Sygn. akt: KIO 694/24

WYROK

Warszawa, dnia 18 marca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Tomasz Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczejw dniu 3 marca 2024 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Strzygłowskiej 67FK (04-872 Warszawa) , Agromil spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach przy ul. Rolniczej 442 (05-092 Łomianki) oraz KMM System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie przy ul. Chmielnej 2/31 (00-020 Warszawa) w postępowaniu prowadzonym przez Zakład Usług Komunalnych w Łowiczu z siedzibą w Łowiczu przy ul. Armii Krajowej 2b (99-400 Łowicz)

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Annę Bączek i Andrzeja Bączka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą NOVUM S.C. A.B., A.B. z siedzibą w Markachprzy ul. Paderewskiego 14 (05-270 Marki) oraz EKO-ERDE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach przy ul. Lisa Kuli 25 (05-270 Marki)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Agromil spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach oraz KMM System spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie i:
2.1.zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania;
2.2. zasądza od wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Senda spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, Agromil spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Łomiankach oraz KMM System spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawiena rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Anny Bączek i Andrzeja Bączka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą NOVUM S.C. A.B., A.B. z siedzibą w Markachoraz EKO-ERDE spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Markach, kwotę w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu 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.

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 694/24

U z a s a d n i e n i e

Zakład Usług Komunalnych w Łowiczu zwany dalej „zamawiającym”, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp”, w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Wywóz i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych, skratek, oraz zawartości piaskowników w 2024/2025*
o numerze: 9/2023, zwane dalej: „postępowaniem”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 grudnia 2023 r. pod numerem 2023/S 242-758856.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

W dniu 3 marca 2024 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Senda Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, Agromil Sp. z o.o. z siedzibą
w Łomiankach oraz KMM System Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie(zwani dalej: „odwołującym”) wnieśli odwołanie wobec czynności zamawiającego w postępowaniu, dotyczących zadania nr, polegających na:

- prowadzeniu niedozwolonych negocjacji oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Annę Bączek i Andrzeja Bączka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą NOVUM S.C. A.B., A.B. z siedzibą w Markach oraz EKO-ERDE Sp. z o.o. z siedzibą w Markach (zwanych dalej jako: „Konsorcjum NOVUM") przez wezwanie Konsorcjum NOVUM do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum NOVUM
w punkcie w pkt 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza oferty Konsorcjum NOVUM dla Zadania 1;
- uwzględnieniu niedopuszczalnej zmiany treści oferty Konsorcjum NOVUM w zakresie treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum NOVUM w punkcie w pkt 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza oferty Konsorcjum NOVUM dla Zadania 1;
- badaniu zmienionej w sposób niedopuszczalny oferty Konsorcjum NOVUM w zakresie treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum NOVUM w punkcie w pkt 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza oferty Konsorcjum NOVUM dla Zadania 1;
- wyborze zmienionej w sposób niedopuszczalny oferty Konsorcjum NOVUM w zakresie treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum NOVUM w punkcie w pkt 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza oferty Konsorcjum NOVUM dla Zadania 1 jako najkorzystniejszej;
- zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej.
Zaskarżonym czynnościom zamawiającego, odwołujący zarzucił naruszenie:
1) art. 223 ust. 1 Pzp z uwagi na prowadzenie niedozwolonych negocjacji oferty Konsorcjum NOVUM przez wezwanie Konsorcjum NOVUM do złożenia wyjaśnień w zakresie treści oświadczenia złożonego przez Konsorcjum NOVUM w punkcie w pkt 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza oferty Konsorcjum NOVUM dla Zadania 1, pomimo braku zaistnienia przesłanek warunkujących wezwanie do złożenia wyjaśnień, gdyż oświadczenie Konsorcjum NOVUM w ww. zakresie było jasne i nie budziło żadnych wątpliwości, co w konsekwencji doprowadziło do sprzecznej z przepisami Pzp zmiany treści oferty Konsorcjum NOVUM
i przyznania jej większej ilości punktów w kryterium pozacenowym: Termin odbioru odpadów;
2) art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór zmienionej niezgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp oferty Konsorcjum NOVUM jako najkorzystniejszej pomimo że w istocie oferta Konsorcjum NOVUM przed niedozwoloną zmianą nie była najkorzystniejsza oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego która była najkorzystniejsza;
3) art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz udzielenie zamówienia Konsorcjum NOVUM wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp tj. wykonawcy, którego oferta nie była najkorzystniejsza i nieudzielenie zamówienia wykonawcy, którego oferta była najkorzystniejsza tj. odwołującemu.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:
- uwzględnienie odwołania w całości;
- unieważnienie czynności wyboru oferty Konsorcjum NOVUM najkorzystniej w zakresie Zadania nr 1;
- nakazanie przeprowadzenia ponownego badania i oceny ofert i dokonanie wyboru oferty Odwołującego w zakresie Zadania 1.

Odwołujący wyjaśnił, że ma interes we wniesieniu odwołania, bowiem w wyniku ww. działań i zaniechań zamawiającego, podjętych z naruszeniem ww. przepisów oferta Konsorcjum NOVUM została uznana za najkorzystniejszą. Gdyby natomiast zamawiający nie dopuścił się ww. nieprawidłowości to za najkorzystniejszą uznałby ofertę odwołującego
w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Odwołujący wskazał ponadto, że szkoda, jaką może ponieść w wyniku zaskarżonych czynności zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby, realizując zamówienie.

W uzasadnieniu odwołujący w stwierdził, że na podstawie art. 240 ust. 1 Pzp zamawiający zobowiązany jest opisać kryteria oceny ofert w sposób jednoznaczny
i zrozumiały. Przepis art. 240 ust. 2 Pzp stanowi natomiast, że kryteria oceny ofert i ich opis nie mogą pozostawiać zamawiającemu nieograniczonej swobody wyboru najkorzystniejszej oferty oraz umożliwiają weryfikację i porównanie poziomu oferowanego wykonania przedmiotu zamówienia na podstawie informacji przedstawianych w ofertach. Odwołujący wskazał, że zamawiający zgodnie z ww. art. 240 ust. 1 Pzp w sposób jasny, jednoznaczny
i precyzyjny określił w kryterium termin odbioru odpadów przedziały terminów odbioru odpadów w miesiącach letnich określając następującą liczbę punktów za odbiór
w poszczególnych przedziałach:
1) mniej niż 24 godzin od zgłoszenia – 20 pkt;
2) w ciągu 24-36 godzin od zgłoszenia- 10 pkt;
3) w ciągu 37-48 godzin od zgłoszenia – 5 pkt.

Zdaniem odwołującego z treści tego postanowienia wynika jednoznacznie, że 20 pkt przyznaje się tej ofercie, w której termin odbioru odpadów określono na mniej niż 24 godziny. Natomiast ofercie, w której wskazano termin odbioru odpadów w przedziale począwszy od: „w ciągu 24 godzin" przyznaje się 10 pkt. Zatem analizując jednoznaczną treść pierwotnej oferty Konsorcjum NOVUM w ww. kryterium termin ten określono jako „w ciągu 24 godzin". Zatem w świetle jednoznacznego, literalnego brzmienia tej oferty przed jej zmianą zamawiający powinien przyznać ofercie Konsorcjum NOVUM 10 pkt a nie 20 pkt.
Przechodząc dalej odwołujący wskazał, że art. 223 ust. 1 Pzp przy uwzględnieniu zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji zabrania generalnie dokonywania zmian oferty. W szczególności do zmiany oferty nie może dojść w drodze złożenia wyjaśnień przez wykonawcę. W ocenie odwołującego Konsorcjum NOVUM z naruszeniem art. 223 ust. 1 Pzp dokonało zmiany treści swojej oferty w wyjaśnieniach z dnia 30 stycznia 2024 r. zmieniając termin odbioru odpadów z przedziału obejmującego łączenie 24 godziny (a więc także 24 godzinę) na mniej niż 24 godziny. Co gorsza zamawiający zmianę tą zaaprobował
i uznał, że Konsorcjum NOVUM zaoferowało mniej niż 24 podczas gdy w pierwotnej, jednoznacznej w swej treści ofercie Konsorcjum NOVUM wskazało, że dokona odbioru odpadów w miesiącach letnich „w ciągu 24 godzin".
Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 239 ust. 1 Pzp przez wybór zmienionej niezgodnie z art. 223 ust. 1 Pzp oferty Konsorcjum NOVUM jako najkorzystniejszej, pomimo że w istocie oferta Konsorcjum NOVUM przed niedozwolona zmianą nie była najkorzystniejsza oraz poprzez zaniechanie wyboru oferty odwołującego, która była najkorzystniejsza odwołujący wskazał, że w konsekwencji dopuszczenia niezgodnej z Pzp zmiany oferty Konsorcjum NOVUM zamawiający przyznał zmienionej ofercie Konsorcjum NOVUM w kryterium dotyczącym odbioru odpadów w okresie letnim 20 pkt. Gdyby natomiast zamawiający w sposób prawidłowy badałby tą ofertę z pominięciem zmiany zawartej
w wyjaśnieniach Konsorcjum NOVUM z dnia 30 stycznia 2024 r. to przyznałby w tym kryterium 10 pkt za odbiór odpadów w przedziale „ciągu 24-36 godzin od zgłoszenia". Powyższe uchybienie doprowadziło zamawiającego do wyboru oferty Konsorcjum NOVUM, która w istocie nie jest najkorzystniejsza bowiem nie uwzględniając sprzecznej z ww. przepisami zmiany oferty otrzymałaby ona mniej punktów od oferty odwołującego.
W konsekwencji odwołujący stwierdził, że biorąc pod uwagę liczbę punktów za oba kryteria za najkorzystniejszą zamawiający zobligowany byłby uznać ofertę odwołującego. Powyższe sprzeczne z ww. przepisami działania zamawiającego spowodowały, że odwołujący, który złożył prawidłową ofertę został potraktowany przez zamawiającego w sposób nierówny (gorszy) w stosunku do pozostałych wykonawców a w szczególności wobec Konsorcjum NOVUM, któremu zamawiający w sposób nieuzasadniony i sprzeczny z obowiązującymi przepisami dał możliwość dokonania zmiany oferty tak aby uzyskała maksymalną ilość punktów w kryterium Termin odbioru odpadów. W przypadku, gdyby zamawiający nie umożliwiłby Konsorcjum NOVUM dokonania zmiany oferty w wyjaśnieniach z dnia 30 stycznia 2024 r. jego oferta nie zostałby uznana za najkorzystniejszą bowiem w ww. kryterium otrzymałaby o 10 pkt mniej a w konsekwencji okazałaby się mniej korzystna od oferty odwołującego. Tym samym w ocenie odwołującego w pełni zasadny był zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 Pzp oraz art. 17 ust. 2 Pzp przez nierówne traktowanie wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz udzielenie zamówienia Konsorcjum NOVUM wybranemu niezgodnie z przepisami Pzp.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: A.B. i A.B. prowadzący działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą NOVUM S.C. A.B., A.B. z siedzibą w Markach oraz EKO-ERDE Sp. z o.o.
z siedzibą w Markach.

W dniu 13 marca 2024 r. zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie,
w której złożył oświadczenie o uwzględnieniu w całości złożonego odwołania i wniósł
o umorzenie postępowania odwoławczego.

W dniu 14 marca 2024 r. wykonawca zgłaszający przystąpienie złożył pismo procesowe, w którym przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp i skierowała odwołanie na rozprawę.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes w uzyskaniu zamówienia oraz mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności

odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawców wspólnie ubiegających się
o udzielenie zamówienia: Anny Bączek i Andrzeja Bączka prowadzących działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej pod nazwą NOVUM S.C. A.B., A.B. z siedzibą w Markachoraz EKO-ERDE Sp. z o.o. z siedzibą w Markach (zwanych dalej jako: „przystępujący"), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie zamawiającego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Jak wskazano powyżej zamawiający uwzględnił w całości zarzuty przedstawione
w odwołaniu. Przystępujący na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestnika postępowania odwoławczego wniósł sprzeciw wobec uwzględnienia przez zamawiającego
w całości zarzutów przedstawionych w odwołaniu. W związku z tym Izba mając na uwadze dyspozycję wynikającą z art. 523 ust. 3 Pzp rozpoznała przedmiotowe odwołanie.

Izba zaliczyła na poczet materiału dowodowego:
1)dokumentację przekazaną w postaci elektronicznej, zapisaną na płycie DVD, przesłaną do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 11 marca 2024 r., w tym w szczególności:
- specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami (zwaną dalej jako: „SWZ");
- ofertę złożoną w postępowaniu przez przystępującego;
- pismo zamawiającego z dnia 29 stycznia 2024 r. skierowane do przystępującego na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp, stanowiące żądanie od wykonawcy wyjaśnień treści oferty;
- pismo z dnia 30 stycznia 2024 r., stanowiące odpowiedź przystępującego na powyżej wskazane pismo zamawiającego z dnia 29 stycznia 2024 r.;
- informację o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu z dnia 22 lutego 2024 r.;
2) dokumenty złożone na rozprawie przez przystępującego dotyczące wcześniej prowadzonego postępowania przez zamawiającego pn.: *Wywóz i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych, skratek oraz zawartości piaskowników 2022/2023* tj. wyciąg z SWZ obejmujący rozdział XVIII, wzór formularza ofertowego oraz informację
o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Izba ustaliła co następuje

Zamawiający podzielił postępowanie na 3 części (zadania). Zadanie 1 obejmowało usługę polegającą na sukcesywnym odbiorze, transporcie i zagospodarowaniu (odzysk lub unieszkodliwianie) 9 000 Mg komunalnych osadów ściekowych (kod 19 08 05) powstających w Miejskiej Oczyszczalni Ścieków (MOŚ) w Łowiczu przy ul. Filtrowej 1.
W rozdziale XVIII pn. OPIS KRYTERIÓW, KTÓRYMI ZAMAWIAJĄCY BĘDZIE SIĘ KIEROWAŁ PRZY WYE OFERTY, WRAZ Z PODANIEM WAG TYCH KRYTERIÓW
I SPOSOBU OCENY OFERT w ust. 1 zamawiający wskazał, że przy wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiając będzie się kierował następującymi kryteriami oceny ofert:
1) Cena (C) – waga kryterium 60%;
2) Termin odbioru odpadów (T) – waga kryterium 40%.
W rozdziale XVIII ust. 4 SWZ zamawiający opisał zasady oceny ofert w kryterium Termin odbioru odpadów (T) waga 40%. Kryterium to zostało podzielone na dwa podkryteria. Pierwsze kryterium, oznaczone jako T1, zamawiający opisał w następujący sposób:
Termin odbioru odpadów w miesiącach czerwiec - sierpień -20%,(T1) w tym:
- w ciągu mniej niż 24 godzin od zgłoszenia – 20 pkt
- w ciągu 24-36 godzin od zgłoszenia- 10 pkt
- w ciągu 37-48 godzin od zgłoszenia – 5 pkt.
Ocena ofert w kryteriach opierała się o deklaracje wykonawcy podane ofercie. Wykonawca był zobowiązany do jej złożenia w formularzu oferty, którego wzór stanowiący załącznik nr 1 do SWZ w ust. 4 w następujący sposób przewidywał możliwość podania informacji do oceny w kryteriach:

Zadanie	Termin wykonanie przedmiotu zamówienia

Zadanie 1	Zobowiązujemy się dokonywać odbioru osadów z terenu MOŚ partiami, w miarę potrzeb Zamawiającego, w okresie od podpisania umowy do 30.06.2025 r. lub do wyczerpania ilości odpadów określonej w zamówieniu, nie później niż w ciągu w ciągu ……. dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego, za wyjątkiem okresu letniego (czerwiec-sierpień) gdy odbiór odpadów następować będzie w ciągu …… godzin od zgłoszenia

Oferty w postępowaniu w ramach Zadania 1 złożyło czterech wykonawców. Poniżej przedstawiono ceny brutto ofert podanych przez poszczególnych wykonawców oraz sposób wypełnienia ust. 4 formularza ofertowego przez tych wykonawców dla Zadania 1:

- odwołujący: cena brutto: 2 012 040,00 zł – ust. 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza ofertowego dla Zadania 1: *Zobowiązujemy się dokonywać odbioru osadów*
z terenu MOŚ partiami, w miarę potrzeb Zamawiającego, w okresie od podpisania umowy do 30.06.2025 r. lub do wyczerpania ilości odpadów określonej w zamówieniu, nie później niż w ciągu w ciągu 2 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego, za wyjątkiem okresu letniego (czerwiec-sierpień) gdy odbiór odpadów następować będzie w ciągu mniej niż 24 h od zgłoszenia;
- przystępujący: cena brutto: 1 989 684,00 zł – ust. 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza ofertowego dla Zadania 1: *Zobowiązujemy się dokonywać odbioru osadów*
z terenu MOŚ partiami, w miarę potrzeb Zamawiającego, w okresie od podpisania umowy do 30.06.2025 r. lub do wyczerpania ilości odpadów określonej w zamówieniu, nie później niż w ciągu 2 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego, za wyjątkiem okresu letniego (czerwiec-sierpień) gdy odbiór odpadów następować będzie w ciągu 24 godzin od zgłoszenia;
- wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Altervita Sp. z o.o. Sp. K.
z siedzibą w Nowej Soli, BM Recykling Sp. z o.o. z siedzibą w Andrychowie i Ekotech Silesia Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach: cena brutto: 2 680 776,00 – ust. 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza ofertowego dla Zadania 1: *Zobowiązujemy się dokonywać odbioru osadów z terenu MOŚ partiami, w miarę potrzeb Zamawiającego, w okresie od podpisania umowy do 30.06.2025 r. lub do wyczerpania ilości odpadów określonej w zamówieniu, nie później niż w ciągu w ciągu 2 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego, za wyjątkiem okresu letniego (czerwiec-sierpień) gdy odbiór odpadów następować będzie w ciągu 24 godzin od zgłoszenia*;
- wykonawca Ziemia Polska Sp. z o. oz siedzibą w Warszawie: cena brutto: 3 032 640,00 zł – ust. 4 pt.: „Termin realizacji zamówienia" formularza ofertowego dla Zadania 1: *Zobowiązujemy się dokonywać odbioru osadów z terenu MOŚ partiami, w miarę potrzeb Zamawiającego, w okresie od podpisania umowy do 30.06.2025 r. lub do wyczerpania ilości odpadów określonej w zamówieniu, nie później niż w ciągu 2 dni od zgłoszenia zapotrzebowania przez Zamawiającego, za wyjątkiem okresu letniego (czerwiec-sierpień) gdy odbiór odpadów następować będzie w ciągu 24 godzin od zgłoszenia*.

Zamawiający wszystkich wykonawców, oprócz odwołującego, wezwał do wyjaśnień treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Wezwania dotyczyły kryterium T1. Przystępujący został wezwany pismem z dnia 29 stycznia 2024 r, w którym zamawiający wskazał m. in.:

U Zamawiającego zrodziła się wątpliwość odnośnie zapisu w złożonej ofercie, w ust. 4 załączonego formularza ofertowego ,, ... w ciągu 24 godzin od zgłoszenia." w odniesieniu do zapisów SWZ.
Jak Wykonawca rozumiał termin odbioru w ciągu 24 godzin, składając ofertę, w odniesieniu do zapisów SWZ rodz. XVIII ust. 4.?

Przystępujący odpowiedział na powyższe wezwanie pismem z dnia 30 stycznia 2024 r. W ww. piśmie przystępujący podał m. in. następujące wyjaśnienie:

Wykonawca złożył ofertę wykorzystując wzór formularza oferty stanowiący załącznik nr 1 do swz, zgodnie z jego treścią (bez modyfikacji, tak jak zalecał Zamawiający w swz). Zgodnie ze złożonym oświadczeniem woli w okresie letnim odbiór następować będzie w ciągu 24 godzin od zgłoszenia.
Oświadczenie należy rozumieć jako nasze zobowiązanie do odbioru odpadów w przedziale czasowym od pierwszej minuty (godzina 0) do rozpoczęcia dwudziestej czwartej godziny, licząc od przekazania zgłoszenia. Odbiór zostanie więc wykonany w okresie do 24 godzin
(w ciągu mniej niż 24 godzin).
Potwierdzam niniejszym, że wolą wykonawców występujących wspólnie było złożenie oferty z terminem wykonania odbioru odpadów w okresie letnim w czasie krótszym niż 24 godziny, która to wola została wyrażona w formularzu oferty.

W dniu 22 lutego 2024 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty
w postępowaniu. Wybór dotyczył również Zadania 1. Jako najkorzystniejsza w tym zadaniu została wybrana oferta przystępującego, natomiast oferta odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu. Z informacji o

wyborze najkorzystniejszej oferty wynikało, że wszyscy wykonawcy w ramach kryterium T1 uzyskali maksymalną liczbę punktów tj. 20 pkt.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 223 ust. 1 Pzp – *W toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert oraz przedmiotowych środków dowodowych lub innych składanych dokumentów lub oświadczeń. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z uwzględnieniem ust. 2 i art. 187, dokonywanie jakiejkolwiek zmiany w jej treści*.;
- art. 239 ust. 1 Pzp – *Zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia*.;
- art. 16 pkt 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:*
1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców.
- art. 17 ust. 2 Pzp – *Zamówienia udziela się wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron i uczestnika postępowania odwoławczego Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający ustalił, że stan faktyczny sprawy nie był sporny pomiędzy stronami. Spór dotyczył kwestii interpretacji postanowień SWZ dotyczących kryterium oznaczonego jako T1 w kontekście przepisów Pzp z uwzględnieniem okoliczności sprawy.

Przystępujący wypełniając ust. 4 formularza ofertowego dla Zadania 1 w zakresie kryterium T1 złożył deklarację, że w okresie od czerwca do sierpnia będzie odbierał odpady *w ciągu 24 godzin* od zgłoszenia. W tożsamy sposób deklarację w ramach przedmiotowego kryterium złożyli dwaj inny wykonawcy składający oferty w ramach Zadania 1. Odwołujący jako jedyny wykonawca w inny sposób wypełnił deklarację związaną z kryterium T1
i wskazał, że w okresie od czerwca do sierpnia będzie odbierał odpady *w ciągu mniej niż 24 h* od zgłoszenia. Interpretując złożone przez obu wykonawców deklaracje w zakresie kryterium T1 Izba uznała, że literalnie analizując obie deklaracje należało stwierdzić, iż deklaracja przystępującego wskazywała na wykonanie zadania objętego tym kryterium
w przedziale czasowym od 0 do 24 godziny (włącznie) od momentu zgłoszenia, natomiast deklaracja odwołującego obejmowała wykonanie usługi w przedziale czasowym od 0 do 23 godziny 59 minuty i 59 sekundy od zgłoszenia. Nie mogło być żadnych wątpliwości, że zastosowany przez obu wykonawców zwrot *w ciągu* oznaczał przedział czasowy dokonania odbioru odpadów, a nie konkretny „na sztywno" określony termin. Tym samym deklaracja złożona przez przystępującego oznaczała, że nie zamierzał on dokonywać odbioru odpadów dokładnie i równo w 24 godziny od zgłoszenia tylko właśnie w przedziale czasowym obejmującym 24 godziny liczone od momentu zgłoszenia. Powyższe ustalenie oznaczało, że deklaracje przystępującego i odwołującego w zakresie czasu realizacji usługi w miesiącach czerwiec-sierpień różniły się o 1 sekundę.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że rozstrzygnięcie odwołania
w przedmiotowej sprawie wymagało odpowiedzi na dwa pytania:
- po pierwsze czy różnica 1 sekundy w zakresie deklaracji związanej z odbiorem odpadów
w miesiącach czerwiec-sierpień powinna skutkować dziesięciopunktową różnicą w ramach kryterium T1?;
- po drugie czy z okoliczności przedmiotowej sprawy można było wywieść, że przystępujący dążył do uzyskania maksymalnej wartości punktowej w ramach kryterium T1 lub chciał zadeklarować okres czasu realizacji usługi właściwy dla największej wartości punktowej?

Szukając odpowiedzi na pierwsze pytanie skład orzekający wyszedł z powyżej opisanego ustalenia i stwierdził, że przystępujący nie zadeklarował, że wykona usługę, do której referowało kryterium T1 w czasie równo 24 godzin lub czasie powyżej 24 godzin np. zawierającym się przedziale od 24 do 36 godzin, do którego odnosił się drugi zakres punktowy w ramach kryterium, skutkujący przyznaniem 10 pkt. Przystępujący zadeklarował wykonanie usługi w ciągu 24 godzin. Ponadto po analizie opisu kryterium T1 Izba doszła do przekonania, że zamawiający w sposób niekonsekwentny ustalił przedziały punktowe, inaczej można powiedzieć „widełki", w zakresie przewidzianej punktacji za zadeklarowany czas wykonania usługi dla kryterium T1. Z opisu tego kryterium z tiret drugiego oraz trzeciego, jak również z dalszego opisu kryterium T2 – Termin odbioru odpadów
w miesiącach wrzesień-maj – można było wywnioskować, że zamiarem zamawiającego było określenie „widełek" parametru ocenianego w ten sposób, żeby wykluczyć pokrywanie się zakresów. Stąd np. deklaracja 36 godzin oznaczała przyznanie 10 punktów, a deklaracja 37 godzin przyznanie 5 punktów. Tylko w przypadku zakresu odnoszącego się do dwóch pierwszych przedziałów punktowych w kryterium T1 podana została liczba 24 godzin. To mogło być mylące dla wykonawców, czego efektem były tożsame deklaracje dotyczące kryterium T1 u trzech wykonawców.

Poza tym deklaracja przystępującego w zakresie odbioru odpadów w miesiącach czerwiec-sierpień w zdecydowanie przeważającym zakresie zwierała się w ramach przedziału gwarantującego przyznanie maksymalnej ilości punków. Deklaracja przystępującego przekraczała okres czasu realizacji usługi właściwy dla uzyskania maksymalnej wartości punktowej zaledwie o 1 sekundę. Przekroczenie to nie mogło zostać uznane za wpływające, w chociażby najmniejszym stopniu, na jakość świadczonej usługi, której dotyczyła deklaracja. W ocenie składu orzekającego różnica 1 sekundy dla wykonania tego rodzaju usług ma charakter zupełnie pomijalny, wręcz niezauważalny. Tym samym deklaracja przystępującego dotycząca kryterium T1 nie mogła skutkować obniżeniem mu punktacji aż
o 10 pkt.

Izba uznała, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy przyznanie przystępującemu maksymalnej liczby punktów w kryterium T1 nie naruszało zasad systemu zamówień publicznych określonych w art. 16 Pzp. W tym przypadku, spośród zasad określonych w tym przepisie szczególną uwagę należało zwrócić na zasadę proporcjonalności, której stosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ma wymiar praktyczny i wpływa korzystnie na przebieg tego postępowania. Zastosowanie tej zasady nie było ani dyskryminujące, ani nadmierne, ani nie wykraczało poza to, co było konieczne w stosunku do pozostałych zasad określonych w ww. przepisie. Było przy tym uzasadnione względami interesu publicznego. Tym samym przywołanie tej zasady w zakresie opisanym powyżej mieściło się w granicach pozytywnej oceny w ramach tzw. testu proporcjonalności w stosunku do podjętego rozstrzygnięcia.

Odpowiadając na drugie z postawionych powyżej pytań Izba wyszła z założenia, że żaden z wykonawców, kierując się doświadczeniem życiowym oraz elementarnymi zasadami biznesowymi czy też nawet intuicją w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, nie deklarowałby 24 godzin jeśli jego intencją byłoby otrzymanie mniejszej liczby punktów. Gdyby przystępujący chciał otrzymać 10 punktów w tym kryterium to wystarczające byłoby zaoferowanie 36 godzin. Liczba punktów uzyskanych w ramach kryterium T1 byłaby wtedy taka sama, a jednocześnie przystępujący znacznie złagodziłby narzucony na siebie deklarowany reżim związany z realizacja zamówienia w miesiącach letnich, co przekładałoby się również na zmniejszenie ryzyka związanego z ewentualnym naliczeniem kar umownych. W związku z tym skład orzekający stwierdził, że przystępujący ewidentnie dążył do uzyskania maksymalnej wartości punktowej dla swojej oferty w kryterium T1.

Na marginesie po raz kolejny należało również podkreślić, że nie tylko przystępujący wypełnił ust. 4 formularza ofertowego dla Zadania 1 w sposób kwestionowany przez odwołującego. Uczyniło tak jeszcze dwóch innych wykonawców. W tym miejscu zasadne było rozważenie odpowiedzi na pytanie dlaczego trzech wykonawców w taki sam sposób wypełniło deklarację dotyczącą kryterium T1. Odpowiedź na to pytanie okazała się możliwa do znalezienia
i wynikała z dowodu złożonego przez przystępującego. Dowód ten odnosił się do poprzedniego postepowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego przez zamawiającego na tożsamy przedmiot zamówienia, tj. postępowania pn.: *Wywóz*
i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych, skratek oraz zawartości piaskowników 2022/2023. We wcześniejszym postępowaniu kryterium pozacenowe w tym kryterium T1 było identycznie opisane jak w przedmiotowym postępowaniu. W tamtym postępowaniu przystępujący również złożył ofertę na Zadanie 1, złożył identyczną deklarację w ramach kryterium T1 i uzyskał maksymalną ilość punktów w tym kryterium tj. 20 pkt. Stąd prosto można było dojść do stwierdzenia, że przystępujący, a także prawdopodobnie pozostali dwaj wykonawcy, którzy wypełnili deklarację w zakresie kryterium w identyczny sposób jak on, pozostawał w przeświadczeniu, że za podanie zwrotu *w ciągu 24 godzin*
w ust. 4 formularza ofertowego dla Zadania 1 otrzyma maksymalną liczbę punktów
w kryterium T1, tak jak miało to miejsce we wcześniejszym postępowaniu.

Tym samym Izba stwierdziła, że zamawiający nie miał powodów do kierowania do przystępującego wezwania w trybie art. 223 ust. 1 Pzp w celu uzyskania wyjaśnień
w zakresie tego jak przystępujący rozumiał termin odbioru w ciągu 24 godzin ponieważ i bez tego powinien przyznać ofercie przystępującego maksymalną liczbę punktów w kryterium T1. Przy czym zamawiający jednak zdecydował się wezwać przystępującego do wyjaśnień
w przedmiotowym zakresie, czego efektem było wezwanie z dnia 29 stycznia 2024 r.

W wyniku złożonych w dniu 30 stycznia 2024 r. wyjaśnień, przystępujący nie zmienił treści swojej oferty, przez co sam proces wyjaśnienia przedmiotowej kwestii nie miał charakteru niedopuszczalnych negocjacji treści oferty pomiędzy zamawiającym a przystępującym. Warto w tym miejscu uzupełniająco dodać, że zamawiający zwrócił się z analogicznym wezwaniem również do dwóch innych wykonawców, którzy złożyli identyczną deklarację jak przystępujący odnośnie kryterium T1 i uzyskał podobne odpowiedzi jak przypadku wyjaśnień przystępującego. W związku z tym można było co najwyżej uznać, że zamawiający uzyskał potwierdzenie złożenia deklaracji właściwej dla uzyskania maksymalnej liczby punktów
w kryterium T1 i na tej podstawie zasadnie przyznał ofercie przystępującego 20 pkt w tym kryterium.

Reasumując Izba oddaliła zarzuty podniesione przez odwołującego, dotyczące naruszenia art. 223 ust. 1 Pzp, 239 ust. 1,

art. 16 pkt 1 i art. 17 ust. 2 Pzp

W związku z powyższym Izba uznała, że odwołanie podlegało oddaleniu i na podstawie art. 553 zdanie pierwsze Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i pkt 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania oraz zasądzając od odwołującego na rzecz przystępującego uzasadnione koszty postępowania obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika – na podstawie rachunku złożonego na rozprawie.

Przewodniczący:……..