

**WYROK**  
z dnia 28 czerwca 2013 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 czerwca 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 czerwca 2013 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: A.S.A. Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10, 2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 59-220 Legnica, ul. Spokojna 15** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Kotła, 67-240 Kotła, ul. Głogowska 93,**

przy udziale wykonawcy **Głogowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SITA Głogów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 67-200 Głogów, ul. Przemysłowa 7A** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1) oddala odwołanie;**

2) kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia - **Konsorcjum: A.S.A. Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41-800 Zabrze, ul. Lecha 10, 2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 59-220 Legnica, ul. Spokojna 15** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez tych wykonawców tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) na wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Legnicy**.

**Przewodniczący:** .....

## Uzasadnienie

Zamawiający - Gmina Kotła prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy Kotła”.

Wartość zamówienia jest większa niż kwota określona w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej w skrócie „Pzp”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 12/04/2013 r., pozycja 2013/S 072-120284.

I. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum: A.S.A. Eko Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Zabrze, 2. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych van Gansewinkel Legnica Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Legnicy - wniósł odwołanie od czynności i zaniechania zamawiającego:

- 1) poprawy innej omyłki zawartej w ofercie odwołującego, pomimo że omyłka ta podlegała poprawie oraz zaniechania zawiadomienia odwołującego o tej poprawie;
- 2) odrzucenia oferty odwołującego i wyboru, jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawcę Głogowskie Przedsiębiorstwo Komunalne SITA Głogów Sp. z o.o. (w skrócie: GPK SITA), pomimo, że oferta odwołującego nie podlegała odrzuceniu, a jedynie zawierała inną omyłkę podlegającą poprawie;
- 3) wyboru, jako najkorzystniejszej, oferty złożonej przez odwołującego.

Zwięźle przedstawienie zarzutów:

Zamawiający naruszył następujące przepisy Pzp:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ oraz zaniechanie poprawy omyłki i zawiadomienia o tym odwołującego, pomimo, że oferta ta zawierała jedynie inną omyłkę podlegającą poprawie przez zamawiającego,
- 2) art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 przez odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty GPK SITA z naruszeniem zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania

wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy GPK SITA, pomimo że wykonawcę tego wybrano niezgodnie z przepisami Pzp.

Wniosek (żądanie), co do rozstrzygnięcia odwołania:

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 2) poprawienia innej omyłki w ofercie odwołującego oraz zawiadomienia o tym odwołującego, a także ponownego przeprowadzenia czynności badania i oceny ofert, z uwzględnieniem oferty odwołującego, jako oferty niepodlegającej odrzuceniu;
- 3) wyboru oferty najkorzystniejszej spośród złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu oraz
- 4) zasądzenie od zamawiającego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu (wg rachunków, które zostaną przedłożone na posiedzeniu bądź rozprawie).

A. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

1. Zamawiający zawiadomił odwołującego pismem z dnia 4 czerwca 2013 r. o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż nie odpowiadała treści art. 82 ust. 3 Pzp, ze względu na wskazanie w załączonych do oferty dokumentach w postaci harmonogramów wywozu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (zwanym dalej również: harmonogramami), że wywóz będzie następował w dni powszednie, w godzinach od 7:00-19:00, podczas gdy zamawiający w SIWZ wskazał, że wywóz ten ma następować w godzinach 7:00-18:00. Analogiczne stanowisko oraz uzasadnienie, zamawiający zawarł w piśmie z dnia 4 czerwca 2013 r. stanowiącym zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Zgodnie z art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że jego oferta została odrzucona z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, gdyż omyłka zawarta w ofercie była inną omyłką niepowodującą istotnej zmiany treści oferty, a zatem powinna być zostać poprawiona przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, w następstwie czego oferta odwołującego powinna być zostać wybrana jako najkorzystniejsza.

W dalszej części uzasadnienia przedstawił poglądy doktryny i orzecznictwo Izby.

W uzasadnieniu merytorycznym zarzutów odwołujący wskazał.

1. Zamawiający pismem z dnia 29 maja 2013 r., wezwał odwołującego do udzielenia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Zamawiający zwrócił się z pytaniem, czy zapis w harmonogramach

odbioru odpadów komunalnych w godzinach 7:00-19:00 jest omyłką, gdyż nie odpowiada wymaganiom SIWZ. W odpowiedzi na wezwanie, odwołujący pismem z dnia 31 maja 2013 roku (l.dz. 153/TZP/ZAB/05/2013), poinformował zamawiającego, że podane w harmonogramach godziny 7:00-19:00 stanowią oczywistą omyłkę, zaś odbiór odpadów będzie świadczony przez odwołującego zgodnie z SIWZ, czyli w godzinach 7:00-18:00. Pismo zostało wysłane do zamawiającego faksem, przed upływem wyznaczonego terminu. Z niewiadomych względów zamawiający nie uznał udzielonej odpowiedzi, mimo że potwierdziła ona fakt, że do treści harmonogramów wkradła się omyłka, skutkiem czego odrzucił ofertę jako niezgodną z SIWZ.

2. W ocenie odwołującego, zamawiający w oparciu o udzielone wyjaśnienia, powinien był dokonać poprawy treści harmonogramów, a następnie zawiadomić o tym odwołującego, na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Dopiero brak zgody odwołującego na poprawienie tej omyłki mógłby skutkować odrzuceniem jego oferty, lecz nie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

Odwołujący podkreślił, że: „Zakazu negocjacji nie można utożsamiać z zakazem posłużenia się wyjaśnieniami dokonywanymi w trybie art. 87 ust. 1 Pzp, jako źródłem wiedzy zamawiającego niezbędnej do prawidłowego dokonania czynności określonych w art. 87 ust.

2. Zamawiający zgodnie ze sformułowaniem („zamawiający poprawia”) jest zobowiązany do poprawienia niektórych omyłek w ofercie. Obowiązek ten powstaje, co prawda niezależnie od prawa do wyjaśnienia treści ofert, ale nie wyklucza poprawienia omyłek ich poprzednimi wyjaśnieniami, o ile nie są uzupełnieniem treści oferty. (...) Mimo, że z treści art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp wynika, że dokonywanie poprawek jest samodzielną czynnością zamawiającego (bez udziału wykonawcy), to jednak poprawianie omyłek może być poprzedzone wyjaśnieniami treści oferty dokonywanymi na podstawie art. 87 ust. 1” (W. Dzierżanowski, [w]: M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz do art. 87 Pzp, Lex 2010). W ocenie odwołującego, zamawiający powinien był na podstawie wyjaśnień udzielonych przez odwołującego, dokonać niezbędnej korekty innej omyłki zawartej w ofercie.

Niezależnie od powyższego, odwołujący podniósł, że nawet nie dysponując wyjaśnieniami złożonymi przez odwołującego, zamawiający powinien był dokonać z urzędu obligatoryjnej poprawy innej omyłki zawartej w ofercie odwołującego, za czym przemawia charakter i rodzaj tej omyłki.

3. Wskazując na charakter omyłki, odwołujący podniósł, że omyłka, polegająca na błędnym wskazaniu w treści harmonogramów odbioru odpadów godzin odbioru tych odpadów od mieszkańców nieruchomości na przedział 7:00-19:00, zamiast 7:00-18:00, jest podręcznikowym przykładem innej omyłki, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty.

Zgodnie z pkt XIII SIWZ jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena, przy czym strony miały rozliczać się w okresach miesięcznych, na podstawie wskazanego w ofercie wynagrodzenia ryczałtowego. Zamawiający podał w pkt III SIWZ (pn. Opis przedmiotu zamówienia) specyfikę

odpadów powstających na terenie gminy, ich szacunkowe ilości oraz zakres obowiązków wykonawców. Na podstawie tych informacji, wykonawcy dokonywali ustalenia ceny ryczałtowej. Zatem, godziny odbioru odpadów, same w sobie, nie były okolicznością wpływającą na wysokość ceny ofertowej, a zatem nie były okolicznością podlegającą ocenie przez zamawiającego.

Podkreślił, że w pkt III. 7 ppkt 10 SIWZ zamawiający wskazał, że: „odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Wykonawca powinien realizować w dni robocze w godzinach 7:00-18:00”.

Poprawa przez zamawiającego innej omyłki zawartej w ofercie odwołującego, nie prowadziłaby do nadania oświadczeniu woli odwołującego, którego substratem stała się złożona oferta, nowego brzmienia lub zakresu. Do dokonania tej czynności zamawiający nie musiał dokonywać żadnych dodatkowych procesów myślowych, czy też domniemywać woli odwołującego, co do zakresu związania się przedmiotowym zamówieniem, gdyż wola wykonania zamówienia zgodnie z SIWZ wynikała wyraźnie z deklaracji i oświadczeń zawartych w samej ofercie. Poprawienie oferty odwołującego spowodowałoby jedynie usunięcie sprzeczności pomiędzy dokumentem oferty (ofertą *sensu stricto*) a załącznikami do oferty (ofertą *sensu largo*). Innymi słowy, zarówno przed poprawieniem omyłki, jak i po jej poprawieniu, odwołujący byłby zobowiązany świadczyć to samo. Podkreślił, że skoro godziny odbioru odpadów zostały określone w SIWZ, to sposób realizacji zamówienia przez odwołującego musiałby być zgodny z SIWZ, nawet gdyby odwołujący miał w tym względzie inne zdanie.

Wskazał, że godziny odbioru odpadów stanowią element zobowiązania wykonawców o trzeciorzędnym znaczeniu z punktu widzenia przedmiotu umowy. Godziny odbioru odpadów wskazane w ofercie odwołującego nie odnoszą się do podstawowego aspektu świadczenia, lecz do kwestii marginalnych. Przedmiotem umowy jest odbiór określonych odpadów, w określonym miejscu i czasie (okresie). Omyłka w zakresie godzin, w jakich ten odbiór będzie się odbywał nie ma praktycznie żadnego wpływu na treść całokształtu praw i obowiązków stron. Wskazał, że omyłka ta dotyczyła tylko jednej godziny, tj. odwołujący podał godzinę 19:00, natomiast godziną graniczną była 18:00. Podniósł, że cisza nocna obowiązuje od godziny 22 wieczorem do 6 rano, więc godziny wskazane przez odwołującego nie stały w sprzeczności z obowiązującymi przepisami.

Odwołujący uznał, że żądany harmonogram, stanowiący załącznik do oferty, nie stanowi dokumentu o ostatecznym kształcie. Zamawiający przewidział w SIWZ, że: „*Ostateczny kształt harmonogramu dotyczącego odbioru odpadów komunalnych uzgodniony zostanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed podpisaniem umowy i stanowić będzie jej załącznik*” (pkt III. 4. 1 ppkt 1 i 2 SIWZ oraz pkt III. 4. 2 ppkt 4 i 6 SIWZ). Zatem, harmonogramy złożone przez odwołującego nie stanowiły dokumentów o charakterze ostatecznym i definitywnym. Dokumenty te nie kształtowałyby, zatem wiążąco praw i obowiązków zamawiającego i wykonawcy, gdyż podlegałyby jeszcze dalszym negocjacom i ewentualnym zmianom. Zgodnie z § 4 ust. 6 pkt 2 wzoru umowy, stanowiącego załącznik nr 1 do SIWZ: „*pierwszy harmonogram uzgodniony zostanie najpóźniej w dniu podpisania umowy*”.

Odwołujący podniósł, że działanie zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty odwołującego ze względu na drobne uchybienie w treści załącznika do oferty, który i tak podlegać będzie dalszym

uzgodnieniom przed podpisaniem umowy, jest pozbawione logiki. W ocenie odwołującego, całkowicie zbędne było w ogóle zobowiązanie wykonawców do załączenia takich dokumentów do ofert. Skoro zamawiający określił w SIWZ wszystkie istotne cechy stosunku prawnego mającego łączyć go z przyszłym wykonawcą, to żądanie składania wraz z ofertą szczegółowych dokumentów, donoszących się do etapu realizacji umowy, zdaniem odwołującego, pozbawione jest racjonalnego uzasadnienia. Również irracjonalne jest stosowanie przez zamawiającego sankcji w postaci odrzucenia całej oferty, ze względu na marginalną omyłkę w jednym z jej załączników. Wyalimentowaniu takiej sytuacji służyć miało wprowadzenie w drodze nowelizacji ustawy Pzp, pkt 3 do art. 87 ust. 1 Pzp. Niemniej jednak, odwołujący nie odwoływał się od treści SIWZ, w związku z czym złożył przedmiotowe załączniki w postaci harmonogramów.

Z kolei w pkt III. 7 ppkt 11 SIWZ, zamawiający wskazał, że: „Zamawiający i Wykonawca wspólnie odpowiadają za informowanie mieszkańców o zasadach i terminach odbierania poszczególnych rodzajów odpadów. W tym celu wykonawca będzie sporządzać harmonogram odbioru odpadów na okres 6 miesięcy, który zamawiający po akceptacji będzie publikował na stronie internetowej [www.kotla.pl](http://www.kotla.pl). Wykonawca w formie wydruków papierowych będzie zobowiązany przekazać właścicielom nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych zaakceptowany harmonogram. Harmonogram na rok 2013 (obowiązujący od 1 lipca do 31 grudnia 2013 r.) wykonawca dołączy do oferty przetargowej. Po ostatecznym uzgodnieniu harmonogramu odbioru odpadów komunalnych z zamawiającym, wykonawca zleci druk harmonogramu, a następnie wraz z pojemnikami i workami dostarczy do wszystkich mieszkańców nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Kotła. Kolejne harmonogramy, po uzgodnieniu z zamawiającym, Wykonawca będzie zlecał do druku i dostarczał mieszkańcom nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu gminy Kotła”. Zatem, jedynym celem, dla którego zamawiający żądał przygotowania przez wykonawców harmonogramów dotyczących odbioru odpadów, było informowanie mieszkańców o terminach zbiórki. Każdy z przygotowanych harmonogramów, w tym również pierwsze harmonogramy, stanowiące załącznik do oferty, podlegają uzgodnieniu przez zamawiającego. Gdyby, w którymkolwiek z harmonogramów przygotowanych przez odwołującego w trakcie trwania umowy, pojawił się błąd dotyczący godzin odbioru odpadów, to błąd ten po prostu zostałby skorygowany przez zamawiającego w toku procedury uzgadniania harmonogramu przed jego wydrukiem, bez żadnych sankcji dla odwołującego (§ 3 ust. 1 pkt 5 wzoru umowy, stanowiącej załącznik 1 do SIWZ). Wzór umowy przewiduje sankcję wyłącznie za nieprzedstawienie zamawiającego projektu harmonogramu do zatwierdzenia we właściwym terminie, nie zaś za przedstawienie harmonogramu, w którym pojawiają się błędy (§ 9 ust. 1 lit. d) wzoru umowy, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ). Skoro, dokument stanowiący obecnie załącznik do oferty nie ma charakteru dokumentu przedmiotowo istotnego dla stosunku prawnego łączącego strony i po podpisaniu umowy może ulegać dowolnym korektom dokonywanym przez strony (oczywiście w granicach

wynikających z SIWZ), to brak jest jakichkolwiek podstaw, aby różnicować sankcje za omyłki w treści tego dokumentu, popełnione na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z popełnionymi na etapie realizacji umowy. Skoro, na etapie po podpisaniu umowy, zamawiający powinien skorygować błąd w tym dokumencie bez żadnych sankcji dla odwołującego, to identycznie powinien się zachować zamawiający na etapie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. skorygować ten błąd bez żadnych konsekwencji dla odwołującego, na co przecież pozwala ustawa Pzp (vide art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp).

Odwołujący wskazał, że chciał złożyć ofertę zgodną z SIWZ. Wynika to zarówno z treści samej oferty, jak i z treści wyjaśnień odwołującego z dnia 31 maja 2013 r. W szczególności, zgodnie z pkt 2 oferty, odwołujący się członkowie konsorcjum oświadczyli, że: „zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia i uznajemy się za związanych określonymi w niej postanowieniami i zasadami postępowania”. Ponadto, z pkt 1 oferty wynika, że oferta dotyczy wykonania przedmiotu zamówienia w zakresie określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Zatem, wolą odwołujących się członków konsorcjum, było również związanie się opisem pkt III. 7 ppkt 10 SIWZ, zgodnie z którym *„odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Wykonawca powinien realizować w dni robocze w godzinach 7:00-18:00”*, jak również wykonanie przedmiotu zamówienia zgodnie z tym opisem. Omyłka popełniona została w załączniku do oferty, nie zaś w samej ofercie. Zatem przyjmując, że załącznik do oferty nie może stać w sprzeczności z treścią oferty, odwołujący stwierdził, że prawidłowe jest oświadczenie odwołującego zawarte w ofercie, zaś treść jej załącznika, którym jest harmonogram, dotknięta jest omyłką podlegającą poprawie przez zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Również w swoim piśmie z dnia 31 maja 2013 r., odwołujący przyznał, że wpisanie w stanowiących załączniki do oferty harmonogramach godziny 19, zamiast 18, było omyłką. W piśmie tym odwołujący potwierdził po raz kolejny, że wyraża wolę wykonania zamówienia w godzinach 7:00-18:00, czyli zgodnie z SIWZ. Dysponując takimi danymi, zamawiający mógł z powodzeniem dokonać poprawy innej omyłki, przez co wyeliminowałby sprzeczność pomiędzy dokumentami składającymi się na ofertę. Jak już wcześniej wskazywaliśmy, stosowanie w tym celu art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp jest w pełni dopuszczalne. Poprawa innej omyłki przez zamawiającego mogła nastąpić również bez wzywania odwołującego do złożenia wyjaśnień, gdyż przemawiał za tym charakter popełnionej omyłki. Takie działanie nie stanowiłoby w najmniejszym stopniu naruszenia interesów odwołującego. Gdyby bowiem odwołujący nie godził się na taką poprawę, zastosowanie znalazłby art. 89 ust. 1 pkt 7 Pzp.

2. Wątpliwości odnośnie treści SIWZ. Odwołujący podkreślił, literalne brzmienie pkt III.7 ppkt 10 SIWZ odnoszącego się do sposobu wykonywania świadczenia przez wykonawcę, czyli do sposobu zbiórki odpadów. Opis ten nie odnosi się jednak wprost do treści harmonogramów. Oznacza to, że złożenie harmonogramów obarczonych błędem, nie przesądza o niezgodnej



z SIWZ realizacji zamówienia.

Podane przez odwołującego w harmonogramach godziny 7:00-19:00 były godzinami brzegowymi, o charakterze maksymalnym. W tym przedziale mieściły się również godziny wskazane przez zamawiającego, tj. 7:00-18:00. Dla zachowania zgodności działań odwołującego jako wykonawcy przedmiotowego zamówienia z SIWZ wystarczyłoby, iż kończyłby on odbieranie odpadów o godzinę wcześniej, niż pierwotnie to zadeklarował. Nie sposób zatem przypisać przedmiotowej omyłce jakiegokolwiek większego znaczenia.

Ponadto, w pkt III. 7 ppkt 10 SIWZ zamawiający użył wyrażenia „*powinien realizować*”. Zamawiający nie zawarł w SIWZ bezwzględnego zakazu odbioru odpadów po godzinie 18, a jedynie zalecenie, aby zbieranie zakończyło się w tej godzinie. Gdyby zamawiający chciał sformułować twierdzenie o charakterze kategorycznym, to użyłby w SIWZ słów wyraźnie na to wskazujących, takich jak „musi”, „nakazuje się”, „obowiązany jest” etc. Zgodnie z utrwaloną linią orzecniczą KIO (wyroki sygn. akt KIO/UZP 1888/09; KIO/UZP 255/10; KIO 2592/12; KIO 1199/12; KIO 1205/12), wykonawcy nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji nieprecyzyjnych zapisów w SIWZ, zaś wszelkie wątpliwości rozstrzyga się na korzyść wykonawców. Nie można zatem stawiać odwołującemu zarzutu, iż sformułował harmonogramy stanowiące załączniki do oferty niezgodnie z SIWZ. W związku z tym, odrzucenie jego oferty z tego powodu było bezpodstawne.

B. Uzasadnienie zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 oraz 3 Pzp.

Odwołujący podniósł, że zamawiający dopuścił się również naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp, przez nieobiektywną ocenę oferty odwołującego oraz udzielonych przez niego wyjaśnień, co doprowadziło do preferencyjnego traktowania drugiego z wykonawców GPK SITA.

Ponadto, zarzuty przedstawione w lit. A, uzasadniają uznanie, że wybór jako oferty najkorzystniejszej, oferty złożonej przez GPK SITA, nastąpił z naruszeniem przepisów Pzp, co stanowi naruszenie art. 7 ust. 3 Pzp.

Mając na względzie powyższe odwołujący uznał, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

II. W odpowiedzi na odwołanie (w trybie art. 186 ust. 1 Pzp), zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości, i stwierdził, co następuje.

Wskazując zarzuty odwołania zamawiający nie zgodził się z naruszenia wskazanych w odwołaniu przepisów Pzp: 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 przez odrzucenie oferty odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ oraz zaniechanie poprawy omyłki i zawiadomienia o tym odwołującego, pomimo, że oferta ta zawierała jedynie inną omyłkę podlegającą poprawie przez zamawiającego, 2) art. 7 ust. 1 oraz ust. 3 Pzp, przez odrzucenie oferty odwołującego oraz wybór oferty GPK SITA z naruszeniem zasad zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz udzielenie zamówienia wykonawcy GPK SITA, pomimo, że wykonawcę tego wybrano niezgodnie z przepisami ustawy Pzp.

Zamawiający wskazał: z treści uzasadnienia odwołania wynika, że odwołujący uznał, iż harmonogram wywozu odpadów jest nieistotnym dokumentem, który zamawiający mógł poprawić w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Stwierdził, że nie można się zgodzić ze stanowiskiem odwołującego, bowiem podanie dokładnego harmonogramu wywozu odpadów służyło do sprawdzenia rzetelności zaoferowanej ceny,

jak i ustaleniu realnych możliwości wykonania przez wykonawcę zamawianej usługi, gdyż umożliwiło zbadanie, czy wykonawca w deklarowanym czasie jest w stanie wykonać oferowaną usługę. Zatem, harmonogram miał na celu zachowanie zasad uczciwej konkurencji między podmiotami przystępującymi do przetargu.

Harmonogram wywozu odpadów, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie jest nieistotnym załącznikiem do oferty i umowy, harmonogram jest integralną częścią umowy i oferty. W harmonogramie zawarte są istotne postanowienia oferty, takie jak czas (data i godzina) oraz miejsce odbioru odpadów (miejscowości, w których wywóz będzie dokonywany), trasy na jakich będzie wykonywany odbiór.

Umowa o odbiór i zagospodarowanie odpadów jest umową nienazwaną, zawierającą zarówno elementy umowy o dzieło (art. 627 kc), tj. osiągnięcie określonego rezultatu w postaci zagospodarowania odpadów w określony sposób, jak i zawierającą elementy umowy o świadczenie usług (art. 750 kc), tj. odbiór odpadów. Zatem w przedmiotowej sprawie harmonogram określa *essentialia negotii* umowy o wywóz odpadów. Stąd do harmonogramu nie mają zastosowania poglądy judykatury i jurysprudencji zaprezentowane przez odwołującego, które dotyczą harmonogramów prac budowlanych. Oczywistym jest, że harmonogram prac budowlanych nie zawiera postanowień istotnych umowy o roboty budowlane, zatem słusznie orzecznictwo i nauka prawa traktują go, jako nieistotny z punktu widzenia treści oferty i treści S1WZ „załącznik”. W rozpoznawanej sprawie, harmonogram zawiera istotne postanowienia umowy o odbiór i zagospodarowanie odpadów, bowiem jest to umowa nienazwana. Zatem między harmonogramem prac budowlanych (do których odwołujący porównuje harmonogram wywozu odpadów), a żądanym przez zamawiającego harmonogramem, zachodzi tylko podobieństwo nomenklatury, natomiast ich rola jest całkowicie odmienna. Harmonogram wywozu zawiera (co już podniesiono) postanowienia istotne umowy o wywóz odpadów, których harmonogram prac budowlanych nie zawiera, bo nie może, bowiem umowa o roboty budowlane jest umową nazwaną (art. 647 kc).

Nadto, data, godzina, przebieg tras i miejsca odbioru odpadów to najważniejsze informacje, na podstawie, których można sprawdzić prawidłowość wykonywania usługi, jak również rzetelność przedstawionej oferty. O tym, że są to *essentialia negotii* umowy świadczą postanowienia § 9 ust. 1 lit. e f, g projektu umowy, które przewidują kary umowne za opóźnienie w odbiorze odpadów. Z § 14 ust. 13 pkt 2 projektu umowy, wynika, że harmonogram stanowi integralną część umowy, bowiem stanowi integralną część oferty wykonawcy. W tej sytuacji zarzut odwołującego, że zamawiający nie poprawił za niego błędów w przedstawionym przez niego harmonogramie jest chybiony, ponieważ jego harmonogram nie zawierał elementów, które stanowią *essentialia negotii* umowy o odbiór i zagospodarowanie odpadów w postaci godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach. Zamawiający nie mógł poprawić i uzupełnić harmonogramu przedstawionego przez odwołującego, ponieważ stanowiłoby to naruszenie zasad równego

traktowania wykonawców, bo w takiej sytuacji zamawiający władczo wkraczałby w treść oferty, ustalając, w jakich godzinach wykonawca ma odbierać odpady i w jakich miejscowościach. Naruszałoby to zasadę uczciwej konkurencji, bowiem stanowiłoby faworyzowanie oferty odwołującego. Braki w omawianym harmonogramie nie miały cech oczywistej omyłki z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie było zatem dopuszczalnym ich poprawianie przez zamawiającego.

Zamawiający przyznał, że harmonogram wywozu odpadów, złożony przez wykonawców razem z ofertami mógł być modyfikowany, wskazał, że jednak prawo modyfikacji służyło wykonawcy, a nie zamawiającemu, jak twierdzi odwołujący. Fakt przyznania prawa modyfikacji harmonogramu wykonawcy wynika z opisów na str. 12 SIWZ o treści: „Modyfikacja harmonogramu przed podpisaniem umowy dopuszczalna jest przez Zamawiającego z uwagi na wielość prowadzonych postępowań w zakresie gospodarki odpadami przez inne gminy po to, by nie utrudniać Wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty, uczestniczenia w innych postępowaniach i zawierania innych umów, ewentualna modyfikacja harmonogramu możliwa będzie dopiero po wyborze Wykonawcy”. Zatem, inicjatywa w zmianie złożonego harmonogramu leży po stronie wykonawcy, w sytuacji ściśle określonej: po to, by nie utrudniać wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty. Zamawiający mógł nie zgodzić się na zmianę harmonogramu tylko, jeżeli w wyniku modyfikacji nie zostałyby spełnione warunki dotyczące realizacji usługi opisane w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (str. 13 ppkt 3 SIWZ). Zatem, okoliczność, że harmonogram mógł być zmieniony, co miałoby wskazywać na małe znaczenie tego dokumentu w prowadzonym przetargu jest chybiony, i niezgodny z treścią SIWZ oraz wolą zamawiającego, który inicjatywę zmiany harmonogramu złożonego do oferty pozostawił wykonawcy, w celu umożliwienia wybranemu wykonawcy prawidłowego wykonywania usług na rzecz innych gmin. Takie działanie jest zgodne z działaniami mającymi zachować uczciwą konkurencję. Zamawiający uznał, że nie można czynić zamawiającemu zarzutu, iż „harmonogram był nic nieznaczącym dokumentem, który mógł być poprawiany”. Przeciwnie, był to jeden z najważniejszych dokumentów, które mieli złożyć wykonawcy. Przy czym nie był to dokument o nadmiernie skomplikowanym charakterze, stąd niezrozumiałym jest, że odwołujący nie podał w tym harmonogramie: tras przejazdu i godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach, choć na str. 2 SIWZ zamawiający jednoznacznie podał jak ma wyglądać harmonogram i jakie są skutki niezachowania tego wymogu: „1) Harmonogram załączony do ofert winien spełniać wszystkie warunki podane przez zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący: częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od....do... Harmonogram opracuje Wykonawca. Harmonogram niezgodny z warunkami podanymi w SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty”. Harmonogram

złożony przez odwołującego nie spełniał wymogów, ograniczył się jedynie do wskazania globalnie godzin odbioru odpadów (w miejsce szczegółowego podania godzin, w jakich będzie odbierać odpady w poszczególnych miejscowościach) i dat wywozu w poszczególnych miejscowościach, wskazał, że trasy przejazdu są wyznaczone zgodnie oznaczonymi drogami, podczas gdy miał podać przebieg tras (dowód: harmonogram wywozu złożony przez odwołującego).

W tym stanie rzeczy, zamawiający stwierdził, że prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego, jako niezgodną z SIWZ, bowiem żaden przepis prawa nie upoważnia zamawiającego do uzupełniania treści dokumentów złożonych przez wykonawcę. Zamawiający może żądać jedynie uzupełnienia złożenia dokumentów w zakresie opisanym w art. 26 ust. 3 Pzp. Odwołujący na str. 5 pkt 3 odwołania wskazał, że pismem z dnia 31 maja 2013 r. wyjaśnił, iż podanie w przedstawionym przez niego harmonogramie godzin 7:00-19:00 odbioru odpadów stanowi oczywistą omyłkę. Odwołujący na str. 6 odwołania podał, że: „Pismo to zostało wysłane do Zamawiającego faksem, przed upływem wyznaczonego terminu. Z niewiadomych względów Zamawiający nie uznał udzielonej odpowiedzi, mimo iż potwierdziła ona fakt, że do treści harmonogramów wkradła się omyłka, skutkiem czego odrzucił on przedmiotową ofertę jako niezgodną z SIWZ”. Zamawiający wskazał, że pismem z dnia 29.05.2013 r. podał termin złożenia wyjaśnień na 31 maja do godz. 11:00, a pismo wpłynęło do siedziby zamawiającego o godz. 11:48, zatem po wyznaczonym terminie. Zgodnie z postanowieniem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2011 r. KIO 1258/11: „Oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata” (dowód: pismo z dnia 29.05.20013 r. Wójta Gminy Kotła do odwołującego ze wskazaniem terminu złożenia wyjaśnień, - faks odwołującego z dnia 31.05.2013 r. z datą i godziną odbioru: 11:44). Odwołujący zażądał cofnięcia czynności odrzucenia oferty twierdząc, że odpowiedź na wezwanie zamawiającego została wysłana w terminie, równocześnie odwołujący poinformował, że dysponuje raportem z przesłania faksu (dowód: faks odwołującego z 4.06.2013 r.).

Pismem z dnia 7.06.2013 r. zamawiający poinformował odwołującego, że nie cofnie czynności odrzucenia oferty, bowiem wyjaśnienia zostały przesłane o godz. 11:44, na co został odwołującemu dołączony dowód w postaci raportu z faksu (dowód: pismo Wójta Gminy z 7.06.2013 r.).

Zatem, twierdzenia odwołującego o tym, iż: „Z niewiadomych względów zamawiający nie uznał udzielonej odpowiedzi, mimo iż potwierdziła ona fakt, że do treści harmonogramów wkradła się omyłka, skutkiem czego odrzucił on przedmiotową ofertę, jako niezgodną z SIWZ”, nie są zgodne z obiektywną rzeczywistością. Odwołujący wiedział, że jego

odpowieź wpłynęła o 11:44, na co przesłano mu dowód w postaci kopii faksu z dnia 31.05.2013 r.

Powyższa okoliczność, nie ma znaczenia w sprawie, gdyż jak wynika z podanego orzeczenia KIO, decydujące znaczenie ma chwila odbioru faksu zawierającego oświadczenie woli, nie zaś chwila jego wysłania. Z przedłożonego dowodu jednoznacznie wynika, że odwołujący spóźnił się z wyjaśnieniami. Ponadto, co wykazano powyżej oferta odwołującego nie zawierała elementów wskazanych w SIWZ, zatem z tych dwóch przyczyn należało ją odrzucić. Konkludując powyższe, zamawiający wniósł jak na wstępie, tj. o oddalenie odwołania, jako nieuzasadnionego.

Zamawiający wskazał na konieczność zawarcia umowy w sprawie świadczenia usługi z dniem 1 lipca 2013 r.

W dalszej odpowiedzi na odwołanie (dodatkowe pismo) wniesionej wraz z wnioskiem dowodowym, zamawiający: 1) podtrzymując w całości zarzuty przeciwko odwołaniu, podkreślił, że odwołujący nie wniósł w terminie wyjaśnień; 2) podkreślił, że pismem z dnia 29.03.2013 r. zamawiający podał termin złożenia wyjaśnień na 31 maja do godz. 11:00, a pismo odwołującego wpłynęło do siedziby zamawiającego o godz. 11:48, zatem po wyznaczonym terminie. Wskazał postanowienie Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 27 czerwca 2011 r. KIO 1258/11 o treści: *„Oświadczenie woli wysłane i odebrane za pomocą telefaksu należy uważać za złożone z chwilą, w której adresat mógł zapoznać się z jego treścią. Chwilą tą jest chwila odbioru faksu przez aparat adresata”*.

Zamawiający przedstawił fragment *skanu* pisma odwołującego wraz z datą i godziną jego otrzymania. Zauważył, że na faksie (załączonym do odwołania) znajduje się prezentata Urzędu Gminy Kotła, na której widnieje data i godzina zapoznania się z treścią faksu wraz z podpisem osoby upoważnionej do odbioru korespondencji, tj. 31.05.2013 r. godz. 11:48: Zabrze 31.05.2013 r., Gmina Kotła, ul. Głogowska 93, 67-240 Kotła, Dot.: postępowania o udzielenie zamówienia na zadanie: Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych i niezamieszkałych z terenu Gminy.

Zamawiający zamieścił fragment *skanu* raportu dostarczenia faksu na numer Gminy Kotła (również doręzonego Izbie), z którego wynika, że faks wysłany z numeru faksu 32 271 34 21, wpłynął do siedziby zamawiającego o godz. 11:44.

Zamawiający wskazał, że faks z dnia 31.05.2013 r., w związku z jego podpisaniem, w ww. fragmencie przez upoważnionego pracownika U.G. Kotła, jest dokumentem prywatnym (art. 245 kpc), z którego wynika, że zamawiający zapoznał się z jego treścią o godz. 11:48. Okoliczność ta jest udowodniona wskazanym raportem doręczenia, z którego wynika, że urządzenie (faks) Gminy Kotła odebrało pismo odwołującego o godz. 11:44. Stąd nie może być wątpliwości, że z oświadczeniem woli odwołującego, zamawiający zapoznał się nie

wcześniej niż o godz. 11:48, a więc już po upływie z określonego terminu na złożenie wyjaśnień.

Zatem w tym stanie rzeczy, jeżeli odwołujący przeczy prawdziwości ww. dokumentów, zamawiający wniósł o zwrócenie się do operatora Telekomunikacja Polska S.A., ul. Twarda 18, 00-305 Warszawa, o przekazanie bilingu połączeń przychodzących na numer: 76/831 83 08 w dniu 31.05.2013 r. celem udowodnienia, iż zamawiający podaje prawdę, wskazując, że odwołujący przesłał wyjaśnienia po terminie. I w tym stanie rzeczy odrzucenie jego oferty było prawidłowe.

Zamawiający podał, że próbował uzyskać powyższy biling, jednak operator poinformował go, iż taki biling może zostać przesłany tylko na pisemne żądanie prokuratury. W załączeniu przekazał informację od operatora z dnia 13.06.2013 r.

III. Wykonawca - GPK SITA Głogów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, z siedzibą w Głogowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zwany w skrócie „przystępującym” - wniósł o oddalenie odwołania w całości i zasądzenie od odwołującego kosztów procesu, w tym kosztów zastępstwa procesowego według spisu kosztów przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu pisma przystępujący wskazał, że jego oferta została wybrana w postępowaniu, jako oferta najkorzystniejsza.

Odnosząc się do treści odwołania przystępujący uznał, że zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę odwołującego. Podniósł, po pierwsze, brak wskazania w harmonogramie prawidłowych godzin odbioru stanowił naruszenie treści SIWZ i nie mógł być poprawiony w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, gdyż działanie takie zamawiającego zmierzałoby do istotnej ingerencji w treść oferty odwołującego. Po drugie, wbrew twierdzeniom odwołującego, na wezwanie zamawiającego z dnia 29.05.2013 r., odwołujący nie odpowiedział w wyznaczonym przez zamawiającego terminie. Faks z odpowiedzią odwołującego wpłynął do siedziby zamawiającego po wyznaczonym terminie (godzinie), co zamawiający wykaże na rozprawie (ewentualnie w odpowiedzi na odwołanie). Mając na uwadze powyższe, przystępujący wniósł i wywiódł, jak we wstępie.

**Krajowa Izba Odwoławcza po rozpoznaniu odwołania na rozprawie ustaliła i zważyła, co następuje.**

Izba uznała, że odwołujący spełnia wymagania w zakresie legitymacji czynnej do wniesienia odwołania, którą stanowią przesłanki określone w art. 179 ust. 1 Pzp. Odwołujący jest jednym z dwóch wykonawców uczestniczących w postępowaniu o udzielenie zamówienia i mimo niewielkiej różnicy w cenie ofert za okres świadczenia usługi (poniżej 5%), zaoferowana przez odwołującego cena niższa, ze względu na jedyne kryterium oceny ofert o znaczeniu 100%, wskazywałaby na szanse uznania

oferty za najkorzystniejszą i możliwość uzyskania zamówienia, w przypadku złożenia oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wykonawca - GPK SITA Głogów Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Głogowie zgłaszający przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego wobec wykazania okoliczności potwierdzających spełnienie ustawowych przesłanek skutecznego przystąpienia.

Na podstawie akt sprawy odwoławczej, określonych w § 8 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań, wyjaśnień stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz dowodu z zeznań świadków, Izba uznała, że nie zostały wykazane przesłanki skutkujące uwzględnieniem odwołania, w rozumieniu art. 192 ust. 2 Pzp, który stanowi, że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Zgodnie ze stanowiskiem wynikającym z orzecznictwa, uwzględnienie odwołania następuje w sytuacji, gdy prowadzi ono do wyboru oferty najkorzystniejszej złożonej przez innego wykonawcę (wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. akt V Ca 3270/12).

I. Izba przeprowadziła dowód z zeznań świadków na wniosek zamawiającego - pracowników Urzędu Gminy Kotla w osobach: Beaty Szykulskiej i Anny Gniewosz - pierwszej osoby odpowiedzialnej za pracę sekretariatu Urzędu Gminy w dniu 31 maja 2013 r. i funkcjonowania urzędu faksu wraz z odbieraniem i przesyłaniem korespondencji z zastosowaniem tego urzędu, drugiej osoby odpowiedzialnej w wewnętrznych strukturach Urzędu za prowadzone postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego.

Na podstawie zeznań świadków, spójnych z pozostałym materiałem dowodowym, przede wszystkim niepodważonych w żadnym zakresie przez stronę przeciwną, wraz z potwierdzeniem wynikającym z przedłożonych na rozprawie wydruków z przesłanej w tym dniu (31 maja 2013 r.), a także w dniu 29 maja 2013 r. korespondencji pomiędzy zamawiającym i odwołującym, wynika w sposób jednoznaczny i niebudzący wątpliwości, że argumentacja wskazana w uzasadnieniu odwołania, co do dokonania czynności w tym zakresie, nie znajduje potwierdzenia w faktach. Odwołujący nie tylko nie złożył wyjaśnień w terminie, przesłał je po upływie terminu i w istocie, jak wynika z materiału dowodowego, w wyniku interwencji telefonicznej zamawiającego, podjętej już po upływie określonego terminu (nieczynna siedziba odwołującego).

Wezwanie zamawiającego dotyczyło złożenia wyjaśnień na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp przez odwołującego, w przedmiocie harmonogramów złożonych po uprzednim też wezwaniu zamawiającego, wystosowanym na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp.

W wezwaniu zamawiający określił termin złożenia wyjaśnień do dnia 31 maja 2013 r., godz. 11:00. Wyjaśnienia złożone za pomocą telefaksu (forma porozumiewania się dopuszczona obok formy pisemnej), powinny być przekazane w taki sposób, by ich treść dotarła do adresata przed upływem wyznaczonego terminu i została niezwłocznie potwierdzona pisemnie (pkt VII ppkt 4 SIWZ).

Wyjaśnienia zostały złożone o godz. 11:48, po upływie terminu wyznaczonego przez zamawiającego. Charakter i rodzaj czynności stron dokonany w sposób przedstawiony w odwołaniu w przedmiocie składania wyjaśnień, nie został potwierdzony na rozprawie.

II. W celu oceny zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust 2 pkt 3 Pzp (odrzućenie oferty bez jej poprawienia), Izba ustaliła wymagania zamawiającego w zakresie harmonogramów i nadanego im charakteru w SIWZ, mającego odzwierciedlenie w toku postępowania o udzielenie zamówienia.

W części III SIWZ – „Opis przedmiotu zamówienia, w pkt 4. Wymagania dotyczące odbierania odpadów”, zamawiający opisał.

„4.1 Niesegregowane odpady komunalne (odpady zmieszane) - kod 20 03 01

- a) *na nieruchomościach zamieszkałych w zabudowie jednorodzinnej (...),*
- b) *na nieruchomościach zamieszkałych w zabudowie wielorodzinnej (...),*
- c) *na terenach niezamieszkałych (zakłady, pracy, punkty handlowe, usługowe, ogrody działkowe) (...),*

1) *częstotliwość załadunku i wywozu przez Wykonawcę odpadów zmieszanych z terenów zamieszkałych - 1 raz na 2 tygodnie (według harmonogramu na okres 6 miesięcy, tj. od dnia 01.07.2013 r. do dnia 31.12.2013 r. przedstawionego i załączonego do oferty przez Wykonawcę. Harmonogram załączony do oferty winien spełniać wszystkie warunki podane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący: częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od....do... Harmonogram opracuje Wykonawca. Harmonogram niezgodny z warunkami podanymi w SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty. Ostateczny kształt harmonogramu dotyczącego odbioru odpadów komunalnych uzgodniony zostanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed podpisaniem umowy i stanowić będzie jej załącznik. Modyfikacja harmonogramu przed podpisaniem umowy dopuszczalna jest przez Zamawiającego z uwagi na wielość prowadzonych postępowań w zakresie gospodarki odpadami przez inne gminy po to, by nie utrudniać Wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty, uczestniczenia w innych postępowaniach i zawierania innych umów, ewentualna modyfikacja harmonogramu możliwa będzie dopiero po wyborze Wykonawcy. Zmodyfikowany harmonogram musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego. Zamawiający nie akceptuje zmodyfikowanego harmonogramu, jeżeli w wyniku modyfikacji nie będą spełnione warunki dotyczące realizacji usługi opisane w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

2) *częstotliwość załadunku i wywozu przez Wykonawcę odpadów zmieszanych z terenów niezamieszkałych, tj. zakładów pracy, punktów handlowych, punktów usługowych oraz innych obiektów odbywać się będzie, co 2 tygodnie według harmonogramu na okres 6 miesięcy, tj. od dnia 01.07.2013 r. do dnia 31.12.2013 r. przedstawionego i załączonego do*



oferty przez Wykonawcę. Harmonogram załączony do oferty winien spełniać wszystkie warunki podane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący: częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od...do... Harmonogram opracuje Wykonawca. Harmonogram niezgodny z warunkami podanymi w SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty. Ostateczny kształt harmonogramu dotyczącego odbioru odpadów komunalnych uzgodniony zostanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed podpisaniem umowy i stanowić będzie jej załącznik. Modyfikacja harmonogramu przed podpisaniem umowy dopuszczalna jest przez Zamawiającego z uwagi na wielość prowadzonych postępowań w zakresie gospodarki odpadami przez inne gminy po to, by nie utrudniać Wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty, uczestniczenia w innych postępowaniach i zawierania innych umów, ewentualna modyfikacja harmonogramu możliwa będzie dopiero po wyborze Wykonawcy. Zmodyfikowany harmonogram musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego. Zamawiający nie akceptuje zmodyfikowanego harmonogramu, jeżeli w wyniku modyfikacji nie będą spełnione warunki dotyczące realizacji usługi opisane w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

3) częstotliwość załadunku i wywozu przez Wykonawcę odpadów zmieszanych z ogrodów działkowych odbywać się będzie z częstotliwością, co najmniej raz w miesiącu w okresie od 1 kwietnia do 31 października oraz raz na kwartał w okresie od 1 listopada do 31 marca.

4) częstotliwość załadunku i wywozu przez Wykonawcę odpadów zmieszanych z cmentarzy odbywać się będzie na zgłoszenie zarządców cmentarzy składanych do Zamawiającego; przy czym w razie braku zgłoszenia odbiór odpadów z cmentarzy nie może być rzadziej niż raz w miesiącu.

(...)

4) [numer 4) powtórzony z dalszej części SIWZ] Częstotliwość załadunku i wywozu odpadów selektywnie zebranych na terenie zabudowy jednorodzinnej oraz na terenach niezamieszkałych - 1 raz w miesiącu, według harmonogramu na okres 6 miesięcy, tj. od dnia 01.07.2013 r. do dnia 31.12.2013 r. przedstawionego i załączonego do oferty przez Wykonawcę. Harmonogram załączony do oferty winien spełniać wszystkie warunki podane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący: częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od... do... Harmonogram opracuje Wykonawca. Harmonogram niezgodny z warunkami podanymi w SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty. Ostateczny kształt harmonogramu dotyczącego odbioru odpadów komunalnych uzgodniony zostanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed podpisaniem umowy i stanowić będzie jej załącznik. Modyfikacja harmonogramu przed podpisaniem umowy

*dopuszczalna jest przez Zamawiającego z uwagi na wielość prowadzonych postępowań w zakresie gospodarki odpadami przez inne gminy po to, by nie utrudniać Wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty, uczestniczenia w innych postępowaniach i zawierania innych umów, ewentualna modyfikacja harmonogramu możliwa będzie dopiero po wyborze Wykonawcy. Zmodyfikowany harmonogram musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego. Zamawiający nie zaakceptuje zmodyfikowanego harmonogramu, jeżeli w wyniku modyfikacji nie będą spełnione warunki dotyczące realizacji usługi opisane w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.*

*(...)*

*6) Częstotliwość załadunku i wywozu odpadów segregowanych na terenie zabudowy wielorodzinnej - po wypełnieniu poszczególnych gniazd pojemników - 1 raz w miesiącu, według harmonogramu na okres 6 miesięcy, tj. od dnia 01.07.2013 r. do dnia 31.12.2013 r. przedstawionego i załączonego do oferty przez Wykonawcę. Harmonogram załączony do oferty winien spełniać wszystkie warunki podane przez Zamawiającego w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, dotyczący: częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od... do... Harmonogram opracuje Wykonawca. Harmonogram niezgodny z warunkami podanymi w SIWZ będzie podstawą do odrzucenia oferty. Ostateczny kształt harmonogramu dotyczącego odbioru odpadów komunalnych uzgodniony zostanie pomiędzy Zamawiającym a Wykonawcą przed podpisaniem umowy i stanowić będzie jej załącznik. Modyfikacja harmonogramu przed podpisaniem umowy dopuszczalna jest przez Zamawiającego z uwagi na wielość prowadzonych postępowań w zakresie gospodarki odpadami przez inne gminy po to, by nie utrudniać Wykonawcy wywiązywania się ze złożonej oferty, uczestniczenia w innych postępowaniach i zawierania innych umów ewentualna modyfikacja harmonogramu możliwa będzie dopiero po wyborze Wykonawcy. Zmodyfikowany harmonogram musi zostać zaakceptowany przez Zamawiającego. Zamawiający nie zaakceptuje zmodyfikowanego harmonogramu, jeżeli w wyniku modyfikacji nie będą spełnione warunki dotyczące realizacji usługi opisane w niniejszej Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia”.*

Odwołujący przypisał w odwołaniu opisowi dotyczącemu harmonogramów, zamieszczonemu w SIWZ, znaczenie i charakter nieistotnych trzeciorzędnych załączników do oferty, a wręcz podniósł niezasadność ich żądania w SIWZ.

Zamawiający zaś podkreślił w treści SIWZ oraz zaznaczył pogrubioną czcionką wymagania dotyczące harmonogramów, wskazując m.in. częstotliwość odbioru odpadów, wymóg podania w harmonogramach przedziału czasowego odbioru odpadów przez określenie konkretnych godzin odbioru od... do... i odbiór w dni robocze w godz. 7:00-18:00, podnosząc

jednocześnie przy opisie każdego rodzaju harmonogramu, że harmonogram niezgody z SIWZ będzie podstawą odrzucenia oferty (istotne postanowienia kształtujące sposób świadczenia usługi), w szczególności pierwsze harmonogramy na okres od 1 lipca do 31 grudnia 2103 r. miały być bezwzględnie załączone do oferty, stanowiły podstawę weryfikacji oferty pod kątem jej zgodności z wymaganiami zamawiającego, miały być dostarczone mieszkańcom przed rozpoczęciem okresu świadczenia usługi, natomiast dopuszczalna zmiana dotyczyła wyłącznie dni, a nie godzin świadczenia usługi i jedynie w sytuacji wystąpienia kolizji wobec zawarcia przez wykonawcę wcześniejszej umowy z inną gminą. Zamawiający nie narzucił wzorów/formularzy harmonogramów, wykonawcy zostali zobowiązani do ich samodzielnego sporządzenia z uwzględnieniem opisów zamieszczonych w SIWZ, zatem niewłaściwie wpisane godziny odbioru odpadów były efektem konstruowania harmonogramu przez odwołującego.

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że wymóg odbierania odpadów w spornym zakresie - w dni robocze w godzinach 7:00-18:00, stanowił graniczny wymóg skutkujący ograniczonym przystąpieniem do postępowania o udzielenie zamówienia, tylko przez dwóch wykonawców. Zatem, zaniechanie egzekwowania wymagań w tym zakresie, stanowiłoby naruszenie zasady równego traktowania drugiego wykonawcy uczestniczącego w postępowaniu.

Na rozprawie zamawiający składając wyjaśnienia podkreślił charakter i zasadność wymogu wynikającego z uzgodnień z mieszkańcami, które w istocie stanowiły realizację warunków postawionych przez mieszkańców, odwołując się do szczególnego znaczenia harmonogramów w kontekście oceny ofert. Natomiast odwołujący pośrednio przyznał, że w inny sposób postrzegał wymagania SIWZ w tym zakresie. Stwierdził, że w jego ocenie miał to być dokument, którego treść będzie dopracowywana dopiero na etapie zawarcia umowy. Nie występował z pytaniami odnośnie postanowień SIWZ.

Bezsporne jest, że odwołujący nie załączył do oferty żadnych harmonogramów. Wezwanie zamawiającego z dnia 22 maja 2013 r. powołujące się na podstawę art. 26 ust. 3 Pzp (co wskazuje przepis art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowiący o oświadczeniach lub dokumentach potwierdzających spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego) przedstawiało treść: *„Na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wzywamy Państwa do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu (...). Zgodnie z rozdz. III pkt 4.1 ppkt 1) i 2), pkt 4.2 ppkt 4) i 6) SIWZ wykonawca powinien do oferty załączyć harmonogram załadunku i wywozu odpadów, który winien spełniać warunki podane przez Zamawiającego w SIWZ, dotyczący częstotliwości odbioru odpadów, przebiegu tras, godziny odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem w godz. od... do...*

*Zamawiający wzywa do uzupełnienia oferty o brakujące dokumenty. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane usługi wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Termin uzupełnienia niniejszych dokumentów: 27.05.2013 r. do godz. 12:00”.*

Odwołujący złożył w wyniku wezwania 4 harmonogramy (dla każdego rodzaju odpadów), niezgodne z wymaganiami zamawiającego. We wszystkich harmonogramach wskazał godziny odbioru odpadów w dni robocze w godz. 7:00-19:00, nie wyszczególnił też godzin odbioru odpadów w poszczególnych miejscowościach ze wskazaniem wykonywania czynności w godz. od... do... Wobec przedstawienia na rozprawie harmonogramów odwołującego i porównania ich z wymaganiami SIWZ oraz z harmonogramami załączonymi do wybranej oferty, odwołujący nie przedstawił przeciwstawnego stanowiska odnośnie braków w uzupełnionych harmonogramach.

Zamawiający wezwał odwołującego pismem z dnia 29 maja 2013 r. do złożenia wyjaśnień w przedmiocie odbioru odpadów komunalnych w godz. 7:00-19:00, zamiast 7:00-18:00, wskazując jako podstawę prawną wezwania art. 26 ust. 4 Pzp i wyznaczając termin złożenia wyjaśnień do 31 maja 2013 r. do godz. 11:00. Odwołujący przesłał wyjaśnienia po upływie terminu, w okolicznościach wskazanych w uzasadnieniu - pkt I uzasadnienia stanowiska Izby.

W kontekście przedstawionych na rozprawie okoliczności, w ocenie Izby, odpowiedź odwołującego miała w konsekwencji wtórne znaczenia dla oceny jego oferty.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp - oferta nie odpowiada treści SIWZ - podając w istocie jedną przyczynę faktyczną, a mianowicie *„Zamawiający określił w SIWZ, iż odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości Wykonawca powinien realizować w dni robocze w godzinach 7:00-18:00, Wykonawca podaje w harmonogramie wywozu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, że będzie następował w dni powszednie w godzinach od 7:00-19:00”.*

Uzasadnienie odnoszące się do niezgodności treści oferty z SIWZ w znacznie szerszym aspekcie zamawiający przedstawił w odpowiedzi na odwołanie oraz na rozprawie.

W ocenie zarzutu przedstawionego w odwołaniu, istotę stanowi ustalenie charakteru harmonogramów wymaganych w SIWZ, z wyszczególnieniem części składowych, jakie miały znaleźć się w ich treści - zobowiązaniu wykonawcy.

Izba podzieliła w tym zakresie ocenę Sądu Okręgowego w Tarnowie wynikającą z wyroku z dnia 25

czerwca 2009 r., sygn. akt V GA 40/09, wydanego w następstwie zaskarżonego orzeczenia Izby z dnia 13 maja 2009 r., sygn. akt KIO/UZP 549/09, w sprawie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wszczętego ogłoszeniem o zamówieniu w dniu 26 lutego 2009 r., a więc po wejściu w życie nowelizacji Pzp obowiązującej od dnia 24 października 2008 r., w zakresie przepisów m.in. art. 87 i 88 Pzp.

We wskazanym wyroku, którego linię orzeczniczą Izba przyjęła w rozstrzyganiu odwołań (m.in. wyrok z dnia 28 marca 2013 r., sygn. akt KIO 590/13), sąd uznał, że harmonogram rzeczowo-finansowy (odniesienie analogiczne) nie jest dokumentem, który podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, jako dokument przedmiotowy czy podmiotowy i nawet uzupełnienie harmonogramu w tym trybie w toku postępowania, zobowiązuje zamawiającego do odrzucenia oferty, jeżeli pierwotny harmonogram załączony do oferty nie odpowiadał treści SIWZ. Tym samym nie znajduje też uzasadnienia późniejsze uzupełnianie harmonogramu na wezwanie zamawiającego lub jego wyjaśnianie. Również sąd uznał, że niedopuszczalne i nieskuteczne jest wzywianie wykonawcy w trybie art. 87 ust. 1 Pzp do wyjaśnienia treści harmonogramu. Sąd niejako wskazał istotę harmonogramu określając, że jego celem jest weryfikacja złożonej oferty, obok aspektu wyceny wszystkich wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia elementów, także czasu wykonania poszczególnych etapów zamówienia. Kwestie zawarte w harmonogramie podlegają więc ocenie pod kątem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, a więc ocenie zgodności oferty z treścią SIWZ. Ewentualne uzupełnienie harmonogramu w trybie art. 87 ust. 1 Pzp prowadziłoby do niedopuszczalnej zmiany treści oferty i do naruszenia podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego - zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący przedstawił w odwołaniu w zupełnie innym kontekście czynność zamawiającego, zarzut i żądanie, wskazując na element omyłki, o jakiej stanowi przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp, odnoszącej się do treści oferty, gdy istota sporu dotyczy 4 harmonogramów złożonych na wezwanie zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zawierających odstępstwa od postanowień SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu odwołania w kontekście przedstawionym przez odwołującego, Izba podnosi, że przepisy ustawy Pzp nie zawierają definicji omyłek, o których stanowi art. 87 ust. 2 pkt 1-3, dla potrzeb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Definicje tych pojęć oraz interpretacje, stosowne do okoliczności sprawy, wywodzą się w większości przypadków z poprzedniego stanu prawnego obowiązującego przed 24 października 2008 r., w którym wyszczególniono - oczywiście omyłki pisarskie, omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny - art. 87 ust. 2 Pzp, zobowiązano zamawiających do poprawiania omyłek rachunkowych w obliczeniu ceny w sposób wskazany w art. 88 Pzp oraz błędy w obliczeniu ceny - art. 89 ust. 1 pkt 6 Pzp.

Omyłka polegająca na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodująca istotnych zmian w treści oferty (art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp - instytucja nieznana we wcześniejszym stanie prawnym) musi dotyczyć oferty, być bezsporna oraz oczywista i nie może prowadzić do arbitralnego poprawiania wszystkich błędów. Omyłki wskazane w przepisie, to omyłki, których poprawy dokonuje zamawiający samodzielnie, bez

udziału wykonawcy w tej czynności. Istotność omyłki, to nie łatwość poprawienia nieprawidłowości w ofercie lecz rodzaj zmiany w ofercie, jaka ma być dokonana bez udziału wykonawcy. Dla oceny istotności ma znaczenie rodzaj, zakres i charakter czynności dla stron biorących udział w poprawie.

W orzecznictwie wskazano na elementy pozwalające na odpowiednie kwalifikowanie niezgodności oferty, jako omyłki, które wymagają dokonania: 1) identyfikacji omyłki, 2) stwierdzenia, że omyłka należy do określonego rodzaju omyłek, tzn. omyłek polegających na niezgodności oferty z treścią SIWZ oraz 3) uznania, że korekta takiej omyłki nie wpłynie w istotnym stopniu na treść oferty.

Okoliczności zastosowania tego przepisu wskazał m. in. Sąd Okręgowy w Krakowie w wyrokach: z dnia 23 kwietnia 2009 r., sygn. akt XII Ga 102/09 i z dnia 29 stycznia 2010 r., sygn. akt XII Ga 429/09, określając w pierwszym wyroku kwalifikator „istotnych zmian”, w drugim granicę kwalifikowania błędu w treści oferty, jako omyłki przez wskazanie, że przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dopuszcza poprawienie niedopatrzeń, błędów niezamierzonych, opuszczeń, drobnych różnic itp. lecz wszystkie te zmiany muszą mieścić się w pojęciu „omyłki”.

W rozpoznawanej sprawie zamawiający dokonał słusznej oceny uznając, że korekta wszystkich czterech uzupełnionych na wezwanie harmonogramów, nie kwalifikuje niezgodności do uznania jej za omyłkę niepowodującą istotnych zmian w treści oferty. Odwołujący tworząc harmonogramy złożył stosowne oświadczenie, którego poprawienie stanowiłoby ingerencję w treść oferty w sposób niedopuszczalny w świetle art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Należy przyjąć za zasadne stanowisko, że zamawiający nie jest uprawniony do poprawienia oferty, czy jak w tym przypadku harmonogramów, w tym celu by doprowadzić do zgodności oświadczenia wykonawcy z wymaganiami zamawiającego.

Izba zauważa, że wskazana w uzasadnieniu odrzucenia oferty niezgodność harmonogramów z treścią SIWZ, jest jedną z niezgodności podniesionych przez zamawiającego i niepodważonych przez odwołującego, zatem jakakolwiek czynność w zakresie dotyczącym niezgodności podanej w uzasadnieniu odrzucenia oferty, nie mogłoby skutkować konwalidacją pozostałych niezgodności zawartych w harmonogramach - w żadnym z czterech harmonogramów odwołujący nie podał godzin odbioru odpadów w ciągu dnia wskazujących godziny od (...) do (...).

Ingerencja polegająca na zmianie górnej granicy czasu odbioru odpadów we wszystkich czterech uzupełnionych harmonogramach, w sytuacji pozostawienia pozostałych niezgodności harmonogramów, nie wpłynęłaby na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Zatem, uwzględnienie żądania odwołującego i poprawienie niezgodności w sposób i w granicach wskazanych w odwołaniu, mimo wskazanego wyżej charakteru harmonogramów, nie doprowadziłoby w konsekwencji do wyboru, jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Biorąc po uwagę powyższe ustalenia, ocenę dokonaną przez zamawiającego oraz ocenę Sądu Okręgowego w Tarnowie w przedmiocie charakteru harmonogramu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Izba uznała brak podstaw do podważenia czynności zamawiającego, a w konsekwencji - przesłanek do uwzględnienia odwołania. W tej sytuacji należało przyjąć, że nie zostały naruszone przepisy wskazane w odwołaniu - art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 87 ust. 2 pkt 3 i w konsekwencji art. 7 ust. 1 i 3 Pzp, co skutkowało oddaleniem odwołania na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp stosownie do jego wyniku, 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). Izba nie uwzględniła wniosku przystępującego o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego, mimo złożenia rachunku, z uwagi na brak podstawy prawnej.

**Przewodniczący: .....**