

**WYROK**  
**z dnia 28 grudnia 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Małgorzata Matecka**

**Protokolant: Klaudia Kwadrans**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 grudnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 13 grudnia 2021 r. przez odwołującego: wykonawcę Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart Bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Gminę Kunów

przy udziale wykonawcy Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
  - 2.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

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, ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający Gmina Kunów prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pod nazwą „Odbieranie odpadów komunalnych z terenu gminy Kunów od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy i ich zagospodarowanie na okres od 01.01.2022 r. do 31.12.2022 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 5 października 2021 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2021/S 193-502957.

I. W dniu 13 grudnia 2021 r. wykonawca Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart Bis” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kielcach wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności zamawiającego: badania i oceny ofert, odrzucenia oferty odwołującego oraz unieważnienia postępowania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.), dalej jako „ustawa Pzp”:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty złożonej przez odwołującego, pomimo że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia;
- 2) art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie odwołującego omyłki, co w konsekwencji skutkowało naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez bezzasadne odrzucenie oferty odwołującego, pomimo że niezgodność oferty z warunkami zamówienia podlegała poprawie na podstawie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp (zarzut formułowany na wypadek oddalenia zarzutu z pkt 1);
- 3) art. 255 pkt 3) ustawy Pzp poprzez bezzasadne unieważnienie postępowania, pomimo że cena oferty odwołującego niepodlegającej odrzuceniu nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

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

- powtórzenia czynności badania i oceny ofert;
- unieważnienia czynności odrzucenia oferty złożonej przez odwołującego,
- poprawienia oferty odwołującego poprzez wykreślenie z pkt 3 ppkt 2-7 i 12 formularza ofertowego instalacji odwołującego.

Dodatkowe stanowisko w sprawie odwołujący przedstawił w piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 27 grudnia 2021 r.

II. Pismem wniesionym w dniu 23 grudnia 2021 r. zamawiający udzielił odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

III. Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosił wykonawca Remondis Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie. W piśmie wniesionym do akt sprawy w dniu 27 grudnia 2021 r. przystępujący przedstawił stanowisko w sprawie. Przystępujący uznał zarzuty odwołania za niezasadne i wniósł o jego oddalenie.

**Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W Specyfikacji Warunków Zamówienia („SWZ”) - opis przedmiotu zamówienia zamawiający przewidział między innymi następujące obowiązki wykonawców:

„7.14. W zakresie zagospodarowania odpadów:

- 1) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych oraz pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania do instalacji komunalnej wskazanej w formularzu ofertowym;
- 2) przekazywanie odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych (w tym odpadów selektywnie zebranych w PSZOK i w aptece) do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. z 2021 r. poz. 779 i 1648) wskazanej w formularzu ofertowym;
- 3) Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze gminy Kunów poziomu przygotowania do ponownego użycia i recyklingu odpadów komunalnych w wysokości co najmniej 25% wagowo - za rok 2022, zgodnie z art. 3b ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2021 r. poz. 888);
- 4) Wykonawca jest zobowiązany do osiągnięcia na obszarze gminy Kunów dopuszczalnego poziomu ograniczenia masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji przekazywanych do składowania wyliczonych zgodnie z przepisami prawnymi obowiązującymi w tym zakresie.”.

W pkt 3 formularza oferty zamawiający wymagał złożenia przez wykonawców oświadczenia odnośnie instalacji, do których będą przekazywane i w których będą przetwarzane odpady

(„Oświadczamy, że odebrane odpady będą przekazane i przetwarzane w następujących instalacjach:...”).

W pkt 3 formularza oferty odwołujący wskazał w odniesieniu do odpadów wymienionych pod pkt 2 – 7 i 12 (2 – papier i tektura, 3 – szkło bezbarwne i kolorowe, 4 – opakowania wielomateriałowe, 5 – tworzywa sztuczne, 6 – metale, 7 – zmieszane odpady opakowaniowe, 12 – zużyte opony) wskazał jako instalację m. in. Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. Kielce.

Pismem z dnia 26 listopada 2021 r. zamawiający wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wyjaśnienia miały dotyczyć między innymi kwestii posiadania przez wskazane przez odwołującego instalacje zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący udzielił pismem z dnia 1 grudnia 2021 r. (zastrzeżone jako tajemnica przedsiębiorstwa). Pismem z dnia 2 grudnia 2021 r. zamawiający ponownie wezwał odwołującego na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp do przedstawienia wyjaśnień dotyczących treści złożonej oferty. Wyjaśnienia miały dotyczyć tego, czy Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. wymienione na liście instalacji w pkt 3 ppkt 2, 3, 4, 5, 6, 7, i 12 formularza ofertowego posiada status instalacji w rozumieniu art. 3 pkt 6 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska, ponieważ z rejestru BDO wynika, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. posiada tylko zezwolenie na zbieranie odpadów. Odpowiedzi na ww. wezwanie odwołujący udzielił pismem z dnia 3 grudnia 2021 r.

Okoliczność nieposiadania zezwolenia na przetwarzanie odpadów przez Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych FART-BIS Sp. z o.o. (wskazane jako instalacja, do której będą przekazywane i w której będą przetwarzane odpady) nie była pomiędzy stronami sporna.

Izba uznała, że oświadczenie zawarte w pkt 3 formularza oferty odwołującego nie ma, jak twierdził odwołujący, jedynie informacyjnego charakteru, lecz stanowi treść oferty wykonawcy, podlegającą ocenie pod kątem zgodności z wymaganiami zamawiającego. Składając ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego wykonawca deklaruje wykonanie określonego świadczenia. Jeżeli zawarte w ofercie oświadczenie dotyczy sposobu wykonania świadczenia, stanowiącego przedmiot oferty, nie można uznać, że nie mamy do czynienia z treścią oferty. Inny charakter takiego oświadczenia musiałby w sposób jednoznaczny wynikać z dokumentacji postępowania, co w tym przypadku nie miało miejsca.

Zgodnie z przepisem art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Natomiast zgodnie z art. 7 pkt 29) ustawy Pzp pod pojęciem warunków zamówienia należy rozumieć warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu

zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. Jak wynika ze wskazanych powyżej postanowień SWZ zamawiający przewidział w postępowaniu m.in. warunki zamówienia polegające na obowiązku wykonawcy przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów oraz na obowiązku wskazania w treści oferty instalacji, do których będą przekazywane i w których będą przetwarzane odpady. Warunki te odnosiły się zatem do instalacji posiadających zezwolenie na przetwarzanie odpadów. Zgodnie z pkt 3 formularza oferty odwołujący oświadczył, że odpady będą przekazywane i przetwarzane m.in. w Przedsiębiorstwie Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o., które nie posiada zezwolenia na przetwarzanie odpadów. Treść oferty odwołującego jest zatem w ww. zakresie niezgodna z warunkami zamówienia. Z treści oferty odwołującego w żaden sposób nie wynika, że powyższe oświadczenie należy rozumieć w ten sposób, że przetwarzanie odpadów w ww. podmiocie ma mieć miejsce dopiero od momentu uzyskania zezwolenia. Oświadczenie o takiej treści nie zostało zawarte w ofercie. Nie zasługuje na uwzględnienie argumentacja odwołującego, że w formularzu ofertowym brak było miejsca na podanie tej informacji, skoro formularz był dostępny w wersji edytowalnej. To samo należy odnieść do twierdzeń odwołującego, że Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „Fart-Bis” Sp. z o.o. zostało przewidziane w odniesieniu do niewielkiej ilości odpadów jako podmiot zbierający te odpady. Informacja w tym przedmiocie nie została również zawarta w ramach odpowiedzi na pierwsze wezwanie zamawiającego, jak i nie została wprost przekazana w odpowiedzi na drugie wezwanie zamawiającego.

Ponadto Izba nie znalazła podstaw do zastosowania instytucji uregulowanej w przepisie art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z dokumentami zamówienia, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty, niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Przepisy ustawy Pzp nie regulują w jaki sposób należy rozumieć pojęcie istotnej zmiany w treści oferty. Oceny w tym zakresie należy dokonywać mając na uwadze konkretne okoliczności danej sprawy. W ocenie składu orzekającego Izby dokonanie zmiany w treści oświadczenia odwołującego poprzez wykreślenie jednej z instalacji, w której zgodnie z deklaracją odwołującego miało mieć miejsce przetwarzanie odpadów, stanowi zbyt daleko idącą ingerencję w treść oferty odwołującego i nie może być kwalifikowane jako nieistotna zmiana treści oferty. Złożenie oświadczenia o zamiarze przetwarzania odpadów w konkretnie wskazanej instalacji ma istotne znaczenie w kontekście niniejszego postępowania z uwagi na konieczność posiadania przez taką instalację zezwolenia na przetwarzanie odpadów

i w związku z tym nie może być kwalifikowane jako omyłka na gruncie przepisu art. 223 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

W konsekwencji powyższego Izba uznała, że nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 255 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba orzekła, jak w punkcie pierwszym sentencji, na podstawie art. 553 oraz art. 554 ust. 1 pkt 1 *a contrario* ustawy Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557, 574 i 575 ustawy Pzp oraz § 8 ust. 2 pkt 1 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 od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....