

Sygn. akt: 2143/17

**WYROK**

**z dnia 27 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Emil Kawa**

**Protokolant: Adam Skowroński**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 października 2017 roku w Warszawie, odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 12 października 2017 przez wykonawcę ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Konsorcjum: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczalnia Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o., ul. Galmany 1, 42-600 Jaworzno** w postępowaniu prowadzonym przez **Miasto Jastrzębie-Zdrój, al. J. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna, ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka**

1. Uwzględni odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie: czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, odrzucenia oferty odwołującego oraz nakazuje ponowne badanie i ocenę ofert
2. Zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 (piętnaście tysięcy) złotych uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania i:
3. zasądza od zamawiającego **Miasta Jastrzębie-Zdrój, al. J. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój** na rzecz odwołującego **Konsorcjum: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczalnia Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o., ul. Galmany 1, 42-600 Jaworzno** kwotę 18 600,00 (osiemnaście tysięcy sześćset) złotych tytułem zwrotu kwoty uiszczzonego wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący .....

## **UZASADNIENIE**

Miasto Jastrzębie-Zdrój, al. J. Piłsudskiego 60, 44-335 Jastrzębie-Zdrój dalej zwane „Zamawiającym” prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu miasta Jastrzębie-Zdrój*.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 22 lipca 2017 r, pod numerem 2017/S 139-285628, a dodatkowe informacje opublikowano w ogłoszeniu z dnia 23 sierpnia 2017 r. nr 2017/S 160-330978.

W dniu 02 października 2017 r., Zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu oraz o odrzuceniu oferty wykonawcy Konsorcjum: Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczalnia Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych i Bytowych Sp. z o.o., ul. Galmany 1, 42-600 Jaworzno, dalej zwany „Odwołującym”, który to wykonawca od czynności odrzucenia jego oferty wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

We wniesionym odwołaniu zarzucił Zamawiającemu niezasadne odrzucenie jego oferty, czym zamawiający naruszył:

1. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że treść oferty Odwołującego jest niezgodna z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej „SIWZ”), a co za tym idzie jej odrzucenie;

2. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1289, dalej „ustawa UCPG”) poprzez uznanie, że oferta jest nieważna na podstawie ustawy UCPG, a co za tym idzie jej odrzucenie (przy czym z uzasadnienia odrzucenia oferty przez Zamawiającego wynika wprost, że Zamawiający nie odrzuca z uwagi na nieważność na podstawie ww. ustawy, lecz z uwagi na niezgodność z nią, co wprost wskazuje na brak ziszczenia się tej przesłanki.);

ewentualnie

3. art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP poprzez zaniechanie poprawienia w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty;

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. nakazanie ponownego badania i oceny ofert, unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej po uprzednim wezwaniu Odwołującego do złożenia wymaganych dokumentów

ewentualnie

3. nakazanie ponownego badania i oceny oferty, poprawienie w ofercie Odwołującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty w ten sposób, że w pkt 2 (l.p. 2) tabeli oferty (na stronie 3 oferty) Odwołującego należy dodać kolejny wiersz i w zakresie kolumny „nazwa i adres podmiotu zarządzającego instalacją” należy w kolejnym wierszu dopisać: CONFICO POLAND sp. z o.o., ul. Graniczna 29, 40-417 Katowice, a w zakresie kolumny „Adres instalacji” należy dopisać: ul. Dębina 36, 44- 335 Jastrzębie-Zdrój.

Uzasadniając zarzuty odwołania wskazał, że zgodnie z treścią SIWZ - instrukcją wypełnienia informacji w tabeli, wykonawcy byli zobowiązani do wypełnienia przedmiotowej tabeli zawartej w pkt 12 Formularza ofertowego.

12. *Zmieszane odpady komunalne oraz odpady komunalne selektywnie zebrane przekazywane będą zgodnie z art. 9e ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz.250 ze zm.) do następujących instalacji:*

p.	Rodzaj odpadu	Nazwa i adres podmiotu zarządzającego instalacją	Adres instalacji
	Zmieszane odpady komunalne		
	Selektywnie zebrane odpady komunalne o których mowa w załączniku 7 pkt. 1,		

Podał, że wypełniając przedmiotową tabelę Odwołujący założył, że odpady zielone, biodegradowalne zostały objęte punktem 1 tabeli.

Odwołujący wypełniając tabelę wskazał w ofercie dwie instalacje:

- w pkt 1 ww. tabeli - Zarządzaną przez CONFICO POLAND Sp. z o.o. - instalację przy ul. Dębina 36 (Jastrzębie-Zdrój);
- w pkt 2 ww. tabeli - Zarządzaną przez DS. Project Sp. z o.o. - instalację przy ul. Rozwojowej 1 (Jastrzębie-Zdrój).

Pismem z dnia 7 września 2017 r. Zamawiający, działając na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Odwołującego do złożenia wyjaśnień treści oferty. Celem zapytania było wyjaśnienie, czy do wskazanej w ofercie instalacji przy ul. Rozwojowej 1 przekazywane będą wszystkie odpady oznaczone wskazanymi przez Zamawiającego kodami.

W odpowiedzi na wezwanie, pismem z dnia 11 września 2017 r. Odwołujący wyjaśnił, że w: punkcie 1 tabeli (12 l.p, 1 formularza oferty):

„wskazał regionalną instalację, do której z uwagi na obowiązek prawny zamierza przekazać odpady komunalne o kodach 20 03 01 a także odpady ulegające biodegradacji o

*kodach: 20 01 08, 20 02 01 oraz inne odpady komunalne odebrane od właścicieli nieruchomości nie stanowiące niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych o kodach 20 01 99, 20 03 02, 30 03 07 oraz 20 03 99. [tj. z wyłączeniem tych objętych pkt 2 tabeli]*

Podał, że Odwołujący punkcie 2 tabeli (12 l.p. 2 formularza oferty) wskazał instalację, do której zamierza przekazać niewielkie ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, zgodnie z decyzją firmy wpisanej do formularza.

*Odwołujący dodał, że: W przypadku pozostałych niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych, o których mowa w załączniku 7 pkt. 1, niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, wykonawca będąc podmiotem odbierającym odpady, nie zamierza przekazywać ich bezpośrednio po ich transporcie do innej instalacji posiadającej zezwolenie na przetwarzanie odpadów lub zezwolenie na zbieranie odpadów z uwagi na fakt, iż sam będzie następnie podmiotem zbierającym te odpady, gdyż posiada stosowne zezwolenia na zbieranie w i w odpadów. Zgodnie z SIWZ Zamawiający nie żądał wskazania odpadów, które wykonawca zamierza zbierać we własnym zakresie, dlatego też zostały one pominięte w wykazie (Konsorcjanci posiadają jednakże stosowne zezwolenia na zbieranie tych odpadów). Zgodnie z zapisami punktu 12 l.p.2 należało tylko wskazać instalacje, do których Wykonawca przekazywał będzie odpady bezpośrednio, w związku z tym nie przedstawiliśmy podmiotów, do których odpady odebrane z gminy trafią po ich uprzednim zbieraniu przez Wykonawcę. W szczególności są to odpady o kodach 16 01 03, 20 01 31\*, 20 01 32 oraz 20 01 36. W załączeniu Odwołujący przedłożył tabelę zawierającą poszczególne kody odpadów, o które pytał Zamawiający.*

Pismem z dnia 2 października 2017 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu jego oferty, wskazując jako podstawę prawną art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oraz art. art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy UCPG. Analiza treści uzasadnienia faktycznego odrzucenia oferty Odwołującego wskazuje na następujące powody:

a) Odwołujący nie wykazał w ofercie regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uwzględnionej w WPGO dla województwa śląskiego, do której zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy UCPG zobowiązany jest bezpośrednio przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zielone;

b) wskazana w ofercie instalacja położona przy ulicy Rozwojowej 1 w Jastrzębiu-Zdroju nie spełnia wymagań określonych przepisami ustawy UCPG;

c) Odwołujący w swoich wyjaśnieniach dotyczących instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne, celem dalszego ich przetwarzania lub zbierania, w przypadku realizacji zamówienia w zakresie odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych na terenie miasta Jastrzębie - Zdrój, wykazał dla selektywnej zbiórki odpadów komunalnych sześć dodatkowych instalacji, których przyjęcia na etapie oceny wyjaśnień oznaczałoby, zdaniem Zamawiającego niedopuszczalną w świetle art. 87 ust. 1 ustawy PZP zmianę istotnych treści oferty.

Odnosząc się do wskazanej podstawy odrzucenia jego oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ podał, że Zamawiający może dokonać odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy PZP jedynie w sytuacji ustalenia w sposób nie budzący wątpliwości, że oferta wykonawcy nie zapewnia realizacji zamierzonego i opisanego w SIWZ celu, a oferowane świadczenie nie odpowiada wyrażonym w treści SIWZ wymaganiom (tak: KIO w wyroku z dnia 16 stycznia 2012r.; KIO 22/12).

Tymczasem, Zamawiający nie wykazał niezgodności oferowanego świadczenia z treścią SIWZ. Jedynie w wyniku powziętych wątpliwości (które zresztą budzi sama instrukcja wypełnienia tabeli) wezwał wykonawcę do wyjaśnień treści oferty, korzystając z dyspozycji art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. zwrócił się do wykonawcy z pytaniem, czy wymienione w wezwaniu odpady zostaną przekazane do instalacji wskazanych w ofercie. Celem wyjaśnień treści oferty jest poznanie właściwej treści oświadczenia woli wykonawcy, która nie jest jasna na podstawie treści samej oferty. W wyniku wezwania Zamawiający dowiedział się również co było powodem określonego sposobu zaprezentowania danych w ofercie.

Zamawiający rozpoczął procedurę wyjaśnień, korzystając z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, jednak nieprawidłowo ocenił treść wyjaśnień. Nie wziął pod uwagę okoliczności towarzyszących wypełnianiu formularza oferty (instrukcji wypełnienia tabeli). Nieścisłości w treści formularza wywołane przez Zamawiającego doprowadziły do tego, że Odwołujący w pkt 2 tabeli wskazał jedynie te instalacje, do których będzie „przekazywał” odpady, nie wskazał natomiast tych, którymi bezpośrednio dysponuje, gdyż zgodnie z nomenklaturą użytą w ustawie z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1987) czym innym jest „zbieranie odpadów” bezpośrednio przez wykonawcę, a czym innym ich „przekazywanie kolejnemu posiadaczowi”. Ponieważ definicja „posiadacza odpadów” została ujęta podmiotowo, przyjmuje się, że „przekazanie” odpadów wiąże się ze zmianą ich „posiadacza”. Odnośnie pkt 1 tabeli, zostały tam ujęte do przekazywania do instalacji regionalnej także odpady biodegradowalne jako odpady komunalne.

Odwołujący zamierzał zatem gospodarować odpadami zgodnie z wymogami SIWZ i przepisów prawa, spełniając świadczenie według wymagań Zamawiającego. Jednak składając ofertę zaprezentował w pkt 2 tabeli tylko te instalacje, do których „przekazane” zostaną odpady, pomijając te, które będzie sam „zbierał” zgodnie z zezwoleniem. W tym

miejscu warto podkreślić, że w ofercie (pkt 1 i pkt 2 tabeli) Odwołujący wskazał wszystkie instalacje, do których będzie „przekazywał” odpady.

Podkreślił, że jak wynika z treści uzasadnienia faktycznego podstaw odrzucenia, wątpliwość Zamawiającego budzi wyłącznie oświadczenie w zakresie braku wskazania instalacji, do której przekazywane będą odpady zielone. Podniósł także, że zgodnie z instrukcją Zamawiającego zawartą w pkt pierwszym pod Tabelą, w której należało wskazać instalacje, w zakresie instalacji dla zmieszanych odpadów komunalnych (komentarz nr 1 zdanie drugie): *„W przypadku wskazania instalacji innych niż regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych lub nie wypełnienia powyższej Tabeli Zamawiający uzna, że Wykonawca nie przewiduje przekazywania odebranych odpadów do żadnej regionalnej instalacji przetwarzania odpadów, co jest niezgodne z wymogami SIWZ i będzie podstawą odrzucenie oferty zgodnie z art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. ”*

Wynika z tego jednoznacznie, że za niezgodne SIWZ i skutkujące odrzuceniem oferty Zamawiający uzna brak wpisania w pkt 1 tabeli właściwej regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Istotne z punktu widzenia SIWZ dla Zamawiającego było wskazanie regionalnej instalacji, do której trafia odpady komunalne, co Odwołujący uczynił. Powyższe zastrzeżenie nie dotyczyło pkt 2 tabeli, co wskazuje, że tego rodzaju niezgodność nie powinna skutkować odrzuceniem oferty. Co więcej, jak wynika z uchwały nr VI/37/8/2017 Sejmiku Województwa Śląskiego z dnia 25 kwietnia 2017 r. w sprawie wykonania Planu gospodarki odpadami dla województwa śląskiego na lata 2016-2022 instalacja zarządzana przez COFINCO POLAND Sp. z o.o. jest również regionalną instalacją do przetwarzania odpadów zielonych i innych bioodpadów w Regionie III (RIPOK-OZiB). Ponieważ jednak jest to ta sama instalacja Odwołujący, sugerując się przytoczoną wyżej instrukcją, na skutek niezamierzonej omyłki (wywołanej instrukcją Zamawiającego) nie wskazał w rubryce „odpady selektywnie zebrane” ponownie instalacji zarządzanej przez COFINCO POLAND Sp. z o.o.

W zakresie wskazanej drugiej podstawy do odrzucenia oferty tj. z art. 89 ust 1 pkt 8 Pzp w zw. z art. 9e ust. 1 pkt 2 ustawy UCPG podał, że Zamawiający błędnie interpretuje przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP przyjmując, że w przypadku wskazania w ofercie instalacji niespełniającej warunków ustawy UCPG, oferta dotknięta jest nieważnością bezwzględną. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy PZP ma zastosowanie nie w każdym przypadku, gdy oferta jest niezgodna z konkretnym aktem prawnym, tylko w takich, w których akt ten przewiduje sankcję nieważności.

Podał, że jego stanowisko ma odzwierciedlenie w szeregu orzeczeniach KIO, jako przykładowe wskazał na wyrok KIO z dnia 13 czerwca 2017 r. (KIO 1066/17), gdzie Izba uznała, że z *przepisu art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Oz.U. z 2016 r. poz. 1987) nie wynika bezwzględny zakaz przewożenia odpadów stanowiących*

*przedmiot zamówienia do miejsca przetwarzania odpadów położonego w określonej odległości od miejsca ich wytworzenia. Odległość tę bierze się pod uwagę z uprzednim uwzględnieniem hierarchii technologii i technik unieszkodliwiania odpadów, określonych w ustawie. Nie można zatem uznać, że tego rodzaju oferta jest sama w sobie dotknięta nieważnością w rozumieniu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.). Przyjęcie, że przepis art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (t.j. Dz.U. z 2016 r. poz. 1987) ma charakter bezwzględnie obowiązujący, a wobec tego odstępstwo od jego zastosowania skutkuje nieważnością czynności prawnej, jako sprzecznej z ustawą z mocy art. 58 § 1 KC nie może dotyczyć oferty, tj. czynności prawnej w postaci złożenia oświadczenia woli.*

Ponadto w uchwale z dnia 17 kwietnia 2014 r. (KIO/KD 31/14) Izba podkreśliła, że: *Przepisy prawa nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), a tym samym nie znajduje zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.). W wyroku z dnia 8 maja 2013 r. (KIO 933/13) Izba podsumowała, że: Przepisy prawa nie przewidują sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów, wynikających z ustawy o odpadach.*

Zamawiający nie złożył odpowiedzi na odwołanie na piśmie lecz w prezentowanym na rozprawie stanowisku wniósł o oddalenie odwołania jako niezasadnego. Podkreślił, że Zamawiający nie mógł samodzielnie poprawić oferty odwołującego, gdyż musiałby się domyślać gdzie wykonawca miałby dostarczać odpady zbierane selektywnie.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca EKO M. G., J. K., A. S. Spółka Jawna, ul. Kościuszki 45a, 44-200 Rybnik, jednakże jego przedstawiciel nie stawił się na posiedzenie Izby i nie zaprezentował swojego stanowiska w tej sprawie. Należy dodać, że oferta tego wykonawcy została uznana przez Zamawiającego najkorzystniejsza w postępowaniu.

**Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z niniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska stron podane do protokołu rozprawy, ustaliła i zważyła co następuje.**

**Odwołanie jest zasadne i tym samym zostaje uwzględnione.**

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy

Pzp.. Odwołujący wykonawca wykazał także interes we wniesieniu odwołania o którym mowa w art. 179 ust.1 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślenia wymaga fakt, że stan faktyczny sprawy wynikający z treści odwołania w porównaniu z prezentowanym przez strony na etapie rozprawy, jest praktycznie taki sam, co zdaniem Izby uzasadnia pominięcie szczegółowego przedstawiania stanu faktycznego sprawy, będącego przedmiotem orzekania przez Izbę.

Wskazać jednak należy, że Zamawiający oceniając treść tabeli wskazanej w pkt 12 Formularza powziął wątpliwość, czy wszystkie odpady selektywnie zbierane będą dostarczane do zagospodarowania we wskazanej w poz. 2 Tabeli, regionalnej instalacji przetwarzania odpadów komunalnych, tj. – DS. Projekt sp. z o.o. W związku z tym wezwał Odwołującego w trybie przepisu art. 87 ust.1 Pzp do złożenia wyjaśnień w tym zakresie.

Odwołujący w złożonych wyjaśnieniach z dnia 11 września 2017 roku podał, że nie wszystkie odpady selektywnie zbierane będą dostarczane do ww. RIPOK i podał, że odpady zbierane selektywnie o kodach 200108 i 200201, jako odpady zielone biodegradowalne będą dostarczane do instalacji RIPOK wskazanej w pkt 1 Tabeli. Podał także, że odpady selektywnie zbierane w niewielkich ilościach, nie będą bezpośrednio dostarczane do RIPOK, ale będą gromadzone u Odwołującego Konsorcjum z uwagi na fakt, iż sam będzie podmiotem zbierającym te odpady, gdyż posiada stosowne zezwolenia na zbieranie w/w odpadów (co nie zostało wyjaśnione przez Zamawiającego).

Wskazać należy także, że Zamawiający na rozprawie podał, że kwestia która legła u podstaw odrzucenia oferty dotyczyła odpadów zielonych i powodem uznania treści oferty za niezgodną z SIWZ było niepowtórzenie w poz. 2 Tabeli instalacji RIPOK wymienionej w poz. 1. Zamawiający wskazał, że niewątpliwie odpady zielone są odpadami zbieranymi selektywnie co wynika z § 3 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 29.12.2016r. w sprawie szczegółowego sposobu selektywnego zbierania wybranych frakcji odpadów.

Powyższa podstawa do odrzucenia oferty Odwołującego wynika wprost z informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty, gdzie wskazano, że *„Wykonawca w ofercie nie wykazał regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, uwzględnionej w WPGO dla województwa śląskiego, do której zgodnie z art. 9 e ust. 1 pkt 2 ustawy ucpg zobowiązany jest bezpośrednio przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady zielone”*.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia Izba wskazuje, że Zamawiający wzywając wykonawcę do złożenia wyjaśnień co do treści oferty nie może pominąć tych wyjaśnień przy dalszej ocenie oferty. Z utrwalonej linii orzeczniczej KIO (por. wyroki KIO/UZP 1327/09: 1443/09; 2145/10) wynika iż *Wyjaśnienia udzielone Zamawiającemu przez odwołującego w trybie art. 87 ust. 1 Pzp stanowią oświadczenie wykonawcy, którym jest on związany na równi ze złożoną ofertą*. Dlatego też Zamawiający biorąc pod uwagę wyjaśnienia Odwołującego z 11 września 2017 roku nie może zasadnie wywodzić, jak to czynił na

rozprawie, że brak podania w pkt 2 Tabeli instalacji RIPOK do którego będą przekazywane odpady zielone odbierane bezpośrednio od właścicieli nieruchomości rodzi niebezpieczeństwo, że mogą one być wywożone do miejsc poza uprawnionym RIPOK.

W złożonych wyjaśnieniach wykonawca wskazał taką instalację RIPOK i to wskazanie jest dla wykonawcy tak samo wiążące jak gdyby uczynił to w treści oferty.

Na potrzebę wyjaśnienia treści oferty wskazuje także orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które dopuszcza w drodze wyjątku od zasady - że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, by możliwe było zwrócenie się zamawiającego do odwołującego, aby dane z oferty *mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.(...)* Celem instytucji wezwania do wyjaśnień jest umożliwienie wykonawcy uzasadnienia poważnego charakteru przedstawionej oferty w sposób kompletny i użyteczny. (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.).

Podkreślić należy, że w przypadku występowania okoliczności jednoznacznie wskazujących na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, to Zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści takiej oferty. Przepis art. 87 ust. 1 P.z.p. ma zastosowanie w przypadku powzięcia przez Zamawiającego wątpliwości co do treści oferty. Tutaj taka sytuacja niewątpliwie miała miejsce i uzyskane informacje winny być uwzględnione przez Zamawiającego.

W zakresie potrzeby wyjaśniania treści oferty w przypadku zaistnienia przesłanek do uznania jej za niezgodną z SIWZ należy mieć na względzie to, że po pierwsze, wykonawca wyjaśniając treść oferty w wyniku wezwania Zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp musi zamknąć się w ramach złożonych wcześniej oświadczeń zawartych w jej treści, a po drugie, występujące rozbieżności nie należy odczytywać tylko poprzez pryzmat literalnego brzmienia treści oferty, ale także poprzez sens treści w niej zawartych.

Istotą problemu, sporu w tym postępowaniu była kwestia, czy brak powtórzenia w poz. 2 tabeli stacji RIPOK wymienionej w poz. 1, powoduje taką sytuację, iż dopisanie tej stacji RIPOK do poz. 2 na etapie wyjaśniania treści oferty, powodowałoby niedopuszczalną zmianę oferty. Przy ocenie powyższego Izba miała na względzie to, że Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu niewykazania w poz. 2 tabeli stacji RIPOK do której Odwołujący zamierza dostarczać odpady zielone. Izba zauważa, że co do innych odpadów selektywnie zbieranych i gromadzonych przez Konsorcjum, a nie mających być bezpośrednio dostarczanych do RIPOK, brak jest dokonanej oceny przez Zamawiającego w tym zakresie.

W zakresie odpadów dostarczanych bezpośrednio od właścicieli nieruchomości do RIPOK wskazanych w pkt 1 i 2 Tabeli wskazać należy iż niewątpliwym jest, że stacja Cofinco-Poland sp. z o.o. wymieniona tylko w poz 1 Tabeli, zgodnie z decyzją Prezydenta Miasta Jastrzębie- Zdrój z dnia 07 stycznia 2014 roku posiada także uprawnienie do przyjmowania odpadów zielonych o kodach 200108 i 200201.

Powyższe powoduje, że stacje RIPOK wymienione w poz. 1 i 2 Tabeli obejmują zakresem swojej działalności możliwość przyjęcia wszystkich odpadów tam wymienionych. Tym samym Izba uznaje, że uzyskane wyjaśnienie od Odwołującego, że odpady zielone selektywnie zbierane, będą dostarczane do instalacji RIPOK wymienionej w poz.1 Tabeli nie stanowi zmiany treści oferty, gdyż nie wprowadza do niej nowej treści, a tylko ją uszczegóławia, co zdaniem Izby stanowi sens wyjaśniania treści oferty w trybie art. 87 ust.1 Pzp.

Nadto zdaniem Izby, brak jest także przeciwskażeń do poprawy treści oferty w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp, gdyż dokonana zmiana poprzez dopisanie do poz. 2 Tabeli instalacji RIPOK Cofinco wym. w poz. 1 Tabeli, nie powoduje istotnej zmiany treści oferty. Fakt, iż taka zmiana była możliwa dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od Odwołującego w żaden sposób nie uniemożliwia - jak twierdził Zamawiający, takiej poprawy. W orzecznictwie Izby jednoznacznie przesądzono, że brak jest przeszkód, aby zamawiający wykonał ciążący na nim obowiązek poprawy oferty o której mowa w art. 87 ust.2 pkt 3 także wtedy, kiedy potrzeba poprawy omyłek, czy drobnych błędów w ofercie wynikała dopiero po uzyskaniu wyjaśnień od wykonawcy. Powyższa poprawa byłaby niedopuszczalna gdyby sposób poprawy został ustalony w wyniku negocjacji co do treści oferty.

Odnosząc się do wskazanej kolejnej podstawy odrzucenia oferty tj. ziszczenia się w postępowaniu podstawy z art. 89 ust.1 pkt 8 Pzp, że złożona w tych okolicznościach postępowania oferta jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów Izba stwierdza, że brak jest podstaw do przyjęcia takiego założenia przez Zamawiającego. Wskazać należy, że żaden przepis prawa nie przewiduje sankcji nieważności oferty w sytuacji naruszenia wymogów wynikających z ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2010 r. Nr 185, poz. 1243 ze zm.), a tym samym nie znajduje zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp. Co najwyżej w pewnych sytuacjach można by rozważać wystąpienie podstawy do odrzucenia oferty w oparciu o podstawę z art. 89 ust.1 pkt 1 Pzp, tj złożenia oferty niezgodnej z ww. ustawą o odpadach.

Reasumując powyższe Izba uznała, że w przedmiotowym stanie faktycznym wystarczającym dla uzyskania zgodności treści oferty z SIWZ było uzyskanie przez Zamawiającemu wyjaśnień co do treści oferty. Ponadto brak jest przeszkód do zastosowania w tym zakresie możliwości poprawy omyłek w ofercie w oparciu o przepis art. 87 ust.2 pkt 3 Pzp.

Izba uznała, że utrzymanie przedmiotowej czynności Zamawiającego o odrzuceniu oferty Odwołującego byłoby wyrazem nadmiernego formalizmu co do treści oferty, przedkładając literalne brzmienie ponad rzeczywista jej treść.

Izba informacyjnie wskazuje, że Zamawiający w ramach ponownej oceny ofert, winien dokonać wyjaśnienia kwestii zagospodarowania odpadów selektywnie zbieranych, które jako zbierane w niewielkich ilościach będą najpierw gromadzone u Odwołującego, a dopiero na późniejszym etapie dostarczane do RIPOK. Badanie winno dotyczyć zarówno posiadanych w tym zakresie zezwoleń, odpowiednich pomieszczeń, a także kwestii czy w oparciu o historyczne dane Zamawiającego faktycznie ilość tych odpadów uzasadnia takie ich zagospodarowywanie. Na etapie orzekania w przedmiotowej sprawie możliwe było tylko wywiedzenie, że Zamawiający po uznaniu niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie zagospodarowania odpadów zielonych, poniechał szczegółowych ustaleń co do zagospodarowania pozostałych odpadów zbieranych selektywnie.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, co – ze wskazanych wyżej względów miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia, Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie przepisów art. 190 ust.7, 191 ust.2 i 192 ust. 2 i 3 pkt.1 ustawy Pzp,

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt.1a) i 2b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku 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 ze zm.).

Przewodniczący .....