Sygn. akt KIO 3006/24

WYROK

Warszawa, dnia 20 września 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Michał Pawłowski

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 września 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 sierpnia 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną

odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Węgrów,

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Węgrowie

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320) i nakazuje zamawiającemu – Miastu Węgrów unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych.

2. W pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala.

3. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w 2/3 części oraz zamawiającego – Miasto Węgrów w 1/3 części i:

3.1. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie

i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

3.2. Zasądza od zamawiającego – Miasta Węgrów na rzecz odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie

i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach kwotę 6 200 zł 00 gr (słownie: sześć tysięcy dwieście złotych zero groszy) stanowiącą część kosztów postępowania odwoławczego poniesionych przez odwołującego.

Na orzeczenie – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie – Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 3006/24

Uzasadnienie

Miasto Węgrów, zwane dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2024 r., poz. 1320), zwanej dalej „ustawą PZP”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta Węgrowa w latach 2025-2026”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 17 czerwca 2024 r., pod numerem 2024/S 116-357684.

W dniu 19 sierpnia 2024 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) wykonawcy wspólnie ubiegający się o

udzielenie zamówienia: EKO-SAM BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Jakubowie i Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART BIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach, zwani dalej „Odwołującym" lub „Konsorcjum EKO-SAM BIS", wnieśli odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy PZP czynności podjętych przez Zamawiającego w postępowaniu przetargowym, tj. wobec wyboru oferty najkorzystniejszej oraz zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Węgrowie (zwanego dalej „wykonawcą PGK"), zaniechania wezwania do wyjaśnienia rażąco niskiej ceny wykonawcy PGK oraz ewentualnie zaniechania unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP poprzez jego niezastosowanie w sprawie i zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PGK w sytuacji, gdy treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, tj. brak złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji, co stanowi wymóg ustawowy wynikający z treści art. 6d ust. 4 pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (zarzut nr 1).

Na wypadek nieuwzględnienia tego zarzutu Odwołujący sformułował 2 zarzuty ewentualne – dotyczące naruszenia:

1) art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP poprzez ich niezastosowanie w sprawie, a polegające na zaniechaniu wezwania wykonawcy PGK do wyjaśnienia ceny oferty oraz jej istotnych części składowych, które obiektywnie budzą uzasadnione wątpliwości, w szczególności w zakresie kosztów odbioru i zagospodarowania poszczególnych odpadów, tj.: zmieszanych odpadów opakowaniowych, odpadów ulegających biodegradacji ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów, popiół z gospodarstw domowych, odzieży i tekstyliów, odpadów wielkogabarytowych, odpadów budowlanych i rozbiórkowych,

2) art. 255 pkt 6 ustawy PZP poprzez zaniechanie unieważnienia postępowania, które obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego poprzez brak wskazania wprost w dokumentach zamówienia, w tym SWZ przedłożenia przez wykonawców wraz z ofertą wykazu instalacji, co stanowi wymóg ustawowy wynikający z treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, co w konsekwencji powoduje, że Zamawiający nie będzie miał wiedzy, gdzie odebrane z terenu Miasta Węgrów odpady będą zagospodarowywane mimo, że ustawodawca taki wymóg na zamawiających wprost narzucił.

Ponadto Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 253 ust. 1 w zw. z art. 239 ust. 1 ustawy PZP poprzez dokonanie wyboru jako oferty najkorzystniejszej oferty wykonawcy PGK, podczas gdy oferta ta podlega odrzuceniu z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia, a ponadto zawiera rażąco niską cenę (zarzut nr 2),

2) art. 16 pkt 1 ustawy PZP poprzez naruszenie naczelnej zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców dokonując wyboru oferty, która podlega odrzuceniu ze względu na fakt, że jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz zawiera rażąco niską cenę oferty (zarzut nr 3).

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) odrzucenie oferty wykonawcy PGK z uwagi na fakt, że jej treść jest niezgodna z warunkami zamówieniach i dokonanie ponownej oceny ofert,

3) ewentualnie wezwania wykonawcy PGK do wyjaśnienia ceny złożonej oferty oraz jej istotnych elementów składowych,

4) ewentualnie unieważnienia postępowania z uwagi na fakt, że jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu zarzutu podstawowego odwołania (zarzut nr 1) Konsorcjum EKO-SAM BIS wskazało, że oferta wykonawcy PGK jest niezgodna z warunkami zamówienia i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, albowiem nie zawiera wykazu instalacji, co stanowi wymóg ustawowy wynikający z treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Następnie Odwołujący przywołał treść zapisów OPZ, § 1 ust. 3 lit. a Załącznika nr 7 do SWZ oraz treść regulacji art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zdaniem Odwołującego wykaz instalacji stanowi istotną treść oferty, który nie może podlegać jakiemukolwiek uzupełnieniu z uwagi na jednoznaczną treść art. 223 ust. 1 ustawy PZP. Uzupełnienie wykazu instalacji po terminie składania ofert stanowiłoby w rzeczywistości uzupełnienie treści oferty, co jest niedopuszczalne. Powołał się przy tym na poglądy wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 31 stycznia 2022 r. w sprawie o sygn. akt KIO 21/22. Brak wskazania instalacji w ofercie nie pozwoli również na prawidłową realizację umowy, której oferta wykonawcy jest istotnym elementem przedmiotowym. Jakiekolwiek uzupełnienie oferty w tym zakresie jest rażącym naruszeniem prawa. Uzupełnione dokumenty w postaci umów z instalacjami po terminie składania ofert nie mogą być brane pod uwagę. Wykonawca ma obowiązek realizacji przedmiotu zamówienia zgodnie z ofertą, a więc również do przekazywania odpadów do instalacji w tej ofercie podanych. Brak podania w ofercie instalacji powoduje, że zamawiający nie wie gdzie te odpady będą trafiać. W efekcie nie będzie mógł też przeprowadzić w tym zakresie skutecznej kontroli pod kątem

realizacji umowy zgodnie ze złożoną ofertą. Fakt, że wzór formularza oferty załączony do SWZ nie zawierał jakiejkolwiek pozycji dotyczącej wpisania instalacji komunalnych nie oznacza, że wykonawcy byli z tego obowiązku zwolnieni. Przygotowując ofertę dokumenty zamówienia należy czytać jako całość, a nie wybiórczo. Dokumentacja przetargowa nie wskazuje jakiejkolwiek hierarchii ważności dokumentów. Wykonawcy składając ofertę kierują się przede wszystkim zapisami dokumentacji przetargowej, zaś wzór formularza ofertowego jest jedynie przykładowym i zalecanym dokumentem z którego

wykonawcy mogą korzystać. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby wykaz instalacji stanowił załącznik do oferty. Każdy profesjonalny podmiot doskonale wie, że przepisy prawa wymagają wykazania instalacji, do których będą trafiać odbierane odpady na etapie składania ofert.

Odwołujący dodał, że obecna sytuacja powoduje, że oferta wykonawcy PGK nie pozwala na ustalenie przez Zamawiającego, gdzie będą w przyszłości trafiać odbierane odpady celem ich zagospodarowania, tj. do jakich instalacji komunalnych mimo, że ustawodawca wprost taki obowiązek na zamawiającego i wykonawców nałożył. Odwołujący podkreślił, że termin składania ofert miał miejsce w dniu 16 lipca 2024 r., natomiast wykaz instalacji złożony przez wykonawcę PGK został sporządzony w dniu 30 lipca 2024 r., co powoduje, iż po otwarciu ofert Zamawiający dopuścił się uzupełnienia treści oferty tego wykonawcy. W świetle art. 223 ust. 1 ustawy PZP było to działanie niedopuszczalne.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego zaniechania wezwania wykonawcy PGK do wyjaśnienia ceny oferty Odwołujący zwrócił uwagę na kilka następujących okoliczności:

1) W 2022 r. wykonawca PGK złożył ofertę na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta Węgrowa" na lata 2023-2024 w wysokości 6 401 658 zł 31 gr brutto, co przy ilości do odebrania i zagospodarowania 7 006,26 Mg stanowi cenę jednostkową (średnio) 913 zł 71 gr/Mg brutto,

2) W przedmiotowym postępowaniu przetargowym wykonawca PGK złożył ofertę w wysokości 6 563 221 zł 13 gr brutto, co przy ilości do odebrania i zagospodarowania 7 301,02 Mg stanowi cenę jednostkową (średnio) 898 zł 95 gr/Mg brutto, co jest wartością niższą niż w 2022 r. o 14 zł 76 gr/Mg brutto,

3) W okresie od składania ofert w 2022 r. do przedmiotowego postępowania płaca minimalna wzrosła o 1 290 zł 00 gr/1 osobę brutto, co stanowi kwotę kosztów pracodawcy większą o 1 544 zł 25 gr/1 osobę. Do realizacji przedmiotowego zamówienia przewidywane jest korzystanie z 6 pracowników w miesiącu, tj. 6 x 1 544 zł 25 gr = 9 265 zł 50 gr/miesiąc (w 24 miesiące 222 372 zł 00 gr). W związku z tym biorąc pod uwagę jedynie wzrost kosztów pracowniczych od 2022 r. oferta wykonawcy PGK powinna wynosić co najmniej 6 893 386 zł 98 gr brutto (913 zł 71 gr/Mg brutto x 7301,02 Mg + 222 372 zł 00 gr), tj. 330 165 zł 85 gr brutto więcej niż złożona w przedmiotowym postępowaniu,

4) W 2023 r. wskaźnik inflacji w stosunku do 2022 r. wyniósł 11,40%. Biorąc pod uwagę jedynie ten wskaźnik za 2023 r. oferta wykonawcy PGK powinna wynosić 7 431 510 zł 69 gr brutto, tj.: 913 zł 71 gr/Mg x 7301,02 Mg = 6 671 014 zł 98 gr brutto (po zwiększeniu o 11,40 % daje to kwotę 7 431 510 zł 69 gr brutto – kwota ta wynosi 760 495 zł 71 gr brutto więcej niż złożona w przedmiotowym postępowaniu).

Następnie Odwołujący przedstawił kalkulację rażąco niskiej ceny oferty wykonawcy PGK (tu: tabela i wyliczenia na str. 9-14 odwołania) i podsumował, że:

1) rozpatrując koszty odbioru i zagospodarowania odpadów przez wykonawcę PGK w zakresie posiadanych danych, tj. w zakresie 6 365,10 Mg z 7 301,02 Mg (87,18% zamówienia) wynika, że wykonawca poniesie stratę w kwocie 835 332 zł 73 gr netto,

2) rozpatrując rażąco niską cenę w zakresie istotnych części składowych – pozycji: 2, 5, 6, 8, 9, i 11, tj. w zakresie 3406,86 Mg z 7 301,02 Mg (46,66% zamówienia) wykonawca PGK poniesie stratę w wysokości 968 453 zł 53 gr netto.

3) wykonawca PGK podczas własnego postępowania na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o. w Węgrowie", nr postępowania: ZOiGO/2024/2, znacząco nie doszacował kwot przeznaczonych na zagospodarowanie poszczególnych odpadów (kwoty przeznaczone były znacznie niższe od złożonych ofert), co jednoznacznie wskazuje na to, że oferta złożona w przedmiotowym postępowaniu również została znacznie niedoszacowana, przez co usługa nie jest możliwa do wykonania przy obecnych cenach zagospodarowania odpadów,

4) wykonawca PGK podczas własnego postępowania na „Zagospodarowanie odpadów komunalnych zebranych przez Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Spółka z o. o. w Węgrowie", nr postępowania: ZOiGO/2024/2 przeznaczył kwotę 560 zł 00 gr/Mg na zagospodarowanie odpadów budowlanych i rozbiórkowych choć sam w przedmiotowej ofercie złożył kwotę 450 zł 00 gr/Mg i do tego musi ponieść koszty odbioru, załadunku i transportu do instalacji.

Uzasadniając zarzut ewentualny odwołania dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania Odwołujący przywołał treść art. 255 pkt 6 ustawy PZP oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący wskazał, że ustawodawca przesądził w sposób jednoznaczny, że każdy wykonawca składając ofertę w postępowaniu jest zobowiązany do wykazania instalacji, do których będą trafiać

poszczególne frakcje odpadów odbieranych z terenu Zamawiającego. Jest to bardzo ważne, bo Zamawiający już przy ofercie wie gdzie przedmiotowe odpady mają trafić – co daje mu pełną kontrolę i ocenę czy oferta jest prawidłowo złożona, tj. zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego wynikającymi w tym zakresie z OPZ. Odwołujący zwrócił uwagę na to, że obecna sytuacja nie pozwala Zamawiającemu na prawidłową ocenę złożonych ofert, gdzie obecnie wybrana oferta zawiera istotne braki wymagane ustawą. Po pierwsze Zamawiający dokonując oceny oferty nie jest w stanie ocenić czy odpady trafią do uprawnionych do tego instalacji komunalnych, a po drugie nie jest w stanie ocenić prawidłowości oszacowania kosztów oferty, gdzie istotnym elementem jest transport odpadów. Zamawiający nie ma możliwości oceny odległości, jaką pokonuje dana śmieciarka od miejsca odbioru odpadów do miejsca przyjęcia przez daną instalację. Podobnie sytuacja wygląda z kosztami zagospodarowania odpadu na instalacji, gdzie koszty w każdej instalacji są różne. Zdaniem Odwołującego, gdyby wykonawca PGK działał z należytą starannością w rozumieniu art. 355 § 2 Kodeksu Cywilnego, to taki wykaz zostałby złożony. Jednocześnie Odwołujący zastrzegł, że gdyby Izba uznała, że brak wyraźnego wymogu (wprost wskazanego w SWZ), co do złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą nie może prowadzić do odrzucenia takiej oferty, to wówczas uzasadniony jest zarzut ewentualny odwołania dotyczący zaniechania unieważnienia postępowania. Złożenie oferty bez wykazu instalacji powoduje, że jest ona niekompletna z punktu widzenia przepisów ustawy i nie chodzi tutaj tylko o zwykły formalizm. Brak jednoznacznego wskazania w ofercie informacji o instalacjach, do których będą przekazywane odpady, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie ofert wykonawców pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia. Odwołujący zaznaczył, że jednym z istotnym zapisów umownych stanowiących podstawie rozliczenia zamówienia jest jego raportowanie. Zgodnie z § 8 ust. 1 lit. a wzoru umowy wykonawca jest zobowiązany do sporządzania i przekazywania Zamawiającemu w formie elektronicznej miesięcznych raportów zawierających informacje o masie poszczególnych rodzajów odpadów odebranych w ramach realizacji umowy odpadów komunalnych oraz sposobie ich zagospodarowania, wraz ze wskazaniem instalacji, do której zostały przekazane odebrane od właścicieli nieruchomości niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne. W sytuacji, w której Zamawiający nie wymagał wprost wskazania instalacji w ofercie stanowiącej integralną część umowy, nie ma możliwości prawidłowego skontrolowania gdzie i czy prawidłowo odpady zostały oddane i zagospodarowane. Odwołujący podniósł, że nawet sam wykonawca PGK dostrzegł wadę oferty i uzupełnią ją po terminie składania ofert. Zamawiający tym samym dopuścił do uzupełnienia treści oferty po terminie jej złożenia. Takie działaniem jest dowodem tego, że postępowanie obarczone jest istotną wadą, a Zamawiający podejmuje

działania naprawcze pozostając w rażącej sprzeczności z zasadą zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Sam fakt, że brak jest podstawy prawnej do uzupełnienia wykazu instalacji stanowi o tym, że mamy do czynienia z wadą nieusuwalną.

Uwzględniając akta sprawy odwoławczej, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego wyrażone w pismach oraz złożone w trakcie rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła podstaw do odrzucenia odwołania, ponieważ nie została spełniona żadna wynikająca z art. 528 ustawy PZP negatywna przesłanka, która by uniemożliwiała merytoryczne rozpoznanie odwołania.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały opisane w art. 505 ust. 1 ustawy PZP ustawowe przesłanki istnienia interesu Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia i możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy PZP.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawcę PGK, albowiem zostało ono złożone w terminie przewidzianym w art. 525 ust. 1 ustawy PZP i nie zawierało wad formalnych.

Izba rozpoznając sprawę uwzględniła akta sprawy odwoławczej, które zgodnie z regulacją § 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą (Dz. U. z 2020 r., poz. 2453) stanowią odwołanie wraz z załącznikami oraz dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia w postaci elektronicznej lub kopia dokumentacji, o której mowa w § 7 ust. 2 rozporządzenia, a także inne pisma składane w sprawie oraz pisma kierowane przez Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w związku z wniesionym odwołaniem.

Izba uwzględniła też stanowiska prezentowane na rozprawie przez strony i uczestnika postępowania odwoławczego, jak również uwzględniła stanowisko zaprezentowane przez Odwołującego w jego dalszym piśmie z dnia 5 września 2024 r., stanowisko zaprezentowane przez Zamawiającego w jego odpowiedzi na odwołanie z dnia 5 września 2024 r. i stanowisko uczestnika postępowania zaprezentowane w jego piśmie z dnia 23 sierpnia 2024 r.

Izba wydała na rozprawie postanowienie o dopuszczeniu dowodu z dokumentacji zgromadzonej w aktach sprawy odwoławczej, w tym z pisma Odwołującego z dnia 24 lipca 2024 r. będącego załącznikiem do jego pisma procesowego z dnia 5 września 2024 r.

Izba uznała wiarygodność oraz moc dowodową dokumentów znajdujących się w aktach sprawy odwoławczej.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Na podstawie art. 552 ust. 1 ustawy PZP Izba wydając wyrok bierze za podstawę stan rzeczy ustalony w toku postępowania odwoławczego.

Zgodnie z rozdziałem 5 pkt 5.1.1 SWZ przedmiotem zamówienia jest:

a) odbieranie i zagospodarowanie odpadów w komunalnych wykazanych w tabeli Nr 1 OPZ, powstałych i zbieranych z nieruchomości zamieszkałych położonych w granicach administracyjnych miasta Węgrowa,

b) odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych wykazanych w tabeli Nr 2 OPZ, dostarczanych do Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych,

c) osiągnięcie poziomów określonych w art. 3b ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 13 września 1996 r. oraz Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 3 sierpnia 2021 r. w sprawie sposobów obliczania poziomów przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów oraz osiągnięcie poziomów określonych w Rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 15 grudnia 2017 r. w sprawie poziomów ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania oraz sposobu obliczania poziomu ograniczenia masy tych odpadów.

W Formularzu Ofertowym stanowiącym załącznik nr 2 do SWZ Zamawiający nie ujął pozycji dotyczącej przedstawienia wykazu instalacji, o których mowa w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Obowiązek złożenia wykazu instalacji, w tym wykazu instalacji komunalnych nie został również przewidziany w żadnym innym miejscu SWZ.

Wykonawca PGK do swojej oferty nie załączył wykazu instalacji komunalnych. Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady komunalne wykonawca PGK złożył dopiero wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi w dniu 30 lipca 2024 r. Natomiast Konsorcjum EKO-SAM BIS wykaz instalacji komunalnych dołączyło do swojej oferty złożonej w dniu 15 lipca 2024 r.

Ostatecznie za najkorzystniejszą ofertę w postępowaniu Zamawiający w dniu 9 sierpnia 2024 r. uznał ofertę złożoną przez wykonawcę PGK, której przyznał 100 pkt w ramach kryteriów oceny ofert. Natomiast oferta Konsorcjum EKO-SAM BIS została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu ofert z liczbą punktów 98,97.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy i zapoznaniu się z pisemnymi i ustnymi stanowiskami stron i uczestnika postępowania odwoławczego rozpoznała merytorycznie złożone odwołanie i uznała, że zasługuje ono na częściowe uwzględnienie, tj. w odniesieniu do zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego naruszenia art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

We wniesionym odwołaniu Konsorcjum EKO-SAM BIS zarzuciło Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy PZP:

- art. 16 pkt 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców,

- art. 224 ust. 1 ustawy PZP, zgodnie z którym jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych,

- art. 224 ust. 4 ustawy PZP, zgodnie z którym w przypadku zamówień na roboty budowlane lub usługi, zamawiający jest obowiązany żądać wyjaśnień, o których mowa w ust. 1, co najmniej w zakresie określonym w ust. 3 pkt 4 i 6,

- art. 224 ust. 5 ustawy PZP, zgodnie z którym obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny lub kosztu spoczywa na wykonawcy,

- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP, zgodnie z którym Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia,

- art. 239 ust. 1 ustawy PZP, który stanowi, że Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia,

- art. 253 ust. 1 ustawy PZP, w myśl którego niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o: 1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację, 2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone – podając uzasadnienie faktyczne i prawne,

- art. 255 pkt 6 ustawy PZP stwierdzający, że Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołanie złożone przez Konsorcjum EKO-SAM BIS jest zasadne jedynie w takim zakresie, w jakim działaniom Zamawiającego postawiono zarzut zaniechania unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP. Izba nie rozpoznała merytorycznie zarzutu ewentualnego odwołania dotyczącego naruszenia art. 224 ust. 1 w zw. z art. 224 ust. 4 w zw. z art. 224 ust. 5 ustawy PZP, gdyż Odwołujący formułując 2 zarzuty ewentualne nie określił ich hierarchii, natomiast zarzut dotyczący art. 255 pkt 6 ustawy PZP był zarzutem dalej idącym, jeśli chodzi o skutki dla całego postępowania przetargowego. Dlatego on spośród zarzutów ewentualnych podlegał rozpoznaniu w pierwszej kolejności.

Przede wszystkim jednak Izba nie stwierdziła, że brak dołączenia przez wykonawcę PGK do jego oferty wykazu instalacji komunalnych świadczy o niezgodności oferty tego wykonawcy z warunkami zamówienia. Odwołujący nie wskazał żadnego postanowienia SWZ, które nakłada

taki obowiązek na wykonawców, natomiast samo powoływanie się przez niego na § 1 ust. 3 lit. a Załącznika nr 7 do SWZ, który nakazywał realizować przedmiot umowy zgodnie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa, w tym w szczególności zgodnie z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wraz z przepisami wykonawczymi, oraz na treść regulacji art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, jest w ocenie Izby niewystarczające.

Należy zauważyć, że bezpośrednim adresatem przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach są nie wykonawcy, lecz instytucje zamawiające (gminy, miasta). Przepis ten stanowi, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Nie budzi zatem wątpliwości, że to obowiązkiem zamawiających, który uruchamiają postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów, jest zobowiązanie wykonawców w dokumentacji zamówienia do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, z których usług będą korzystać.

Izba stoi na stanowisku, że brak ujęcia w dokumentacji zamówienia zobowiązania, które prawodawca nałożył na wójtów, prezydentów lub burmistrzów miast w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przesądza, że mamy do czynienia z istotną wadą postępowania, której nie można już naprawić po dniu otwarcia ofert. Jest to wada postępowania, której na obecnym etapie postępowania nie można już usunąć i która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający poprzez swoje zaniechanie doprowadził do sytuacji, że oferta wykonawcy, który wygrał przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, była pozbawiona obligatoryjnego elementu w postaci wykazu instalacji komunalnych, natomiast oferta wykonawcy, do której dołączono taki wykaz, została sklasyfikowana na dalszej pozycji w rankingu ofert a wykonawca, który złożył prawidłowej treści ofertę, finalnie nie uzyskał zamówienia. W ocenie Izby taki sposób prowadzenia postępowania przez Zamawiającego należy uznać za nieprzejrzysty i naruszający zasadę równego traktowania wykonawców.

Dlatego postępowanie prowadzone przez Miasto Węgrów podlega unieważnieniu na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy PZP.

W odniesieniu do zarzutów nr 2 i nr 3 odwołania, których rdzeń opierał się na założeniu, że oferta wykonawcy PGK jest niezgodna z warunkami zamówienia, to nie mogły one zostać uznane przez Izbę za zasadne, skoro podstawowy zarzut odwołania dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy PZP został oddalony. Dlatego one również podlegały oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, tj. na podstawie art. 557, art. 574-576 ustawy PZP oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 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). Zważywszy na to, że Odwołujący wygrał postępowanie odwoławcze w 1/3 części, przysługuje mu od Zamawiającego zwrot 1/3 kosztów tego postępowania, tj. kwota 6 200 zł 00 gr.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący: .....