

sygn. akt: **KIO 3608/21**

WYROK

z dnia 29 grudnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 grudnia 2021 r., w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A; 25-116 Kielce**, w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gmina Bieliny, ul. Partyzantów 17; 26-004 Bieliny**,

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKO-KWIAT sp. z o.o., Wola Jachowa 94A; 26-008 Górno**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego - po stronie zamawiającego,

orzeka:

- 1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów nr 3, 4 i 5 odwołania.**
- 2. Oddala odwołanie.**
- Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A; 25-116 Kielce** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o., ul. Księdza Piotra Ściegiennego 268A; 25-116 Kielce**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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:

Uzasadnienie

Zamawiający – Gmina Bieliny, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Odbiór odpadów komunalnych pochodzących od właścicieli nieruchomości zamieszkałych oraz z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i inne nieruchomości wykorzystywane na cele rekreacyjno-wypoczynkowe położone na terenie Gminy Bieliny wraz z ich transportem i zagospodarowaniem, a także odbiór i zagospodarowanie odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych”*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 20 października 2021 r., pod nr 2021/S 204-533600.

Dnia 2 grudnia 2021 roku, zamawiający poinformował wykonawców o wyniku prowadzonego postępowania.

Dnia 13 grudnia 2021 roku wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych Fart Bis sp. z o.o. z siedzibą w Kielcach (dalej „Odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

1. Art. 226 ust. 1 pkt 14) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Eko-Kwiat sp. z o.o, Wola Jachowa 94A, 26-008 Górnó (dalej: „Eko-Kwiat”) pomimo wniesienia przez niego wadium w sposób nieprawidłowy,
2. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eko-Kwiat pomimo, że jest ona niezgodna z warunkami zamówienia w zakresie wymogu wskazania w ofercie instalacji, w której wykonawca zagospodaruje każdą z frakcji odpadów,
3. Art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Eko-Kwiat, pomimo złożenia przez niego oferty niezgodnej z warunkami zamówienia w zakresie posiadania bazy magazynowo – transportowej spełniającej wymagania SWZ oraz przepisów prawa,
4. Art. 226 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Eko-Kwiat, niespełniającego warunku dotyczącego posiadania wpisu do ewidencji działalności regulowanej,
5. Art. 223 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 ustawy Pzp (zarzuty sformułowane na okoliczność oddalenia zarzutów sformułowanych powyżej w punktach 2 i 3) poprzez zaniechanie wezwania wykonawcy Eko-Kwiat do udzielenia wyjaśnień w zakresie spełniania warunków do uzyskania wpisu do ewidencji działalności regulowanej oraz posiadania bazy magazynowo – transportowej spełniającej wymagania określone w SWZ.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu:

- 1) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 3) odrzucenie oferty złożonej przez wykonawcę Eko-Kwiat,

ewentualnie

- 4) wezwanie wykonawcy Eko-Kwiat do udzielenia wyjaśnień w trybie art. 223 ust. 1 oraz art. 128 ust. 4 ustawy Pzp.

Odwołujący wskazał, że jako wykonawca, który złożył ważną ofertę w przedmiotowym postępowaniu posiada interes w uzyskaniu zamówienia będącego jego przedmiotem. Oferta odwołującego sklasyfikowana została na drugim miejscu, tuż za ofertą wykonawcy Eko-Kwiat. Oznacza to zatem, że zaniechanie odrzucenia oferty tego wykonawcy, jak też zaniechanie wezwania go do udzielenia wyjaśnień treści oferty, skutkuje, a co najmniej może skutkować pozbawieniem odwołującego szans na uzyskanie zamówienia, a w konsekwencji powstaniem szkody po jego stronie.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie.

Do postępowania odwoławczego – po stronie zamawiającego - skuteczne przystąpienie zgłosił wykonawca Przedsiębiorstwo Wielobranżowe EKO-KWIAT sp. z o.o.

Na posiedzeniu, przed otwarciem rozprawy, odwołujący oświadczył, iż cofa zarzuty opisane w odwołaniu w ust. 3, 4 i 5.

W zakresie pozostałych zarzutów odwołujący oświadczył, iż podtrzymuje odwołanie (ust. 1 i 2).

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, oraz uczestnika postępowania odwoławczego, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są bezzasadne.

Zarzut nr 1.

Odwołujący wskazał, iż wykonawca EKO-KWIAT sp. z o.o. wniósł wadium w formie gwarancji ubezpieczeniowej. W jej treści zawarto m.in. następujące postanowienia:

- *„Gwarant dokona zapłaty z tytułu niniejszej gwarancji w terminie 14 dni od dnia otrzymania pierwszego pisemnego żądania do zapłaty [...]”,*
- *„Niniejsza gwarancja ważna jest w okresie od 23 listopada 2021 r. do 20 lutego 2022 r. włącznie [...] i wygasa automatycznie i całkowicie, jeśli wezwanie do zapłaty wraz z oświadczeniem Beneficjenta nie zostanie doręczone Gwarantowi w ww. terminie”,*
- *„Wezwanie do zapłaty należy doręczyć na adres Gwaranta: UNIQA TU S.A. Centrum Pomocy, Roszczenia z gwarancji, ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź”.*

Odwołujący podniósł, iż termin związania ofertą oraz termin ważności przedmiotowej gwarancji upływają w tym samym dniu tj. 20.02.2022 r. Gwarant wskazał równocześnie, iż warunkiem dokonania zapłaty jest doręczenie mu na adres „ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź”, do dnia 20.02.2021 r. pisemnego żądania zapłaty.

Z powyższego wynika, że gwarancja wadium nie zabezpiecza w sposób prawidłowy oferty wykonawcy EKO-KWIAT sp. z o.o. przez cały okres związania ofertą. Obowiązek dostarczenia pisemnego wezwania do zapłaty na wskazany adres do dnia 20.02.2021 r. powoduje, że skrócony został okres odpowiedzialności Gwaranta. Tymczasem zgodnie z treścią SWZ miał on ponosić odpowiedzialność do godziny 23.59.59 dnia 20.02.2021 r. Gdyby zatem okoliczności uzasadniające zatrzymanie wadium nastąpiły w godzinach popołudniowych, czy wieczornych, jak również na sam koniec dnia 20.02.2021 r. zamawiający nie miałby możliwości zaspokojenia się z wadium. Nie będzie miał on żadnej możliwości fizycznego dostarczenia pisemnego wezwania pod adres wskazany w mieście Łodzi. Należy dodać, że placówka ubezpieczyciela pod adresem ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź czynna jest wyłącznie do godziny 16.00, a zatem w zasadzie, po godzinie 16.00 dnia 20.02.2022 r. nie ma już żadnej możliwości skorzystania z wadium.

Odwołujący podniósł, że podstawowym wymogiem dotyczącym gwarancji wadium jest jej bezwarunkowość. Zapis gwarancji złożonej przez wykonawcę EKO-KWIAT sp. z o.o., zgodnie z którym musi być ona

dostarczona w formie pisemnej na adres ul. Gdańska 132, 90-520 Łódź, stanowi warunek w praktyce uniemożliwiający skorzystanie z niej przez cały okres związania ofertą, tj. do godziny 23.59.59 dnia 20.02.2022 r.

Okolicznością uzasadniającą zatrzymanie wadium jest m.in. odmowa podpisania umowy w okresie związania ofertą. Ustalając termin związania ofertą na koniec dnia 20.02.2022 r. zamawiający zastrzegł możliwość podpisania umowy do końca tego dnia. W tych okolicznościach najwcześniejszym możliwym terminem wystąpienia przez zamawiającego z żądaniem zapłaty w związku z ewentualną odmową podpisania umowy w okresie związania ofertą jest dzień 21.02.2022 r. Jak jednak wynika z treści gwarancji, skierowanie do gwaranta pisemnego żądania w tym dniu będzie nieskuteczne. Z tych przyczyn w obrocie powszechnie wprowadza się do treści gwarancji wadialnych postanowienia albo odpowiednio przedłużające ich termin ważności albo jednoznacznie wskazujące, że zgłoszenie roszczeń jest dopuszczalne w określonym terminie po upływie terminu jej ważności, jeżeli tylko zdarzenie uzasadniające zatrzymanie wadium miało miejsce przed upływem terminu związania ofertą. Żaden z tych warunków nie jest realizowany przez gwarancję wadialną złożoną przez wykonawcę EKO-KWIAT sp. z o.o.

Krajowa Izba Odwoławcza nie podziela stanowiska odwołującego. W ocenie Izby odwołujący myli dwa pojęcia związane z gwarancją wadialną. Pierwsze dotyczy kwestii zabezpieczenia oferty kwotą wadium, w okresie jej związania, przez cały ten okres, w tym przypadku gwarancją wadialną. Drugie pojęcie związane jest z możliwością wykorzystania gwarancji wadialnej przez zamawiającego w przypadku odmowy podpisania umowy przez wykonawcę.

Zgodnie z przepisem art. 97 ust. 5 ustawy Pzp, wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 98 ust. 1 pkt 2 i 3 oraz ust. 2.

Okoliczność wynikająca z przedmiotowego przepisu nie została zakwestionowana przez odwołującego. Odwołujący zarzuca jedynie, że zamawiający w czysto hipotetycznej sytuacji, nie będzie mógł skorzystać z wadium. Jednakże jest to sytuacja przyszła i niepewna, nie wynikająca z okoliczności przedmiotowego postępowania. Jak wynika bowiem z akt sprawy, zamawiający planuje udzielić zamówienia i podpisać umowę z początkowym terminem jej realizacji od dnia 1 stycznia 2022 roku. Dlatego całkowicie bezzasadne jest wskazywanie terminu, w którym wykonawca odmówi podpisania umowy w dniu 20 lutego 2022 roku.

Ponadto, biorąc pod uwagę treść SWZ opracowanej przez zamawiającego, rozdział XV „Wymagania dotyczące wadium”, wskazać należy, że zamawiający nie opracował żadnych szczególnych wymagań względem wykonawców, w związku z czym wykonawca działający „w zaufaniu” do podmiotu-jednostki samorządu terytorialnego – Gminy Bieliny – jako organu

władzy publicznej, nie może ponosić negatywnych skutków prawnych w odniesieniu do przepisów, które wprost nie wynikają z ustawy Pzp oraz SWZ – obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Okoliczność, iż odwołujący interpretuje treść przepisów na swoją korzyść, chociaż taka interpretacja jest niewłaściwa, nie może przesądzać o wadliwości działania wykonawcy oraz czynności zamawiającego.

Przystępujący, jak i każdy wykonawca, w tym postępowaniu miał jasne i czytelne wytyczne, w jaki sposób i na jaki czas należy wnieść wadium. Jeżeli zaś instrukcja taka nie wynika z SWZ, to zawsze pierwszeństwo mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp.

Reasumując, skoro zgodnie z wyżej powołanym przepisem (art. 97 ust. 5 ustawy Pzp) wadium wnosi się przed upływem terminu składania ofert i utrzymuje nieprzerwanie do dnia upływu terminu związania ofertą, to przystępujący składając gwarancję wadium, która obejmuje ww. okres, postąpił zgodnie z obowiązującymi przepisami i brak jest podstaw do twierdzenia, że ziściła się przesłanka do odrzucenia oferty przystępującego.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia przepisu art. 226 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp, który stanowi, iż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli wykonawca nie wniósł wadium, lub wniósł w sposób nieprawidłowy lub nie utrzymywał wadium nieprzerwanie do upływu terminu związania ofertą lub złożył wniosek o zwrot wadium w przypadku, o którym mowa w art. 98 ust. 2 pkt 3. Żadna ze wskazanych w tym przepisie przesłanek nie ziściła się.

Zarzut nr 2.

Odwołujący wskazał, iż stosownie do rozdziału II.7.1.4) SWZ, zamawiający wymagał wskazania przez wykonawców w ofercie instalacji komunalnych, do których będą oni przekazywać odebrane odpady do zagospodarowania. Zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, informacje w powyższym zakresie należało wskazać w pkt 2 formularza ofertowego. Instalacje wskazywane w treści oferty, o których mowa w art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, winny faktycznie mieć możliwość przetwarzania lub unieszkodliwiania frakcji odpadów objętych przedmiotem zamówienia, w tym winny spełniać wymagania określone w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach. Stosownie do przepisów tej ustawy warunkiem prowadzenia przetwarzania lub unieszkodliwiania odpadów jest posiadanie stosownego zezwolenia. Podmiot nie posiadający takiego zezwolenia nie posiada statusu instalacji w rozumieniu ustawy o odpadach. Bezsprzecznie zatem obowiązkiem wykonawców uczestniczących w przedmiotowym postępowaniu było wskazanie w treści oferty instalacji posiadających stosowne zezwolenia do przetwarzania lub unieszkodliwiania odpadów objętych przedmiotem zamówienia.

Wykonawca EKO-KWIAT sp. z o.o. wskazał w treści swojej oferty instalacje, do których będzie przekazywał odebrane odpady do zagospodarowania. Odwołujący stwierdza,

że wśród tych instalacji brak jest takiej, która uprawniona byłaby do zagospodarowania/unieszkodliwienia frakcji leki. Brak wskazania takiej instalacji w ofercie, w sytuacji jednoznacznego wymogu sformułowanego w warunkach zamówienia, oznacza niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, co rodzi konieczność jej odrzucenia na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp.

Zamawiający w rozdziale II ust. 3 SWZ – wskazał szacunkową ilość odpadów przeznaczonych do odbioru z terenu Gminy Bieliny w ramach przedmiotowego zamówienia z podziałem na poszczególne frakcje.

Jednocześnie zamawiający w rozdziale II ust. 7 pkt 4 SWZ – wskazał, że wykonawca zobowiązany jest do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których wykonawca będzie przekazywał odebrane odpady.

Jednocześnie zamawiający w zakresie wskazanych przez wykonawcę w ofercie instalacji komunalnych, nie postawił żadnych dodatkowych wymagań.

Przystępujący w swojej ofercie, w pkt 2 wskazał, że zebrane odpady będzie przekazywał do następujących instalacji:

- Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Sp. z o.o., ul. Św. Tekli 62, Promnik, 26-067 Strawczyn
- Zakład Unieszkodliwiania Odpadów "JANIK" Sp. z o.o. adres zakładu: Janik, ul. Borowska 1, 27-415 Kunów
- BIO-MED Sp. z o.o., Szczukowskie Góry 1A, 26-065 Piekoszów
- FCC Tarnobrzeg Sp. z o.o., ul. Strefowa 8, 39 - 400 Tarnobrzeg
- Zakład Usług Komunalnych Celiny Sp. z o.o., Micigózd ul. Częstochowska 6, 26-065 Piekoszów
- Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Order T. M., ul. Długa 41, 25-650 Kielce
- TCC T. C., ul. Kościuszki 6 lok.12, 50-038 Wrocław
- MB Recycling Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Częstochowska 4, 26-065 Micigózd
- Ekwowi W. W., Spółdzielcza 9/12, 25-344 Kielce

Odwołujący w swojej argumentacji wskazał, że wśród ww. instalacji brak jest takiej, która uprawniona byłaby do zagospodarowania/unieszkodliwienia frakcji leki. Jednakże dowodu na taką okoliczność nie przedstawił. Odwołujący w swojej argumentacji prezentowanej na rozprawie odniósł się jedynie i przedłożył materiał dowodowy w zakresie tylko jednej instalacji, tj. BIO-MED sp. z o.o., Szczukowskie Góry 1A, 26-065 Piekoszów. Zgodnie natomiast z przepisem art. 534 ust. 1 ustawy Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Przepis art. 535 ustawy Pzp stanowi, iż dowody na poparcie swoich

twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.

Z uwagi na fakt, iż odwołujący nie udowodnił podnoszonych okoliczności, Izba stwierdziła, że zarzut odwołującego należało oddalić, jako niewykazany.

Biorąc pod uwagę powyższe, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

Przewodniczący: