu po zmianie z godz. 8.21, co oznacza iż Odwołujący miał czas aby zapoznać się ze zmianą i sporządzić ofertę na nowym formularzu. W ocenie Zamawiającego zmiana formularza, nie była czynnością czasochłonną, gdyż formularz ofertowy to plik składający się ze standardowych zapisów i oświadczeń, więc wystarczyło wykreślić jedno zdanie, aby formularz był poprawny. Również fakt wykreślenia zapisu o waloryzacji wynagrodzenia w treści wzoru umowy, nie wpływał w żaden sposób na wycenę oferty, bowiem waloryzacja to mechanizm który ma służyć pokryciu ewentualnej rażącej straty wynikającej z wahań cen surowca. Stanowczo należy wskazać, że waloryzacja w żadnym wypadku nie może być składnikiem cenotwórczym, jak w odwołaniu przedstawia to Odwołujący.

Reasumując powyższe, Zamawiający stwierdził, iż treść formularza ofertowego i zapis o waloryzacji (jego brak) samodzielnie nie kształtuje zakresu zamówienia, więc zmiana z dnia 09.01.2023 roku nie była istotna, a fakt jej dokonania na niespełna dwie godziny przez terminem złożenia oferty nie jest wystarczającą przesłanką unieważnienia postępowania.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że mamy do czynienia z wadą o charakterze kwalifikowanym, z wadą rzutującą na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący konstruując zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy PZP pominął zachodzącą pomiędzy tym przepisem, a art. 457 ust. 1 ustawy PZP korelację i nie wskazał nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy. Ponadto Odwołujący, na którym w tym zakresie spoczywał ciężar dowodu, bowiem to on wywodził ze swoich twierdzeń skutki prawne, winien wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania, a koniecznością unieważnienia umowy. Treść odwołania w żaden sposób nie przekonuje Zamawiającego, że postępowanie jest obarczone wadą, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, a zatem powinno być unieważnione.

W ocenie Zamawiającego nie doszło do zmiany, która wpływałaby na sposób ustalenia ceny oferty, więc nie wymagała zmiany terminu składania ofert, tym samym czynność ta nie stanowi wady skutkującej unieważnieniem postępowania.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestników postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba nie stwierdziła istnienia przesłanek do odrzucenia odwołania, o których mowa w art. 528 ustawy PZP. Izba ustaliła również, że Odwołujący posiada interes we wniesieniu odwołania, nie zgadzając się jednocześnie ze stanowiskiem Zamawiającego w tym zakresie. Zdaniem

Izby w niniejszej sprawie należy uwzględnić szerokie rozumienie interesu w uzyskaniu zamówienia. Odwołujący wniesionym środkiem ochrony prawnej dąży do unieważnienia postępowania, z uwagi na to, że zaistniała w nim wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niespornym jest, że Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu, która potencjalnie może zostać wybrana jako najkorzystniejsza, jednak z uwagi na wskazywane przez niego wady postępowania istnieje ryzyko unieważnienia przyszłej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Oczywistym jest, że w interesie Odwołującego jest by umowa została zawarta z nim (czego na obecnym etapie nie można przesądzić) oraz by umowa ta była ważna. Skoro zatem Odwołujący wskazuje na konkretne wady postępowania świadczące, jego zdaniem, o braku możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego, to może domagać się jego unieważnienia i ponownego przeprowadzenia w zgodzie z przepisami, by mieć choćby hipotetyczną możliwość uzyskania zamówienia i podpisania umowy, która następnie nie zostanie unieważniona.

Zdaniem Izby, w świetle art. 505 ust. 1 ustawy PZP interes w uzyskaniu zamówienia powinien być interpretowany szeroko jako odnoszący się nie do uzyskania zamówienia w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale do możliwości pozyskania świadczenia będącego przedmiotem zamówienia, niezależnie od tego, w jakim postępowaniu zostanie ono wykonawcy udzielone. Tym samym interes może być rozumiany jednolicie i niezależnie od okoliczności

konkretnej sprawy, podnoszonych zarzutów oraz żądania co do sposobu rozstrzygnięcia odwołania (tak też: wyrok KIO z dnia 23 marca 2021 r., KIO 578/21, KIO 579/21 oraz wyrok KIO z dnia 18 czerwca 2021 r., KIO 1299/21).

Izba dokonała ustaleń faktycznych w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, tj. w szczególności dokumentację przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, której treść była kluczowa dla rozstrzygnięcia sprawy. Strony w trakcie postępowania odwoławczego powoływały się także na dowody, które jednak stanowią część dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie ma zatem konieczności odrębnego ich wskazywania w treści niniejszego uzasadnienia.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów opakowaniowych z tworzyw sztucznych o kodzie 15 01 02".

Postępowanie ogłoszone zostało w dniu 14 grudnia 2022 r. z terminem składania ofert określonym na dzień 9 stycznia 2023 r. godz. 10:00. Termin składania ofert nie był modyfikowany.

W Formularzu Ofertowym, stanowiącym odpowiednio załącznik nr 1a oraz 1b do SWZ, należało podać cenę całkowitą za odbiór określonej ilości odpadów oraz cenę za odbiór 1 Mg odpadów.

Zamawiający w trakcie trwania postępowania dokonywał modyfikacji dokumentów zamówienia, tj.

a) zgodnie z modyfikacją nr 1 z dnia 5 stycznia 2023 r. zmianie uległ § 4 ust. 1

wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ, w następujący sposób:

„Zmianie ulega § 4 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ:

Było: „1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 17 09 04 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: …….. złotych 00/100) netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej: w odniesieniu do jednostkowej ceny oleju napędowego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad."

Jest: „Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i

zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 02 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: …….. złotych 00/100) netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej: w odniesieniu do jednostkowej ceny oleju napędowego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad."

b) Zgodnie z modyfikacją nr 2 z dnia 5 stycznia 2023 r. zmianie uległ § 4 ust. 1

wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ, w następujący sposób:

Było: „1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 17 09 04 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: …….. złotych 00/100) netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej: w odniesieniu do jednostkowej ceny oleju napędowego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad."

Jest: „1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 02 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: …….. złotych 00/100) netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej: w odniesieniu do jednostkowej ceny Oleju Napędowego Ekodiesel z dnia 05.01.2023 r. wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad.

W związku z powyższym cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów winna być przeliczana przy wystawianiu faktury zgodnie z poniższą formułą:

CM = CO +(Cśr – Cw)

CM – cena za 1 Mg (netto) na koniec miesiąca

CO – cena za 1 Mg (netto) z oferty Wykonawcy

Cśr – średnia arytmetyczna cen hurtowych Oleju Napędowego Ekodiesel

Cw – cena Oleju Napędowego Ekodiesel z dnia 05.01.2023 r.”

Na skutek modyfikacji nr 2 zmianie uległ również wzór formularzy ofertowych, poprzez dodanie w rozdziale II Formularzy Ofertowych pkt 3 o następującej treści:

„3) Cena hurtowa Oleju Napędowego Ekodiesel na dzień 05.01.2023 r.: ……. PLN (słownie: ……)”

c) Zgodnie z modyfikacją nr 3 z dnia 9 stycznia 2023 r. godz. 08:21 zmianie uległ § 4

ust. 1 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ, w następujący sposób:

Zmianie ulega § 4 ust. 1 wzoru umowy, który stanowi załącznik nr 9 do SWZ:

Było: „1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 17 09 04 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: ……. złotych 00/100)

netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

powiększonej lub pomniejszonej o średnią arytmetyczną cen hurtowych oleju napędowego w danym miesiącu zamieszczanych na stronie internetowej: w odniesieniu do jednostkowej ceny oleju napędowego wskazanej przez Wykonawcę w ofercie (stały współczynnik), a Zamawiający zobowiązuje się płacić w/w cenę za odebrany odpad.

W związku z powyższym cena za odbiór i zagospodarowanie odpadów winna być przeliczana przy wystawianiu faktury zgodnie z poniższą formułą:

CM = CO +(Cśr – Cw)

CM – cena za 1 Mg (netto) na koniec miesiąca

CO – cena za 1 Mg (netto) z oferty Wykonawcy

Cśr – średnia arytmetyczna cen hurtowych Oleju Napędowego Ekodiesel

Cw – cena Oleju Napędowego Ekodiesel z dnia 05.01.2023 r.”

Jest: „1. Wykonawca zobowiązuje się wykonać usługę odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów o kodzie 15 01 02 w cenie:

brutto: ……. PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)

w tym podatek VAT 8% w kwocie ……. PLN (słownie: …….. złotych 00/100)

netto: …… PLN/1Mg (słownie: …… złotych 00/100)”

Na skutek modyfikacji nr 3 zmianie uległ również wzór formularzy ofertowych, poprzez usunięcie punktu 3 w Rozdziale II.

Publikując modyfikację nr 3 na platformie przetargowej, Zamawiający jednocześnie oświadczył, że: „Zamawiający przyjmie również ofertę złożoną na formularzach ofertowych opublikowanych dnia 5.01.2023 r.”

Do upływu terminu składania ofert w postępowaniu wpłynęły po 4 oferty na każdą z części postępowania. Oferty Odwołującego w obu przypadkach były ofertami najdroższymi.

Izba zważyła, co następuje:

Zdaniem Izby odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zasadniczym powodem, dla którego odwołanie zostało oddalone, jest niewykazanie przez Odwołującego, że faktycznie mamy w postępowaniu do czynienia z przesłanką do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis ten powinien być stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ustawy PZP, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powinien zatem wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ustawy PZP.

W rozpatrywanej sprawie Odwołujący spełnił jedynie część z obowiązków dowodowych, jakie ciążyły na nim w związku z postawionym zarzutem. Podkreślić bowiem należy, że postępowanie odwoławcze ma charakter kontradyktoryjny. Oznacza to, że strony i uczestnicy postępowania odwoławczego obowiązani są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne (art. 534 ust. 1 ustawy PZP). Ciężar dowodu rozumieć należy z jednej strony jako obarczenie strony procesu obowiązkiem przekonania sądu (w tym przypadku Krajowej Izby Odwoławczej), na podstawie wskazanych dowodów, o słuszności swoich twierdzeń, a z drugiej konsekwencjami zaniechania realizacji tego obowiązku, lub jego nieskuteczności, zaś tą konsekwencją jest zazwyczaj niekorzystny dla strony wynik postępowania (tak: wyrok z dnia 28 lutego 2022 r., KIO 315/22).

Powyższe prowadzi do wniosku, że zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane. Kluczowe znaczenie ma przede wszystkim podanie w treści odwołania wyczerpującego uzasadnienia faktycznego zawierającego argumentację pozwalającą na ocenę poprawności zachowań zamawiającego, które kwestionuje we wniesionym odwołaniu Odwołujący. Nie sposób uznać za wystarczające zwrócenie uwagi na istnienie określonego problemu, czy proste zasygnalizowanie, że dany przepis został naruszony, lecz niezbędne jest przedstawienie argumentacji potwierdzającej fakt naruszenia przepisów prawa, wykazującej spełnienie wszystkich przesłanek wskazanych w treści przepisu.

W niniejszej sprawie Izba uznała, że Odwołujący wykazał jedynie istnienie pewnej wady postępowania, tj. naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 137 ust. 6 ustawy PZP,

która na obecnym etapie nie może zostać sanowana z uwagi na upływ terminu składania ofert. W żaden jednak sposób nie odniósł się Odwołujący do tego, jak zidentyfikowana przez niego wada uniemożliwi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Próżno szukać stosownej argumentacji w treści odwołania czy też w treści pisma procesowego. Również w trakcie rozprawy Odwołujący nie potrafił wskazać konkretnej podstawy prawnej, na której oparłby postawiony zarzut.

Odwołujący nie może liczyć na to, że w poszukiwaniu odpowiedniej argumentacji zostanie wyręczony przez Izbę. Stałoby to w sprzeczności z charakterem postępowania odwoławczego, które od podmiotu składającego odwołanie wymaga odpowiedniego uzasadnienia zarzutów, którymi wedle treści art. 555 ustawy PZP Izba jest związana. W razie uwzględnienia okoliczności niepodniesionych w odwołaniu doszłoby do zachwiania zasady równości stron cechującej kontradyktoryjne postępowanie odwoławcze.

Słusznie zatem wywodził w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, że Odwołujący nie przedstawił argumentacji wykazującej, że mamy do czynienia z wadą o charakterze kwalifikowanym, z wadą rzutującą na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący konstruując zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6 ustawy PZP pominął zachodzącą pomiędzy tym przepisem, a art. 457 ust. 1 ustawy PZP korelację i nie wskazał nawet w oparciu o jaką podstawę prawną wywodzi skutek nieważności przyszłej umowy.

Z powyższych względów Izba uznała zarzut naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP za niewykazany, a tym samym zasługujący na oddalenie.

Odnosząc się jednak do podnoszonych przez Odwołującego działań Zamawiającego naruszających art. 137 ust.6 ustawy PZP Izba pragnie wskazać, że faktycznie naruszenia te miały miejsce. Zgodnie z treścią art. 137 ust. 6 ustawy PZP, w przypadku gdy zmiany treści SWZ są istotne dla sporządzenia oferty lub wymagają od wykonawców dodatkowego czasu na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie ofert, zamawiający przedłuża termin składania ofert o czas niezbędny na zapoznanie się ze zmianą SWZ i przygotowanie oferty. Przepisy ust. 4 i 5 stosuje się.

W zakresie pojęcia istotności zmian Izba przychyla się do argumentacji podnoszonej przez Odwołującego, że nie tylko wpływ dokonanych przez zamawiającego zmian na sam dokument oferty powinien być brany pod uwagę, lecz także wpływ na proces decyzji biznesowych podejmowanych przez wykonawcę w celu złożenia oferty.

Zdaniem Izby nie ulega wątpliwości, że wykreślenie mechanizmu waloryzacyjnego może mieć wpływ na sposób kalkulacji ceny ofertowej. Z reguły bowiem, w razie braku postanowień dotyczących waloryzacji, wykonawca kalkulując cenę oferty powinien

uwzględnić w jej ramach pewne rezerwy na pokrycie ryzyka związanego np. z wahaniami cen paliwa, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu. Rezygnacja przez Zamawiającego z zastosowania waloryzacji na niespełna dwie godziny przed terminem składania ofert, bez jego przedłużenia, stanowi rażące naruszenie art. 137 ust. 6 ustawy PZP. Zamawiający w takim przypadku obligatoryjnie powinien przedłużyć termin składania ofert. Izba nie przesądza przy tym, że przy umowie na czas 6 miesięcy, jak ma to miejsce w niniejszym postępowaniu, ryzyko związane z brakiem waloryzacji jest tak duże by faktycznie wpłynęło na sposób kalkulacji ceny oferty. Zamawiający powinien jednak dać wykonawcom odpowiedni czas by co najmniej powyższe zweryfikować, nawet gdyby skalkulowane przez nich ceny nie wymagały ponownego przeliczenia.

Pomimo, że Zamawiający naruszył ww. przepis, Odwołujący nie wykazał, jakoby naruszenie to przesądzało o konieczności unieważnienia postępowania z uwagi na niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Z powyższych względów odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W związku z powyższym, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557 w zw. z art. 575 ustawy PZP oraz w oparciu o § 2 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: ……..