

Sygn. akt: KIO 3346/23

WYROK
z dnia 23 listopada 2023 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Jolanta Markowska

Protokolant: Oskar Oksiński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 listopada 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 8 listopada 2023 r. przez wykonawcę: **REKO PRIME Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Gmina Siewierz, ul. Żwirki i Wigury 16, 42-470 Siewierz**,

przy udziale wykonawcy: **ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., ul. Starocmentarna 2, 41-300 Dąbrowa Górnicza** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 3346/23 po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutu naruszenia art. 126 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp poprzez dowolny wybór sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym badanie dokumentów złożonych przez wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. bez uprzedniego wezwania,**
- 2. oddala odwołanie w pozostałym zakresie;**
- 3. kosztami postępowania odwoławczego obciąża wykonawcę: REKO PRIME Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków, i:**
 - 3.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: REKO PRIME Sp. z o.o., ul. Jana Pawła II 104, 42-300 Myszków tytułem wpisu od odwołania.**

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), 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 3346/23

Uzasadnienie

Zamawiający, Gmina Siewierz, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 13.09.2023 r. pod numerem 2023/S 176-552570.

Wykonawca Reko Prime Sp. z o.o. z siedzibą w Myszkowie na podstawie art. 505 ust 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo Zamówień Publicznych (tj. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605), dalej „Pzp”, wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętej w postępowaniu, polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Dąbrowie Górniczej (dalej zwane „ALBA”) pomimo faktu, że oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie przepisów:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp, poprzez zaniechanie prawidłowego ich zastosowania oraz naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty ALBA, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia i dokonanie wyboru tej oferty w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp;
- 2) art. 126 ust. 1 i 2 w związku z art. art. 16 pkt 1 i 2 Pzp, poprzez dowolny wybór sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym badanie dokumentów złożonych przez wykonawcę ALBA bez uprzedniego wezwania, co narusza zasadę przeprowadzania postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób przejrzysty oraz zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALBA, jako najkorzystniejszej,
- 2) odrzucenia oferty wykonawcy ALBA;
- 3) powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz czynności wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert

niepodlegających odrzuceniu, zgodnie z warunkami zamówienia.

Odwołujący wyjaśnił, że złożył ofertę w postępowaniu i w przypadku unieważnienia czynności wyboru oferty złożonej przez wykonawcę ALBA, a następnie jej odrzucenia, oferta Odwołującego może zostać uznana za najkorzystniejszą w postępowaniu. Tym samym Odwołujący ponosi szkodę polegającą na utracie zysku i doświadczenia związanego z realizacją umowy zawartej w wyniku rozstrzygnięcia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący wskazał, że w formularzu ofertowym w informacjach dodatkowych w pkt VIII Kryteria oceny ofert Zamawiający zawarł następujące wymagania: „*W polu tekstowym Wykonawca wpisuje liczbę pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, którymi dysponuje lub będzie dysponował do realizacji przedmiotu zamówienia, podając dla każdego pojazdu jego markę i typ (przeznaczenie, np. typu śmieciarka), numer rejestracyjny, numer VIN, datę pierwszej rejestracji pojazdu oraz podstawę dysponowania*”. Przedmiotowa informacja jest uzupełnieniem tego, co Zamawiający wskazał w punkcie XX Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert SWZ pkt 2. Aspekt środowiskowy (dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin minimum EURO 6) – max 20 pkt: „*Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. Wykonawca powinien w Formularzu ofertowym wskazać maksymalnie 4 pojazdy o przeznaczeniu i rodzaju napędu, o jakim mowa powyżej, tj. maksymalnie: 2 pojazdy typu śmieciarka, 1 pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 pojazd specjalistyczny do odbioru odpadów z PSZOK, spełniające normę emisji spalin EURO 6 lub napędzane paliwami alternatywnymi, wraz z informacjami wymaganymi w Formularzu ofertowym*”.

Zamawiający w dokumentach zamówienia opisał w sposób wyczerpujący i jednoznaczny wymagania dotyczące wskazania podstawy dysponowania sprzętem w kryterium aspekt środowiskowy, wykonawca ALBA w swojej ofercie nie wskazał żądanej informacji, tym samym, w ocenie Odwołującego, oferta ta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, jako że treść oferty nie odpowiada warunkom zamówienia. Zamawiający w toku badania i oceny ofert całkowicie zignorował fakt, iż wykonawca ALBA nie przedłożył w ofercie wymaganych informacji. Wykonawca ALBA nie wskazał podstawy dysponowania wskazanym sprzętem w żadnym innym dokumencie składanym w terminie składania ofert (13.10.2023 r.), tym samym, na dzień składania ofert Zamawiający nie dysponował wymaganymi informacjami.

Odwołujący wyjaśnił, że zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp, warunki zamówienia to warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia w zakresie opisu przedmiotu zamówienia powinna być oceniana z uwzględnieniem definicji oferty zawartej w art. 66 k.c., tj. niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje, zgodnie z postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przedmiotowym postępowaniu treść oferty złożonej przez firmę ALBA jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny, Zamawiający nie może wyjaśnić wątpliwości w tym zakresie w trybie wskazanym w art. 233 ust. 1 Pzp. Braku wskazania podstawy dysponowania sprzętem nie można również uznać za omyłkę pisarską ani inną omyłkę, ponieważ w świetle poglądu utrwalonego w orzecznictwie sądowym, są to takie omyłki, co do których nie zachodzą żadne wątpliwości, np. niewłaściwego doboru słów. Zamawiający w toku badania i oceny ofert powinien ofertę firmy ALBA odrzucić.

Zamawiający natomiast nie tylko nie odrzucił oferty wykonawcy ALBA, ale również dokonał jej dalszej oceny na podstawie dokumentów złożonych przez ALBA bez uprzedniego wezwania. W załącznikach do protokołu nie znajduje się informacja o wezwaniu wykonawcy ALBA do złożenia podmiotowych środków dowodowych, zgodnie z art. 126 Pzp. Literalna wykładnia art. 128 ust. 2 Pzp wskazuje, że wykonawca nie może podmiotowych środków dowodowych składać z własnej inicjatywy, lecz wyłącznie na wezwanie Zamawiającego i w wyznaczonym przez niego terminie. Dokumenty przesłane przez ALBA w postępowaniu bez uprzedniego wezwania przez Zamawiającego nie powinny być przez Zamawiającego oceniane (dowód: protokół postępowania).

W ocenie Odwołującego, w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający uznał informację o podstawie dysponowania sprzętem za tak ważną, że należy ją umieścić w ofercie, tym samym Zamawiający, tak jak inni uczestnicy postępowania, jest związany treścią dokumentów zamówienia i nie może traktować braku wskazania wymaganych w ofercie informacji w sposób uznaniowy i dowolny.

Wykonawca ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego. Wniósł o oddalenie odwołania. Przystępujący przedstawił swoje stanowisko w piśmie procesowym z dnia 16 listopada 2023 r. Przystępujący potwierdził, że w treści oferty nie podał podstawy dysponowania zaoferowanymi pojazdami, ale wskazał wszystkie

informacje wymagane przez Zamawiającego dotyczące pojazdów. Przystępujący wskazał, że wypełnienie tej części Formularza ofertowego nie było obowiązkowe. Brak wypełnienia tej części formularza nie prowadziło do odrzucenia oferty a co najwyżej do nieprzyznania punktów w ramach kryterium „Aspekt środowiskowy”. Odwołujący jednakże takiego zarzutu nie postawił w odwołaniu. Istotne z punktu widzenia oceny ofert były wyłącznie informacje, identyfikujące pojazd. Przystępujący dodał, że kompletny wykaz pojazdów (załącznik nr 5) został złożony przez Przystępującego na wezwanie Zamawiającego o podmiotowe środki dowodowe. Przystępujący wskazał w tym wykazie podstawę dysponowania każdym z pojazdów. Przystępujący wyjaśnił, że pismem z dnia 16 października 2023 r. Zamawiający wezwał Przystępującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych na podstawie art. 126 Pzp.

W ocenie Przystępującego, odwołanie w całości zasługuje na oddalenie.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, pismem z dnia 20 listopada 2023 r. Wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 ust. 1 Pzp Zamawiający uznał za bezzasadny, gdyż w przedmiotowej sprawie nie ma zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty, o której mowa w ww. przepisie, ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ. W przedmiotowej sprawie w ogóle nie zachodzi taka okoliczność. Zastosowanie wskazanej powyżej przesłanki odrzucenia oferty wymaga jednoznacznego wykazania, na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia. Odwołujący powinien wskazać, co w ofercie wykonawcy ALBA jest sprzeczne z dokumentacją postępowania, i w jaki sposób ta niezgodność powoduje, że nie jest zagwarantowane spełnienie wymagań określonych w warunkach zamówienia. Odwołujący nie wykazał, w jakim zakresie oferta spółki ALBA nie odpowiada przedmiotowi zamówienia, co przekładałoby się na niezapewnienie jego realizacji w całości, zgodnie z wymogami Zamawiającego. Wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie można uznać, że występuje niezgodność oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami Zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie wykazał by wykonawca ALBA zaoferował wykonanie zamówienia przy użyciu pojazdów w liczbie lub o przeznaczeniu niezgodnym z wymaganiami SWZ. W ocenie Zamawiającego, nie zachodzi żadna materialna sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego Zamawiający oczekuje, zgodnie z dokumentami zamówienia.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z zapisami Specyfikacji warunków zamówienia Zamawiający dodatkowo punktował dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin minimum EURO 6. Zaoferowanie takich pojazdów wpływało na wyższą ocenę oferty, jednak pozostaje bez wpływu na zgodność zobowiązania wykonawcy ze zobowiązaniem, które Zamawiający opisał w SWZ. Już samo wpisanie pojazdów w formularz oferty stanowi deklarację wykonawcy, że dysponuje lub będzie dysponował ww. pojazdami. Jednocześnie, nawet całkowity brak takich pojazdów po stronie wykonawcy nie eliminował go z postępowania.

Zgodnie z SWZ Wykonawca powinien w Formularzu ofertowym wskazać maksymalnie 4 pojazdy, w tym maksymalnie: 2 pojazdy typu śmieciarka, 1 pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 pojazd specjalistyczny do odbioru odpadów z PSZOK, spełniające normę emisji spalin EURO 6 lub napędzane paliwami alternatywnymi, wraz z informacjami wymaganymi w Formularzu ofertowym. Zgodnie z uwagami do tego kryterium Zamawiający wskazał w SWZ, że *„Zadeklarowana liczba pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 ma być wykorzystywana bezpośrednio do realizacji przedmiotowego zamówienia.”* Ponadto *„W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.”*

Wykonawca ALBA wskazał w swojej ofercie 4 pojazdy o wymaganym przeznaczeniu i punktowanym napędzie. Zgodnie z zapisami SWZ nawet niewskazanie żadnych danych dotyczących pojazdów nie skutkowałoby odrzuceniem oferty lecz przyznaniem jej mniejszej liczby punktów.

W związku z powyższym wskazanie w ofercie wymaganych pojazdów, nawet bez podania wszystkich danych, tym bardziej nie może skutkować odrzuceniem oferty. Byłby to nie tylko nadmierny formalizm Zamawiającego, lecz działanie sprzeczne z zapisami SWZ.

Nawet gdyby Odwołujący twierdził, że Zamawiający nie powinien przyznać wykonawcy ALBA kompletu punktów w powyższym kryterium, to w swoim odwołaniu nie zarzucił on naruszenia art. 239 Pzp w zakresie wyboru przez Zamawiającego najkorzystniejszej oferty na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w dokumentach zamówienia.

Zamawiający wskazał dodatkowo, że w zmianie treści SWZ z dnia 4 października 2023 r. Zamawiający uzupełnił zapisy w rozdziale XX pkt 2 Specyfikacji warunków zamówienia poprzez dodanie następującego opisu sposobu oceny ofert w kryterium oceny ofert „Aspekt środowiskowy”:

„Zamawiający zweryfikuje każdy z zaoferowanych pojazdów korzystając z oficjalnej, rządowej strony internetowej <https://historiapojazdu.gov.pl>. Punktacja za dany pojazd zostanie przyznana wyłącznie w przypadku jego pozytywnej

weryfikacji. W przypadku negatywnej weryfikacji któregoś z pojazdów, Zamawiający nie przyzna punktów za jego zaferowanie”.

Na stronie internetowej <https://historiapojazdu.gov.pl> dane niezbędne i możliwe do wpisania celem sprawdzenia pojazdu to: numer rejestracyjny, numer VIN, data pierwszej rejestracji. Zamawiający załączył wydruk z tej strony celem wskazania, jakie dane były niezbędne do oceny według omawianego kryterium.

Informacja o podstawie dysponowania pojazdem nie była konieczna na tym etapie. Zamawiający dysponował wszystkimi niezbędnymi danymi z oferty firmy ALBA, celem weryfikacji pojazdów wskazanych w ofercie. Tym samym brak podania przez wykonawcę ALBA podstawy dysponowania pojazdami nie stanowił przeszkody w ocenie oferty. W drodze weryfikacji Zamawiający przyznał ofercie ALBA 20 punktów w kryterium „Aspekt środowiskowy”.

Zamawiający zauważył również, że w Informacjach dodatkowych do kryterium „Aspekt środowiskowy” wskazano, że: *„W polu tekstowym Wykonawca wpisuje liczbę pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, którymi dysponuje lub będzie dysponował do realizacji przedmiotu zamówienia, podając dla każdego pojazdu jego markę i typ (przeznaczenie, np. typu śmieciarka), numer rejestracyjny, numer VIN, datę pierwszej rejestracji pojazdu oraz podstawę dysponowania. Liczba punktów w tym kryterium zostanie przyznana w sposób określony w SWZ. W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium. Wykonawca powinien wskazać maksymalnie 4 pojazdy, tj. maksymalnie: 2 pojazdy typu śmieciarka, 1 pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 pojazd specjalistyczny do odbioru odpadów z PSZOK, spełniające normę emisji spalin EURO 6 lub napędzane paliwami alternatywnymi, wraz z informacjami wymaganymi powyżej.”*

Z powyższego zapisu wynika, że na moment składania oferty wykonawca nie musiał faktycznie dysponować kompletem pojazdów, więc informacja o podstawie dysponowania mogła być wpisana w przypadku, gdy na ten moment była znana. Wykonawcy dysponowali natomiast wiedzą, że weryfikacja tego kryterium nastąpi w oparciu o stronę <https://historiapojazdu.gov.pl> zgodnie z którą niezbędne do wskazania dane to: numer rejestracyjny, numer VIN, data pierwszej rejestracji, a informacja o podstawie dysponowania jest informacją dodatkową, niepotrzebną do weryfikacji kryterium. W żadnym razie nie można twierdzić, że prawidłowym postępowaniem Zamawiającego w tej sytuacji powinno być odrzucenie oferty spółki ALBA.

Jeżeli nawet uznać, że brak pewnych informacji mógłby wzbudzić wątpliwości Zamawiającego co do możliwości przyznania punktów, z czym Zamawiający się nie zgadza, to nadal nie ma tu zastosowania żadna z przesłanek odrzucenia oferty. Gdyby po stronie Zamawiającego wystąpiły wątpliwości interpretacyjne, mógłby on skorzystać z uprawnienia określonego w art. 223 ust. 1 Pzp lub nie przyznać punktów w tym zakresie.

W omawianym przypadku treść oświadczenia złożonego przez wykonawcę ALBA nie nasuwała żadnych wątpliwości u Zamawiającego. Informacja o dysponowaniu nie jest w tym zakresie kluczowa, ponieważ Zamawiający nie punktował rodzaju dysponowania. Podstawa dysponowania pojazdami nie była przedmiotem oceny ofert. Tym samym Zamawiający nie zgadza się ze stwierdzeniem Odwołującego, że treść oferty złożonej przez firmę ALBA jest niezgodna z warunkami zamówienia w sposób zasadniczy i nieusuwalny. Na żadnym etapie postępowania Zamawiający nie miał podstaw by uznać, że treść oferty wykonawcy ALBA jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Przez pojęcie „warunki zamówienia” należy rozumieć merytoryczny aspekt zaferowanego przez wykonawcę świadczenia. Z tych względów dla zastosowania art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp konieczne jest wykazanie, jaki merytoryczny element oferty jest niezgodny z opisanymi przez Zamawiającego wymaganiami i na czym ta niezgodność polega.

Zamawiający zaprzecza by jakkolwiek niezgodność w ofercie firmy ALBA występowała. Zamawiający wyjaśnił, że wykonawca ALBA realizuje obecnie na zlecenie Zamawiającego dotychczasową usługę odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz. Zgodnie z ofertą tego wykonawcy złożoną w poprzednim postępowaniu, w wyniku którego doszło do udzielenia zamówienia, Zamawiający dysponuje wiedzą, że trzy z zadeklarowanych w aktualnym postępowaniu pojazdów, są w dysponowaniu wykonawcy ALBA, tj.:

1. Pojazd typu śmieciarka przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 110/120 l, 240 l, 360 l, 1100 l,
Kirchhoff Ecotec, SK 616LR
VIN: WJME2NM70HC370443
Data pierwszej rejestracji: 08.08.2017
Podstawa dysponowania: leasing
2. Pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych
Iveco, SK 525TS
VIN: ZCFA71EFXM2707340
Data pierwszej rejestracji: 29.12.2020
Podstawa dysponowania: leasing

3. Pojazd specjalistycznym do odbioru odpadów z PSZOK-u

Scania, SK 402TR

VIN: YS2P4X20005603960

Data pierwszej rejestracji: 07.12.2020

Podstawa dysponowania: leasing

i pojazdy te są wykorzystywane do realizacji dotychczasowego zamówienia. Jako dowód Zamawiający załączył ofertę wykonawcy ALBA z ubiegłego roku (załącznik 2). Nawet więc gdyby uznać, że informacje o podstawie dysponowania pojazdami były potrzebne dla przyznania punktów ofercie (co stałoby w sprzeczności z zapisem SWZ, że Zamawiający zweryfikuje każdy z zaofferowanych pojazdów korzystając ze strony <https://historiapojazdu.gov.pl>) to w tym przypadku przyznanie punktów tylko za trzy powyższe pojazdy, o których Zamawiający wie, że są w dysponowaniu firmy ALBA, w liczbie 15 punktów, nie zmienia rankingu ofert, gdyż oferta wykonawcy ALBA nadal byłaby najkorzystniejsza.

W związku z powyższym Zamawiający wybrał ofertę firmy ALBA zgodnie z kryteriami opisanymi w Rozdziale XX Specyfikacji warunków zamówienia oraz zgodnie z art. 239 Pzp. Odwołujący nie wykazał naruszenia przepisów w tym zakresie.

Ponadto, gdyby Odwołujący rzeczywiście uznawał informacje o podstawie dysponowania, jak sam wskazuje: „za tak ważną, że należy ją umieścić w ofercie” to sam każdorazowo umieszczałby ją w swoich ofertach. Tymczasem w ubiegłorocznym postępowaniu, przy takich samych wymaganiach co do danych potrzebnych do weryfikacji pojazdów w kryterium środowiskowym, Odwołujący nie wpisał informacji dotyczących podstawy dysponowania pojazdami. Brak podania przez Odwołującego podstawy dysponowania pojazdami nie miał dla niego negatywnych konsekwencji. Natomiast pozostałe dane były wpisane nieprawidłowo, gdyż po ich uzupełnieniu na stronie <https://historiapojazdu.gov.pl> niemożliwe było stwierdzenie występowania takich pojazdów. Nawet w takim przypadku Zamawiający nie widział podstaw do odrzucenia oferty, lecz przyznał Wykonawcy w tym kryterium 0 punktów.

Zamawiający wyjaśnił, że minimalny poziom wymaganych pojazdów, jako warunek udziału w postępowaniu został określony w Rozdziale X.1. pkt 1 pkt 2) SWZ i był wstępnie weryfikowany na podstawie oświadczenia wykonawcy załączanego do oferty, zgodnie z art. 125 ust. 1 w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Na dalszym etapie postępowania warunek ten został zweryfikowany i potwierdzony w oparciu o złożone przez wykonawcę ALBA podmiotowe środki dowodowe.

Zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp Zamawiający uznał za bezzasadny. Zamawiający wyjaśnił, że na podstawie art. 126 ust. 1 Pzp wezwał w dniu 16 października 2023 r. firmę ALBA do złożenia podmiotowych środków dowodowych w terminie do 27 października 2023 r. (wezwanie wraz z dowodem wysłania w załączeniu). Wykonawca ALBA w dniu 27 października 2023 r. przesłał wymagane dokumenty (w załączeniu wydruk z platformy e-Zamówienia na dowód otrzymania dokumentów na wezwanie i w terminie).

Na podstawie otrzymanych dokumentów Zamawiający uznał, że wykonawca ALBA spełnia warunki udziału w postępowaniu i nie podlega wykluczeniu. Między innymi potwierdził się również warunek udziału w postępowaniu w zakresie dysponowania przez firmę ALBA wymaganymi pojazdami.

Zamawiający zwrócił uwagę, że o ile w obowiązującym pod rządami poprzedniej ustawy Rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w § 2 ust. 2 pkt 11) wskazano, że protokół zawiera informacje dotyczące wezwania do złożenia dokumentów w trybie art. 26 ust. 1 i 2 ustawy oraz w trybie art. 26 ust. 2f ustawy, tak aktualnie obowiązujące Rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 18 grudnia 2020 r. w sprawie protokołów postępowania oraz dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie przewiduje wpisania takich informacji.

Zamawiający na wniosek Odwołującego udostępnił mu protokół z postępowania wraz z podmiotowymi środkami dowodowymi złożonymi przez firmę ALBA jako kluczowymi dla oceny, czy wykonawca ten spełnia warunki udziału w postępowaniu oraz nie podlega wykluczeniu.

Wskazując na powyższą argumentację Zamawiający uznał, że wszystkie zarzuty Odwołującego są bezzasadne i powinny zostać w całości oddalone. Żadne przepisy ustawy

wę wskazanym w odwołaniu zakresie nie zostały przez Zamawiającego naruszone.

Odwołujący w toku posiedzenia cofnął zarzut nr 2 odwołania, tj. zarzut naruszenia art. 126 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez dowolny wybór sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym badanie dokumentów złożonych przez wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. bez uprzedniego wezwania. W pozostałym zakresie podtrzymał stanowisko przedstawione w odwołaniu, wnosząc o uwzględnienie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone przez strony postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Postępowanie odwoławcze podlegało umorzeniu na podstawie art. 568 pkt 1 Pzp z uwagi na cofnięcie przez Odwołującego odwołania w zakresie zarzutu nr 2 odwołania, tj. zarzutu naruszenia art. 126 ust. 1 i 2 w związku z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp poprzez dowolny wybór sposobu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym badanie dokumentów złożonych przez wykonawcę ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. bez uprzedniego wezwania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał posiadanie legitymacji uprawniającej do wniesienia odwołania, stosownie do dyspozycji art. 505 ust. 1 Pzp.

Wykonawca ALBA Miejskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., z siedzibą w Dąbrowie Górniczej zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego w niniejszej sprawie po stronie Zamawiającego, wypełniając przesłanki o których mowa w art. 525 ust. 1-3 Pzp, a tym samym stając się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Przedmiotem zamówienia jest świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie Gminy Siewierz.

W Rozdziale XX Specyfikacji Warunków Zamówienia „Opis kryteriów oceny ofert wraz z podaniem wag tych kryteriów i sposobu oceny ofert” Zamawiający opisał jako jedno z kryteriów oceny ofert „Aspekt środowiskowy”, czyli dysponowanie i realizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin minimum EURO 6. W tym kryterium wykonawca mógł otrzymać maksymalnie 20 punktów.

Zamawiający wskazał, że w kryterium „Aspekt środowiskowy” ocenie zostanie poddany aspekt środowiskowy świadczenia usługi, badany poprzez wpływ jej realizacji na środowisko naturalne poprzez emisję spalin pojazdów przystosowanych do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych lub selektywnie zebranych odpadów komunalnych wskazanych w Formularzu ofertowym, za pomocą których wykonawca będzie realizował zamówienie: *„Ocena kryterium dokonana zostanie na podstawie informacji/oświadczenia zamieszczonego przez Wykonawcę w Formularzu ofertowym. Wykonawca powinien w Formularzu ofertowym wskazać maksymalnie 4 pojazdy o przeznaczeniu i rodzaju napędu, o jakim mowa powyżej, tj. maksymalnie: 2 pojazdy typu śmieciarka, 1 pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zebranych odpadów komunalnych oraz 1 pojazd specjalistyczny do odbioru odpadów z PSZOK, spełniające normę emisji spalin EURO 6 lub napędzane paliwami alternatywnymi, wraz z informacjami wymaganymi w Formularzu ofertowym”*.

Zgodnie z uwagami do tego kryterium Zamawiający wskazał w SWZ, że „Zadeklarowana liczba pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin EURO 6 ma być wykorzystywana bezpośrednio do realizacji przedmiotowego zamówienia.”

Ponadto Zamawiający postanowił, że „W przypadku gdy Wykonawca nie wskaże w ofercie żadnej opcji dotyczącej aspektu środowiskowego Zamawiający przyzna 0 punktów w tym kryterium.”

W ramach zmiany treści SWZ w rozdziale XX pkt 2 Zamawiający dodatkowo wskazał, że: „Zamawiający zweryfikuje każdy z zaoferowanych pojazdów korzystając z oficjalnej, rządowej strony internetowej <https://historiapojazdu.gov.pl>. Punktacja za dany pojazd zostanie przyznana wyłącznie w przypadku jego pozytywnej weryfikacji. W przypadku negatywnej weryfikacji któregośkolwiek pojazdu, Zamawiający nie przyzna punktów za jego zaoferowanie”.

Zatem informacja o podstawie dysponowania pojazdem nie była istotna przy ocenie ofert w ramach ww. kryterium „Aspekt środowiskowy”.

W Formularzu ofertowym w informacjach dodatkowych w pkt VIII Kryteria oceny ofert Zamawiający zawarł wymagania: *„W polu tekstowym Wykonawca wpisuje liczbę pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin EURO 6, którymi dysponuje lub będzie dysponował do realizacji przedmiotu zamówienia, podając dla każdego pojazdu jego markę i typ (przeznaczenie, np. typu śmieciarka), numer rejestracyjny, numer VIN, datę pierwszej rejestracji pojazdu oraz podstawę dysponowania”*.

Wykonawca ALBA w formularzu ofertowym przedstawił informację, że dysponuje określonymi czterema pojazdami:

1. Pojazd typu śmieciarka przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 110/120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, Kirchoff Ecotec, SK 616LR, VIN: WJME2NM70HC370443, Data pierwszej rejestracji: 08.08.2017;
2. Pojazd typu śmieciarka przystosowany do odbierania zmieszanych odpadów komunalnych z pojemników typu 110/120 l, 240 l, 360 l, 1100 l, Kirchoff Ecotec, SK 615LR, VIN: WJME2NM70HC371366, Data pierwszej rejestracji: 08.08.2017;
3. Pojazd przystosowany do odbierania selektywnie zbieranych odpadów komunalnych Iveco, SK 525TS, VIN: ZCFA71EFXM2707340, Data pierwszej rejestracji: 29.12.2020;
4. Pojazd specjalistycznym do odbioru odpadów z PSZOK-u, Scania, SK 402TR, VIN: YS2P4X20005603960, Data pierwszej rejestracji: 07.12.2020.

Wykonawca Alba przy opisie ww. pojazdów nie podał podstawy dysponowania nimi przez wykonawcę.

Izba stwierdziła, że w okolicznościach tej sprawy nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy ALBA, której treść jest niezgodna z warunkami zamówienia oraz poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy ALBA w sposób naruszający przepisy ustawy Pzp.

Wskazać należy, że norma art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp odnosi się do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia oraz merytorycznych wymagań zamawiającego, w szczególności co do zakresu świadczenia, jego ilości lub jakości, warunków realizacji lub innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia. Jako przykładowe okoliczności, których wystąpienie skutkuje odrzuceniem oferty na podstawie powyższego przepisu, można wskazać: zaoferowania przez wykonawcę przedmiotu zamówienia nieodpowiadającego wymaganiom określonym w warunkach zamówienia (np. zaoferowanie urządzeń o innych funkcjonalnościach niż wymagane przez zamawiającego, zakresu świadczenia wykonawcy lub sposobu spełnienia świadczenia, które nie odpowiadają warunkom zamówienia, niewykazania równoważności zaoferowanego produktu.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określonymu w SWZ. Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia stanowi wynik niezgodności oświadczenia woli wykonawcy z oczekiwaniami zamawiającego, odnoszącymi się do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, materialnej sprzeczności zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, którego zamawiający oczekuje zgodnie z postanowieniami specyfikacji warunków zamówienia.

Odwołujący powinien zatem wykazać w postępowaniu odwoławczym, że w ofercie wykonawcy ALBA występuje niezgodność, która powoduje, że oferta nie gwarantuje spełnienia wymagań określonych przez Zamawiającego w warunkach zamówienia.

Zgodnie z art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć warunki, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego, co nie zmienia faktu, że odrzucenie oferty jako niezgodnej z warunkami zamówienia wymaga wykazania niezgodności oferty w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia, niezależnie od tego jakiego aspektu warunków zamówienia dotyczy.

Odwołujący nie twierdził w niniejszej sprawie, że oferta wykonawcy ALBA nie odpowiada przedmiotowi zamówienia w odniesieniu do merytorycznego zakresu przedmiotu zamówienia. Odwołujący nie podnosił i nie wykazał także, że wykonawca ALBA zaoferował wykonanie zamówienia przy użyciu pojazdów w ilości lub o przeznaczeniu niezgodnym z wymaganiami SWZ. Tym samym, nie podnosił, że zachodzi jakakolwiek materialna sprzeczność zakresu zobowiązania zawartego w ofercie z zakresem zobowiązania, które Zamawiający opisał w dokumentach zamówienia.

Ponadto, Odwołujący nie kwestionował okoliczności, że wykonawca ALBA spełnia warunki udziału w postępowaniu. Należy zauważyć, że minimalny poziom wymaganych pojazdów, jako warunek udziału w postępowaniu, został określony w Rozdziale X.1. pkt 1 pkt 2) SWZ i był wstępnie weryfikowany na podstawie oświadczenia wykonawcy załączonego do oferty, zgodnie z art. 125 ust. 1 w postaci jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. Na dalszym etapie postępowania warunek ten został zweryfikowany i potwierdzony w oparciu o złożone przez wykonawcę ALBA podmiotowe środki dowodowe, w tym m.in. wykaz pojazdów wraz z informacją o podstawie dysponowania tymi pojazdami przez wykonawcę.

Z powyższego wynika, że zaoferowanie pojazdów w ramach kryterium oceny ofert w całości pozostaje bez wpływu na zgodność zobowiązania wykonawcy ALBA z warunkami zamówienia, które Zamawiający opisał w SWZ. Podkreślenia wymaga okoliczność, że nawet całkowity brak pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin minimum EURO 6 przez wykonawcę, nie powodował wyeliminowania takiego wykonawcy z postępowania.

Wykonawca ALBA wskazał w swojej ofercie 4 pojazdy o wymaganym przeznaczeniu i punktowanym napędzie. Odwołujący potwierdził ten fakt i nie kwestionował zasadności przyznania przez Zamawiającego wykonawcy ALBA 20 punktów. Odwołujący w ogóle nie kwestionował oceny oferty tego wykonawcy. Ponadto, wykonawca ALBA zaoferował w ramach kryterium „aspekt środowiskowy” zrealizowanie zamówienia przy użyciu pojazdów napędzanych paliwami alternatywnymi lub spełniających normę emisji spalin minimum EURO 6 w maksymalnej ilości określonej przez Zamawiającego.

Wykonawca ALBA podał zatem w Formularzu ofertowym wszystkie informacje, które były weryfikowane przez Zamawiającego w ramach kryterium oceny ofert. Okoliczność, że wykonawca ALBA nie podał w Formularzu ofertowym informacji odnośnie podstawy dysponowania ww. pojazdami należy uznać jedynie za brak formalny, którego nie można zakwalifikować jako merytorycznej niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia. W świetle postanowień SWZ, w

tym uwagi zawartej w Formularzu ofertowym, sam fakt wpisania przez wykonawcę pojazdów w Formularzu ofertowym potwierdza deklarację wykonawcy, że dysponuje lub będzie dysponował wskazanymi pojazdami. Podstawa dysponowania pojazdami, zgodnie z wymaganiami §9 ust. 1 pkt 10 rozporządzenia Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz. U. z 2020 r. poz.2415 ze zm.), powinna być wymagana i oceniana na etapie weryfikacji spełnienia warunków udziału w postępowaniu i podmiotowych środków dowodowych, w tym wykazu pojazdów (załącznik nr 5), w którym wykonawca ALBA podał podstawę dysponowania dla wszystkich pojazdów, zaoferowanych do realizacji zamówienia, której to okoliczności Odwołujący w ogóle nie kwestionował.

Na marginesie tylko należy zauważyć, że Izba nie rozpoznawała kwestii, czy Zamawiający prawidłowo przyznał wykonawcy ALBA punktację za pojazdy, w odniesieniu do których wykonawca ALBA nie wskazał podstawy dysponowania w formularzu ofertowym, ponieważ taki zarzut nie został sformułowany w odwołaniu.

Reasumując, Izba stwierdziła, że w okolicznościach tej sprawy nie można się zgodzić z twierdzeniem Odwołującego, że treść oferty złożonej przez wykonawcę ALBA jest niezgodna z warunkami zamówienia, co powinno skutkować odrzuceniem tej oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Konieczny do wykazania merytoryczny element treści oferty, który jest niezgodny z opisanymi przez Zamawiającego wymaganiami nie został przez Odwołującego wykazany. W związku z powyższym należało również stwierdzić, że Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy ALBA zgodnie z warunkami zamówienia opisanymi w SWZ.

Uwzględniając powyższy stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji, na podstawie art. 553 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 557 i art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z §9 ust. 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz.U. z 2020 r. 2437).

Przewodniczący: