Sygn. akt: KIO 664/23

WYROK

z dnia 22 marca 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 marca 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2023 roku przez wykonawcę Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ziębicach (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Ziębice z siedzibą w Ziębicach

orzeka:

1. Oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Zakład Usług Komunalnych

w Ziębicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ziębicach, w następujący sposób:

a. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu

tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ziębicach tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2022 r., poz. 1710 ze zmianami) 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 664/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Ziębice z siedzibą w Ziębicach prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „ŚWIADCZENIE USŁUG ZWIĄZANYCH Z ODBIOREM I ZAGOSPODAROWANIEM ODPADOW KOMUNALNYCH OD WŁAŚCICIELI NIERUCHOMOŚCI NIEZAMIESZKAŁYCH, NA KTORYCH POWSTAJĄ ODPADY KOMUNALNE Z TERENU GMINY ZIĘBICE.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem. 2022/S 238-684581. Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Pzp.

Dnia 9 marca 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 ustawy z dnia 11.09.2019 roku Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. 2022r., poz. 1710 ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp” odwołanie złożył Wykonawca Zakład Usług Komunalnych w Ziębicach Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ziębicach, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec czynności i zaniechań Zamawiającego w zakresie w jakim doszło do wadliwego badania oferty Odwołującego i jej odrzucenia, co skutkowało unieważnieniem postępowania w oparciu o przepis art. 255 pkt 2 PZP z uwagi na odrzucenie wszystkich ofert.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp przez wadliwe odrzucenie

oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą;

2. art. 255 pkt 2 ustawy Pzp poprzez wadliwe unieważnienie postepowania.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania w całości oraz nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia i uchylenia czynności badania oferty złożonej przez Odwołującego;

2. ponowne przeprowadzenie czynności badania i oceny ofert złożonych

w postepowaniu, w zakresie badania oferty złożonej przez Odwołującego;

3. wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący oświadczył, iż ma interes w złożeniu odwołania, gdyż jest Wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia i ma możliwość uzyskania zamówienia, a ponadto, w razie uwzględnienia odwołania, oferta Odwołującego jako oferta z najniższą ceną spośród skutecznie złożonych, niepodlegających odrzuceniu i złożona przez Wykonawcę spełniającego warunki udziału w postepowaniu będzie ofertą najkorzystniejszą.

Zamawiający w dniu 27 lutego 2023 roku opublikował i przekazał informacje o unieważnieniu postepowania wraz z informacją o odrzuceniu oferty Odwołującego, co oznacza że odwołanie zostało wniesione w terminie. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu, a Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania podano, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z uwagi na niezgodność oferty z ustawą. Zamawiający wezwał Odwołującego do wyjaśnienia przyczyn wskazania w ofercie więcej niż jedna instalacje, do której przekazywane będą odpady, a w wyjaśnieniach Odwołujący, w ocenie Zamawiającego, dokonał zmiany treści oferty poprzez rezygnacje z instalacji komunalnej.

Odwołujący podniósł, że odrzucenie oferty jest bezpodstawne gdyż:

1. W treści oferty złożonej przez Odwołującego wskazano zgodnie z SWZ instalację komunalną lub podmiot zbierający, do którego będą przekazywane odpady.

2. Po wezwaniu do złożenia wyjaśnień Odwołujący podtrzymał ofertę w zakresie wskazania miejsca przekazania odpadów i wyjaśnił okoliczności formułowania treści oferty.

3. Ujęty w ofercie Odwołującego sposób wykonania przedmiotu postępowania nie został zmieniony, a wskazane miejsce oddawania odpadów komunalnych po złożenia wyjaśnień przez Odwołującego nie zmieniła się.

4. Ujęcie w SWZ wymogu wskazania w formularzu ofertowym instalacji komunalnych instalacji lub podmiotów zbierających, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpady komunalne poprzez ujęcie alternatywy nierozłącznej pozwala Wykonawcy przedstawienia alternatywy w zakresie miejsca zagospodarowania odpadów.

Odwołujący z uwagi na treść zapisów SWZ miał prawo w zakresie wskazania w formularzu ofertowym instalacji komunalnych, instalacji lub podmiotów zbierających, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpady komunalne określenia zarówno instalacji, jak również podmiotu odbierającego odpady. Zamawiający ma obowiązek takiego skonstruowania zapisów SWZ, by umożliwić Wykonawcom złożenie oferty. Opis przedmiotu zamówienia winien być jednoznaczny.

Odwołujący zaznaczył także, że zgodnie z aktualnym orzecznictwem: „Wątpliwości interpretacyjne, niedające się usunąć w drodze ogólnych zasad wykładni oświadczeń woli, powinny być interpretowane na niekorzyść autora tekstu umowy wywołującego wątpliwości. Strona, która korzysta z faktycznej swobody formułowania tekstu umowy, ponosi bowiem ryzyko jego niejasnej redakcji. Przy interpretacji umowy należy uwzględnić powszechnie przyjętą kombinowaną metodę wykładni" (wyrok SN z dnia 24 marca 2017 r. sygn. akt: I CSK 443/16).

W treści SWZ Zamawiający zastosował spójnik „lub" będący alternatywą nierozłączną. Odmiennie niż koniunkcja, alternatywa zachodzi wówczas, gdy jeden z jej elementów jest zaprzeczeniem pozostałego lub oba elementy są prawdziwe. Z zasad logiki prawniczej wynika, że przedstawienie przez Wykonawcę, w świetle ustalonych przez Zamawiającego SWZ, instalacji komunalnej i podmiotu alternatywnie (lub) spełnia wymogi wynikające z SWZ. Zatem Odwołujący w sposób niesłuszny został wezwany do wyjaśnień, w sytuacji, gdy jego oferta odpowiadała wymogom SWZ.

Odwołujący oświadczył, że nie dokonywał zmiany treści oferty złożonej w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Odpady w świetle złożonej przez Odwołującego oferty będą przekazywane w pierwotnie ujętej w ofercie lokalizacji, t.j. FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Dolna, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Ścinawka Dolna 86.

Wobec powyższego, odrzucenie oferty Odwołującego jako niezgodnej z ustawą jest w jego ocenie bezpodstawne i niezgodne z ustawą Pzp. Oferta Odwołującego jest zgodna, tak z przepisami ustawy Pzp oraz innych ustaw, zarzut dokonania zmiany treści oferty w toku postępowania jest chybiony.

Mając powyższe na względzie, Odwołujący podkreślił, że unieważnienie postępowania było przedwczesne i oparte na wadliwym odrzuceniu oferty.

Dlatego też Odwołujący wnosił jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej.

Wykonawca jest podmiotem, który złożył ofertę

w postępowaniu i jest zainteresowany uzyskaniem zamówienia. Unieważnienie całego postępowania ze wskazaniem, że oferta Odwołującego jest niezgodna z zapisami SWZ, godzi w interesy ekonomiczne Odwołującego i naraża go na szkodę w postaci utraty zamówienia i możliwości osiągnięcia zysku z realizacji przedmiotu.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze Stron.

Na podstawie dokumentacji postępowania przesłanek w formie elektronicznej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że w pkt 6 działu IV. OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA SWZ Zamawiający wymagał, aby wykonawca w formularzu ofertowym podał instalacje komunalne lub podmioty zbierające, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpady komunalne.

W formularzu ofertowym Zamawiający, w punkcie IV, zobowiązał Wykonawcę do podania instalacji lub podmiotów zbierające, do których przekazywane będą odpady, z podziałem na poszczególne frakcje, w ujęciu tabelarycznym. w kolumnie 3 należało wskazać „Nazwę i adres instalacji lub podmiotu zbierającego nr NIP". W kolumnie 4 tabeli Zamawiający określił, że należy podać „Określenie rodzaju podmiotu do którego będzie przekazywany odpad, tj. Instalacja komunalna/instalacja/ podmiot zbierający".

Odwołujący w złożonej ofercie w przypadku odpadów zmieszanych, ulegających biodegradacji wskazał „instalację komunalną". W przypadku opakować ze szkła, tektury i papieru wskazał na „podmiot zbierający", a w przypadku zmieszanych odpadów opakowaniowych o kodzie 15 01 06 podał „Instalacja komunalna lub podmiot zbierający". Jako instalację komunalną podano dane „Instalacja do mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych zlokalizowana na terenie Zakładu Ekologiczne Centrum Odzysku ul. Ceglana 10, 58-260 Bielawa NIP 882212556", natomiast jako podmioty podano „FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o. o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów, Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia NIP 7010236908". W przypadku odpadów o kodzie 15 01 06 Odwołujący podał dane w następujący sposób: „Instalacja mechaniczno-biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych i innych odpadów oraz przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych bioodpadów" FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o. o., Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów, Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia lub podmiot zbierający - FBSerwis Dolny Śląsk Sp z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów, Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia NIP 7010236908".

Wykonawca został w trybie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp., wezwany przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w następującym zakresie:

1) dlaczego Wykonawca w pkt 1 sekcji IV „INSTALACJE LUB PODMIOTY ZBIERAJĄCE DO KTÓRYCH WYKONAWCA PRZEKAŻE ODPADY:" formularza ofertowego w kolumnie 3 pod nazwą „Nazwa i adres instalacji lub podmiotu zbierającego nr NIP" w wierszu 4 tabeli dla odpadu o kodzie 15 01 06 wskazał więcej niż jedną instalację, tj. instalację komunalną i podmiot zbierający?

2) w jaki sposób będą te odpady zagospodarowane skoro wskazano więcej niż jedną „instalacje/podmiot"?

Odwołujący odpowiedział, że odpady o kodzie 15 01 06 umieszczono w pkt 1 sekcji IV oferty Wykonawca chce przekazywać do podmiotu zbierającego FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania

Odpadów Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, który to będzie odpady o tym kodzie zagospodarowywać. Wskazanie FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. jako Instalacji mechaniczno -biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych i innych odpadów oraz przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych odpadów FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia wynikało z faktu, że Spółka ta działa zarówno jako instalacja komunalna, jak i podmiot zbierający. Wykonawca w załączeniu przedłożył zmodyfikowaną tabelę. W punkcie 4 tabeli wskazano następujący podmiot zbierający: FBSerwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów, Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia NIP 7010236908.

Ostatecznie Zamawiający powiadomił Wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: (…) 2) wszystkie złożone (…) oferty podlegały odrzuceniu;".

Zamawiający podał, że odrzuca ofertę Odwołującego na podstawie: art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp., który stanowi - „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli (…) jest niezgodna z ustawą;" w zw. z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp.

W uzasadnieniu faktycznym Zamawiający zaznaczył, że <<Zgodnie z pkt 4 ppkt 6 działu IV SWZ OPIS PRZEDMIOTU ZAMÓWIENIA „Wykonawca zobowiązany jest do wskazania w formularzu ofertowym instalacji komunalnych instalacji lub podmiotów zbierających, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości niezamieszkałych odpady komunalne."

W tym celu Zamawiający w załączniku nr 1 do SWZ, tj. w formularzu ofertowym, w części IV pkt 1 INSTALACJE LUB PODMIOTY ZBIERAJĄCE DO KTÓRYCH WYKONAWCA PRZEKAŻE ODPADY zamieścił tabelę zgodnie, z którą Wykonawca miał wskazać:

- nazwę i adres instalacji lub podmiotu zbierającego oraz nr NIP;

- określenie rodzaju podmiotu, do którego będzie przekazywany odpad, tj. instalacja komunalna/instalacja/podmiot zbierający;

dla każdego rodzaju odpadu.

Zamawiający określił w pkt 4 ppkt 3 działu IV SWZ, w jaki sposób ma nastąpić przekazanie do zagospodarowania poszczególnych rodzajów odpadów następująco: „3) Przekazanie do zagospodarowania odebranych od właścicieli nieruchomości:

a) niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych o kodzie 20 03 01 do instalacji komunalnych określonych na liście, o której mowa w art. 38 b ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach, spełniających wymagania najlepszej dostępnej techniki, o której mowa w art. 207 ustawy Prawo ochrony środowiska, lub technologii, o której mowa w art. 143 tej ustawy, zapewniających:

- mechaniczno-biologiczne przetwarzanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych i wydzielanie z niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych frakcji nadających się w całości lub w części do odzysku, lub

- składowanie odpadów powstających w procesie mechaniczno-biologicznego przetwarzania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych;

b) pozostałych odpadów komunalnych o kodach odpadów innych niż kod wskazany w lit. a niniejszego ppkt, do instalacji lub podmiotów zbierających posiadających wszelkie wymagane przepisami prawa decyzje, wpisy i zezwolenia.”

Ponadto umowa zawiera uszczegółowienie w tym zakresie.

Zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. „W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 (…), dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.”

Przepis art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. daje Zamawiającemu prawo do żądania wyjaśnień, połączone z obowiązkiem zażądania tychże wyjaśnień w celu wypełnienia obowiązku przeprowadzenia badania i oceny ofert w sposób staranny i należyty. Zamawiający, korzystając z tego uprawnienia, wyjaśnia treść złożonej oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości, niejasności, co do treści złożonej oferty pozwoli Zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty.

Jednocześnie zaniechanie przez zamawiającego wyjaśniania treści oferty, jeżeli jest to konieczne w celu dokonania rzetelnego badania oferty, stanowi naruszenie przepisów

ustawy Pzp (wyroki: z dnia 3 stycznia 2012 r., KIO/UZP 1327/09, z dnia 5 listopada 2009 r., KIO/UZP 1443/09, z dnia 13 października 2010 r., KIO/UZP 2145/10).

Biorąc pod uwagę powyższe żądanie wyjaśnień od Wykonawcy stanowiło nie tylko uprawnienia a obowiązek Zamawiającego.

Jednocześnie z komentowanego art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. wynika zasada niezmienności oferty po upływie terminu składania ofert i stanowi gwarancję zachowania podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, przede wszystkim zasady równego traktowania wykonawców. Zmiany są dopuszczalne tylko w ściśle określonych przypadkach. Po pierwsze, zamawiający może dokonać zmiany oferty w ściśle określonym zakresie, stosując art. 223 ust. 2 Pzp, dotyczący poprawiania omyłek. Po drugie, zmiana oferty jest dopuszczalna na podstawie i w granicach art. 187 ustawy Pzp.

Odnosząc się do zasad wykładni, w tym z uwzględnieniem ustalonych zwyczajów, w orzecznictwie wskazuje się, że nie jest uprawnione dokonywanie wykładni oświadczenia woli wprost przeciwnej do jasnego brzmienia tego oświadczenia. Cywilnoprawne reguły wykładni oświadczeń woli, jakkolwiek obowiązujące także przy udzielaniu zamówień publicznych nie mogą być tak rozumiane, że będą prowadzić do skutków niedających się pogodzić z naczelnymi zasadami udzielania zamówień.

Aby istniały podstawy do wezwania wykonawcy do złożenia wyjaśnień na podstawie ust. 1, treść oferty powinna być niejasna lub budzić wątpliwości. W przeciwnym wypadku mogą być one uznane za niedozwolone negocjacje treści oferty. Z takimi negocjacjami będziemy mieć do czynienia, gdy wykonawca w wyjaśnieniach zmieni wcześniejszą ofertę.

Należy wskazać, że „Treść oferty” to treść zobowiązania wykonawcy do zgodnego z żądaniami zamawiającego wykonania przedmiotu zamówienia publicznego. Na tak rozumianą treść oferty składa się formularz ofertowy oraz wszystkie dokumenty dookreślające i precyzujące zobowiązanie wykonawcy dotyczące przedmiotu oraz zakresu lub wielkości zamówienia, składane wraz z formularzem ofertowym.

Mając na uwadze powyższe Zamawiający ma prawo żądać wyjaśnienia treści złożonej oferty i z tego prawa skorzystał.

Zamawiający w dniu 24 stycznia 2023 roku działając zgodnie z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp., wezwał Wykonawcę do złożenia wyjaśnień treści złożonej oferty w następującym zakresie:

1) dlaczego Wykonawca w pkt 1 sekcji IV „INSTALACJE LUB PODMIOTY ZBIERAJĄCE DO KTÓRYCH WYKONAWCA PRZEKAŻE ODPADY:" formularza ofertowego w kolumnie 3 pod nazwą „Nazwa i adres instalacji lub podmiotu zbierającego nr NIP" w wierszu 4 tabeli dla odpadu o kodzie 15 01 06 wskazał więcej niż jedną instalację, tj. instalację komunalną i podmiot zbierający?

2) w jaki sposób będą te odpady zagospodarowane skoro wskazano więcej niż jedną „instalacje/podmiot"?

Zamawiający wyznaczył Wykonawcy realny termin na złożenie wyjaśnień.

Wykonawca w dniu 27 stycznia 2023 roku złożył wyjaśnienia w terminie oraz w formie zgodnej z przepisami Pzp.

Wykonawca wskazał że „(…) odpady o kodzie 15 01 06 umieszczono w pkt 1 sekcji IV oferty Wykonawca chce przekazywać do podmiotu zbierającego FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia który to będzie odpady o tym kodzie zagospodarowywać.

Wskazanie FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. jako Instalacji mechaniczno -biologicznego przetwarzania odpadów komunalnych i innych odpadów oraz przetwarzania selektywnie zebranych odpadów zielonych i innych odpadów FB Serwis Dolny Śląsk Sp. z o.o. Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia, Zakład Unieszkodliwiania Odpadów Ścinawka Dolna 86, 57-410 Ścinawka Średnia wynikało z faktu, że Spółka ta działa zarówno jako instalacja komunalna, jak i podmiot zbierający. Wykonawca w załączeniu przedkłada zmodyfikowaną tabelę."

W wyniku udzielonych wyjaśnień Wykonawca dokonał zmiany treści oferty poprzez rezygnację z instalacji komunalnej.

Należy uznać, że wskazany w formularzu ofertowym wykaz instalacji stanowi konstytutywną deklarację ofertową Wykonawcy (element kreujący istotę oferty). Przemawia za tym brzmienie art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.), zwana dalej ustawą u.c.p.g., który stanowi, że zamawiający obowiązany jest zobowiązać wykonawcę do wskazania instalacji w ofercie.

Analizę postanowień art. 6d należy poprzedzić ogólnym zastrzeżeniem w przedmiocie relacji pomiędzy regulacjami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, w których ustawodawca normuje kwestie związane z zamówieniami publicznymi na odbieranie odpadów komunalnych, a ustawą Pzp. Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jest aktem prawnym o charakterze lex specialis w odniesieniu do Prawa zamówień publicznych – zarówno w zakresie głównego przedmiotu jej regulacji, jak i kwestii związanych z prowadzeniem postępowania zmierzającego do wyłonienia wykonawcy odbierającego odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, co niejednokrotnie jest podkreślane w orzecznictwie KIO.

Jednocześnie art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. przewiduje również, że są to instalacje „do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady". W konsekwencji należy uznać, że deklaracja

stanowi oświadczenie wykonawcy wskazujące sposób realizacji zamówienia i ma równie doniosłe znaczenie prawne, co np. zaoferowana cena jednostkowa realizacji zamówienia (cena za 1Mg odpadów).

Deklaracja ta stanowi ofertowe zobowiązanie się wykonawcy do skonkretyzowanego, już na etapie składania ofert, sposobu realizowania zamówienia. W konsekwencji deklaracja ta ukazuje wiążący sposób realizacji zamówienia (założenia logistyczne), które mogą emanować chociażby na weryfikację posiadania przez zaoferowaną cenę przymiotów rażąco niskiej czy analizę zgodności oferty z wymogami zamówienia (np. w zakresie zapewnienia możliwości zagospodarowania wszystkich frakcji odpadów czy też zapewnienia zagospodarowania odpadów komunalnych w instalacjach spełniających ustanowione w dokumentach zamówienia wymogi).

Ponadto zgodnie z art. 6f ust. 1a pkt 5 u.c.p.g umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w części dotyczącej odbierania odpadów określa w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne, w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

Skoro Wykonawca w formularzu ofertowym wskazał zarówno instalację komunalną, jak i podmiot zbierający należy przyjąć, że do umowy zostanie wpisana instalacja komunalna i podmiot zbierający zgodnie z jego deklaracją, jeśli zostanie udzielone mu zamówienie. Ponadto należy stwierdzić, że Zamawiający akceptuje wskazane „instalacje" w toku oceny i badania ofert tym samym wyraża na nie zgodę.

Obowiązkiem Zamawiającego jest, zatem wpisanie instalacji do treści umowy. Zamawiający musi wiedzieć gdzie zostanie przekazany odpad do zagospodarowania, tj. do instalacji komunalnej, do instalacji czy też do podmiotu zbierającego, co przekłada się na realizację umowy, w szczególności ceny na tych instalacjach mogą różnie się kształtować, co może mieć wpływ na prawidłową waloryzację wynagrodzenia, jak również kary umowne, jeśli wykonawca przekaże odpad do podmiotu zbierającego zamiast do instalacji itp.

W materii dopuszczalności korekty ofertowego wykazu instalacji na etapie następującym po upływie terminu składania

ofert, a przed wyborem oferty najkorzystniejszej, w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.., wypowiedziała się KIO W wyroku z dnia 28 grudnia 2021 r. o sygn. KIO 3609/21 Izba „nie znalazła podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie

zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy Pzp. nie regulują w jaki sposób należy rozmieć pojęcie istotnej zmiany w treści oferty. Oceny w tym zakresie należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności danej sprawy. W ocenie składu orzekającego Izby dokonanie zmiany w treści oświadczenia odwołującego poprzez wykreślenie jednej z instalacji, w której zgodnie z deklaracją odwołującego miało mieć miejsce przetwarzanie odpadów, stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w treść oferty odwołującego i nie może być kwalifikowane jako nieistotna zmiana treści oferty. Złożenie oświadczenia o zamiarze przetwarzania odpadów w konkretnie wskazanej instalacji ma istotne znaczenie w kontekście niniejszego postępowania z uwagi na konieczność posiadania przez taką instalację zezwolenia na przetwarzanie odpadów i w związku z tym nie może być kwalifikowane jako omyłka na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.”

Pomimo iż w niniejszym przypadku zarówno instalacja komunalna, jak i podmiot zbierający posiadają stosowne zezwolenia, to nie ulega wątpliwości, że treść oferty uległa zmianie poprzez ograniczenie możliwości zagospodarowana odpadu również w instalacji komunalnej.

Mając na uwadze powyższe doszło do zmiany treści oferty, zatem oferta ta podlega odrzuceniu. Zamawiający nie ma możliwości poprawy oferty w trybie art. 223 ust. 2, gdyż poprawa ta powodowałaby przyjęcie zupełnie innego stosunku umownego niż pierwotnie wynikał z treści oferty.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający powtórzył argumentację przedstawioną w Informacji o wyniku postępowania.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu w całości.

Z treści art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści.

Z art. 255 pkt 2 ustawy Pzp, wynika, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli wszystkie złożone oferty podlegały odrzuceniu.

W pierwszej kolejności dostrzeżenia wymaga, iż Zamawiający błędnie wskazał podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego, co jednak nie rzutowało na całokształt i wynik postępowania odwoławczego.

Przez pojęcie ustawy, do którego odwołuje się art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp należy rozumieć ustawę Pzp oraz akty wykonawcze do tej ustawy. W przypadku niezgodności oferty z innymi aktami prawnymi niż Pzp (np. innymi ustawami) zastosowanie może znaleźć art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp. Art.226 ust. 1 pkt 3 Pzp nie odwołuje się do zamkniętego katalogu możliwych uchybień w postaci, formie lub treści oferty, które wskazywałyby na jej niezgodność z treścią Pzp.

Przykładowe uchybienia skutkujące odrzuceniem oferty będą dotyczyć:

1) braku zachowania właściwej formy oferty, która określona została pod rygorem nieważności w Pzp. Przepis art. 63 Pzp ustanawia formę elektroniczną dla oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, oraz formę elektroniczną dla oferty lub postać elektroniczną oferty opatrzoną podpisem zaufanym lub podpisem osobistym – dla postępowań o wartościach mniejszych niż progi unijne. Poprzez formę elektroniczną należy rozumieć, za art. 78^1 Kc, postać elektroniczną opatrzoną kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W postępowaniach o wartościach równych lub przekraczających kwoty unijne, złożenie oferty nieopatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym – skutkować będzie odrzuceniem takiej oferty. W postępowaniach poniżej progów unijnych brak podpisu kwalifikowanego, zaufanego lub osobistego wywoła taki sam skutek;

2) niezgodności oferty z niektórymi zasadami Pzp, w szczególności zasadą pisemności i zasadą języka polskiego;

3) złożenia więcej niż tylko jednej oferty (art. 218 Pzp), z zastrzeżeniem dotyczącym oferty wariantowej;

4) złożenia oferty dodatkowej, w której cena lub koszt są wyższe niż w złożonej ofercie (art. 251 Pzp).

Na gruncie Pzp zachowuje aktualność orzecznictwo dot. Pzp2004, zgodnie z którym naruszenie zasady jawności polegające na nadmiernym „utajnieniu” treści oferty, tj. zastrzeżeniu jej treści ponad informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa, nie będzie skutkowało odrzuceniem oferty z powołaniem się na jej niezgodność z przepisami Pzp. Negatywna weryfikacja skuteczności takiego zastrzeżenia powinna przejawiać się wyłączeniem zakazu ich ujawniania.

Natomiast o niezgodności treści oferty z treścią SWZ, czy innych dokumentów postępowania o udzielenie zamówienia publicznego stanowi art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Choć Zamawiający w Informacji o wyniku postępowania prowadził rozważania na temat niezgodności treści złożonej oferty z opisem przedmiotu zamówienia i SWZ, ewentualnie o niezgodności oferty Odwołującego z treścią przepisów innych ustaw, w tym ustawy o utrzymaniu czystości, to błędnie wskazał na podstawę prawną odrzucenia. Jednakże z uzasadnienia faktycznego Informacji wynika, jakimi przesłankami merytorycznymi kierował się Zamawiający oceniając ofertę Odwołującego. Mamy zatem do czynienia z błędem natury formalnej, który nie wpływa na wynik całego postępowania, ponieważ Zamawiający słusznie odrzucił ofertę Odwołującego.

W ocenie składu orzekającego Izby, na gruncie zapisów SWZ nie może budzić wątpliwości, że to w ofercie wykonawcy mieli obowiązek zadeklarować instalacje komunalne, instalacje lub wskazać podmioty zbierające, do których będą przekazywane odpady w ramach kontraktu. Jest to oświadczenie, które stanowi treść oferty sensu stricto, co potwierdza dotychczasowy dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej (tak wyrok KIO z dnia 22 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 809/19).

Umieszczenie tej informacji w ofercie nie ma jedynie charakteru informacyjnego, deklaratywnego. Tak opis przedmiotu zamówienia, jak również opis poszczególnych kolumn tabeli wskazywał, że podać należało dane identyfikujące podmiot, do którego będą przekazywane poszczególne frakcje odpadów. Dodatkowo obowiązek zamieszczenia tych danych wprost wynika z przepisów innych ustaw, w tym ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Oświadczenia złożone przez Wykonawcę w ofercie stają się następnie częścią zapisów umowy, która określa sposób realizacji przedmiotu zamówienia, czyli zobowiązania umownego Strony. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny.

W ocenie Izby nie ulegało wątpliwości, że oferta danego wykonawcy winna była zawierać wskazanie instalacji, do której będą przekazywane odpady. Nie ulega także wątpliwości, że pierwotnie Odwołujący wskazał w swojej ofercie zarówno instalację komunalną, jak też podmiot zbierający odpady. Nie jest także sporne, że oba te podmioty gospodarcze łączy siedziba znajdująca się pod jednym adresem. Podmiot będący instalacją komunalną jest jednocześnie podmiotem odbierającym odpady.

Zamawiający nie negował, że możliwy jest sposób wykonania przedmiotu zamówienia polegający na przekazaniu odpadów komunalnych do instalacji komunalnej i w niewielkiej ilości do innego podmiotu posiadającego stosowne zezwolenia. Okoliczności tych nie

negował również Odwołujący, wskazując, że jest to prawidłowy i zgodny z przepisami sposób realizacji przedmiotu zamówienia. Odwołujący oświadczył na rozprawie przed Izbą, że właśnie w taki sposób zamierzał realizować obowiązki umowne.

Jednakże Odwołujący, poproszony o dodatkowe wyjaśnienia, czy Zamawiający prawidłowo odczytał intencje Wykonawcy oświadczył odmiennie. Być może, gdyby to oświadczenie sprowadzało się do podania nazwy podmiotu, można byłoby dyskutować, czy mamy do czynienia ze zmianą treści oferty. Odwołujący przedstawił z wyjaśnieniami nowe zestawienie tabelaryczne, w którym precyzyjnie określił, że w przypadku odpadów o kodzie 15 01 06 - zmieszane odpady opakowaniowe – przekazanie będzie miało miejsce do podmiotu zbierającego. Odwołujący złożył więc w ocenie Izby oświadczenie, w którym zrezygnował z realizacji przedmiotu zamówienia przy udziale instalacji komunalnej. Taką okoliczność należało ocenić jako zmianę pierwotnej treści oferty, z której wynikał dwutorowy sposób realizacji.

Jak podkreśla się w orzecznictwie europejskim „(…) to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, by możliwe było zwrócenie się zamawiającego do odwołującego, aby dane z oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.(…) Celem instytucji wezwania do wyjaśnień jest umożliwienie wykonawcy uzasadnienia poważnego charakteru przedstawionej oferty w sposób kompletny i użyteczny.” (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.). Tymczasem w przedmiotowej sprawie doszło do przedstawienia nowej oferty, czemu Odwołujący dał wyraz wskazując nowy sposób wykonania zobowiązania, zmieniając pierwotnie złożone oświadczenie. Irrelewantne są, w ocenie Izby, okoliczności, jakie do tego doprowadziły lub powoływanie się przez Odwołującego na użycie niefortunnych wyrażeń przez pracowników Wykonawcy. Faktem jest, że doszło do wskazania podczas składania wyjaśnień do nowego sposobu wykonania zamówienia. Jak celnie zauważył Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie: „Instalacja komunalna nie jest podmiotem zbierającym a podmiot zbierający nie jest instalacją komunalną, pomimo iż mogą być prowadzone przez ten sam podmiot gospodarczy, zatem sprowadzenie argumentacji w odwołaniu do miejsca lokalizacji nie może być uznane za prawidłowe. Zamawiający podkreślił także, że zmiana ta wpłynie na sposób waloryzacji wynagrodzenia w trakcie realizacji umowy.

Reasumując, skład orzekający Izby uważa, że Zamawiający prawidłowo dokonał badania i oceny oferty Odwołującego, uznając, że podlega ona odrzuceniu. Jeżeli zaś

w postępowaniu nie złożono ofert niepodlagających odrzuceniu, to Zamawiający prawidłowo także dokonał unieważnienia całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 1 i ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Przewodniczący: