

WYROK

z dnia 9 kwietnia 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Marta Słoma

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 kwietnia 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 marca 2018 r. przez odwołującego: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gmina Grudziądz z siedzibą w Grudziądzu, przy udziale:

A. Wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża odwołującego: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez odwołującego: Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA Spółka Akcyjna z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień

publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r., poz. 1579) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Toruniu.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Gmina Grudziądz z siedzibą w Grudziądzu (dalej: Zamawiający) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej Pzp, postępowanie o udzielenie zamówienia którego przedmiotem jest „Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości (zamieszkałych i niezamieszkałych) na terenie Gminy Grudziądz wraz z dostarczeniem urządzeń do gromadzenia odpadów”, (numer postępowania PLF.271.1.4.2018), zwane dalej Postępowaniem. Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 stycznia 2018 r. pod nr 2018/S 011-020919.

W dniu 26 marca 2018 r. wykonawca Wrocławskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania ALBA S.A. z siedzibą we Wrocławiu (dalej „Odwołujący”), wniósł odwołanie, w którym zaskarżył niezgodne z przepisami czynności zamawiającego, polegające na:

1. zaniechaniu wykluczenia wykonawcy Przedsiębiorstwo Usług Miejskich PUM Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Grudziądzu (dalej: Przystępujący) ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu;
2. zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego, mimo, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Zaskarżonym działaniom i zaniechaniom odwołujący zarzucił naruszenie:

1. art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu, to jest wskazanie w treści załącznika nr 8 do SIWZ jedynie jednej usługi polegającej na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych podczas, gdy zamawiający określił, że „Należy wskazać co najmniej dwie usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wraz z podaniem ich wartości terminem realizacji oraz określeniem podmiotów, na rzecz których zostały wykonane”;
2. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, mimo, że jej treść nie odpowiada wymogom SIWZ, ponieważ przystępujący w swojej ofercie przedłożył załącznik nr 13 - „Wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości” - sporządzony niezgodnie z SIWZ. Przystępujący nie wskazał instalacji, do których przekazane zostaną wszystkie rodzaje odpadów objętych przedmiotem zamówienia, to jest nie wskazał instalacji, do których przekazane będą odebrane z terenu gminy Grudziądz meble i odpady wielkobarytowe, zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny oraz odpady tekstylne i odzież; Przystępujący ponadto w sposób nieuprawniony zmodyfikował załącznik nr 13 do SIWZ, wskazując poza wymaganymi instalacjami informacje na temat podmiotów zbierających odpady komunalne.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wykluczenie Wykonawcy;
3. odrzucenie oferty Wykonawcy;

4. dokonanie ponownej oceny oraz wybór najkorzystniejszej oferty.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in.:

Zgodnie z punktem 8.4.1 SIWZ „Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp”, w celu wykazania spełniania przez Wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należało przedłożyć: Wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, miały być referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy lub usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie był w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy. „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich 3 lat dostaw lub usług” stanowił załącznik nr 8 do SIWZ.

W toku postępowania wpłynęły prośby o wyjaśnienie treści SIWZ. Udzielając odpowiedzi na pytanie nr 22 o treści: „W pkt 8.4 pkt 1 SIWZ zamawiający pisze, że w celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy przedłożyć m.in. wykaz dostaw lub usług. Informujemy, że zamawiający w tym zakresie nie postawił żadnego warunku, także prosimy o informacje jakimi danymi należy wypełnić ten załącznik?”, zamawiający wskazał: „W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy wypełnić załącznik nr 8 do SIWZ. Należy w nim wykazać co najmniej dwie usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wraz z podaniem ich wartości, terminem realizacji oraz określeniem podmiotów, na rzecz których zostały wykonane. Do załącznika winny zostać dołączone dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że wykonywał lub wykonuje co najmniej 2 usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych o ilości nie mniejszej niż 2.000 Mg łącznie”.

Pismem z 2 marca 2018 roku zamawiający wezwał przystępującego na podstawie art. 26 ust. 1 i 2 Pzp do złożenia dokumentów, między innymi wykazu dostaw lub usług. W dniu 6 marca 2018 roku Przystępujący przedłożył wymagane dokumenty, w tym istotny dla przedmiotowego odwołania „Wykaz usług - załącznik nr 8”. W dokumencie tym wskazał jedynie usługę „Odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu Gminy Grudziądz” o wartości 2 764 804,97 zł brutto, z terminem realizacji od 01.07.2013 r. do 31.12.2015 r. Do wykazu dołączone zostały referencje z 30 marca 2016 roku wystawione przez Gminę Grudziądz potwierdzające należyte wykonanie usługi. Przystępujący nie wykazał zatem spełnienia warunków udziału w postępowaniu i dlatego w ocenie odwołującego powinien zostać wykluczony z postępowania w oparciu o art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Odnosnie zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego wskutek jej niezgodności z treścią SIWZ odwołujący wskazał co następuje.

Zgodnie z działem I ust. 1 załącznika nr 12 do SIWZ (Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, dalej OPZ), przedmiotem zamówienia było odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości (zamieszkałych i niezamieszkałych) na terenie Gminy Grudziądz wraz z dostarczeniem urządzeń do gromadzenia odpadów. Rodzajami odbieranych odpadów objętych przedmiotem zamówienia były:

1. niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
2. tworzywa sztuczne, metal i odpady wielomateriałowe,
3. szkło,
4. odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone,

5. zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
6. meble i odpady wielkogabarytowe,
7. papier i tektura,
8. odpady tekstylne i odzież.

Zamawiający wskazał w SIWZ, że w toku realizacji przedmiotu zamówienia, wybrany wykonawca zobowiązany będzie do przestrzegania przepisów prawa, w szczególności ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2016 r. poz. 1987 z późn. zm.) i ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2017 r., poz. 1289, dalej Ucpg).

Mając na uwadze art. 6d ust. 4 pkt 5 Ucpg, zamawiający utworzył w toku postępowania załącznik nr 13 do SIWZ, tytułując go: „Wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości” (dalej: wykaz instalacji). Zamawiający w pouczeniu do ww. załącznika wskazał, że wykaz instalacji w przypadku jego niezłożenia, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Oferta wykonawcy, który nie złożył tego dokumentu podlegać miała odrzuceniu z tytułu niezgodności z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Przystępujący w swojej ofercie przedłożył załącznik nr 13 do SIWZ, ale w ocenie odwołującego został on sporządzony niezgodnie z SIWZ. Przystępujący nie wskazał instalacji, do których przekazane będą wszystkie rodzaje odpadów wymienione przez zamawiającego w ust. 10 działu I OPZ - pominięte zostały: zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i odpady wielkogabarytowe oraz odpady tekstylne i odzież. Przystępujący wskazał jedynie regionalne instalacje przetwarzania odpadów komunalnych (RIPOK), do których zostaną przekazane odpady komunalne zmieszane, zielone i bioodpady (to jest odpady, o których mowa w punktach 1 i 4 ust. 10 działu I oraz ust. 2-5 działu III OPZ oraz instalacje odzysku i unieszkodliwiania odpadów, do których zostaną przekazane tworzywa sztuczne, metal i odpady wielkomateriałowe; szkło oraz papier i tektura (to jest odpady, o których mowa w punktach 2, 3 i 7 ust. 10 działu I oraz ust. 6 działu III OPZ. Przystępujący ponadto w sposób nieuprawniony zmodyfikował załącznik nr 13 do SIWZ, wskazując poza wymaganymi instalacjami, podmioty zbierające odpady komunalne, podczas gdy zamawiający wskazał że w załączniku nr 13 wykonawcy winni wpisać instalacje, do których przekazane zostaną odebrane z terenu gminy Grudziądz odpady komunalne. Pominięte w wymaganej części wykazu instalacji rodzaje odpadów - zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny, meble i odpady wielkogabarytowe oraz odpady tekstylne i odzież nie zostały również wskazane w pozycjach dotyczących wykazu podmiotów zbierających odpady komunalne, to jest wykazu nieprawidłowo dodanego przez przystępującego do załącznika nr 13.

Oferta wraz z załącznikami winna być sporządzona zgodnie z wymaganiami wynikającymi z SIWZ. Wykonawca nie mógł samodzielnie dokonać modyfikacji formularzy przygotowanych przez zamawiającego, chyba że co innego wynikałoby z SIWZ. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający wskazał, że załącznik nr 13 dotyczy wykazu instalacji, a nie podmiotów zbierających odpady komunalne - potwierdza to tytuł przedmiotowego załącznika - „Wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości”, treść ust. 6 działu III OPZ oraz brzmienie odpowiedzi zamawiającego na pytanie nr 9 do treści SIWZ.

W ocenie odwołującego wystąpiły zatem dwa przejawy niezgodności treści oferty przystępującego z treścią SIWZ - niewskazanie w załączniku nr 13 instalacji przetwarzających wszystkie wskazane w OPZ rodzaje odpadów oraz zmodyfikowanie formularza załącznika nr 13. W tej sytuacji niedopuszczalnym byłoby zastosowanie procedury wskazanej w art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, czyli poprawa innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ. Zmianie treści wzoru załącznika nr 13 do SIWZ nie sposób bowiem przypisać charakteru omyłki. Zmiana treści wzoru załącznika ofertowego była działaniem celowym, a nie omyłkowym - przystępujący utworzył nową tabelę w załączniku nr 13, tytułując ją: „Wykaz podmiotów zbierających odpady komunalne”. Biorąc pod uwagę powyższe zdaniem odwołującego zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron i przystępującego złożone podczas rozprawy, Izba zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba ustaliła, że odwołującemu, w świetle przepisu art. 179 ust. 1 Pzp, stanowiącego, że „Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy”, przysługiwało uprawnienie do wniesienia odwołania.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że nie zasługuje ono na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp dotyczący zaniechanie wykluczenia z postępowania przystępującego ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że zamawiający w punkcie 8.4 SIWZ „Wykaz dokumentów i oświadczeń składanych na wezwanie zamawiającego na potwierdzenie okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp” wskazał, że w celu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykonawcy mają przedłożyć m. in. wykaz dostaw lub usług wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert albo wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy lub usługi zostały wykonane, oraz załączeniem dowodów określających czy te dostawy lub usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie. Jednocześnie w punkcie 6.2.3 SIWZ zamawiający w zakresie kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej nie określił żadnego warunku udziału w postępowaniu.

19 lutego 2018 r. zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania do treści SIWZ wskazał: „W celu wykazania spełnienia przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu należy wypełnić załącznik nr 8 do SIWZ. Należy w nim wykazać co najmniej dwie usługi polegające na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych wraz z podaniem ich wartości, terminem realizacji oraz określeniem podmiotów, na rzecz których zostały wykonane. Do załącznika winny zostać dołączone dowody określające czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego usługi były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane. Zamawiający uzna warunek za spełniony jeśli Wykonawca wykaże, że wykonywał lub wykonuje co najmniej 2 usługi odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych o ilości nie mniejszej niż 2.000 Mg łącznie.”

2 marca 2018 r. zamawiający wskazując jako podstawę prawną łącznie art. 26 ust. 1 i 2 Pzp wezwał przystępującego do złożenia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. 7 marca 2018 r. do siedziby zamawiającego wpłynęły złożone na wezwanie dokumenty stanowiące uzupełnienie oferty przystępującego, w tym załącznik nr 8 - „Wykaz wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat dostaw lub usług”. Przystępujący wykazał realizację jednej usługi tj. Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Grudziądz. Usługa świadczona była na rzecz Gminy Grudziądz w okresie od 1 lipca 2013 r. do 31 grudnia 2015 r., a całkowita wartość brutto usługi wyniosła 2 764 804,97 zł. Bez wezwania do uzupełnienia oferty na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie wykazania na potrzeby potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu realizacji dwóch usług, zamawiający 16 marca 2018 roku wybrał jako najkorzystniejszą ofertę przystępującego.

W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał, że zaniechanie wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu wykonanych w ciągu ostatnich trzech lat dostaw lub usług wynikało z faktu zastosowania przez zamawiającego art. 26 ust. 6 Pzp. Zamawiający uwzględnił posiadaną dokumentację dotyczącą realizowanej przez przystępującego, na rzecz zamawiającego, umowy na Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Gminy Grudziądz na potrzeby weryfikacji spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu. Usługa świadczona jest na rzecz Gminy Grudziądz od 16 listopada 2015 r. do chwili obecnej. Ponieważ ta druga usługa spełniała wymogi określone w SIWZ w zakresie dotyczącym sposobu wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu zamawiający wziął ją pod uwagę przy ocenie zdolności przystępującego do realizacji przedmiotu zamówienia.

W ocenie Izby działanie zamawiającego było nieprawidłowe i stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp. Zaniechanie czynności wezwania przystępującego do uzupełnienia oferty na podst. art. 26 ust. 3 Pzp i brak jakiegokolwiek śladu w dokumentacji z postępowania doprowadziły do sytuacji, w której odwołujący nie miał możliwości powzięcia informacji o fakcie uwzględnienia przez zamawiającego na podst. art. 26 ust. 6 Pzp posiadanych przez niego dokumentów na korzyść przystępującego. Wezwanie do uzupełnienia oferty jest czynnością uregulowaną w art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten stanowi: „Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 25a ust. 1, oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub innych dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania, oświadczenia lub dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez zamawiającego wątpliwości, zamawiający wzywa do ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub do udzielania wyjaśnień w terminie przez siebie wskazanym, chyba że mimo ich złożenia, uzupełnienia lub poprawienia lub udzielenia wyjaśnień oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania.”. Dyspozycja przepisu jasno wskazuje na obowiązek zamawiającego wezwania do uzupełnienia oferty. Nie ma tu wyjątku pozwalającego na odstąpienie od wezwania ze względu na będące inicjatywą zamawiającego zastosowanie art. 26 ust. 6 Pzp. Ten z kolei brzmi: „Wykonawca nie jest obowiązany do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 1 i 3, jeżeli zamawiający posiada oświadczenia lub dokumenty dotyczące tego wykonawcy lub może je uzyskać za pomocą bezpłatnych i ogólnodostępnych baz danych, w szczególności rejestrów publicznych w rozumieniu ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570)”. W przedmiotowej sprawie zamawiający nie mógł odstąpić od wezwania przystępującego do uzupełnienia wykazu usług, trudno bowiem przyjąć, że zamawiający dysponuje dokumentem sporządzanym przez wykonawcę na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w konkretnym postępowaniu. W ocenie Izby samodzielne skorzystanie przez zamawiającego z będących w jego posiadaniu oświadczeń i dokumentów dotyczących usług zrealizowanych przez przystępującego byłoby prawidłowe w sytuacji, gdyby złożony przez przystępującego na potrzeby wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu wykaz usług był kompletny. Ponadto ze względu na zasadę jawności oraz zasadę pisemności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający powinien umożliwić wszystkim uczestniczącym w postępowaniu wykonawcom powzięcie wiedzy, że odstąpił od wezwania na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp i zastosował art. 26 ust. 6 Pzp. O ile obowiązek takiego poinformowania nie wynika z art. 26 ust. 6 Pzp, to zasady prowadzenia postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 Pzp prowadzą do wniosku, że niedopuszczalna jest sytuacja, gdy odwołujący konstruuje zarzuty odwołania bez możliwości uwzględnienia wszystkich okoliczności mających wpływ na wybór najkorzystniejszej oferty.

Weryfikacja oferty przystępującego przez zamawiającego została dokonana w sposób sprzeczny z zasadą transparentności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W efekcie odwołujący nie miał świadomości, że mimo naruszenia w toku oceny oferty przepisów art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ustalił, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Mimo wskazanych wyżej nieprawidłowości w działaniu zamawiającego, Izba nie mogła uwzględnić odwołania. Zgodnie z art. 192 ust. 7 Pzp Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. W zakresie wyżej wskazanych okoliczności odwołujący podniósł wyłącznie zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania ze względu na niewykazanie spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zarzut ten nie mógł być uwzględniony. Biorąc pod uwagę stan wiedzy odwołującego na temat przebiegu postępowania, postawienie zarzutu zaniechania wykluczenia z postępowania zamiast zaniechania wezwania do uzupełnienia oferty przystępującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp było przedwczesne. Przepis art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp nakazuje wykluczenie z postępowania wykonawcy, który nie wykazał spełniania warunków udziału w postępowaniu, ale przed dokonaniem czynności wykluczenia obowiązkiem zamawiającego jest wezwanie wykonawcy do uzupełnienia dokumentów i oświadczeń na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp. Bez zapewnienia przystępującemu możliwości jednokrotnego uzupełnienia dokumentów, o których mowa w przytoczonym przepisie zamawiający nie miał podstaw do wykluczenia go z postępowania. Odwołujący skonstruował zarzut odwołania w oparciu o wyrażone w toku rozprawy założenie, że przepis art. 26 ust. 3 Pzp należy interpretować bardzo wąsko. Odwołujący wskazał, że w trybie tym możliwa jest jedynie poprawa niewielkich błędów w złożonych dokumentach, nie zaś uzupełnienie wykazu usług. Jest to jednak stanowisko całkowicie błędne - przeczy mu zarówno utrwalone orzecznictwo Izby jak i przede wszystkim literalne brzmienie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto nie ulega wątpliwości, że mimo naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 Pzp zamawiający ustalił, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu. W tej sytuacji uwzględnienie zarzutu odwołania, również w oparciu o założenie, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, jako dalej idący zawiera w sobie również zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp, prowadziłoby nakazania

zamawiającemu pozyskania informacji, w których posiadaniu już jest. Nakaz taki byłby zatem wyłącznie przejawem nadmiernego formalizmu i nie wpłynąłby na wynik postępowania.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba, ze względu na treść art. 192 ust. 2 i 7 Pzp uznała zarzut odwołania za niezasadny.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp dotyczący zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego ze względu na jej niezgodność z SIWZ nie potwierdził się.

Izba ustaliła, że zamawiający w OPZ w sposób następujący określił przedmiot zamówienia:
„10. Rodzaje odbieranych opadów objętych przedmiotem zamówienia:

- 1) niesegregowane (zmieszane) odpady komunalne,
- 2) tworzywa sztuczne, metal i odpady wielomateriałowe,
- 3) szkło,
- 4) odpady ulegające biodegradacji, w tym odpady opakowaniowe ulegające biodegradacji i odpady zielone,
- 5) zużyty sprzęt elektryczny i elektroniczny,
- 6) meble i odpady wielkogabarytowe,
- 7) papier i tektura,
- 8) odpady tekstylne i odzież.

Gospodarka pozostałymi odpadami komunalnymi nie jest przedmiotem niniejszego zamówienia i odbywać się będzie na zasadach zorganizowanego przez Gminę Grudziądz Punktu Selektywnego Zbierania Odpadów Komunalnych.(...)

13. Odpady komunalne określone w ust. 10 Wykonawca będzie odbierał, a następnie będzie zagospodarowywał w ilości równej ilości jakiej pozbywać się będą właściciele nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.”

W dniu 19 lutego 2018 r. zamawiający poinformował wykonawców o dodaniu do SIWZ Załącznika nr 13 - Wykazu instalacji, do których będą przekazywane odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości. Załącznik miał formę tabeli i wymagał przedstawienia następujących danych:

1. Nazwa zarządzającego instalacją
2. Rodzaj i adres instalacji

Obowiązkiem wykonawców było złożenie go wraz z ofertą.

Treść i zakres informacji wymaganych do wskazania przez wykonawców w załączniku nr 13 zgodny jest z art. 6d ust. 4 pkt 5 Ucpg stanowiącym, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej w szczególności instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów.

Przystępujący w załączniku nr 13 załączonym do oferty wskazał następujące instalacje:

1. Nazwa zarządzającego - Miejskie Wodociągi i Oczyszczalnia Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 28/30, 86-300 Grudziądz, Rodzaj i adres instalacji - Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych, Zakład Gospodarki Odpadami w Zakurzewie;
2. Nazwa zarządzającego - Przedsiębiorstwo Unieszkodliwiania odpadów „EKO-WISŁA” Sp. z o.o., Rodzaj i adres instalacji - Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych w Sulnówku, Sulnówko 74c, 86-100 Świecie;

3. Nazwa zarządzającego - Przedsiębiorstwo Komunalne w Tucholi Sp. z o.o., ul. Świecka 68, 89-500 Tuchola, Rodzaj i adres instalacji - Regionalna Instalacja Przetwarzania Odpadów Komunalnych. Składowisko Odpadów Komunalnych w Tucholi, Bładowo 1, 89-500 Tuchola.

Powyższe informacje były zgodne z wymogami SIWZ. Przystępujący dodatkowo załączył do oferty Wykaz instalacji przetwarzania odpadów komunalnych i Wykaz podmiotów zbierających odpady komunalne. Oba te wykazy nie stanowiły modyfikacji załącznika nr 13 w stosunku do wzoru załączonego do SIWZ - zarówno pod względem treści jak i formy dokument załączony do oferty przystępującego był prawidłowy. Kwestionowane przez odwołującego wykazy nie były wymagane przez zamawiającego, przystępujący załączył je do oferty dobrowolnie. W toku rozprawy zamawiający wyjaśnił, że wykazy te, jako dokumenty, które nie były wymagane od wykonawców nie zostały wzięte pod uwagę w toku oceny oferty przystępującego. Ponadto, w ocenie Izby, oba wykazy nie były sprzeczne przedmiotem zamówienia i określonym w OPZ sposobem jego realizacji. Analizując ich treść nie ma podstaw do stwierdzenia, że przystępujący ma zamiar zrealizować przedmiot zamówienia w ograniczonym stopniu lub w sposób sprzeczny z SIWZ.

Izba nie uwzględniła złożonego przez odwołującego w toku rozprawy dowodu nr 1 mającego świadczyć o tym, że żadna z regionalnych instalacji przetwarzania odpadów komunalnych wskazanych w ofercie przystępującego nie przetwarza zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego. Odręcznie spisany link do strony internetowej BIP Urzędu Marszałkowskiego Województwa Kujawsko-Pomorskiego nie mógł stanowić wiarygodnego dowodu, ze względu na fakt jego nieczytelności. Biorąc pod uwagę jak skomplikowaną kombinację liter, cyfr i znaków tworzy link do strony internetowej, przedłożony przez odwołującego dowód nie pozwala na jednoznaczne odczytanie adresu przedmiotowej strony. Wobec powyższego, na podstawie art. 190 ust. 7 Pzp Izba uznała dowód nr 1 za niewiarygodny, a związane z nim twierdzenie odwołującego za nieudowodnione.

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, który to nakazuje Zamawiającemu poprawę w ofercie innych omyłek polegających na jej niezgodności z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty oraz niezwłoczne zawiadomienie o tym wykonawcy, którego oferta została poprawiona. Analiza oferty przystępującego prowadzi do wniosku, że zaoferowane przez niego świadczenie w pełni odzwierciedla wymagania zamawiającego. Nie ma podstaw do stwierdzenia, że intencją przystępującego było ograniczenie zakresu realizacji przedmiotu zamówienia w stosunku do określonego w punkcie 10 OPZ, ani też jakakolwiek forma zmiany sposobu realizacji świadczenia w stosunku do wymagań zamawiającego. Z tego też względu Izba uznała, że oferta przystępującego jest zgodna z SIWZ i nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w punkcie 1 i 2 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238 wraz ze zm.).

Przewodniczący:.....