Sygn. akt: KIO 3310/23

WYROK
z dnia 21 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:
Przewodniczący:Izabela Niedziałek-Bujak

Protokolant: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 listopada 2023 r. przez Odwołującego **Remondis Opole Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością**, Al. Przyjaźni 9, 45-573 Opole w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Gminę Murów**, ul. Dworcowa 2, 46-030 Murów

przy udziale

Wykonawcy – **W. S. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.**, ul. Bór 169, 42-202 Częstochowa, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1.**Oddala odwołanie.**
2.Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego 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.

Stosownie do art. 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 3310/23

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

W postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – Gminę Murów, w trybie podstawowym na*„Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Murów”*(sygn. postępowania: ZP.271.3.2023), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 02.08.2023 r., S/147 470013, wobec zaniechania odrzucenia oferty wybranej, wniesione zostało w dniu 06.11.2023 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie Wykonawcy Remondis Opole Sp. z o.o. z/s w Opolu.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1.art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. pomimo, iż treść oferty jest niezgodna z warunkami zamówienia, gdyż nie wskazał on w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (nie złożył wraz z ofertą wykazu instalacji);
2.art. 128 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. z art. 223 ust. 1 Pzp poprzez jego nieprawidłowe zastosowanie i wezwanie Wykonawcy do złożenia wykazu instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady o informacje, które pierwotnie nie zostały w niej podane.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, dokonanie ponownego badania i oceny ofert, dokonania odrzucenia oferty Wykonawcy W. S. jako niezgodnej z warunkami zamówienia i dokonania czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zamawiający poinformował o czynnościach w dniu 25.10.2023 r. w zawiadomieniu o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, iż wybrany Wykonawca, którego ofertę wcześniej Zamawiający odrzucił, a postępowanie unieważnił, w następstwie unieważnienia czynności i powtórzenia czynności w postępowaniu, została w sposób nieuprawniony uzupełniona o wykaz instalacji, co nie było możliwe po dniu składania ofert w zakresie stanowiącym treść oferty. Nie mogły mieć zastosowania przepisy art. 126 i art. 128 Pzp, gdyż oba odnoszą się do podmiotowych środków dowodowych, a nie do treści oferty.

W przypadku sformułowania w dokumentach zamówienia wymogu podania listy instalacji, Zamawiający nie może na etapie oceny ofert odstąpić od jego stosowania – powinien dokonać sprawdzenia i oceny ofert w tym zakresie. Odstąpienie od tych wymagań powoduje, że dochodzi do naruszenia podstawowych zasad prawa zamówień publicznych wyrażonych w art. 16 Pzp zgodnie z którymi Zamawiający zobowiązany jest do przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz przejrzysty i proporcjonalny.

Do postępowania odwoławczego przystąpił po stronie Zamawiającego Wykonawca W. S. (Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S.).

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie (pismo z 17.11.2023 r.).

Stanowisko Izby

Do rozpoznania odwołań zastosowanie znajdowały przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązujące w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, (tekst jednolity Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm.).

Rozpoznając odwołanie Izba miała na uwadze stan faktyczny ustalony w oparciu o dokumentację postępowania złożoną do akt sprawy, w tym ogłoszenie, swz, ofertę złożoną przez W. S. oraz stanowiska i wyjaśnienia stron składane na rozprawie i w pismach procesowych.

Izba ustaliła i zważyła.

Zamawiający prowadzi postępowanie w trybie podstawowym. Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych. Przedmiot zamówienia obejmuje również odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych zgromadzonych w Punkcie Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych (PSZOK) w Murowie zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami (bez prowadzenia i obsługi PSZOK). Zakres obejmuje również prowadzenie szczegółowej dokumentacji związanej z realizacją przedmiotowego zamówienia wraz z wystawianiem KPO (dot. odbioru odpadów z PSZOK w Murowie) oraz cykliczne dostarczanie worków do segregacji do wszystkich nieruchomości objętych gminnym systemem gospodarowania odpadami.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia znajduje się w załączniku nr 2 do swz.

Zamawiający nie żądał przedłożenia przedmiotowych środków dowodowych. Zamawiający nie wskazał jako podmiotowego środka dowodowego dokumentu „Wykaz instalacji", co nie miało również odzwierciedlenia w opisie warunków udziału w postępowaniu.

W rozdziale XIV swz pkt 14 Zamawiający wskazał dokumenty, jakie należało złożyć wraz z ofertą:

14.Oferta musi zawierać następujące oświadczenia i dokumenty:
*1.1.**Formularz oferty** wg wzoru stanowiącego **załącznik nr 1** do SWZ**;***
*1.2.Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu i spełnianiu warunków udziału w postępowaniu w postaci elektronicznej JEDZ opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym a następnie wraz z plikami stanowiącymi ofertę skompresować do jednego pliku archiwum (ZIP). W przypadku wspólnego ubiegania się o zamówienie przez Wykonawców, oświadczenie o niepoleganiu wykluczeniu składa każdy z Wykonawców. – wzór oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu stanowi **załącznik nr 3** do SWZ.*
*1.3.Wykonawca, który polega na zdolnościach lub sytuacji podmiotów udostępniających zasoby, składa, **wraz z ofertą**, **zobowiązanie podmiotu udostępniającego zasoby** do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na potrzeby realizacji danego zamówienia- wg wzoru stanowiącego **załącznik nr 4** do SWZ lub inny podmiotowy środek dowodowy potwierdzający, że wykonawca realizując zamówienie, będzie dysponował niezbędnymi zasobami tych podmiotów*
*1.4.Oryginał gwarancji lub poręczenia, **jeżeli wadium** jest wnoszone w formie gwarancji lub poręczenia,*
1.5.Pełnomocnictwo upoważniające do złożenia oferty, o ile ofertę składa pełnomocnik;
1.6.Pełnomocnictwo dla pełnomocnika do reprezentowania w postępowaniu Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - dotyczy ofert składanych przez Wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia.

W dalszych postanowieniach swz Zamawiający wskazał:

Rozdział XXII OPIS CZĘŚCI ZAMÓWIENIA, JEŻELI ZAMAWIAJĄCY DOPUSZCZA SKŁADANIE CZĘŚCIOWYCH

1.Zamawiający nie dopuszcza składania ofert częściowych.
2.Zamawiający nie dokonał podziału zamówienia na części z uwagi na specyfikę, technologię realizacji i jednorodność całości zamówienia. Odbiór i zagospodarowanie odpadów są to usługi powiązane ze sobą. Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne wykazuje w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (z którymi ma lub będzie miał podpisane umowy). Przeprowadzenie odrębnych postępowań na odbiór odpadów oraz ich zagospodarowanie nie gwarantuje obniżenia kosztów łącznych powyższych postępowań, ponieważ potencjalny Wykonawca zawierając umowy wieloletnie z instalacjami zajmującymi się zagospodarowaniem odpadów ma większą możliwość wynegocjowania korzystniejszej ceny niż gmina. Ponadto należy podkreślić, że gmina nie posiada własnej instalacji do przetwarzania odpadów, której mogłoby powierzyć zagospodarowanie odpadów komunalnych. W związku z powyższym zasadnym jest, aby potencjalny wykonawca zajmował się odbiorem odpadów i ich zagospodarowaniem. Podział zamówienia na części mógłby grozić właściwemu wykonaniu zamówienia.

Zamawiający w dniu 18.09.2023 r. poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty Wykonawcy Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., jako niezgodnej z warunkami zamówienia, wskazując w uzasadnieniu na brak załączenia do oferty wykazu instalacji i unieważnił postępowanie. Na czynności te Wykonawca wniósł pismo w toku postępowania, w którym wskazał między innymi, iż odrzucenie jego oferty było nieprawidłowe, ponieważ przed dokonaniem czynności odrzucenia Zamawiający zaniechał wezwania stosownie do przepisu art. 128 ustawy Pzp (pismo z dnia 20.09.2023 r.). Wykonawca szeroko argumentował możliwość uzupełnienia informacji, których brak stanowił podstawę odrzucenia oferty, wskazując m.in. na stanowisko wyrażone w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z 5.11.2021 r., sygn. akt KIO 3134/21, w którym wskazano w podobnych okolicznościach na możliwość uzupełnienia wykazu instalacji, który nie został załączony do oferty w trybie art. 128 Ustawy Pzp.

Zamawiający po analizie stanu faktycznego, w tym zapisów swz oraz analizie wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5.11.2021 r. uznał, iż pierwotne odrzucenie oferty Wykonawcy było czynnością obarczoną błędem, stąd po unieważnieniu czynności unieważnienia postępowania Zamawiający przystąpił do ponownego badania i oceny ofert.

Pismem z 4.10.2023 r. Zamawiający wezwał Wykonawcę na podstawie art. 128 ust. 1 Ustawy Pzp do złożenia wykazu instalacji, do których Wykonawca zamierza przekazać odpady. Wykonawca przedstawił wykaz instalacji z podziałem na frakcje odpadów.

W dniu 25.10.2023 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty Wykonawcy Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S..

Uwzględniając powyższe Izba oddaliła odwołanie w całości.

Zarzuty podniesione względem czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej opierają się na stwierdzeniu o niedopuszczalnym uzupełnieniu dokumentu – wykazu instalacji, który w ocenie Odwołującego należało złożyć w ofercie, a jego brak oznaczał konieczność odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 1 Ustawy, jako niezgodnej z warunkami zamówienia, bez wzuwania do jego złożenia po terminie składania ofert. W sprawie zasadniczym z punktu widzenia czynności podjętych w postępowaniu miało być wskazanie na obowiązek Zamawiającego wynikający z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (ucpg), żądania złożenia w ofercie listy instalacji, do jakich miałyby być przekazywane odpady, z którymi ma lub będzie miał wykonawca podpisaną umowę. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał dać temu wyraz w postanowieniach rozdziału XXII swz, a brak złożenia wykazu instalacji w ofercie prowadzić powinien do stwierdzenia jej niezgodności z warunkami zamówienia.

Oddalając zarzuty Izba uznała, iż o niezgodności treści oferty z wymaganiami zamówienia nie mogły świadczyć postanowienia rozdziału XXII swz, odnoszące się wprost zarówno z tytułu rozdziału, jak i zawartej treści, do braku uzasadnienia dla podziału zamówienia na części. Wyjęte z kontekstu zdanie *Przedsiębiorca odbierający odpady komunalne wykazuje w ofercie do jakich instalacji będzie przekazywał odpady (z którymi ma lub będzie miał podpisane umowy)*, samo sugerować mogłoby, iż do oferty należało dołączyć wykaz instalacji. Jednak analiza całościowa tego rozdziału nie pozwala przyjąć, iż Zamawiający zawarł tam wymóg złożenia wraz z ofertą listy instalacji. W ocenie składu orzekającego odniesienie w zacytowanym zdaniu do wykazania w ofercie instalacji, do jakich będą przykazywane odpady, miało na celu wyłącznie uzasadnienie potrzeby prowadzenia jednego postępowania na odbiór i zagospodarowanie odpadów, między innymi z uwagi na zawierane przez wykonawców umowy z instalacjami, co pozwala obniżyć koszty tak skonstruowanego postępowania. Co istotne, w żadnym innym miejscu swz Zamawiający nie wskazał na konieczność załączenia do oferty wykazu instalacji, w szczególności nie wymagał podania instalacji w formularzu ofertowym, nie wskazał również tego dokumentu w rozdziale XIV pkt 14 swz, opisując dokumenty i oświadczenia składane wraz z ofertą, wreszcie lokalizacja instalacji nie stanowiła podstawy dla oceny ofert w kryterium pozacenowym.

Odwołujący formułując zarzut niezgodności treści oferty z swz odnosił się do obowiązku Zamawiającego wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, żądania wskazania w ofercie instalacji, do której będą kierowane odpady komunalne od właścicieli nieruchomości. Realizacja tego obowiązku na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wymaga wskazania wykonawcom w dokumentacji postępowania na obowiązek podania informacji w ofercie. W sytuacji braku takiego zapisu, ocena oferty może czynić niezbędnym zweryfikowanie w drodze wyjaśnienia treści oferty co do sposobu spełnienia świadczenia na podstawie art. 128 Ustawy. W takiej sytuacji nie można uprzedzająco, tj. bez umożliwienia wykonawcy wykazania instalacji, do których będą przekazywane odpady, stwierdzić, iż oferta pozostaje sprzeczna z warunkami zamówienia. Skoro nie było koniecznym wskazanie instalacji w formularzu ofertowym lub załączenie wykazu instalacji do oferty, sama treść oferty nie mogła wskazywać na sprzeczność z warunkami zamówienia. W okolicznościach niniejszej sprawy nie było możliwe, opierając się wyłącznie na braku podania informacji w ofercie wykazanie niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. To zamawiający określając wymaganą treść oferty wyznacza zakres weryfikacji merytorycznej w tym znaczeniu, iż oświadczenia wykonawcy stanowiące odpowiedź na oczekiwanie zamawiającego wyrażone w swz, będą kształtowały w sposób ostateczny zakres świadczenia w obszarze dla zamawiającego istotnym na moment oceny ofert. W niniejszym postępowania Zamawiający nie zdecydował o wprowadzeniu kryterium pozacenowego, które miałoby odniesienie do lokalizacji instalacji i odległości, co mogłoby mieć znaczenia z punktu widzenia wyboru oferty najkorzystniejszej. Stąd informacja prezentowana w wykazie, na którym znajdować mogła się nieograniczona ilość instalacji w różnych lokalizacjach na terenie różnych województw, ostatecznie nie miała wpływu na ocenę oferty. Brak konieczności wskazania konkretnej instalacji w formularzu ofertowym również miał ten skutek, iż nie było koniecznym sprawdzanie już na etapie oceny ofert, czy dana instalacja ma moce przerobowe, może przyjmować wszystkie odpady, a jeżeli nie to jakie. To Zamawiający ustalając wymaganą treść oferty doprowadził do tego, iż inne informacje mogące mieć znaczenie dla ustalenia sposobu spełnienia świadczenia, nie musiały być od razu wskazane w ofercie. Nie jest to sytuacja nadzwyczajna, również dla tej branży, że zamawiający opiera wybór oferty wyłącznie na oświadczeniu wykonawcy o wykonaniu przedmiotu zamówienia zgodnie z przepisami ustaw szczególnych, bez konieczności precyzowania szeregu informacji w tym obszarze. Możliwość uzupełnienia części danych, które nie były wymagane w ofercie jest również w orzecznictwie akceptowana. Przykładowo wskazać można na wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 28.01.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 144/21, w którym Sąd pozytywnie ocenił czynność wezwania do wyjaśnienia treści oferty w zakresie wykazu instalacji, które będą przyjmować odpady w razie udzielenia zamówienia, której podania w ofercie zamawiający nie wymagał. Sąd wskazał, iż wada polegająca na braku wskazania instalacji została skutecznie skorygowana zgodnie z art. 128 ust. 4 Pzp. Sąd dostrzegł, że obowiązujące przepisy ustawy jakkolwiek nie dają wprost podstawy do „korygowania czynności" przez zamawiającego, to w celu wyeliminowania wadliwych czynności, z uwagi na istotę prowadzonych postępowań, niewątpliwie takie działanie zamawiającego zmierzające do respektowania prawa jest prawidłowe. Możliwość rewizji czynności przez zamawiającego jest racjonalnie dopuszczalna ale podlega kontroli na takich samych zasadach jak kontroli podlega sama czynność pozytywna lub zaniechanie tej czynności.

Zupełnie odmienną jest ta sytuacja od stanu, w którym informacja o lokalizacji instalacji stanowi element oceny w kryterium wyboru oferty najkorzystniejszej, co oznacza konieczność wskazania instalacji już na etapie złożenia oferty, jako istotnej treści zobowiązania wykonawcy, decydującej o wyborze oferty najkorzystniejszej. Należy zatem rozróżnić wymóg wskazania konkretnej instalacji w ofercie od wymogu załączenia wykazu instalacji, na którym znajduje się szereg instalacji, na co wskazał również Sąd Okręgowy w Warszawie w wyroku z dnia 13.04.2022 r., sygn. akt XXIII Zs 136/21 podkreślając, iż dołączenie do oferty listy instalacji nie może być równoważne z realizacją wymogu wskazania w ofercie adresu instalacji. W takiej sytuacji zamawiający nie tylko nie powinien, ale wręcz nie mógł domniemywać woli wykonawcy i samodzielnie, bez ingerencji wykonawcy przyjąć, że adresem instalacji jest adres jednej z instalacji wymienionych w liście Marszałka.

Na końcu należy również podkreślić konieczność przestrzegania zasady przejrzystości czynności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zasada ta determinować powinna decyzje, dla których koniecznym staje się rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych co do treści dokumentacji postępowania. Oznaczać może to między innymi brak możliwości wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który nie wypełnił obowiązku, który nie

został wyraźnie nałożony w treści dokumentacji postępowania, a wynika z wykładni przepisów prawa lub samej dokumentacji postępowania, a także z uzupełnienia przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (por. wyrok z Sądu Okręgowego w Szczecinie z 7.03.2018 r., sygn. akt VIII Ga 102/18).

Podsumowując, w ocenie składu orzekającego w okolicznościach niniejszej sprawy informacja o instalacjach przyjmujących odpady nie musiała być podana w ofercie na potrzeby identyfikacji sposobu realizacji świadczenia, a zatem ocena w tym obszarze nie była możliwa do przeprowadzenia bez uzupełnienia tych informacji w drodze wyjaśnienia treści oferty. Powyższe nie naruszało zasad, dla których wyznacznikiem są opisane w dokumentacji postępowania wymagania, w tym określające zakres prezentowanych w ofertach danych o przedmiocie świadczenia. Wskazane postanowienia rozdziału XXII swz należało rozumieć wyłącznie w kontekście uzasadnienia braku podziału zamówienia na części. Zamawiający w żadnym innym miejscu swz, w szczególności opisując wymagane dokumenty składane wraz z ofertą nie wskazał na ten obowiązek, nie było również koniecznym złożenie oświadczenia w formularzu oferty w którym wykonawca deklarowałby konkretną instalację, do której zamierza kierować odpady i z którą ma zawartą umowę. Lokalizacja instalacji nie miała również znaczenia dla oceny merytorycznej oferty pod katem kryteriów oceny ofert – nie było kryterium odległości instalacji od miejsca składowania/wytworzenia. Powoływanie się na przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nakładających na Zamawiającego obowiązek żądania złożenia w ofercie wykazu instalacji, nie może prowadzić do nałożenia obowiązku, który nie został przez Zamawiającego jasno sprecyzowany w dokumentacji postępowania.
W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 575 Ustawy Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 2 i § 8 ust. 2 pkt 1 poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis i obciążyła nimi Odwołującego.

Przewodniczący: ……