

WYROK

Warszawa, dnia 2 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Irmina Pawlik

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2024 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 10 czerwca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Partner D.A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Góra Kalwaria

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Otwock Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Otwocku oraz Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego - wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Partner D.A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez odwołującego 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 2009/24

Uzasadnienie

Zamawiający Gmina Góra Kalwaria (dalej jako „Zamawiający”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na usługi pn. „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Góra Kalwaria oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych” (znak sprawy: ZAP.271.1.2024.ASK). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 25 stycznia 2024 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej S: 18/2024 pod numerem 00051453-2024. Do ww. postępowania o udzielenie zamówienia zastosowanie znajdują przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej „ustawa Pzp”). Wartość szacunkowa zamówienia przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ustawy Pzp.

W dniu 10 czerwca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Partner Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa z siedzibą w Warszawie oraz Partner D.A. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Odwołujący”) wnieśli odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. odrzuceniu oferty Odwołującego jako niezgodnej z warunkami zamówienia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp,
2. zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia załącznika nr 3 do SWZ - Wykazu instalacji jako podmiotowego środka dowodowego przed wyborem oferty najkorzystniejszej - z naruszeniem art. 126 ust 1 ustawy Pzp (gdyby uznać z ostrożności, że SWZ kreowała wymóg złożenia tego środka dowodowego wraz z ofertą – zaniechanie wezwania do jego uzupełnienia z naruszeniem art. 128 ust 1 ustawy Pzp),
3. wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Otwock Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Otwocku oraz Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”)

co skutkuje naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni

wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej jako obciążonej wadą mającą wpływ na wynik postępowania oraz powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu i w jej wyniku unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego, wezwanie Odwołującego do złożenia Załącznika nr 3 do SWZ – Wykazu instalacji odpadów jako podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 126 ust 1 Pzp, ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Uzasadniając zarzuty Odwołujący w pierwszej kolejności przedstawił informacje wynikające z ogłoszenia o zamówieniu oraz SWZ dotyczące warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej odnoszącego się do posiadania przez wykonawcę instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych lub aktualnych umów na zagospodarowanie odpadów z instalacjami zagospodarowującymi odpady oraz instalacjami zastępczymi. Odwołujący opisał także wymagane w tym zakresie w SWZ podmiotowe środki dowodowe (wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zewnętrznych – załącznik nr 3 do SWZ), składane przez wykonawcę najwyższej ocenionej na wezwanie Zamawiającego. Odwołujący podkreślił, że w świetle treści ogłoszenia o zamówieniu Zamawiający w sposób jednoznaczny zidentyfikował warunek podmiotowy udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej (art. 112 ust 2 pkt 4 ustawy Pzp) i przewidział weryfikację dowodową spełniania warunku w trybie art. 126 ust 1 ustawy Pzp na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej z obowiązkiem wezwanego wykonawcy do złożenia opisanego w ogłoszeniu podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – w postaci wypełnionego formularza Załącznika nr 3 do SWZ. Specyfikacja analogicznie jak ogłoszenie o zamówieniu kwalifikuje wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – w postaci wypełnionego formularza Załącznika nr 3 do SWZ jako podmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 7 pkt 17 ustawy Pzp. Zdaniem Odwołującego w świetle brzmienia zarówno ogłoszenia o zamówieniu jak również treści SWZ i wzoru formularza Załącznika nr 3 nie ulega wątpliwości, że mamy do czynienia: - z warunkiem podmiotowym udziału w postępowaniu, - podmiotowym środkiem dowodowym składanym w trybie art. 126 ust 1 ustawy Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej, - dokument w postaci wypełnionego Wykazu stanowi Załącznik nr 3 do Umowy o zamówienie publiczne. Dodatkowo Odwołujący wskazał, że na etapie złożenia ofert Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego JEDZ który zgodnie z SWZ miał na tym etapie postępowania stanowić wstępne potwierdzenie - dowód spełniania warunku m.in. dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej. Zdaniem Odwołującego w świetle wymagań dokumentów zamówienia powołanych powyżej, które są całkowicie spójne i konsekwentne zarówno na poziomie ogłoszenia o zamówieniu jak i SWZ wraz z załącznikami, nie może być mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

Odwołujący zauważył ponadto, że Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uznał że jej treść ma być niezgodna z warunkami zamówienia, przy czym upatruje tej podstawy wymogu wynikającym z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazuje jako podstawę odrzucenia oferty art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp odnoszący się do dokumentów zamówienia nie zaś art. 226 ust 1 pkt 4 ustawy Pzp – tj. przypadek gdyby oferta wykonawcy miała być nieważna na podstawie odrębnych przepisów w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) z dnia 13 września 1996r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022r. poz. 2519). Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że ten nie złożył w terminie składania ofert wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady. Tymczasem jak wynika z dokumentów zamówienia Zamawiający w tym zakresie ustanowił warunek podmiotowy udziału w postępowaniu zaś wstępnym dowodem dla potwierdzenia jego spełniania na etapie złożenia oferty miał być JEDZ, który Odwołujący złożył – potwierdzając zgodnie z SWZ spełnienie warunku. Z kolei jak wynika z powołanych powyżej postanowień ogłoszenia oraz SWZ z załącznikami, Wykaz instalacji odpadów, którego nie złożył z ofertą Odwołujący to podmiotowy środek dowodowy, którego Zamawiający wymagał dopiero na etapie poprzedzającym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w stosunku do wykonawcy najwyższej ocenionej. Zamawiający zaniechał zatem wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego – formularza Wykazu instalacji odpadów zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ - jednocześnie będącym Załącznikiem nr 3 do Umowy zarzucając, że wykonawca nie złożył Wykazu wraz z ofertą. Odwołujący wskazał, że regulacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie przewiduje sankcji dla przypadku niepodania takich informacji w ofercie w szczególności w postaci nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego – przy czym uwzględniając charakter Wykazu jako podmiotowego środka dowodowego w postępowaniu jego złożenie Zamawiającemu nastąpi przed uzyskaniem zamówienia i wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazał, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp ma charakter sankcyjny, co oznacza, że skorzystanie z niego i przypisanie wykonawcy niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia musi być niewątpliwe i jednoznaczne. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy – oferta Odwołującego,

merytoryczne oferowane przez niego świadczenie, jest zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego a Wykaz instalacji zgodnie z dokumentami zamówienia jako podmiotowy środek dowodowy miał być złożony na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Znamienne przy tym, że Zamawiający w pełni świadomy sposób manipuluje treścią dokumentów zamówienia i całkowicie pomija w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, że Załącznik nr 3 do SWZ – Wykaz instalacji to podmiotowy środek dowodowy żądany w postępowaniu na potrzeby wykazania spełnienia warunku jaki sam Zamawiający postawił wobec ubiegających się o udzielenie zamówienia. Uzasadnienie odrzucenia odnosi się tymczasem do innego fragmentu SWZ w którego treści Zamawiający ponownie odwołuje się do tego samego Załącznika nr 3 do SWZ. Odwołujący zauważył, że Rozdział II Podrozdział 11 pkt 6 SWZ wskazuje, że wykonawca składa ofertę z oświadczeniami i dokumentami wskazanymi w Rozdziale II podrozdziale 9 SWZ (Odwołujący przywołał brzmienie powyższych postanowień).

Odwołujący dodał, że SWZ nie była konsekwentna odnośnie etapu postępowania na jakim należało złożyć Załącznik nr 3 – jednak w świetle treści ogłoszenia i SWZ skoro Załącznik nr 3 to podmiotowy środek dowodowy dla potwierdzenia warunku udziału, wymagany co wprost wynika z SWZ i ogłoszenia na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej (i jako podmiotowy środek dowodowy podlegający trybowi uzupełniania zgodnie z art. 128 ust 1 ustawy Pzp) to brak byłoby podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia podmiotowego środka dowodowego wraz z ofertą. Złożenie podmiotowego środka dowodowego dla potwierdzenia warunku następuje co do zasady na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej (wstępnym dowodem spełnienia warunku na etapie złożenia oferty jest JEDZ), co wprost wynika i z Pzp – art. 125 ust 3, jak i SWZ. Odwołujący wskazał także na art. 126 ust 2 ustawy Pzp, podnosząc, że SWZ ani ogłoszenie o zamówieniu takich wymagań (wyjątek od zasady składania podmiotowych środków dowodowych na wezwanie przed wyborem) nie zawierają. Nawet gdyby jednak twierdzić, że SWZ w tym właśnie miejscu wymagać miała od wykonawców złożenia Załącznika 3 - Wykaz instalacji już wraz z ofertą (co jednak nie wynika z SWZ, która precyzuje tak warunek udziału jak i podmiotowy środek dowodowy i etap jego złożenia przed wyborem na wezwanie Zamawiającego) - to podmiotowy środek dowodowy jest dokumentem obligatoryjnie uzupełnialnym w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp, a więc nawet w takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego byłoby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia w trybie art. 128 ust 1 ustawy Pzp przed wyborem oferty najkorzystniejszej. Czynność odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 ustawy Pzp wskazuje, że Zamawiający potraktował Załącznik nr 3 -Wykaz instalacji który stanowi podmiotowy środek dowodowy dla potrzeb wykazania spełnienia warunku podmiotowego jako treść oferty wykonawcy. Załącznik nr 3 – Wykaz instalacji odpadów stanowi, co jednoznacznie i konsekwentnie wynika z dokumentów zamówienia, podmiotowy środek dowodowy nie zaś treść oferty.

Odwołujący odnosząc się do treści zawiadomienia o odrzuceniu podniósł ponadto, że zawarty tam dopisek „Dodatkowe informacje” wskazujący, że wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zewnętrznych nie podlega uzupełnieniu, nie znajduje się w treści SWZ,co wyklucza możliwość zastosowania sankcji odrzucenia oferty. W powyższych okolicznościach stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzuceniu o braku profesjonalizmu Odwołującego jest niezrozumiałe. Jak wynika z dokumentacji to sam Zamawiający w powołanym Rozdziale II podrozdział 11 SWZ wprowadza wykonawców w błąd – najprawdopodobniej omyłkowo wymagając złożenia Załącznika nr 3 który jest podmiotowym środkiem dowodowym wraz z ofertą podczas gdy w kilku innych miejscach dokumentacji traktuje ten sam Wykaz jako podmiotowy środek dowodowy wymagany przed wyborem, ale nie jako treść oferty a jednocześnie odrzuca z powyższego powodu ofertę najkorzystniejszą. Skoro SWZ i ogłoszenie klarownie wskazują na warunek podmiotowy i podmiotowy środek dowodowy w postaci Załącznika nr 3 stanowiącego Załącznik do umowy jako dokumenty wymagane przed wyborem od najwyższej ocenionego wykonawcy, to całkowicie nielogiczne jest usiłowanie potraktowania powyższego wymagania jako kreującego z dokładnie tego samego podmiotowego środka dowodowego (Załącznik nr 3) i jego zawartości treść oferty wykonawcy, której niezłożenie stanowić ma podstawę bezwzględne odrzucenia oferty Odwołującego.

Z ostrożności Odwołujący wskazał na orzecznictwo Izby ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia, przy zakazie dokonywania na tym etapie postępowania nadinterpretacji wymagań SWZ czy też zmian wymagań. Podkreślił, że w odniesieniu do treści wymagań SWZ w przypadku ich sprzeczności czy też wątpliwości odnośnie jednoznaczności i sposobu interpretacji istnieje konieczność odczytywania postanowień SWZ na korzyść wykonawców. Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, jak i orzecznictwa, ewentualne nieprecyzyjności oraz niejasności dokumentacji postępowania obciążać muszą autora danego dokumentu, zgodnie z zasadą *in dubio contra proferentem* (w razie wątpliwości przeciwko oświadczającemu). W tej sytuacji wszelkie niejasności i nieprecyzyjności treści dokumentacji postępowania, w szczególności SWZ oraz OPZ, obciążają Zamawiającego i nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji niewłaściwego przygotowania dokumentacji

postępowania przez Zamawiającego, czy też skutków rozszerzającej wykładni treści takiej dokumentacji. Odwołujący wskazuje, że interpretacja jakiej dokonuje w odniesieniu do wymagania SWZ, skutkująca w dodatku bezzasadnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania, jest niedopuszczalna. Skutkiem nadinterpretacji wymagań SWZ przez Zamawiającego jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych takich jak wyrażona w art. 16 ustawy Pzp zasada równości oraz uczciwej konkurencji ale także zasady efektywności o której mowa w art. 17 ustawy Pzp. W wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto zdaniem Odwołującego do naruszenia zasady przejrzystości postępowania a naruszenia powyższe mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Zamawiający w dniu 25 czerwca 2024 r. złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc o oddalenie odwołania w całości.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Zamawiający w szczególności powołał się na opis przedmiotu zamówienia oraz obowiązki nałożone na wykonawców (pkt 1.1., 1.2, 5.2 OPZ). Wskazał, że określił wzór wykazu instalacji i jednoznacznie określił, że ma on stanowić element oferty wykonawcy. W rozdziale II podrozdziale 11 pkt 6 lit. c) SWZ, Zamawiający wskazał, że wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć: „c) Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych - załącznik nr 3 do SWZ;” (załącznik był wymagany do złożenia wraz z ofertą, przed upływem terminu składania ofert). Obowiązek wskazania w ofercie listy instalacji do których będą przekazywane odpady i wprowadzenie tego wymogu do SWZ wynikał z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „ustawa ucpg”). W załączniku nr 5 do SWZ – Opis przedmiotu zamówienia - Zamawiający powołał się, w pkt 5.1, na ustawę ucpg”, gdzie obowiązek wskazania w ofercie wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady wynika z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, gdyż Odwołujący nie wskazał w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady, tj. nie złożył wraz z ofertą wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ. Skoro Odwołujący nie dołączył do oferty wykazu instalacji, to oznacza, że treść złożonej oferty była niezgodna z warunkami zamówienia, co w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp rodziło konieczność jej odrzucenia. Zamawiający musi mieć wiedzę dokąd będą trafiały odpady, które zostaną odebrane od właścicieli nieruchomości, ponieważ wiąże się to z odpowiedzialnością za gminny system gospodarki odpadami (w tym osiągnięcie wymaganych poziomów recyklingu lub w sytuacji niewłaściwego zagospodarowania odpadów). Z tego powodu wiedza w zakresie instalacji, do której wykonawca będzie przekazywał odpady, ma tak istotne znaczenie. Ponadto, informacje na temat instalacji, do których przekazywane będą odpady zbierane selektywnie, stanowią treść oferty i wskazują na sposób, w jaki będzie wykonywane świadczenie stanowiące przedmiot zamówienia. Jest to element indywidualizujący oferowane świadczenie, stanowiący o warunkach realizacji zamówienia i wpływający bezpośrednio na koszty związane z realizacją zamówienia. Zamawiający podniósł, że charakter prawny i rola wykazu instalacji zamieszczonego w ofercie znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej (w piśmie przywołano orzecznictwo). Zauważył też, że Odwołujący nie złożył zapytania co do terminu i sposobu złożenia wykazu instalacji, jeżeli termin ten budził wątpliwości. W postępowaniu zostały złożone oferty przez trzech wykonawców. Odwołujący był jedynym Wykonawcą, który nie złożył wraz z ofertą wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania wezwania Odwołującego do złożenia Załącznika nr 3 do SWZ Zamawiający wskazał, że przez ofertę należy rozumieć ofertę opisaną w art. 218 -220 ustawy Pzp, czyli dokument który można złożyć jedynie raz i tylko w terminie do składania ofert określonym przez Zamawiającego. Tymczasem w ofercie Odwołującego nie złożono wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych, którego wzór stanowił załącznik nr 3 do SWZ. Zatem wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych nie podlega uzupełnieniu. W tym zakresie wskazano na orzecznictwo. Dalej Zamawiający podniósł, iż wskazane w zarzucie nr 2 przepisy – art. 126 oraz art. 128 dotyczą podmiotowych środków dowodowych, nie odwołują się zaś do treści oferty, zatem Zamawiający nie wezwał Odwołującego powołując się na powyższe przepisy. Ta niezgodność treści oferty nie może być usunięta w trybie art. 223 ust. 2 pkt 3) ustawy Pzp, ponieważ wiązałoby się to z istotną zmianą treści oferty. Nie tylko przesądził o tym sam Zamawiający w treści OPZ, ale niesie to ze sobą dalej idące konsekwencje. Zamawiający w ślad za orzecznictwem podkreślił, że czym innym jest sposób realizacji zamówienia, który powinien wynikać z treści oferty, a czym innym wykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący podnosi w swoim odwołaniu, iż wykaz instalacji miał być żądany na potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu a nie wraz z ofertą, wobec czego Zamawiający przytoczył treść warunku udziału w postępowaniu w tym zakresie, podkreślając, że warunkiem udziału w postępowaniu nie było wskazanie instalacji, do których Wykonawca będzie transportował odpady a dysponowanie tymi instalacjami bądź posiadanie z nimi odpowiednich umów i ta okoliczność powinna być wykazywana

na etapie postępowania udzielenie zamówienia publicznego przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Podsumowując Zamawiający wskazał, że wykaz instalacji żądany wraz z ofertą miał określać sposób realizacji zamówienia i umożliwiać Zamawiającemu weryfikację zgodności treści oferty z treścią SWZ i OPZ, zaś wykaz instalacji żądany jako podmiotowe środki dowodowe miał potwierdzać, że Wykonawca dysponuje tymi instalacjami (wskazanymi w treści oferty) i na jakiej podstawie (tylko w taki sposób Zamawiający mógł ocenić w takim przypadku spełnianie warunków udziału w postępowaniu). Odwołujący nie dołączył do oferty wykazu instalacji, to oznacza, że treść złożonej oferty była niezgodna z warunkami zamówienia, co w świetle art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp rodziło konieczność jej odrzucenia.

W dniu 25 czerwca 2024 r. pismo procesowe w sprawie złożyli także wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Remondis Otwock Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Otwocku oraz Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (dalej jako „Przystępujący”), wnosząc o oddalenie odwołania w całości i prezentując stanowisko zbieżne z zajętym przez Zamawiającego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, uwzględniając akta sprawy odwoławczej, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła skuteczność przystąpienia zgłoszonego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Remondis Otwock Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Otwocku oraz Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie.

Izba stwierdziła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości na podstawie art. 528 ustawy Pzp.

Izba uznała, iż Odwołujący, jako podmiot, który wnosząc odwołanie dąży do unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia czynności odrzucenia jego oferty, a w konsekwencji powtórzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego, wykazał, iż posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, co następuje:

W oparciu o dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego Izba ustaliła, że zamówienie obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ) odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Góra Kalwaria oraz z PSZOK, w sposób zapewniający osiągnięcie poziomów recyklingu określonych w art. 3b ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13 września 1996 r. (t. j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 ze zm.), przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z postanowieniami ww. ustawy, zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami (WPGO) dla Mazowsza oraz zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Góra Kalwaria. W zakres zamówienia (zgodnie z Rozdziałem II Podrozdział 1 pkt 1.1.) wchodzi:

- odbiór odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z obszaru gminy Góra Kalwaria zgodnie z ustalonym harmonogramem,
- odbiór odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zlokalizowanego w Górze Kalwarii, ul. Skierniewicka 6,
- transport odpadów komunalnych do instalacji komunalnych,
- zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującym prawem,
- dostarczenie właścicielom nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnego zbierania odpadów oraz harmonogramów odbioru odpadów komunalnych.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a także opis wymagań Zamawiającego w stosunku do realizacji przedmiotu zamówienia określa Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) oraz wzór umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

W Rozdziale II Podrozdział 7 określono warunki udziału w postępowaniu, w tym m.in. w pkt 2.4 lit. b) SWZ wskazano, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: zdolności technicznej lub zawodowej: Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał, że: b) posiada instalacje zagospodarowujące odpady oraz instalacje zastępcze lub posiada aktualne umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodach wskazanych w niniejszym zamówieniu z instalacjami zagospodarowującymi odpady komunalne

oraz instalacjami zastępczymi. W Rozdziale II Podrozdział 9 zawarto wykaz podmiotowych środków dowodowych, w pkt 2) zawarto wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych na wezwanie Zamawiającego przed wyborem najkorzystniejszej oferty przez wykonawcę, którego oferta została najwyższej oceniona, wśród których pod lit. b) wymieniono wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – załącznik nr 3 do SWZ.

Również w ogłoszeniu o zamówieniu, w sekcji 5.1.9 Kryteria kwalifikacji, wskazano na ww. warunek udziału w postępowaniu oraz podmiotowy środek dowodowy – wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – załącznik nr 3 do SWZ.

W Rozdziale II Podrozdział 11 SWZ określono sposób przygotowania ofert. W pkt 6) wskazano Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć:

a) formularz oferty - załącznik nr 1 do SWZ;

b) tabela kosztowa- załącznik nr 2 do SWZ;

c) Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych- załącznik nr 3 do SWZ;

d) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia złożony pod rygorem nieważności w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (JEDZ) – zgodnie z załącznikiem nr 4 do SWZ (...).

Załącznik nr 3 do SWZ zawiera tabelę z kolumną „Nazwa usługi” wypełnioną danymi dotyczącymi poszczególnych kodów odpadów oraz z kolumną „Nazwa i adres instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych”, którą należało wypełnić poprzez wskazanie instalacji dla poszczególnych frakcji odpadów.

W załączniku nr 5 do SWZ – Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej „OPZ”), wskazano w pkt 1.2, że w zakres zamówienia wchodzi transport odpadów do instalacji komunalnych. W pkt 5 dotyczącym obowiązków wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia wskazano, że podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych i przyjętych od właścicieli nieruchomości odpadów do instalacji uprawnionych na podstawie przepisów prawa do realizacji czynności zagospodarowania, w tym: 1) selektywnie zebranych odpadów komunalnych bezpośrednio lub za pośrednictwem innego zbierającego odpady (podwykonawcy) do instalacji odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach; 2) zmieszanych odpadów komunalnych do instalacji komunalnej zapewniającej przetwarzanie, o którym mowa w art. 35 ust. 6 pkt 1 ustawy o odpadach, z zastrzeżeniem art. 158 ust. 4 tej ustawy (pkt 5.2.2 OPZ). W pkt 5.2.5 OPZ wskazano, że przekazanie odpadów do ww. instalacji musi odbyć się z poszanowaniem przepisów prawa o odpadach, a w szczególności ilość i rodzaj odpadów przekazanych do ww. instalacji powinna zostać w odpowiedni sposób potwierdzona (w tym kwitami wagowymi, kartami przekazania odpadów). Wykonawca ma obowiązek przekazać odpady ww. instalacjom, według zasad obowiązujących u tych odbiorców odpadów, w tym także wyładować pojazd z odpadami na terenie (w miejscu) ww. instalacji lub w miejscu wskazanym przez ten podmiot (do 10 km od miejsca opisanego wyżej). Zgodnie zaś z pkt 5.2.6. OPZ w przypadku awarii którejś z instalacji (wskazanych przez Wykonawcę w ofercie) lub odmowy przyjęcia odpadów z innych powodów przez którąś z instalacji Wykonawca odbierający odpady ma prawo i obowiązek przekazać odpady do zagospodarowania do innych instalacji. Wykonawca poinformuje Zamawiającego, w formie pisemnej, o wszelkich awariach instalacji, przestojach w przyjmowaniu odpadów, zmianach w funkcjonowaniu instalacji wynikających z przyczyn niezależnych od Wykonawcy, ograniczeniach wynikających z decyzji organów nadzorczych w terminie do 24 godz. od momentu zaistniałych zdarzeń, ograniczeń, przestoju. Wykonawca przedstawi Zamawiającemu umowę z instalacją zastępczą w terminie 7 dni, jeżeli odpady zagospodarowywane będą w tej instalacji dłużej niż 14 dni. Powyżej opisane awaryjne przekazanie odpadów do innej instalacji nie stanowi zmiany umowy w tym zakresie, tj. załącznika nr 3 do umowy.

W pkt 6 OPZ zawarto wymagania stawiane wykonawcy, w tym w pkt 6.7. wymagania dotyczące przyjmowania odpadów do zagospodarowania. W punkcie tym wskazano: Wykonawca wskazuje w ofercie poszczególne instalacje w których będą zagospodarowywane odpady – dla każdego rodzaju odpadu, do których Wykonawca przekaże odebrane odpady. Wykonawca wskazuje także w ofercie instalacje zastępcze, w których będzie prowadzone zagospodarowanie odpadów, dla każdego z wyżej wymienionego rodzaju odpadu. Ponadto: (...) 3) Wskazane w ofercie Instalacje muszą odpowiadać wymaganiom przepisów prawa, w szczególności przepisom ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisom ustawy o odpadach oraz ustawy prawo ochrony środowiska (...)

5) Zobowiązuje się Wykonawcę do wskazania w ofercie miejsc - adresów Instalacji, w których będą zagospodarowane odpady komunalne, w tym adres instalacji, do której Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady oraz miejsc – adresów innych (zastępczych) instalacji, gdzie będą przyjmowane i zagospodarowywane odpady komunalne.

6) Odpady będą przekazywane przez Wykonawcę do miejsc wskazanych w ofercie jako podstawowe instalacje.

Zagospodarowanie w instalacjach zastępczych będzie także odbywało się na koszt Wykonawcy. Wykonawca ma obowiązek niezwłocznie poinformować Zamawiającego, nie później niż w terminie do 24 h od zaistnienia awarii lub innej okoliczności uniemożliwiającej zagospodarowanie odpadów w podstawowej instalacji.

Izba ustaliła ponadto, iż w § 8 ust. 1 pkt 16) wzoru umowy (załącznik nr 9 do SWZ) Zamawiający przewidział możliwość zmiany Umowy, na zasadach wynikających z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku: instalacji, w której następować będzie zagospodarowanie odpadów komunalnych, w szczególności w przypadku zaistnienia obiektywnej niemożności przekazywania odpadów do instalacji wskazanych przez Wykonawcę w ofercie. Ponadto zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 18 wzoru umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: za przekazanie odpadów komunalnych do instalacji innej niż wymienione w załączniku nr 3 – 1 000,00 zł za każdy przypadek.

W postępowaniu wpłynęły trzy oferty: oferta Odwołującego z ceną 21 267 134,65 zł, oferta Przystępującego z ceną 21 465 651,33 zł oraz oferta wykonawcy Jarper Sp. z o.o. z ceną 25 546 960,60 zł. Odwołujący nie załączył do oferty wypełnionego załącznika nr 3 - wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych, pozostali dwaj wykonawcy załączyli taki wykaz.

Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2024 r. zawiadomił wykonawców o wyborze oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadniając czynność odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył w terminie składania ofert, tj. do 21.03.2024, godz.10:00, wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady. Obowiązek wskazania w ofercie wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady wynika z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „ustawa ucpg”): Art. 6d ust. 4 Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: [...] 5) 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; [...]. Zamawiający określił w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w rozdziale II w podrozdziale 11) Sposób przygotowania ofert – Zasady obowiązujące podczas przygotowania ofert, pkt 6) lit. c): Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć: [...] c) Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych- załącznik nr 3 do SWZ; [...].

Dodatkowe informacje:

1. Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych (sporządzony na wzorze załącznik nr 3 do SWZ) nie podlega uzupełnieniu. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 9 października 2020 r., KIO 2348/20, zgodnie z którym: „obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty.” Uwzględniając powyższe, KIO stwierdziła, że brak podania w ofercie informacji o instalacjach do których będą przekazywane odpady, uniemożliwia Zamawiającemu zbadanie oferty Odwołującego pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia. Wykaz instalacji należy złożyć wraz z ofertą (w terminie składania ofert) co wynika także bezpośrednio z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy ucpg.
2. Wykonawca jako profesjonalista miał obowiązek zapoznać i zastosować się do wymogów wynikających z całości dokumentacji. Zgodnie z postanowieniami w rozdziale II podrozdziale 11 (Sposób przygotowania ofert) pkt 6) lit.c) wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych (załącznik nr 3 do SWZ) był wymagany do złożenia wraz z ofertą, przed upływem terminu składania ofert. Wykonawca nie złożył zapytania co do terminu złożenia wykazu instalacji, jeżeli termin ten budził wątpliwości. Skład orzekający KIO podzielił pogląd wyrażony w wyroku z dnia 31 stycznia 2022 r., KIO 21/22: „Odwołujący, jako profesjonalista od lat działający na rynku odpadów (co sam podkreśla w odwołaniu), powinien nie tylko przykładać szczególną wagę do wnikliwej analizy dokumentacji postępowania, ale również znać przepisy powszechnie obowiązującego prawa, które zwierają regulacje istotne dla jego branży – skoro z przepisów wynika obowiązek zamawiającego do żądania od wykonawców wskazania w ofercie instalacji, do których będą przekazywane odpady, to oczywistym jest, że wykonawca musi być przygotowany taki

wykaz każdorazowo w ofercie przedstawić."

3. Wykonawca nie złożył oświadczeń określonych w rozdziale II podrozdziale 9 pkt 1) ppkt 8 lit e) i f), tj.: e) Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.), f) Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady UE 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady UE 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r., o istnieniu albo nieistnieniu okoliczności zakazujących udzielenia Wykonawcy zamówienia publicznego. Zamawiający odstępuje od wezwania do uzupełnienia w/w dokumentów z art. 128 ust. 1 ustawy pzp, ze względu na fakt, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na wyżej wskazaną przesłankę.

Brak złożenia przez Konsorcjum Firm: Partner Sp. z o.o. Sp.K., Partner D.A. Sp. z o.o. w ofercie wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych (wg załącznika nr 3 do SWZ), stanowi przesłankę odrzucenia oferty określoną w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stanowiska Stron i Uczestnika postępowania, poczynione ustalenia faktyczne oraz orzekając w granicach zarzutów zawartych w odwołaniu, Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba za niezasadne uznała zarzuty naruszenia przez Zamawiającego art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, naruszenia art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia lub uzupełnienia podmiotowego środka dowodowego oraz art. 239 ust. 1 w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty Przystępującego jako najkorzystniejszej.

Przywołując treść ww. przepisów należy wskazać, że zgodnie z:

- art. 16 pkt 1 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- art. 126 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wzywa wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia podmiotowych środków dowodowych;
- art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania;
- art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;
- art. 239 ust. 1 ustawy Pzp zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Odwołujący kwestionował czynność odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia z uwagi na brak złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych sporządzonego zgodnie z wzorem stanowiącym załącznik nr 3 do SWZ, twierdząc, że dokument ten stanowił podmiotowy środek dowodowy składany przez wykonawcę, którego ofertę oceniono najwyżej, na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp. Istota sporu w przedmiotowej sprawie sprowadzała się zatem do dokonania oceny, jaki charakter na gruncie postanowień SWZ należało przypisać wykazowi instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych, tj. czy dokument ten stanowił treść oferty, a jako taki nie podlegał uzupełnieniu, czy stanowił on podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie w trybie art. 126 ust. 1 ustawy Pzp i możliwy do uzupełnienia w trybie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie nie budził wątpliwości fakt, że wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych stanowiący załącznik nr 3 został w SWZ wskazany zarówno jako podmiotowy środek dowodowy składany na wezwanie zamawiającego przez wykonawcę, którego ofertę oceniono najwyżej, na potwierdzenie spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w Rozdziale II Podrozdział 7 pkt 2.4 lit. b) SWZ (zob. Rozdział II Podrozdział 9 pkt 2) lit. b SWZ), jak i jako dokument, który należało złożyć wraz z ofertą (zob. Rozdział II Podrozdział 11

pkt 6) lit. c SWZ). Okolicznością istotną w ocenie Izby jest natomiast to, że powyższa niespójność w treści SWZ była ewidentna i dostrzegalna już na pierwszy rzut oka.

Izba stwierdziła, że w odwołaniu silnie zaakcentowano postanowienia SWZ dotyczące kwalifikacji podmiotowej wykonawcy i wymaganych w celu dokonania oceny spełnienia warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej podmiotowych środków dowodowych. Odwołujący nie wskazał natomiast na pozostałe informacje zawarte w dokumentach zamówienia dotyczące wykazu instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych. Odwołujący oparł swoją argumentację jedynie na wybranych, korzystnych z jego perspektywy, postanowieniach SWZ, na podstawie których twierdził, że sporny wykaz jest podmiotowym środkiem dowodowym, pomijając tą treść dokumentów zamówienia, która wskazywała na konieczność uznania wykazu instalacji za treść oferty.

Izba podkreśla, że obowiązkiem wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia jest zapoznanie się z dokumentami zamówienia i przygotowanie oferty, która uwzględnić będzie wymagania z nich wynikające. Wykonawca powinien dokonać zatem kompleksowej lektury dokumentów zamówienia. Zauważyć należy, że nie tylko Rozdział II Podrozdział 11 SWZ wskazywał na obowiązek złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą, czyli na przedmiotowy, merytoryczny charakter tego dokumentu. Zgodnie z OPZ podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany do przekazywania odebranych i przyjętych od właścicieli nieruchomości odpadów do instalacji uprawnionych na podstawie przepisów prawa do realizacji czynności zagospodarowania. Instalacje te należało zaś wskazać w ofercie, co potwierdza wprost pkt 6.7 OPZ, gdzie wskazano: „*wykonawca wskazuje w ofercie poszczególne instalacje w których będą zagospodarowywane odpady – dla każdego rodzaju odpadu, do których Wykonawca prześle odebrane odpady. Wykonawca wskazuje także w ofercie instalacje zastępcze, w których będzie prowadzone zagospodarowanie odpadów, dla każdego z wyżej wymienionego rodzaju odpadu.*” Dalej w pkt 6.7 OPZ stwierdzono m.in. „3) *Wskazane w ofercie Instalacje muszą odpowiadać wymaganiom przepisów prawa, w szczególności przepisom ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz przepisom ustawy o odpadach oraz ustawy prawo ochrony środowiska (...), 5) Zobowiązuje się Wykonawcę do wskazania w ofercie miejsc - adresów Instalacji, w których będą zagospodarowane odpady komunalne, w tym adres instalacji, do której Podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady oraz miejsc – adresów innych (zastępczych) instalacji, gdzie będą przyjmowane i zagospodarowywane odpady komunalne; 6) Odpady będą przekazywane przez Wykonawcę do miejsc wskazanych w ofercie jako podstawowe instalacje. Zagospodarowanie w instalacjach zastępczych będzie także odbywało się na koszt Wykonawcy (...).*” Również wzór umowy (załącznik nr 9 do SWZ) odwoływał się do instalacji wskazanych przez wykonawcę w ofercie. Przedmiotowy wykaz ma stanowić załącznik do umowy. W § 8 ust. 1 pkt 16) wzoru umowy Zamawiający przewidział możliwość zmiany umowy, na zasadach wynikających z art. 455 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, w przypadku: instalacji, w której następować będzie zagospodarowanie odpadów komunalnych, w szczególności w przypadku zaistnienia obiektywnej niemożności przekazywania odpadów do instalacji wskazanych przez Wykonawcę w ofercie. Ponadto zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 18 wzoru umowy wykonawca zapłaci Zamawiającemu karę umowną: za przekazanie odpadów komunalnych do instalacji innej niż wymienione w załączniku nr 3 – 1 000,00 zł za każdy przypadek.

Dalej należy wskazać, że Odwołujący jako profesjonalista działający na rynku odbioru i zagospodarowania odpadów niewątpliwie składając ofertę był także świadomy brzmienia art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2024 r. poz. 399), który nakłada na instytucje zamawiające wymóg zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady. Oczywiście obowiązek ukształtowania odpowiednich postanowień SWZ obciąża instytucję zamawiającą, niemniej nie zmienia to faktu, że wykonawca powinien mieć świadomość, że zasadą jest podanie instalacji już w ofercie.

Uzupełniająco można jeszcze wskazać na okoliczność podnoszoną przez Przystępującego w postępowaniu odwoławczym, a mianowicie że załącznik nr 3 do SWZ - wykaz instalacji w praktyce ani nie potwierdzał posiadania przez wykonawcę instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacje zastępcze, ani posiadania przez wykonawcę aktualnych umów na zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodach wskazanych w niniejszym zamówieniu z instalacjami zagospodarowującymi odpady komunalne oraz instalacjami zastępczymi, czyli okoliczności wskazanych w treści warunku udziału w postępowaniu. We wzorze wykazu nie wymagano bowiem podania informacji o tym czy wykonawca dane instalacje posiada albo czy ma z nimi zawarte umowy, lecz jedynie wskazania nazw instalacji oraz instalacji zastępczych.

W ocenie Izby okoliczności stanu faktycznego sprawy, w tym treść dokumentów zamówienia (w szczególności Rozdział II Podrozdział 11 pkt 6) lit. c SWZ oraz przywołane postanowienia OPZ) pozwalały wywieść wniosek, że wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych stanowił treść oferty – determinował bowiem sposób

realizacji zamówienia. Indywidualizował on oferowane świadczenie poprzez wskazanie do jakich instalacji wykonawca będzie przekazywał odpady i jakie instalacje będą ewentualnymi zastępczymi miejscami przekazania odpadów. Element ten niewątpliwie należy za istotny, konkretyzujący sposób świadczenia usług objętych przedmiotem zamówienia, co znajduje potwierdzenie w orzecznictwie Izby przywołanym w pismach Zamawiającego i Przystępującego. Również Sąd Okręgowy w Warszawie - XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy i Zamówień Publicznych w wyroku z dnia 6 kwietnia 2022 r., sygn. akt XXIII Zs 6/22 potwierdził, że oświadczenie dotyczące proponowanych instalacji nie jest błahe i „czysto informacyjne”, lecz służy do weryfikacji, czy deklarowany sposób realizacji zamówienia jest zgodny z wymaganiami Zamawiającego oraz wymogami prawa. W konsekwencji informacje w tym zakresie – jako stanowiące merytoryczną treść oferty - nie mogą podlegać uzupełnieniu.

Mając na uwadze powyższe, w szczególności kompleksową lekturę postanowień SWZ, dostrzegalną na pierwszy rzut oka rozbieżność co do charakteru wykazu instalacji, jak i uwzględniając wzorzec należytej staranności wymaganej od profesjonalisty, jakim jest Odwołujący, Izba uznała, że wykonawca w takim stanie faktycznym powinien był (po stwierdzeniu niejednoznaczności treści dokumentów zamówienia, którą przy uważnej i całościowej lekturze postanowień SWZ powinien był bez problemu dostrzec) złożyć wykaz instalacji już wraz z ofertą (jak zrobili to pozostali dwaj wykonawcy) albo przynajmniej – stwierdzając oczywistą niespójność w treści dokumentów zamówienia – zwrócić się do zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie treści SWZ. W orzecznictwie podkreśla się, iż wykonawca, który twierdzi, że treść dokumentacji nie jest jednoznaczna, uwzględniając zawodową staranność wymaganą od profesjonalisty (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp) powinien co najmniej, przy wykorzystaniu możliwości wynikającej z art. 135 ust. 1 ustawy Pzp, zadać w tym zakresie zamawiającemu pytania, celem uzyskania wyjaśnienia i doprecyzowania brzmienia wymogów SWZ. Wykonawca, który wątpliwości co do treści dokumentacji nie wyjaśni, co do zasady traci możliwość powoływania się na te okoliczności jako przemawiające na jego korzyść (por. m.in. wyrok KIO z dnia 2 września 2021 r., sygn. akt KIO 2266/21). Tymczasem Odwołujący samodzielnie zdecydował o podmiotowym charakterze wykazu instalacji i wykazu takiego wraz z ofertą nie złożył, pomijając, że w innej części SWZ wskazano na konieczność złożenia tego dokumentu wraz z ofertą, a dokument ten w świetle opisu przedmiotu zamówienia stanowił merytoryczną treść oferty.

W ocenie Izby uważna lektura dokumentów zamówienia powinna doprowadzić Odwołującego do przekonania, że załącznik nr 3 do SWZ ma charakter merytoryczny i stanowi treść oferty, a wykonawca – dochowując należytej staranności - powinien złożyć go wraz z ofertą. Nawet jednak uznając, że SWZ wprowadzała w pewien sposób wykonawców w błąd, to Odwołujący w takiej sytuacji powinien był na odpowiednim etapie przynajmniej zadać Zamawiającemu pytanie w tym zakresie. Tymczasem jak wskazał podczas rozprawy pełnomocnik Odwołującego zajmujący się przygotowaniem dokumentacji ofertowej, uznał on, że ma do czynienia z podmiotowym środkiem dowodowym, a dopiero dogłębna analiza (późniejsza) wskazała, że w SWZ są rozbieżności. Jednak zdaniem Izby, aby zidentyfikować przedmiotową rozbieżność nie była wymagana pogłębiona analiza treści SWZ, była ona łatwo dostrzegalna. Już tylko spojrzenie na wykaz dokumentów wymaganych do złożenia wraz z ofertą zawarty w Rozdziale II podrozdział 11 SWZ pozwalało stwierdzić, że dokument ten należało do oferty dołączyć bądź przynajmniej powziąć wątpliwość co do tego na jakim etapie postępowania należy ten dokument przedstawić. Ponadto Wykonawca sporządzając ofertę powinien zapoznać się wnikliwie z opisem przedmiotu zamówienia, a opis ten również wskazywał na konieczność złożenia wykazu instalacji wraz z ofertą. Odwołujący nie dochował należytej staranności w procesie ofertowania, a w takiej sytuacji na obecnym etapie postępowania nie może zasłaniać się brakiem przejrzystości i nieprecyzyjnym sformułowaniem zapisów SWZ. W ocenie Izby w przedmiotowym stanie faktycznym nie może zostać zastosowana przywołana w odwołaniu zasada, że wątpliwości czy niejednoznaczności SWZ należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy, bowiem zasada ta może znaleźć zastosowanie tylko w przypadku, gdy profesjonalny wykonawca składając ofertę dochował wymaganej od niego należytej staranności (art. 355 § 2 KC w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp). Jak wskazano w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 czerwca 2014 r., sygn. akt IV CSK 626/13, 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).

W świetle powyższego Izba doszła do przekonania, że zarzuty odwołania nie zasługiwały na uwzględnienie, argumentacja zaprezentowana w odwołaniu była jednostronna i oparta na wybiórczych okolicznościach faktycznych, co czyniło ją niepełną i nieprzedstawiającą rzeczywistego stanu rzeczy, a decyzja Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie została skutecznie podważona.

Biorąc pod uwagę wszystko powyższe Izba stwierdziła, że odwołanie podlega oddaleniu i na podstawie art. 553 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów

kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczenia oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Z uwagi na oddalenie odwołania w całości Izba kosztami postępowania obciążyła Odwołującego. Izba nie zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego kosztów poniesionych przez Zamawiającego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, wobec faktu, że dokument potwierdzający wysokość poniesionych kosztów (faktura VAT) został złożony do akt sprawy już po zamknięciu rozprawy.

Przewodnicząca:.....