sygn. akt: **KIO 4403/24**

WYROK

Warszawa, 6 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Emil Kuriata

Protokolantka:Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 listopada 2024 r. przez wykonawcę PreZero Service Północ sp. z o.o., ul. Równa 17B;
80-067 Gdańsk, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gmina Tczew,
ul. Lecha 12; 83-110 Tczew,
przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - PUS sp. z o.o., ul. Wiślana 2; 82-500 Kwidzyn,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę PreZero Service Północ sp. z o.o., ul. Równa 17B; 80-067 Gdańsk i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę PreZero Service Północ sp. z o.o., ul. Równa 17B; 80-067 Gdańsk tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Tczew, ul. Lecha 12; 83-110 Tczew, tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 1 102 zł 09 gr (słownie: jeden tysiąc sto dwa złote i dziewięć groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Tczew, ul. Lecha 12; 83-110 Tczew, tytułem dojazdu na rozprawę,
   2.2. zasądza od wykonawcy PreZero Service Północ sp. z o.o., ul. Równa 17B; 80-067 Gdańskna rzecz zamawiającego Gmina Tczew, ul. Lecha 12; 83-110 Tczew łączną kwotę 4 702 zł 09 gr (słownie: cztery tysiące siedemset dwa złote i dziewięć groszy) poniesioną przez zamawiającego Gmina Tczew, ul. Lecha 12; 83-110 Tczew, stanowiącą koszty postępowania odwoławczego.

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 4403/24**

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Tczew - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, pn. *„Usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych z nieruchomości objętych systemem gminnym tj. nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy oraz wybranych nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy z terenu Gminy Wiejskiej Tczew na lata 2025-2028”.*

25 listopada 2024 roku, wykonawca PreZero Service Północ sp. z o.o. z siedzibą w Gdańsku (dalej „*Odwołujący*”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt i 5 w zw. z art. 16 pkt 1 oraz art. 8 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 66 § 1 k.c., poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PUS z uwagi na jej niezgodność z warunkami zamówienia wobec:

a)braku złożenia przez wykonawcę PUS wymaganego treścią SWZ Formularza oferty zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ, zawierającego wymagane przez zamawiającego informacje i oświadczenia niezbędne do przeprowadzenia postępowania oraz zrealizowania zamówienia, który to Formularz Ofertowy z wraz z Wykazem Cen i interaktywnym formularzem oferty stanowił ofertę zgodną

z wymaganiami SWZ i w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego;

ewentualnie w przypadku, gdyby Izba uznała, że wykonawca PUS złożył ofertę

b)sporządzenia przez wykonawcę PUS Formularza Ofertowego w sposób wadliwy formalnie i merytoryczne ze względu na deficyt informacyjny tego Formularza Ofertowego udaremniający wykazanie realizacji zamówienia zgodnie z warunkami zamówienia, w tym w sposób zgodny z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, a tym samym braku złożenia przez wykonawcę PUS wymaganych oświadczeń zawartych w Formularzu ofertowym wraz Wykazem Cen zgodnym

z załącznikiem nr 1 do SWZ, podczas gdy podane w interaktywnym Formularzu Ofertowym informacje i wskazane tam oświadczania nie obejmowały warunków realizacji zamówienia, terminów płatności zgodnie z warunkami zamówienia czy deklaracji w zakresie dostarczania odpadów odbieranych w ramach przedmiotu zamówienia do instalacji komunalnej: Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych

w Tczewie,

a tym samym poprzez przeprowadzenie postępowania z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców i prowadzenia postępowania w sposób przejrzysty, ponieważ zamawiający zaakceptował brak złożenia przez wykonawcę PUS Formularza Ofertowego, ewentualnie brak złożenia przez wykonawcę PUS w Formularzu Ofertowym wszystkich wymaganych informacji i oświadczeń, co stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców, w sytuacji gdy jeden z wykonawców dochował staranności
i przygotował ofertę oraz złożył wszystkie wymagane treścią SWZ dokumenty składające się na ofertę. Zamawiający nie dochował obowiązku równego traktowania wykonawców przez różne potraktowanie ofert złożonych przez wykonawców w postępowaniu, w tym oświadczeń i informacji złożonych w Formularzach Ofertowych przez wykonawców.

Odwołujący wniósł o merytoryczne rozpatrzenie odwołania oraz jego uwzględnienie
w całości i nakazanie zamawiającemu:

1)unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,

2)ponowienia badania i oceny ofert, wraz z uznaniem, że oferta wykonawcy PUS podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,

3)podjęcia czynności zmierzających do wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach postępowania.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania oraz dowodów opisanych szczegółowo w treści odwołania oraz dowodów, które zostaną powołane i przedłożone przez odwołującego na rozprawie.

Odwołujący wskazał, że jest uprawniony do wniesienia odwołania, ponieważ spełnione zostały przesłanki określone w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia publicznego objętego postępowaniem, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego wyżej wskazanych przepisów ustawy Pzp, interes odwołującego jako zainteresowanego uzyskaniem przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku. Z uwagi na to, że oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugim miejscu tzw. listy rankingowej zamawiającego w postępowaniu i nie została odrzucona, interes odwołującego (w wyniku uchybień zamawiającego) doznaje uszczerbku.

Odwołujący uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zamawiający w pkt 2.13. ppkt 6) SWZ podkreślił, że: „*W formularzu oferty wypełnianym za pośrednictwem platformy wykonawca poda wyłącznie cenę oferty, która uwzględnia całkowity koszt realizacji zamówienia w okresie obowiązywania umowy, obliczoną zgodnie z dyspozycjami opisanymi powyżej. Nadto poprzez platformę Wykonawca złoży formularz ofertowy i wykaz cen – podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym*".

Tym samym, z postanowień SWZ wynika jednoznaczny obowiązek wykonawców do złożenia Formularza Ofertowego i Wykazu Cen, zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ, niezależnie od składanego interaktywnego formularza oferty wypełnianego za pośrednictwem platformy, w którym to wykonawcy zobligowani byli do podania wyłącznie ceny oferty. Powyższe implikuje, że zgodne z postanowieniami dokumentacji zamówienia, ofertę stanowił komplet następujących dokumentów:

a)Formularz Oferty wraz z Wykazem Cen zgodny z wzorem znajdującym się w załączniku nr 1, oraz

b)Formularz Oferty wypełniony za pośrednictwem platformy (interaktywny formularz oferty) uwzględniający wyłącznie ceną całkowitą oferty.

Ww. dokumenty wzajemnie się uzupełniały, pomimo faktu, że niektóre informacje z dwóch formularzy ofertowych, tj. z Formularza Ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ
i interaktywnego formularza ofertowego dublowały się.

Powyższe zostało także potwierdzone w pkt 3.2. pkt 3) SWZ, gdzie zamawiający dodatkowo napisał, że: „*Składanie ofert: Ofertę wraz ze wszystkimi wymaganymi oświadczeniami*
i dokumentami, należy złożyć za pośrednictwem platformy e-zamówienia w zakładce dedykowanej postępowaniu, z wykorzystaniem formularza składania oferty lub wniosku".

Bezspornym jest, że w postępowaniu ofertę należało złożyć za pomocą platformy zakupowej. Oprócz interaktywnego formularza ofertowego należało złożyć Formularz oferty wraz z Wykazem Cen (załącznik nr 1 do SWZ) podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ten jednoznaczny obowiązek złożenia Formularza Ofertowego niezależnie od danych, które należało wypełnić poprzez platformę zakupową wynikał z cytowanych powyżej postanowień SWZ. Pomimo tego, że te dokumenty się wzajemnie uzupełniały, to nie zmienia to faktu, że ofertę w postępowaniu stanowił komplet trzech dokumentów, tj. dwa Formularze Oferty – załącznik nr 1 oraz interaktywny Formularz oferty z ceną oferty oraz Wykaz Cen. Skoro zatem jednego z Formularzy Oferty brakuje to mamy do czynienia
z niezgodnością. Konstatując, komplet trzech dokumentów, tj. formularz interaktywny oferty udostępniony wykonawcom na platformie zakupowej, w którym powinna zostać podana cena oferty, oraz zgodny z załącznikiem nr 1 do SWZ: Formularz oferty z najważniejszymi informacjami i oświadczeniami dotyczącymi zasad i warunków realizacji zamówienia wraz
z Wykazem Cen, który obejmował szczegółowe wyliczenie cen jednostkowych, stanowił ofertę zgodną z wymogami

zawartymi w SWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że brak jego złożenia jednego z ww. dokumentów składających się na ofertę, w szczególności brak złożenia Formularza Ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ, skutkować powinien odrzuceniem oferty. To sam zamawiający nadał Formularzowi ofertowemu (załącznik nr 1 do SWZ) taką rangę w SWZ, jednoznacznie podkreślając jego znaczenie i wymagając odpowiedniego podpisania („podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym")
w przeciwieństwie do formularza interaktywnego oferty, w stosunku, do którego zamawiający napisał jedynie, że ten formularz interaktywny służy do podania ceny całkowitej oferty.

Przechodząc z kolei do oświadczeń znajdujących się w Formularz Ofertowym zgodnym
z załącznikiem nr 1 do SWZ, wskazać należy, że w pkt 5. i 6. Formularza Ofertowego znajdują się następujące oświadczenia wykonawcy:

„*5. Oświadczam, że odpady komunalne zmieszane będę dostarczał do instalacji komunalnej: Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie.*

6. Oświadczam, że odpady selektywnie zebrane będę dostarczał do instalacji komunalnej: Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie".

Zgodnie z art.6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości
i porządku w gminach, zamawiający sporządzając dokumentację zamówienia w zakresie odbioru odpadów komunalnych wskazał instalację komunalną, do której podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane
z gminy Tczew odpady komunalne. Oświadczenie wykonawców w Formularzu ofertowym, złożone na etapie przedkontraktowym stanowią podstawę do sformułowania zobowiązania umownego. Okoliczność ta wynika wprost z regulacji art. 6f ust. 1a pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach zgodnie z którym to przepisem: „*Umowa w sprawie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo 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 (…)".

Z powyżej przywołanymi regulacjami prawnymi koresponduje treść Formularz Ofertowego, zgodnego z wzorem stanowiącym załącznik nr 1 do SWZ. Innymi słowy brak w Formularzu ofertowym deklaracji wykonawcy o dostarczaniu odebranych z gminy Tczew odpadów komunalnych do wskazanej przez zamawiającego instalacji komunalnej stanowi
o merytorycznej niezgodności złożonej oferty z warunkami zamówienia – dotyczy to właśnie deklaracji co do miejsca dostarczania odpadów z gminy Tczew, tj. do miejsca ich zagospodarowania.

W przedmiotowym postępowaniu zakres oczekiwanych przez zamawiającego informacji, jakie należy podać w formularzu ofertowym, jak i dokumentów składających się na ofertę, jednoznacznie wskazuje, że Formularz Ofertowy zgodny z załącznikiem nr 1 do SWZ stanowi treść oferty, a jego niezłożenie stanowi o niezgodności oferty wykonawcy PUS z warunkami zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza w ugruntowanym już orzecznictwo niejednokrotnie wypowiadała się na temat konieczności literalnej wykładni treści dokumentacji zamówienia
i oceny dokumentów złożonych przez wykonawców w kontekście tej właśnie dokumentacji (vide: wyrok z 30.03.2023 r. sygn. akt. KIO 720/23).

W postępowaniu wykonawca PUS złożył niekompletną ofertę składającą się z formularza interaktywnego służącego do podania ceny całkowitej oferty, wykazu cen, dokumentu wadium (gwarancja bankowa) i JEDZ. Wykonawca PUS nie złożył natomiast Formularza Ofertowego według wzoru stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ, który w ocenie odwołującego stanowił obligatoryjną część oferty wykonawcy i który to formularz nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 128 ust.1 ustawy Pzp. Istotnym jest przy tym fakt, że wymagane przez zamawiającego oświadczenia, które należało złożyć warz ofertą nie zostały zawarte
w złożonym przez wykonawcę PUS formularzu interaktywnym udostępnionym na platformie zakupowej. Oferta miała zostać złożona "według wzoru Formularza ofertowego" i zawierać wskazane tam dane dotyczące wykonawcy PUS oraz oferowanego przedmiotu zamówienia.

Czynność złożenia oferty przez wykonawców, w tym wykonawcę PUS stanowi wyraz akceptacji przez niego minimalnych wymagań postawionych przez zamawiającego, w tym także w zakresie oświadczania, że odpady komunalne zmieszane i selektywnie zebrane będzie dostarczał do instalacji komunalnej: Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie (pkt 5 i 6 Formularza Ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ). Tym samym brak oświadczenia w ww. zakresie jak i pozostałych oświadczeń, których nie ma w interaktywnym formularzu ofertowym, bezsprzecznie prowadzi do wniosku, że nie jest wiadomym, czy wykonawca PUS złożył ofertę zgodnie z warunkami przedmiotowego postępowania oraz czy ma świadomość i czy wyraża zgodę na realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymogami zamawiającego, tj. dostarczania odpadów do instalacji w Tczewie.

W opinii odwołującego złożenie przez wykonawcę PUS w pkt IV. Formularza interaktywnego pn. „Oświadczenia" ogólnych sformułowań o treści „*jak w SWZ, w terminach wskazanych w SWZ*, nie jest wystarczające dla określenia przedmiotu zamówienia i jego zgodności z treścią SWZ (a tylko takie znajdowało się w interaktywnym Formularzu ofertowym). Nie ulega zatem wątpliwości, że takie działanie odwołującego powinno zostać uznane za jednoznaczne z niezłożeniem oświadczeń wskazanych w punktach: 5, 6, 7, 11, 13, 14, 15 Formularza Ofertowego.

Natomiast odwołujący składając podpisane prawidłowo dokumenty (ofertę), w tym formularz interaktywny, Formularz Ofertowy wraz Wykazem Cen zgodny z załącznikiem nr 1 do SWZ, dokument potwierdzający wniesienie wadium, złożył oświadczenie o znacznie szerszym zakresie niż tylko obejmującym akceptację zapisów SWZ, a wskazującym na konkretnie oferowany przedmiot umowy ze wskazaniem ceny ofertowej zgodnie z wytycznymi zamawiającego i zaznaczeniem, że oferowany przedmiot zamówienia jest zgodny z SWZ. Nie ulega zatem wątpliwości, że to właśnie takie działanie odwołującego powinno zostać uznane za właściwe i jednoznaczne ze złożeniem wszystkich wymaganych przez zamawiającego,
a nie działanie wykonawcy PUS, który złożył ofertę niezgodną z wymaganiami i warunkami zamówienia (brak Formularza Ofertowego, brak merytorycznych deklaracji o dostarczaniu odpadów z gminy Tczew do instalacji komunalnej).

Zasadnicze, w opinii odwołującego oświadczenie formularza ofertowego brzmi: „*Składamy ofertę na i oferujemy wykonanie przedmiotu zamówienia w zakresie objętym w Specyfikacji Warunków Zamówienia …*" i pod takim oświadczeniem wykonawca składa swój podpis. Oświadczenie to (zgodnie z art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego: "*oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy*" w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp: „*Do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks Cywilny (Dz. U. Z 2019 poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej*" i art. 218 ust. 2 ustawy Pzp: „*Treść oferty musi być zgodna*
z wymaganiami zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia") stanowi treść oświadczenia woli, na podstawie którego wykonawca i zamawiający będą zawierać umowę na realizację zamówienia publicznego. W Informatorze Urzędu Zamówień Publicznych nr 3/2019 czytamy: „*Możliwość zapoznania z treścią oświadczenia woli przez adresata jest warunkiem sine qua non złożenia takiego oświadczenia. W świetle art. 61 § 2 Kodeksu cywilnego do złożenia innej osobie oświadczenia woli w postaci elektronicznej dochodzi bowiem dopiero wtedy, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Należy przy tym podkreślić; że nie jest dopuszczalne, po upływie terminu składania ofert, uzupełnienie pliku zawierającego ofertę*".

Biorąc powyższe pod uwagę brak złożenia Formularza Ofertowego stanowi przesłankę do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp jako niezgodnej z ustawą,
z uwagi na brak oświadczenia woli wykonawcy o zamiarze realizacji umowy na zasadach określonych w SWZ oraz innych dokumentach stanowiących dokumentację postępowania. Złożenie pozostałych wymaganych w SWZ dokumentów i oświadczeń nie zastępuje oświadczenia o zamiarze realizacji zamówienia, czyli nie zastępuje oferty (tak, wyrok KIO sygn. akt. 2351/16). Nie bez znaczenia pozostaje fakt, iż Formularz Ofertowy nie podlega uzupełnieniu w oparciu o art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

Zatem, z uwagi na brak Formularza Ofertowego, zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ, oferta wykonawcy PUS jest niezgodna z treścią SWZ, jednocześnie nie ma możliwości uznania, że powyższy brak dokumentu zamawiający może poprawić na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp jako inną omyłkę polegającą na niezgodności oferty ze specyfikacją warunków zamówienia, niepowodującą istotnych zmian w treści oferty.

Na gruncie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp to nie tylko brak uwzględnienia w ofercie całego wymaganego zakresu zamówienia, ale również brak wyrażenia woli jego realizacji z określony w SWZ sposób stanowi o niegodności oferty z warunkami zamówienia. O niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia, której wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie komentowanego przepisu, można mówić również w sytuacji, gdy wykonawca nie złożył oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, tzn., złożył ją niekompletną.

Nie ulega wątpliwości, że opisane uchybienie w ofercie wykonawcy PUS są uchybieniami merytorycznymi dotyczą bowiem treści merytorycznej oferty, a nie jej formy. Zgodnie
z komentarzem do art. 226 ust.1 pkt 5 ustawy Pzp: „*Z dotychczasowej linii orzeczniczej*
i aktualnej wynika, że uchybienia co do treści ofert w odniesieniu do SWZ powinny być merytoryczne oraz istotne, aby mogły być przyczyną uzasadniającą odrzucenie oferty (por. aktualny wyr. SO w Toruniu z 28.12.2005 r., VIII Ca 593/05, niepubl.; wyr. SO w Warszawie
z 3.09.2004 r., V Ca 1738/04, niepubl.; wyr. ZA z 31.01.2007 r., UZP/ZO/0-94/07, Legalis; wyr. KIO z 2.11.2022 r., KIO 2721/22, Legalis)".

Natomiast uchybieniami co do formy – zgodnie z utrwaloną już linią orzeczniczą – są
w szczególności: brak numeracji stron, błędne podpisanie liczby stron oferty, brak parafy, brak trwałego spięcia oferty itp.

Brak ponumerowania wszystkich stron, jak i błędne podanie liczby stron oferty, na których złożono ofertę, nie wpływa bowiem na jej zawartość treściową i nie skutkuje obowiązkiem odrzucenia takiej oferty. W niniejszym stanie rzeczy nie mamy do czynienia z całą pewność z uchybieniami co do formy oferty tylko co do merytorycznej niezgodność oferty wykonawcy PUS z warunkami zamówienia. Zasadnicze znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszego sporu powinny być postanowienia SWZ, w tym zasady składania ofert przez wykonawców, merytoryczne treść oferty i dokumenty, które składają się na ofertę wykonawcy. Jeżeli wykonawca PUS nie zastosował się do postanowień SWZ i nie uwzględnił jej brzmienia w interaktywnym formularzu ofertowym składanym poprzez platformę zakupową, nie złożył właściwego dokumentu stanowiącego obligatoryjną treść oferty, uznać należy,
że treść oferty nie odpowiada treści SWZ. Zatem złożenie oferty, złożenie druku oferty, czy też inaczej formularza ofertowego stanowi warunek *sine qua non* oferty w postępowaniu. Jego niezłożenie powoduje brak możliwości jego uzupełnienia.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego nie jest dowolnym, nieskodyfikowanym, luźnym postępowaniem, stanowi ono szczególną formę prowadzącą do zawarcia umowy w sprawie realizacji danego zamówienia, kreowane jest przez obowiązujące przepisy prawa dla tej dyscypliny i zobowiązuje tymi przepisami wszystkich uczestników tego systemu, w sposób jednakowy i niezmienny przez cały czas prowadzenia postępowania
o udzielenie zamówienia publicznego. Zaakceptowanie przez zamawiającego braku złożenia przez wykonawcę PUS Formularza Ofertowego zgodnego z załącznikiem nr 1 do SWZ stanowi o nierównym traktowaniu wykonawców. Powyższe prowadzi do wniosku, że to wykonawca, który nie zastosował się do wymagań z SWZ jest w lepszej sytuacji od tego wykonawcy, który wypełnił wszelkie wymagane przez zamawiającego formalnie co do formy i do merytorycznej treści oferty. Odstąpienie od literalnej treści wymagania na etapie oceny ofert stanowiłoby naruszenie przez zamawiającego art. 16 pkt 1 Prawa zamówień publicznych. Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem *sine qua non*, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści SWZ czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. Zamawiający wskazał, że wykonawca PUS złożył formularz oferty wypełniany za pośrednictwem platformy (dalej „formularz interaktywny"). Złożył Wykaz cen. Nie złożył formularza ofertowego opisanego jako załącznik nr 1 do SWZ (dalej „formularz drukowany"). Oferta została złożona w terminie (formularz interaktywny), jest podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Wykaz cen złożono wraz z ofertą w terminie i podpisano kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Formularz oferty wypełniany za pośrednictwem platformy zawierał wszystkie niezbędne dane dotyczące oferty: dane wykonawcy, kwotę oferty, liczbę i rodzaj pojazdów, którymi będzie realizowane zamówienie, informację
o posiadaniu certyfikatu systemu zarządzania jakością wg. normy PN-EN ISO 9001 i/lub certyfikat systemu zarządzania środowiskowego wg normy PN-EN ISO 14001 w zakresie odbierania odpadów lub certyfikaty równoważne, Informację dot. elektromobilności. Oferta PUS jest najtańsza, w pozostałych kryteriach oceny ofert (aspekt środowiskowy i aspekt jakościowy) oferty są porównywalne. Zatem najwyżej została oceniona oferta firmy PUS.

Z uwagi na brak załącznika nr 1 tj. formularza ofertowego zamawiający poddał ofertę wykonawcy PUS szczegółowej analizie pod kątem podstaw odrzucenia oferty, badając przesłanki z art. 226 ust. 1 pkt 5 i 6 ustawy Pzp. Analizując stanowiska doktryny i orzecznictwa (np. orzeczenie KIO 888/23), uznano, że brak formularza (załącznika nr 1 do SWZ) nie jest
w tym konkretnym przypadku przesłanką odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp. Zgodnie z orzecznictwem odrzucenie oferty PUS byłoby nadmiernym formalizmem, oferta została złożona w terminie, przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, jest właściwie podpisana, jest czytelna, wszystkie istotne elementy oferty są znane. Zamawiający zbadał ofertę także pod kątem odrzucenia wynikającego z 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, tj. niezgodności z warunkami zamówienia (podstawa odwołania). Posiłkując się komentarzem (wydanie II) do ustawy Prawo zamówień publicznych publikowanym na stronie Urzędu Zamówień Publicznych ustalono, że *„Oferta nie może być niezgodna z warunkami zamówienia. Warunki zamówienia należy rozumieć zgodnie z definicją wyrażoną w art. 7 pkt 29 Pzp, która stanowi, że poprzez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Istota aktualnego rozwiązania polega na odniesieniu przesłanki odrzucenia oferty do określonych wymagań zamawiającego, a nie do określonego dokumentu, w którym pewne rozwiązania powinny być zawarte. Podstawą do odrzucenia oferty jest niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia. Na treść oferty składa się świadczenie wykonawcy. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia polega na sporządzeniu i przedstawieniu*

oferty w sposób niezgodny z tymi warunkami, tj. w sposób nieodpowiadający wymaganiom zamawiającego w odniesieniu do przedmiotu zamówienia, sposobu jego realizacji i innych warunków zamówienia określonych m.in. w art. 91–98 Pzp. Norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia".

W analizowanym przypadku zamawiający nie ma wątpliwości, że oferta PUS jest zgodna z warunkami zamówienia. Wykonawca zaoferował realizację usług zgodnych z przedmiotem zamówienia (treść oferty złożonej przez wykonawcę), zakres świadczenia jest dokładnie opisany w Wykazie Cen (załącznik do oferty złożony przez wykonawcę), a sposób świadczenia jest dokładnie opisany w dokumentach zamówienia tj. opisie przedmiotu zamówienia i projekcie umowy, na które wykonawca wyraził zgodę składając ofertę i składając oświadczenie ogólne w treści oferty „*jak w SWZ, w terminach wskazanych w SWZ*. Niezasadnym jest zatem wskazanie przez odwołującego, iż cyt. „*Tym samym brak oświadczenia w ww. zakresie jak i pozostałych oświadczeń, których nie ma w interaktywnym formularzu ofertowym, bezsprzecznie prowadzi do wniosku, że nie jest wiadomym, czy wykonawca PUS złożył ofertę zgodnie z warunkami przedmiotowego Postępowania oraz czy ma świadomość i czy wyraża zgodę na realizację przedmiotu umowy zgodnie z wymogami Zamawiającego, tj. dostarczania odpadów do instalacji w Tczewie*".

W ocenie zamawiającego, oświadczenie PUS zamieszczone w ofercie „*jak w SWZ*" oznacza, że akceptuje on wszystkie postanowienia SWZ oraz projekt umowy. Akceptując wywody zawarte w orzeczeniu KIO 451/16, iż formularz oferty ma charakter oświadczenia, o którym mowa w art. 66 § 1 k.c., czyli oświadczenia drugiej stronie (zamawiającemu) woli zawarcia umowy określającym istotne postanowienia tej umowy należy przyjąć, iż doszło do oświadczenia o akceptacji SWZ, umowy, w tym deklaracji dostarczania odpadów do ZUOS w Tczewie. Nie ma zatem żadnych wątpliwości w zakresie oferty złożonej przez PUS.

Niezależnie od powyższego oświadczenie odnośnie deklaracji dostarczania odpadów do ZUOS w Tczewie nie ma większego znaczenia, gdyż tego elementu wykonawcy nie określali samodzielnie, lecz zostały one z góry narzucone przez zamawiającego. Tym samym oświadczenia wykonawców w tym zakresie mogły się sprowadzać do wskazania jedynie „*jak w SWZ*" lub nawet gdyby tego dopisku brakowało to nie jest to element, który można uznać za istotny z punktu widzenia treści oferty czy jej zmiany.

Z treści odwołania płynie wniosek, iż odwołujący w swoich twierdzeniach oderwał się od istoty stosunku przetargowego, jaki łączy wykonawców i zamawiającego - a istotą tą jest właśnie to, że wykonawcy nie mogą zmieniać jakichkolwiek warunków realizacji zamówienia ustalonych odgórnie przez zamawiającego. Nawet bez dodatkowych oświadczeń, samo złożenie oferty oznacza, że wykonawca zamierzał złożyć ofertę zgodną z wymaganiami zamawiającego. Jest to więc sytuacja analogiczna do opisanej w art. 56 Kodeksu cywilnego, tj. w której czynność prawna wywołuje skutki nie tylko w niej wyrażone, ale także wynikające z ustawy, zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów. Tym samym konsekwencje braku ww. oświadczenia w postaci odrzucenia oferty, zamawiający uznaje za zbyt daleko idące.

Odwołujący podnosi kwestie braku złożenia oświadczenia wykonawcy PUS o dostarczaniu odpadów zmieszanych oraz odpadów selektywnie zebranych do instalacji komunalnej: Zakładu Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie. Trzeba w tym miejscu zaznaczyć, że przedmiotem zamówienia jest tylko usługa odbierania odpadów. Przetwarzanie odpadów odbywa się w instalacji komunalnej w Tczewie na podstawie odrębnej umowy zawartej pomiędzy Gminą Tczew a Zakładem Utylizacji Odpadów Stałych w Tczewie (spółka komunalna miasta Tczew). Zamawiający w dokumentach zamówienia jasno i wyraźnie wskazał instalację, do której należy dostarczać odpady komunalne (opis przedmiotu zamówienia, projekt umowy), zatem oświadczenie w formularzu ofertowym (drukowanym) ma jedynie charakter porządkowy i nie stanowi podstawy do sformułowania zobowiązania kontraktowego jak twierdzi odwołujący. Zobowiązanie do dostarczenia odpadów komunalnych zmieszanych i selektywnie zebranych do instalacji komunalnej w Tczewie wynika wprost z treści umowy i opisu przedmiotu zamówienia. W ocenie zamawiającego wykonawca przyjął do wiadomości warunki kontraktowe składając oświadczenie ogólne w treści oferty (formularz interaktywny) „*jak w SWZ, w terminach wskazanych w SWZ*".

W orzeczeniu KIO 3020/21 słusznie wskazano, iż „*Uchybienia o charakterze formalnym, które nie wypływają na zakres jak i sposób wykonania zobowiązania określony pierwotnie w treści oferty wykonawcy nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Nadrzędnym celem postępowania przetargowego winno być dążenie zamawiającego do wyboru oferty najkorzystniejszej, nie zaś eliminacja wykonawców z postępowania służąca wyłącznie zachowaniu nieprawidłowo rozumianej zasady formalizmu. Formalizm postępowania przetargowego to nie cel działania zamawiającego, ale zasada, która winna być wdrożona przez zamawiającego, mając na*

uwadze art. 16 i 17 p.z.p. w zw. z art. 223 p.z.p.". Dokładnie z taką sytuacją mamy do czynienia w niniejszym postępowaniu. Oferta złożona przez PUS zawiera formularz ofertowy wygenerowany i udostępniony przez zamawiającego. Jednocześnie oferta zawiera akceptację postanowień wzorca umowy. Jest ofertą najtańszą, która w swej treści nie budzi wątpliwości.

Przystępujący do postępowania wykonawca, w całości podzielił stanowisko zamawiającego, przedstawiając swoje stanowisko w przystąpieniu.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego
z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz przystępującego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne. Krajowa Izba Odwoławcza podzielając w całości stanowisko zamawiającego i przystępującego
(za wyrokiem Sądu Okręgowego w Warszawie z 25.08.2015 r., sygn. akt: XXIII Ga 1072/15: *Izba ma prawo podzielić zarzuty i wartościową argumentację jednego z uczestników, zgodnie*
z zasadą swobodnej oceny dowodów"), wskazuje, co następuje.

Okolicznością bezsporną w sprawie jest fakt, iż zamawiający w treści SWZ zobowiązał wykonawców do złożenia dwóch rodzajów formularza ofertowego. Jeden formularz miał być złożony poprzez jego wypełnienie za pośrednictwem platformy tzw. „formularz interaktywny". Drugi z formularzy ofertowych opisany jako załącznik nr 1 do SWZ tzw. „formularz drukowany".

Bezsporne jest również, że przystępujący nie złożył formularza drukowanego a jedynie wypełnił formularz interaktywny.

Aby można było stwierdzić, czy treść oferty zgodna jest z treścią SWZ, czyli czy ewentualnie zachodzi przesłanka do odrzucenia oferty na podstawie przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, konieczne jest ustalenie, jakie treści, o jakiej wartości merytorycznej, konieczne były do przekazania zamawiającemu wraz z formularzem drukowanym.

Formularz ten zawierał bowiem szereg oświadczeń, których brak, w ocenie odwołującego dyskwalifikuje ofertę przystępującego z merytorycznej oceny.

Zdaniem Krajowej Izby Odwoławczej nie każdy brak,*de facto* formalny, treści oferty prowadzi do stwierdzenia jej niezgodności z warunkami zamówienia. Istotne jest bowiem ustalenie czy stwierdzone braki (brak określonych oświadczeń wykonawcy wg. wzoru ustalonego przez zamawiającego) uniemożliwia zamawiającemu ocenę takiej oferty pod kątem zgodności z warunkami zamówienia.

Wadami merytorycznymi treści oferty są takie wady, które są wprost sprzeczne
z zamierzeniem biznesowym zamawiającego, tzn. z treści oferty wprost wynikają okoliczności pozwalające na stwierdzenie, że zamówienie nie będzie realizowane zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Wadą taką będzie również niemożność oceny oferty w kontekście np. kryteriów oceny ofert.

Należy zatem odróżnić wady oferty merytoryczne od formalnych.

Zdaniem Izby, w okolicznościach przedmiotowej sprawy, niezłożenie przez przystępującego formularza ofertowego drukowanego nie dyskwalifikowały tego wykonawcy
z postępowania, gdyż brakujące (wskazywane przez odwołującego w odwołaniu) oświadczenia nie stanowiły istotnych merytorycznie elementów oferty albowiem brakujące oświadczenia nie kreowały treści oferty wykonawcy, a jedynie służyły potwierdzeniu wymagań zamawiającego, które były obligatoryjne dla każdego wykonawcy, wynikały z treści wzoru umowy i nie były negocjowalne, czy też ustalane wg. subiektywnej oceny wykonawcy.

Skoro bowiem zamawiający zarówno w treści SWZ jak i wzoru umowy wyraźnie określił
w jaki sposób ma być realizowane zamówienie, tzn. do jakiej instalacji komunalnej mają być dostarczane odpady zmieszane i selektywnie zbierane, to żaden z wykonawców nie miał możliwości zaproponowania odmiennego sposobu realizowania zamówienia.

Elementy związane z brakiem oświadczenia przystępującego a wynikające z pkt 5, 6, 7, 11, 13, 14, 15 formularza ofertowego drukowanego nie kreują nowych okoliczności związanych

z realizacją zamówienia. Są to bowiem oświadczenia dotyczące: 5 i 6 - jw., 7 - o terminach realizacji zamówienia zgodnie z umową, 11 – o związaniu ofertą przez czas wskazany w SWZ, 13 – o zapoznaniu się z dokumentacją przetargową i nie wnoszeniu zastrzeżeń co do zakresu i rodzaju usług, 14 – o wyrażeniu zgody na wszystkie warunki określone w SWZ oraz
w projektowanych postanowieniach umowy, 15 – o ustaleniu terminu płatności na nie dłużej niż 30 dni od daty prawidłowo złożonej i wypełnionej faktury VAT do siedziby zamawiającego.

Tym samym są to oświadczenia, z którymi wykonawca, jeżeli by się nie zgadzał to wniósłby odwołanie na etapie przed składaniem ofert lub nie złożyłby oferty. Skoro zatem przystępujący złożył ofertę (formularz ofertowy interaktywny), w której podał cenę ofertową, złożył w ocenie Izby jeden z najważniejszych dokumentów – wykaz cen, to przyjąć należało, że zrealizuje zamówienie zgodnie z warunkami zamówienia ustalonymi przez zamawiającego
i obowiązującymi wszystkich wykonawców uczestniczących w postępowaniu.

Nie może ujść uwadze również okoliczność, iż przystępujący w treści formularza ofertowego interaktywnego potwierdził, chociaż w sposób bardzo uproszczony, że potwierdza wszystkie ustalone przez zamawiającego warunki zamówienia przez oświadczenie w treści „*jak w SWZ, w terminach wskazanych w SWZ*", co może zostać uznane za prawidłowe.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący:……