

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Mateusz Paczkowski

Protokolant: Patryk Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2023 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Pawłów**

przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego - wykonawcy **Bioselect Sp. z o. o. z siedzibą w Rakowie**,

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku na rzecz zamawiającego Gminy Pawłów kwotę 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 3905/23

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Pawłów (dalej: „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Pawłów oraz z PSZOK w latach 2024 i 2025”. Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 27 października 2023 r. pod nr 2023/S 208-655867.

Dnia 27 grudnia 2023 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 513 pkt 1) i 2) ustawy Pzp, odwołanie złożył Wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku (dalej: „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego podjętych w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia polegającej na:

1. odmowie przyznania punktów ofercie Odwołującego za dysponowanie przez Wykonawcę pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników, a w konsekwencji na
2. dokonaniu wyboru — jako najkorzystniejszej - oferty złożonej przez BIOSELECT Sp. z o. o. w sytuacji gdy prawidłowa ocena oferty złożonej w ww. postępowaniu przez Odwołującego winna doprowadzić do przyznania Odwołującemu w ramach ww. kryterium 5 punktów, a w konsekwencji to oferta Odwołującego winna być wybrana jako najkorzystniejsza z łączną sumą punktów 100;
3. (ewentualnie) zaniechaniu przez Zamawiającego wezwania Odwołującego do wyjaśnienia treści oferty złożonej przez Odwołującego w ww. postępowaniu, w zakresie dotyczącym spełniania kryterium dysponowania przez Wykonawcę pojazdem do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 239 ust. 1 Pzp w zw. z art. 17 ust. 1 pkt 1 i 2 i ust. 2 ustawy Pzp poprzez wybór wykonawcy, którego oferta nie przedstawia najkorzystniejszego bilansu punktowego,
2. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp (zasada przejrzystości) poprzez wyciąganie negatywnych konsekwencji wobec Odwołującego wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej ani z

obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z dokonanej przez Zamawiającego wykładni tej dokumentacji, 3. ewentualnie naruszenie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Wykonawcy do złożenia wyjaśnień w zakresie przedłożonej oferty.

Odwołujący wnosil o uwzględnienie odwołania i:

- 1.nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty Bioselect Sp. z o.o.
- 2.nakazanie Zamawiającemu powtórzenia procesu badania i oceny złożonych ofert, z uwzględnieniem obowiązku przyznania ofercie Odwołującego 5 pkt w kryterium: „Dysponowanie pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników”,
- 3.ewentualnie: nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oferty złożonej przez Odwołującego w zakresie ww. kryterium.
- 4.zasądzenie na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego na które składa się wpis od wniesionego odwołania w wysokości 15 000 zł oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, zgodnie z fakturą VAT, która zostanie przedłożona.

Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania i może ponieść szkodę. Odwołujący wskazał, że gdyby Zamawiający dokonał prawidłowej analizy złożonych ofert to przyznałby Odwołującemu 5 pkt w ww. kryterium, a w konsekwencji oferta Odwołującego stałaby się najkorzystniejsza.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu określonego w art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) ustawy Pzp. Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 15 grudnia 2023 r. (zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 27 grudnia 2023 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

Stanowisko Odwołującego:

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący podał, że należy wyraźnie zaznaczyć, że w treści pkt 13.7 SWZ Zamawiający nie wskazał, że przyznanie punktacji w ww. zakresie jest zależne od określonego sposobu oznaczenia pojazdu, którego dotyczy kryterium. Jedynym warunkiem przyznania punktacji w ww. kryterium było dysponowanie pojazdem określonego rodzaju. Zamawiający w treści SWZ nie tylko nie uzależnił przyznania punktacji od oznaczenia pojazdu, ale nadto, ani w SWZ ani w treści formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SWZ, nie wskazał w jaki sposób tego rodzaju pojazd miałby zostać oznaczony. Zatem wypełniając formularz ofertowy Odwołujący był uprawniony do wypełnienia pola „wymień pojazd” w następujący sposób: „pojazd kategorii N3 przystosowany do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników”. Należy przy tym dodać, że w treści formularza ofertowego Odwołujący złożył jednoznaczną deklarację w tym zakresie wskazując, że dysponuje tego rodzaju pojazdem. Powyższa deklaracja Odwołującego znajduje potwierdzenie w stanie faktycznym, bowiem Odwołujący zawarł umowę na najem tego rodzaju pojazdu.

Odwolujący podkreślił, iż nie można zatem zgodzić się z wyjaśnieniami Zamawiającego, jakoby dane wskazane w formularzu ofertowym przez reprezentowane przeze mnie przedsiębiorstwo były niewystarczające z uwagi na brak wskazania np. marki i numeru rejestracyjnego pojazdu do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanego do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników, gdyż ani treść SWZ, ani treść formularza ofertowego (stanowiącego załącznik do SWZ) nie uzależniała przyznania punktów w ww. kryterium od wskazania pojazdu, ani nie wskazywała jakiego rodzaju danych o pojeździe Zamawiający oczekuje.

Odwolujący zaznaczył przy tym, że w informacji z otwarcia ofert Zamawiający jednoznacznie wskazał w kryterium: „Dysponowanie pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników” przez oferenta Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych ATK Recykling T.K. w spadku: tak.

W ocenie Odwołującego, składając ofertę w postępowaniu będącym przedmiotem niniejszej sprawy, Odwołujący nie popełnił żadnego błędu, a złożona przez niego oferta obligowała Zamawiającego do przyznania mu 5 punktów w kryterium: „Dysponowanie pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników”.

W zakresie zarzutu nr 3 Odwołujący wskazał, że w przypadku wystąpienia wątpliwości Zamawiającego w zakresie dotyczącym złożonego przez Odwołującego oświadczenia o dysponowaniu pojazdem do odbierania zmieszanych

odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników, Zamawiający miał możliwość skorzystania z przepisów ustawy Pzp umożliwiających wyjaśnienie okoliczności niejasnych dla Zamawiającego.

Stanowisko Zamawiającego:

Zamawiający pismem z dnia 15 stycznia 2024 r. złożył odpowiedź na odwołanie – wnosząc o jego oddalenie.

Stanowisko Przystępującego:

W dniu 15 stycznia 2024 r. Bioselect Sp. z o. o. złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu oferta Odwołującego znajdzie się na pierwszej pozycji w rankingu ofert.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie zgłosił wykonawca Bioselect Sp. z o. o. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia, ani opozycji przeciw przystąpieniu tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, w związku z czym Izba postanowiła dopuścić wykonawcę Bioselect Sp. z o. o. do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, a także odpowiedzi na odwołanie z dnia 15 stycznia 2024 r. złożonej przez Zamawiającego oraz odwołania z wyjątkiem dowodu w postaci umowy najmu pojazdu z 27 listopada 2023 r.

Izba postanowiła pominąć ww. dowód z umowy najmu, podobnie jak przedłożone przez Przystępującego dowody złożone do pisma procesowego z dnia 15 stycznia 2024 r. oraz na rozprawie, jako niemające związku ze sprawą oraz rozpatrywanymi zarzutami.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny sprawy:

Wśród kryteriów oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający przewidział w pkt 13.1 SWZ m. in.: dysponowanie przez Wykonawcę pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników – 5%.

W pkt 13.7 SWZ Zamawiający określił sposób przyznaniu punktów w ww. kryterium oceny ofert:

Wykonawca otrzyma 5 pkt w przedmiotowym kryterium w przypadku zadeklarowania w formularzu ofertowym, że dysponuje pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników.

Zamawiający wymaga, aby wykazany pojazd był użyty/wykazane pojazdy były użyte do realizacji przedmiotowej usługi przez cały okres jej realizacji. Wykonawca w przygotowanym harmonogramie odbioru odpadów komunalnych uwzględni dokonanie mycia pojemników do zbiórki niesegregowanych zmieszanych odpadów komunalnych, w które wyposażeni są właściciele nieruchomości. Utrzymanie pojemników w odpowiednim stanie sanitarnym będzie realizowane przez wykonawcę raz na kwartał przez cały czas realizacji umowy.

W przypadku braku wskazania w ofercie deklaracji w zakresie dysponowania pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników jako obowiązujące zostanie przyjęte przez Zamawiającego, iż Wykonawca nie dysponuje przedmiotowym/i pojazdem/pojazdami.

W załączniku nr 1 do SWZ – Formularz ofertowy w pkt 6) Zamawiający wymagał złożenia oświadczenia w zakresie ww. kryterium oceny ofert w następującej formie:

[OŚWIADCZAMY, ŻE:]

5) ☐ dysponujemy pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników

tj.....

(należy wymienić przedmiotowy pojazd/przedmiotowe pojazdy).

☐ nie dysponujemy pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników

(zaznaczyć właściwe).

Odwołujący w złożonym Formularzu ofertowym w zakresie ww. kryterium oceny ofert zawarł następujące oświadczenie:
[OŚWIADCZAMY, ŻE:]

5) **X** dysponujemy pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników

tj. pojazd kategorii N3 przystosowany do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników
(należy wymienić przedmiotowy pojazd/przedmiotowe pojazdy).

☐ nie dysponujemy pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników
(zaznaczyć właściwe).

W dniu 15 grudnia 2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, którą okazała się oferta Przystępującego. Poinformował przy tym również o braku przyznania punktów Odwołującemu w zakresie ww. kryterium oceny ofert, podając uzasadnienie tej decyzji.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron, uczestnika postępowania odwoławczego i zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że zasadniczo okoliczności faktyczne sprawy nie stanowiły kwestii spornej pomiędzy Stronami oraz Przystępującym.

Należy podkreślić, że kluczowa część sporu w niniejszej sprawie sprowadzała się do kwalifikacji, czy złożone przez Odwołującego w Formularzu ofertowym oświadczenie o podanej wyżej treści w zakresie kryterium dysponowania pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników, pozwalało na przyznanie Odwołującemu punktów w ramach tego kryterium. A po drugie, w przypadku wątpliwości Zamawiającego co do tej kwalifikacji, czy dopuszczalnym byłoby wezwanie Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie.

W ocenie Izby nie można zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego co do tego, iż jedynym warunkiem przyznania punktacji w ww. kryterium było dysponowanie pojazdem określonego rodzaju oraz że Zamawiający nie uzależnił przyznania punktacji od oznaczenia pojazdu (oznaczenia rozumianego przez Odwołującego w tym przypadku jako wymienienia). Należy zwrócić bowiem uwagę, iż w pkt 13.7 SWZ Zamawiający określając sposób punktacji w tym zakresie, wymagał nie tylko: „zadeklarowania w formularzu ofertowym, że dysponuje pojazdem/pojazdami do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych kategorii N3 przystosowanym/mi do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników”, ale także: „aby wykazany pojazd był użyty/wykazane pojazdy były użyte do realizacji przedmiotowej usługi przez cały okres jej realizacji”. Równocześnie, we wzorze formularza ofertowego, niewątpliwie stanowiącego immanentną część SWZ jako jej załącznik, Zamawiający jasno określił formę, w jakiej oczekiwał oświadczenia celem przyznania punktacji. Mianowicie, poza złożeniem deklaracji poprzez postawienie znaku X, należało: „wymienić przedmiotowy pojazd/przedmiotowe pojazdy”.

Powyżej przywołane zapisy SWZ w sposób niewątpliwie sugerowały wykonawcom, że aby Zamawiający mógł przyznać punkty w ramach tego kryterium, niezbędnym było, poza samą deklaracją, także wymienienie pojazdu. O braku wątpliwości co do oczekiwań Zamawiającego świadczą treści złożonych w postępowaniu formularzy ofertowych przez pozostałych dwóch wykonawców. Wydaje się, iż również sam Odwołujący był świadomy wymagań Zamawiającego. Bowiem w ramach pozostałych kryteriów oceny ofert, które odnosiły się do pojazdów innych kategorii, przy tożsamych zapisach Zamawiającego co do sposobu punktacji oraz wzoru oświadczenia, Odwołujący, deklarując dysponowanie danym pojazdem, wymieniał też markę oraz numer rejestracyjny pojazdu.

Już z powyższych względów można stwierdzić, że zarzuty nr 1 i 2 nie zasługują na aprobatę, gdyż, wbrew opinii Odwołującego, samo zadeklarowanie dysponowania pojazdem nie było wystarczające dla otrzymania punktacji. Niemniej, Izba poczyniła również dalsze uwagi w tym zakresie. Osobną kwestią w tej sprawie jest bowiem wykładnia dyspozycji Zamawiającego co do wymienienia przedmiotowego pojazdu. Otóż, należy w pewnym sensie zgodzić się z Odwołującym, iż Zamawiający nie wskazał, w jaki sposób tego rodzaju pojazd miałby zostać oznaczony. Zamawiający nie określił bowiem, czy oczekuje wymienienia pojazdu wraz z numerem rejestracyjnym, VIN lub innymi danymi indywidualizującymi pojazd. Jednak w zaistniałej sytuacji faktycznej nie ma to znaczenia dla rozstrzygnięcia, gdyż Odwołujący de facto nie wymienił żadnego pojazdu. To, że Zamawiający nie doprecyzował, jakich konkretnie danych pojazdu oczekuje, nie pozwala na wywiedzenie wniosku, iż nie należało w jakikolwiek sposób wymienić pojazd spełniający kryterium. Z tego względu za zbyt daleko idące należało uznać założenie Odwołującego wyrażone również podczas rozprawy co do tego, że nie miało znaczenia, w jakiej formie należało wymienić pojazd, a sposób podania tej informacji przez Odwołującego, tj. „pojazd kategorii N3 przystosowany do jednoczesnego zbierania odpadów, mycia i dezynfekcji pojemników”, był poprawny. Oświadczenie Odwołującego w tym zakresie było blankietowe, sprowadzało się bowiem do powtórzenia kategorii pojazdu, który był wymagany w ramach tego kryterium oceny ofert.

W zakresie zarzutu nr 3, sformułowanego jako ewentualnego, Odwołujący wskazywał, że w przypadku wystąpienia wątpliwości Zamawiającego w zakresie dotyczącym złożonego przez Odwołującego oświadczenia o dysponowaniu wymaganym pojazdem, Zamawiający miał możliwość wezwania do wyjaśnienia okoliczności niejasnych dla Zamawiającego. W ocenie Izby nie sposób zgodzić się z takim uzasadnieniem zarzutu. Analiza złożonego oświadczenia przez Odwołującego w tym zakresie nie mogła prowadzić do powstania wątpliwości, czy Odwołujący faktycznie dysponował pojazdem. Już samo oświadczenie w tym przedmiocie było niekompletne, ponieważ nie został wymieniony żaden pojazd. Nie ma zatem znaczenia dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy to, czy Odwołujący faktycznie dysponował pojazdem spełniającym kryterium, czy też nie, gdyż na tym etapie Zamawiający weryfikował jedynie poprawność złożonego oświadczenia i na tej podstawie przyznawał (lub nie) punkty. Z tego powodu Izba nie brała pod uwagę dowodu Odwołującego w postaci umowy najmu na okoliczność dysponowania pojazdem w terminie składania ofert, a także dowodów złożonych przez Przystępującego na okoliczność przeciwną.

Reasumując powyższe, w ocenie składu orzekającego argumentacja odwołującego nie mogła zasługiwać na uwzględnienie co do każdego z zarzutów. Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

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 § 5 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodniczący: