

WYROK

Warszawa, dnia 09 stycznia 2025 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 06 grudnia 2024 r. przez wykonawcę EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku przy ul. T. Kościuszki 45a (44-200 Rybnik) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Mszana ul. 1 Maja 81 (44-325 Mszana)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego wykonawcy Janusza Kuczatego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO-GLOB” Przedsiębiorstwo Komunalne Janusz Kuczaty z siedzibą w Belsznicu przy ul. Raciborskiej 37 (44-362 Belsznica)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 4608/24

Uzasadnienie

Gmina Mszana (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn.: „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Mszana w okresie od 01.01.2025 do 31.12.2025r.” – nr postępowania: PI.271.14.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 09 października 2024 r. pod numerem 609563-2024

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „PZP” lub „ustawą PZP”).

W dniu 06 grudnia 2024 r. wykonawca EKO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Rybniku (zwany dalej również: „Odwołującym”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego, podjętej w postępowaniu polegającej na:

1. wyborze oferty Janusza Kuczatego, prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Janusz Kuczaty Przedsiębiorstwo Komunalne Eko-Glob (zwanej dalej: „Eko-Glob”);
2. odrzuceniu oferty Odwołującego.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu następujące zarzuty naruszenia:

1. art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP tj. naruszenie zasady przejrzystości postępowania przetargowego poprzez brak wskazania, że imputowane ofercie EKO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością uchybienia miały realny i istotny wpływ na rozstrzygnięcie Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego, skoro Zamawiający, dysponując identycznymi zmiennymi cenowymi z oferty wykonawcy Janusza Kuczatego był w stanie zbadać, ale także ocenić wysokość oferowanej ceny przez tego konkurencyjnego oferenta,
2. naruszenie art. 16 pkt 1 i 3 PZP w zw. z tj. naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców oraz zasady proporcjonalności,
3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP poprzez odrzucenie oferty Odwołującego pomimo, że treść oferty Odwołującego nie jest niezgodna z warunkami zamówienia,
4. naruszenie art. 92 PZP poprzez ocenę oferty Odwołującego tak, jakby była to oferta wariantowa pomimo jednoznacznego wykluczenia tego rozwiązania w SWZ.

W oparciu o podniesione zarzuty Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania,
2. nakazanie unieważnienia czynności wyboru oferty Eko-Glob,
3. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego
4. nakazanie dokonania ponownego badania i oceny obu ofert.

Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w odwołaniu, jak również zaszalenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu zostały złożone dwie oferty tj. oferta Odwołującego i oferta Eko-Glob.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący na wstępie wskazał na postanowienia SWZ dotyczące opisu kryteriów, którymi kierował się Zamawiający przy wyborze oferty wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert.

Odwołujący dla uzasadnienia zarzutu dotyczącego naruszenia art. 226 pkt 5 PZP, oznaczonego jako zarzut nr 3 w petitum odwołania, w pierwszej kolejności wskazał, że Odwołujący nie sformułował zarzutu nieprecyzyjności zapisów SWZ-u i daleki jest od postawienia takiego zarzutu. Jednakże jak stwierdził, dla oceny poprawności decyzji

Zamawiającego w zakresie kierunku rozstrzygnięcia postępowania przetargowego istotne znaczenie mają zapisy załącznika nr 2 do SWZ i poczynione przez zamawiającego w dniu 05 listopada 2024 r. wyjaśnienia do treści SWZ, które następnie Odwołujący przywołał w odwołaniu.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał, że w dniu 13 listopada 2024 r. Zamawiający zmodyfikował SWZ w zakresie załącznika nr 3 do SWZ. Po czym przywołał zapisy Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia (zwanego dalej: „SOPZ”) w zakresie kontroli wagowej, wskazując m.in. na Tabelę 5 Kontrola wagowa wybór wariantu i postanowienie, które opisywało sposób wypełnienia przywołanej tabeli tj. *„Zamawiający informuje, iż Wykonawca ma prawo wybrać jedno z wyżej podanych rozwiązań i wskazać wybraną opcję w formularzu ofertowym. Nie mniej jednak Wykonawca jest zobowiązany do podania, według niżej podanej tabeli, kalkulacji cenowej wszystkich ww. opcji w celu, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji najkorzystniejszego cenowo wariantu.*

W przypadku awarii systemów wagowych Wykonawcy istnieje możliwość korzystania z wagi najazdowej znajdującej się w PSZOK, który mieści się w Mszanie przy ul. Górniczej 14. Za korzystanie z wagi udostępnionej przez Zamawiającego Wykonawca jest zobligowany do uiszczenia opłaty w wysokości 50,00 zł za jedno ważenie. W przypadku kiedy Wykonawca chciałby skorzystać z możliwości ważenia pojazdu w PSZOK w Mszanie jest zobowiązany do pisemnego powiadomienia Zamawiającego oraz uzyskania jego zgody.”

Jak podkreślił Odwołujący, Zamawiający oczekiwał kontroli migracji opadów komunalnych z terenu Gminy jak i wewnątrz Gminy. Środkiem do osiągnięcia tego celu jest m.in. tzw. kontrola wagowa, która została pozostawiona swobodnemu uznaniu wykonawcy. Zamawiający uszczegółowił cztery potencjalne sposoby kontroli ważenia (katalog zamknięty), z których oferent mógł dokonać wyboru jednego, a następnie go wycenić. Zdaniem Odwołującego, swoboda przedsiębiorcy doznała dalszego ograniczenia, bo o ile zdecyduje się na wybór jednego sposobu preferowanego, to powinien jednak wypełnić tabelkę w pozostałym zakresie, niejako z ostrożności, tj. *„aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji najkorzystniejszego cenowo wariantu”.*

Odwołujący wskazał, iż jego zdaniem ten zapis stanowi ukryte dodatkowe kryterium wyboru oferty. Rozwijając to spostrzeżenie Odwołujący podkreślił, że w wariancie zakładającym, że kontrola wagowa odbywa się na Pszok-u w miejscu wskazanym przez Zamawiającego to koszt ważenia jest znany, wręcz narzucony wykonawcom, ponieważ Zamawiający operuje stałym cennikiem wynoszącym 50 zł za każde ważenie, z wykluczeniem kosztów paliwa cele dojazdu do tej lokalizacji. Skoro Zamawiający zna własny cennik, to przecież istnieje możliwość porównania opcji ważenia zaznaczonej w formularzu ofertowym przez każdego z wykonawców z wariantem wymuszającym stały koszt po stronie oferenta. Ten zestaw kalkulacyjny cen nie wymaga nawet wypełnienia tabeli nr 4, bo tę wiedzę Zamawiający posiada częściowo z urzędu, a częściowo z oferty Odwołującego oraz drugiego uczestnika postępowania przetargowego.

Zdaniem Odwołującego powstało pytanie jakie znaczenie z punktu widzenia kontroli migracji odpadów ma porównanie oferowanych cen kalkulacyjnych. Według Odwołującego odpowiedzią na to jest urealnienie cennika za usługę ważenia na Pszok-u w Mszanie. Odwołujący podkreślił, że jest to ingerencja Zamawiającego nie tylko w samodzielną kalkulowania i bilansowania oferty przez wykonawcę, w tym doboru elementów realistycznie wpływających na cenę (a nie czynników potencjalnych), ale przede wszystkim upostaciowanie dysymulowanej postaci kryteriów wyboru. Odwołujący zadał pytanie w jakim celu Zamawiający miał oceniać najkorzystniejszy cenowo wariant, skoro sam wskazał, że w przypadku awarii wybranego systemu wagowego będzie zobowiązany ważyć w Pszok-u Zamawiającego, a cena brutto wskazana w formularzu ofertowym zawiera również cenę wskazaną w Tabeli 5, która jest ostateczna.

Według Odwołującego, dodatkowo Zamawiającemu należy przypisać niekonsekwencję w ocenie jego oferty. Mianowicie, w warunkach pierwotnych przetargu, tj. w SOPZ w rozdziale V.3, Zamawiający wskazał opcyjnie, że za poprawną uznaje jeden z czterech wariantów. Za taką konkluzją przemawia użycie spójnika „lub”. Korzystając z kanonu logiki formalnej taka metodologia odwołuje się do wyboru jednego z wariantów, niektórych z nich lub wszystkich z członków alternatywy łącznej. Tymczasem na etapie oceny propozycji cenowych, zdaniem Odwołującego Zamawiający wycofuje się z tego, ponieważ narzuca uciążliwy (wręcz nierealistyczny) warunek wypełnienia tabeli poświęconej kontroli wagowej we wszystkich jej aspektach (wariantach) rodzajowych i cenowych. O ile formalnie wymóg SWZ miał taki kształt, który zapewniał literalną zgodność z SOPZ, to jego wykładnia, z etapu badania i oceny ofert, miała już skutek eliminacyjny.

Jak podkreślił Odwołujący, w doktrynie i orzecznictwie wielokrotnie wskazywano, że wymagania, które podlegają kontroli z uwagi na ich niezgodność z warunkami zamówienia powinny dotyczyć merytorycznych aspektów zamówienia, a niezgodność uzasadniająca odrzucenie oferty winna mieć charakter nieusuwalny. Ponadto, o omawianej przesłance odrzucenia oferty można mówić tylko wtedy, gdy warunki zamówienia są jasne, precyzyjne i nie powodują wątpliwości co do ich interpretacji. Odwołujący podkreślił, że zarówno Zamawiający, jak i wykonawcy są związani treścią SWZ, a błędem Zamawiającego było więc doszukiwanie się nawet nie błahych, co wykorzystujących nieścisłości redakcyjne SWZ-u (którego autorem jest Zamawiający) podstaw unicestwiających ofertę Odwołującego. Na poparcie swoich twierdzeń Odwołujący przywołał liczne wyroki Krajowej Izby Odwoławczej.

W celu ustalenia wiarygodności istnienia potrzeby procedury tzw. kontroli wagowej, Odwołujący porównał wielkość strumienia odpadowego z terenu Gminy Mszana poprzez porównanie wielkości odbieranych w gospodarstwach domowych w 2022 roku i 2023 roku (dane niezbędne do oszacowania wysokości wynagrodzenia na świadczenie usługi zagospodarowania i odbierania odpadów komunalnych w roku 2025) stwierdzając, że strumień odpadów wykazuje tendencję stałą, przy czym jak zaznaczył Odwołujący, że ten sam wykonawca, tj. Eko-Glob za realizację usługi w 2024 roku wycenił swoje wynagrodzenie wielkością niższą niż za okres obejmujący 2025 r.

W końcowej augmentacji Odwołujący wskazał, że wielowątkowa kalkulacja cenowa odnosząca się do tzw. kontroli wagowej miała więc charakter czysto idealistyczny, służący do powstania dodatkowej przestrzeni dla stosowania nieformalnego kryterium wyborowego, co powyżej zostało, jego zdaniem udowodnione.

W dalszej części uzasadnienia Odwołujący przeszedł do argumentacji zarzutu dotyczącego naruszenia art. 92 PZP, oznaczonego jako zarzut nr 4 w petitum odwołania. Podkreślił, że w materiałach przetargowych Zamawiający nie dopuścił stosowania cen wariantowych. Natomiast zdaniem Odwołującego, Zamawiający zastosował hybrydowy system weryfikacji ofert, mimo braku formalnych zapisów w dokumentacji przetargowej opartych na art. 92 PZP. Odwołujący wskazał, że Eko-Glob w formularzu podał ofertę cenową określając swoje wynagrodzenie w wysokości 3 224 276, 65 zł, złożył deklarację o zorganizowaniu i przeprowadzeniu kampanii informacyjnej, a także zapewnił, że do realizacji przedmiotu umowy będzie wykorzystywał materiały pochodzące z recyklingu. Na identycznym schemacie została zbudowana oferta Odwołującego. Zdaniem Odwołującego, jak wskazał w odwołaniu tj. „podwariant oceny Gminy zakładał taki opis przedmiotu zamówienia, aby element wielowątkowości zaznaczył się w obszarze kontroli wagowej (tj. element z modelem oferty wariantowej, jako oferty docelowej). Zamawiający bowiem wymagał wyboru jednej z opcji, ale z bliżej

nie sprecyzowanej potrzeby zażądał podania elementu cenotwórczego w 4 różnych konotacjach." Zbędne było według Odwołującego badanie jego oferty pod kątem oceny zdolności realizacyjnych EKO spółki z ograniczoną odpowiedzialnością. Taki system rekrutacji wykonawcy faworyzuje jednego z wykonawców, tj. Eko-Glob, który identyczny rynek miejscowy obsługiwał w 2024 roku.

Na koniec Odwołujący przedstawił argumentację dla uzasadnienia zarzutu naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP w zw. z art. 16 pkt 2 PZP oznaczonego jako zarzut nr 1 w petitum odwołania. Jak wskazał Odwołujący, stanowisko Zamawiającego zajęte w informacji o odrzuceniu jego oferty, jego zdaniem jest więcej niż lakoniczne, de facto ogranicza się do przywołania jednego zdania tytułem uzasadnienia prawnego, zaś w uzasadnieniu faktycznym dokonano selekcji i przywołania tych norm specyfikacyjnych, które – w ocenie Zamawiającego – Odwołujący naruszył. Mając do dyspozycji dwie oferty w postępowaniu przetargowym zadaniem Zamawiającego było wskazanie tych aspektów oferty Odwołującego, które nie pozwalały Zamawiającemu na nadanie jej dalszego biegu. Warunki udziału w postępowaniu oraz wagi oceny oferty zostały co do zasady sporządzone zgodnie z przepisami z jednym, acz istotnym wyjątkiem, umożliwiającym Zamawiającemu opcję skorygowania wyboru oferty o bliżej nie sprecyzowany wątek „*aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji najkorzystniejszego cenowo wariantu*”. Odwołujący zwrócił uwagę, że do etapu decyzji Zamawiającego z dnia 29 listopada 2024 r. tajemnicą pozostaje zastrzeżenie sobie takiego uprawnienia. Tryb udzielania odpowiedzi na pytania wykonawców też nie pozwolił wyświetlić tej kwestii. Odwołującemu nadal nie wiadomo, jakie racje przyświecały Zamawiającemu przy kreśleniu tego uprawnienia. Tym bardziej, że kalkulacja obu oferentów miała opierać się na 4 segmentach cenowych, z których – w odniesieniu do oferty Odwołującego – Zamawiający nadał tylko jednemu segmentowi prymat nad pozostałymi.

W dniu 11 grudnia 2024 r. w ramach przedmiotowego postępowania zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego wykonawca Janusz Kuczaty prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „EKO-GLOB” Przedsiębiorstwo Komunalne Janusz Kuczaty z siedzibą w Belsznicy (zwany dalej: „Przystępujący”).

W dniu 20 grudnia 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której ustosunkował się do zarzutów podniesionych przez Odwołującego w odwołaniu.

W dniu 19 grudnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania, przedstawiając argumentację na poparcie swoich wniosków.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz uczestnika postępowania wyrażone w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz piśmie procesowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 ustawy PZP i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy PZP.

Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia wykonawcy Janusza Kuczatego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO-GLOB” Przedsiębiorstwo Komunalne Janusz Kuczaty z siedzibą w Belsznicy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego wykonawcę Janusza Kuczatego prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „EKO-GLOB” Przedsiębiorstwo Komunalne Janusz Kuczaty z siedzibą w Belsznicy. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie z załącznikami i pisma procesowego złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami.

Izba ustaliła co następuje:

Zamawiający Gmina Mszana prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z terenu Gminy Mszana w okresie od 01.01.2025 do 31.12.2025r.

Opisany w treści odwołania oraz w odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Przystępującego stan faktyczny sprawy odpowiada rzeczywistości, wobec czego Izba uznała za zbędne jego powtarzanie.

Izba oceniła, że materiał dowodowy jest wiarygodny i wszechstronny oraz umożliwiającą wydanie rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, iż argumentacja Odwołującego podniesiona w odwołaniu w głównej mierze skupiała się na zarzucie naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, który to przepis był podstawą odrzucenia oferty Odwołującego przez Zamawiającego. Jak Odwołujący na wstępie uzasadnienia odwołania wskazał, co również wybrzmiało na rozprawie, iż nie sformułował on w tym zakresie zarzutów dotyczących treści SWZ. Izba dokonując analizy dokumentacji postępowania, jak również biorąc pod uwagę argumentację Odwołującego podaną w uzasadnieniu odwołania oraz na rozprawie, ostatecznie doszła do przekonania, że Odwołujący zarzucając Zamawiającemu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5, tak naprawę kwestionuje postanowienia Szczegółowego Opisu Przedmiotu zamówienia, a tym samym należało uznać, iż argumentacja ta jest w znacznej mierze spóźniona.

Przed wszystkim skład orzekający wziął pod uwagę to, że Zamawiający w SOPZ w części V Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, w pkt 3 zatytułowanym Kontrola wagowa opisał Tabelę 5. W tabeli tej Zamawiający przewidział cztery pozycje określające możliwe warianty dla kontroli ważenia tj. pojazdy wyposażone w wagę wraz z oprogramowaniem, posiadanie/installacja legalizowanej wagi najazdowej, ważenie odpadów w PSZOK przy ul. Górniczej w Mszanie oraz odrębna umowa z podmiotem posiadającym legalizowaną wagę. Co istotne pod tą tabelą Zamawiający wyraźnie poinformował potencjalnych oferentów o jego wymaganiach dotyczących wypełnienia tejże tabelki, wskazując, że „Zamawiający informuje, iż Wykonawca ma prawo wybrać jedno z wyżej podanych rozwiązań i wskazać wybraną opcję w formularzu ofertowym. Nie mniej jednak Wykonawca jest zobowiązany do podania, według niżej podanej tabeli, kalkulacji cenowej wszystkich ww. opcji w celu, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji

najkorzystniejszego cenowo wariantu”. Dostrzeżenia wymaga iż wymóg podania w tabeli kalkulacji cenowej wszystkich wskazanych wariantów został dodatkowo przez Zamawiającego podkreślony poprzez pogrubienie czcionki.

Argumentacja Odwołującego odnosiła się właściwie do kwestionowania zasadności wymagania przez Zamawiającego konieczności wypełnienia wszystkich pozycji tabeli mimo, że ostatecznie Zamawiający wskazał, iż wykonawca ma prawo wybrać tylko jedno z podanych rozwiązań i tą wybraną opcję wskazać w formularzu ofertowym. Odwołujący podkreślił, że jego zdaniem Zamawiający nie miał podstaw, aby wprowadzać do SOPZ taki wymóg. Określony przez Zamawiającego cel, dla którego wprowadził wymaganie podania w Tabeli 5, kalkulacji cenowej wszystkich opcji, jako możliwość dla Zamawiającego weryfikacji najkorzystniejszego cenowo wariantu, jest niezrozumiała wręcz jak podkreślił Odwołujący, uregulowanie to jest ingerencją Zamawiającego w samodzielność kalkulowania i bilansowania oferty przez wykonawcę.

Podkreślić należy jednakże, że w ocenie Izby, jeśli Odwołujący miał jakiegokolwiek wątpliwości co do tak sformułowanej tabeli i stawianych co do jej wypełnienia wymagać mógł zwrócić się z wnioskiem do Zamawiającego o wyjaśnienie SWZ lub nawet złożyć odwołanie na postanowienia zawarte w SWZ. Odwołujący tego nie uczynił w określonych przez ustawę PZP terminach, w związku z tym na obecnym etapie treść SWZ nie podlega już zmianie, jest wiążąca dla wszystkich wykonawców i negowanie ich na aktualnym etapie należy uznać za spóźnione. W tym miejscu można przywołać wyrok Sąd Najwyższy z 5 czerwca 2014 r., sygn. akt: IV CSK 626/13, który wskazał, że niezwrócenie się przez wykonawcę do zamawiającego – w razie uzasadnionych wątpliwości – o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, może uzasadniać zarzut niedochowania należytej staranności zawodowej (art. 355 § 2 KC).

Izba doszła do przekonania, że z dokumentacja postępowania w zakresie sposobu wypełnienia Tabeli 5 była czytelna i zrozumiała. W sposób niebudzący wątpliwości wynikał z niej obowiązek wypełnienia całej Tabeli 5 przez wykonawcę poprzez podanie kalkulacji cenowej dla wszystkich pozycji, przy jednoczesnym wskazaniu przez Zamawiającego, że wykonawca ma prawo wybrać tylko jedno z podanych rozwiązań w tabeli i wskazać wybraną opcję w formularzu cenowym. W związku z brakiem podania tych informacji w ofercie Odwołującego, Zamawiający w sposób prawidłowy odrzucił jego ofertę na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP. Tym samym zarzut dotyczący naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 PZP podlegał oddaleniu.

Oddaleniu podlegał również zarzut dotyczący naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 pzp. Izba nie podzieliła argumentacji Odwołującego, iż stanowisko Zamawiającego przedstawione w informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego jest lakoniczne i ogranicza się do przywołania jednego zdania tytułem uzasadnienia prawnego. Zdaniem Izby w przedmiotowym postępowaniu uzasadnienie dotyczące odrzucenia oferty Odwołującego zawierało wystarczające informacje co do przyczyn jakie legły u podstaw decyzji Zamawiającego dotyczącej odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający przywołał podstawę prawną, a następnie w uzasadnieniu faktycznym wskazał czym się kierował podejmując decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, wskazując m.in., że: „Zamawiający w treści Szczegółowego Opisu Przedmiotu Zamówienia zobowiązał Wykonawcę do podania kalkulacji cenowej wszystkich wariantów kontroli wagowej, aby Zamawiający miał możliwość weryfikacji najkorzystniejszego cenowo wariantu, a wybrany przez Wykonawcę wariant miała zostać oznaczony symbolem „X”.

Wykonawca nie podał wszystkich wymaganych przez Zamawiającego kalkulacji cenowych dotyczących kontroli wagowej a jedynie tą, którą później przyjął do wyliczenia szacunkowej ceny brutto za wykonanie przedmiotowego zamówienia. Wobec powyższego oferta Wykonawcy EKO Sp. z o. o. jest niezgodna z warunkami zamówienia, a zatem podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.”

Tym samym Izba uznała, że Zamawiający prawidłowo wypełnił obowiązek nałożony przez ustawodawcę dotyczący podania uzasadnienia faktycznego swojej decyzji przez Zamawiającego i nie doszło do naruszenia art. 253 ust. 1 pkt 2 PZP w związku z art. 16 pkt 2 PZP.

Kolejnym zarzutem podnoszonym przez Odwołującego był zarzut dotyczący naruszenia art. 92 PZP. Odwołujący swoją argumentację budował w oparciu o to, iż jego zdaniem zarzut dotyczący wariantowości sprowadzał się do sposobu uregulowania Tabeli 5 tj kontrola wagowa wybór wariantu – jak określił Odwołujący – element z modelem oferty wariantowej jako oferty docelowej. Izba odnosząc się do dość lakonicznej argumentacji wskazanej w odwołaniu, jak również argumentacji przedstawionej na rozprawie nie dopatrzyła się, aby Zamawiający naruszył art. 92 ust pzp. Zamawiający w pkt 11 SWZ wskazał, iż nie dopuszcza możliwości złożenia oferty wariantowej. Oferty złożone w postępowaniu nie były ofertami wariantowymi. Wskazanie przez Zamawiającego w Tabeli 5 czterech możliwości – wariantów dotyczących sposobu kontroli ważenia, nie można utożsamiać z ofertą wariantowa. Izba doszła do przekonania iż, tak naprawdę argumentacja prezentowana przez Odwołującego dotycząca i tego zarzuty sprowadzała się ponownie do kwestionowania zasadności wypełnienia wszystkich pozycji Tabeli 5. Na marginesie można zauważyć, iż Odwołujący w swej argumentacji nie dostrzegł tego, że mimo, iż Zamawiający wskazał cztery możliwe warianty, to i tak wykonawca miał prawo wybrać tylko jeden z nich.

Nie potwierdził się także zarzut odwołania dotyczący naruszenia przepisu art. 16 pkt 1 i 3 PZP. Stosownie do art. 16 pkt 1 i pkt 3 PZP: Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, 3) proporcjonalny. Odwołujący nie przedstawił w tym zakresie szerszej argumentacji, jak również nie wykazał, że doszło do naruszenia przywołanych zasad udzielenia zamówień publicznych.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 2 ust. 1 pkt 2 w zw. § 5 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Izba nie zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwoty dotyczącej reprezentowania Przystępującego przed Krajową Izbą Odwoławczą wynikającej ze złożonej przez Przystępującego na rozprawie faktury VAT, mając na uwadze przepisy wynikające z § 8 ust. 2 ww. rozporządzenia.

W związku z powyższym, Izba orzekła jak w sentencji.

Przewodnicząca: