

Sygn. akt: KIO 1333/15

WYROK

z dnia 2 lipca 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Paulina Zielenkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 lipca 2015 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 roku przez wykonawcę **Miejskie Zakłady Komunalne Spółka z o.o. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – **Gminę Witnica w Witnicy**

przy udziale wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe LS-PLUS Sp. z o.o. z siedzibą w Plewiskach** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Miejskie Zakłady Komunalne Spółka z o.o. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Miejskie Zakłady Komunalne Spółka z o.o. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** tytułem wpisu od odwołania ;

3. zasądza od Odwołującego **Miejskich Zakładów Komunalnych Spółka z o.o. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą** na rzecz Zamawiającego **Gminy Witnica** kwotę 3 600 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Gorzowie Wielkopolskim**.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 22 czerwca 2015 roku, do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 ze zmianami), zwaną dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca Miejskie Zakłady Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Kostrzynie nad Odrą, zwany dalej „Odwołującym”.

Odwołanie dotyczy czynności Zamawiającego - Gminy Witnica w prowadzonym postępowaniu w trybie przetargu nieograniczonego „Na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Witnica od 1 lipca 2015 r. do 30 czerwca 2016 r.” Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2015/S 081-143763 w dniu 25 kwietnia 2015 roku.

Odwołujący kwestionuje czynności Zamawiającego, polegające na:

1. wezwaniu Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach o „wyjaśnienie” w trybie art. 87 ust 1 ustawy Pzp;
2. nie odrzuceniu oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach jako nie odpowiadającej treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”), tj. nie zawierających danych dotyczących adresu instalacji oraz rodzajów odpadów, jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji (punkt 2 Formularza Ofertowego);
3. niewybraniu oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy Pzp zarzucono Zamawiającemu naruszenie

- 1) art. 87 ust. 1 poprzez wystąpienie z pismem z dnia 9 czerwca 2015 r. do jednego z oferentów, tj. Firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach o „wyjaśnienie” w trybie przewidzianym w tym przepisie treści punktu 2 Formularza Ofertowego. Jako uzasadnienie wskazano fakt, że „wykonawca uzupełniając powyżej opisany punkt zawarł w nim jedynie nazwę i miejscowość instalacji, pomijając :

- dokładny ich adres;

- rodzaj odpadów jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji i podmiotów”.

Jak wynika z brzmienia pisma Zamawiającego, w rzeczywistości nie było to wystąpienie o „wyjaśnienie”, ale o uzupełnienie oferty, która została sporządzona niezgodnie z SIWZ. Należy zauważyć, że oferta firmy „LS-PLUS” Sp. z o.o. w ogóle nie posiadała treści w tym zakresie, tym samym trudno tu mówić o jej jakimkolwiek wyjaśnianiu. Należy zauważyć, że w myśl z art. 87 ust. 1 zdanie 2 ustawy Pzp „niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty

oraz, z zastrzeżeniem ust. 1a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści". Zdaniem Odwołującego wbrew temu przepisowi w istocie doszło do zmiany oferty, poprzez jej niedozwolone uzupełnienie przez firmę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach o dane dotyczące adresu instalacji oraz rodzajów odpadów, jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji. Jak sam oferent wskazał w swoim piśmie z dnia 12 czerwca 2015 r. „nie wpisanie pełnych informacji (...) było przeoczeniem przez nas w/w zapisów”.

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie przez Zamawiającego dokonania czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia w postaci nie odrzucenia oferty firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach, mimo że firma ta złożyła ofertę nie odpowiadającą treści SIWZ, tj. bez podania danych dotyczących adresu instalacji oraz rodzajów odpadów jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji (punkt 2 Formularza Ofertowego).

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy (zaniechania dokonania czynności przez Zamawiającego) interes wnoszącego odwołanie w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku. Po przeprowadzonym postępowaniu przetargowym w ocenie Odwołującego się oferta firmy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach winna zostać przez Zamawiającego odrzucona. W takim przypadku postępowanie przetargowe powinny wygrać Miejskie Zakłady Komunalne Sp. z o.o. w Kostrzynie nad Odrą, jako że złożyły najkorzystniejszą ofertę.

Wobec powyższego Odwołujący wnosil o:

- 1) uwzględnienie odwołania;
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru ofert dotyczących rozstrzygnięcia przetargu;
- 3) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru ofert dotyczących rozstrzygnięcia przetargu;
- 4) przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania według norm przepisanych bądź zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu podniesiono, że dniu 12 czerwca 2015 r. Odwołujący otrzymał drogą telefoniczną (faks) informację od Zamawiającego, że dokonał on czynności polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty. Zgodnie z informacją za najkorzystniejszą uznano ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach, której wartość brutto wynosiła kwotę 1 126 224,00 zł (słownie: milion sto dwadzieścia sześć tysięcy dwieście dwadzieścia cztery złote). Wartość brutto oferty Odwołującego wynosiła kwotę 1 137 103,46 zł (słownie: milion sto trzydzieści siedem tysięcy sto trzy złote 46/100) i była to oferta druga co do wysokości zaoferowanej najkorzystniejszej ceny.

W dniu 16 czerwca 2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego o przesłanie kopii korespondencji, jaka wymieniana była pomiędzy Zamawiającym a Przedsiębiorstwem Wielobranżowym „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach po dniu złożenia ofert, tj. po 03 czerwca 2015 r. Kopie korespondencji otrzymano w dniu 16 czerwca 2015 r. Po przeanalizowaniu treści pism Odwołujący stwierdził, że doszło do naruszenia przepisów ustawy Pzp z uwagi na fakt, że oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach nie spełniała wymogów określonych przez Zamawiającego w SIWZ w części dotyczącej wypełnienia punktu 2 Formularza Ofertowego. Wykonawca uzupełniając powyżej opisany punkt wskazał w nim jedynie nazwę i miejscowość położenia instalacji, pomijając ich dokładny adres oraz rodzaj odpadów jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji i podmiotów. Wobec takiej sytuacji, zgodnie z treścią art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, oferta ta winna zostać odrzucona.

Należy podkreślić, że pismo Zamawiającego skierowane do Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp o „wyjaśnienie” treści punktu 2 Formularza Ofertowego było czynnością niezgodną z przepisami tej ustawy, ponieważ w wyniku złożonych wyjaśnień doszło do zmiany w treści oferty, co w świetle tego przepisu jest niedopuszczalne.

Pismem z dnia 18.06.2015 r. Odwołujący zwrócił się do Zamawiającego wskazując nieprawidłowości w przeprowadzonym postępowaniu, jednak po zapoznaniu się z jego treścią Gmina Witnica poinformowała, że podtrzymuje swoje rozstrzygnięcie co do wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wyżej opisane czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają interes Odwołującego polegający na tym, że gdyby oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „LS-PLUS” Spółka z o.o. w Plewiskach została odrzucona, to najkorzystniejszą ofertą byłaby ta, którą złożyły Miejskie Zakłady Komunalne Sp. z o.o. w Kostrzynie nad Odrą. Interes ten doznał uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów ustawy Pzp, a tym samym zostały spełnione przesłanki art. 179 ust. 1 tej ustawy.

W tym stanie rzeczy Odwołujący wnosil jak we wstępie.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentacji postępowania przesłanej przez Zamawiającego, wyjaśnień składanych przez wykonawców w toku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w odpowiedzi na wezwania Zamawiającego, stanowisk i oświadczeń Stron i Uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

Ustalono dalej, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym zaniechanie odrzucenia wybranej oferty, a także dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy - Przystępującego po stronie Zamawiającego, pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca **LS-PLUS Spółka z o.o. z siedzibą w Plewiskach**, zwany dalej „Przystępującym”. Przystąpienie uznano za skuteczne. Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości przedstawiając szczegółową argumentację merytoryczną.

Izba ustaliła, że Odwołujący w odwołaniu prawidłowo przedstawił stan faktyczny i przebieg postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Biorąc pod uwagę ustalony stan faktyczny, Izba uznała, że odwołanie nie mogło być uwzględnione.

Co do uwag ogólnych, to zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Natomiast stosownie do przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp Zamawiający poprawia w ofercie inne omyłki polegające na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujące istotnych zmian w treści oferty – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada między innymi pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp. W tym zakresie wskazać należy, że oferta nie odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma

miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy Zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania natury ogólnej na grunt rozpoznawanej sprawy, stwierdzić należy, iż z tak rozumianą niezgodnością treści oferty z treścią SIWZ nie mamy do czynienia, jednakże treść oferty złożonej przez Przystępującego wymagała w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uzyskania od wykonawcy jednoznacznego stanowiska w zakresie treści punktu drugiego Formularza Ofertowego, gdzie należało wskazać dokładne adresy instalacji oraz określić rodzaje odpadów, jakie będą przekazywane do poszczególnych instalacji i podmiotów. W ofercie wykonawca Przystępujący wskazał jedynie nazwy przedsiębiorców oraz podał nazwy miejscowości, w których zlokalizowane są instalacje. Wbrew twierdzeniom Odwołującego nie są to informacje, które bezwzględnie nie odpowiadają wymaganiom Zamawiającego. Co prawda poziom szczegółowości wymaganych informacji ma węższy zakres niż wymagał tego Zamawiający ale z drugiej strony Odwołujący nie wykazał zatem ponad wszelką wątpliwość, że treść oferty jest niezgodna z treścią SIWZ, że dane instalacje nie istnieją, że nie mogą odbierać odpadów określonego rodzaju, do obierania których wykonawca w przedmiotowym postępowaniu będzie zobowiązany. O konieczności odrzucenia oferty można mówić tylko wtedy, gdy warstwa merytoryczna oferty nie odpowiada treści SIWZ. Tymczasem w ocenie składu orzekającego Izby informacje o rodzajach odpadów nie były istotne z punktu widzenia wykonywania przedmiotu zamówienia, w żaden sposób nie wpływały na sposób wykonywania umowy. Z zapisów SIWZ nie wynikał bezwzględny obowiązek przekazywania określonych rodzajów odpadów tylko do wskazanych instalacji, do których dany rodzaj odpadów przypisano. Byłby to z resztą obowiązek nielogiczny i sprzeczny z przepisami prawa. Choćby z uwagi na nieprzewidywalność zdarzeń losowych, Zamawiający nie może bowiem z góry założyć, że dana instalacja będzie jedyną właściwą i możliwą do przyjęcia odpadów przez cały okres obowiązywania umowy.

Co do możliwości zastosowania art. 87 ust. 1 ustawy Pzp w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, to zgodzić należy się z Odwołującym, iż wezwanie w powyższym trybie byłoby niemożliwe, gdyby oferta jednoznacznie, bez wątpliwości wskazywała na niespełnianie wymagań SIWZ. Wówczas jakiegokolwiek wyjaśnienia prowadziłyby do zmiany treści oferty, co na gruncie uregulowań Pzp uznać należy za sytuację niedopuszczalną. Jednocześnie dostrzeżenia wymaga, że z taką sytuacją nie mamy do czynienia w przedmiotowym postępowaniu. Nie było bowiem do końca pewne, czy oferta wykonawcy nie odpowiadała zapisom SIWZ i dlatego też konieczne było

wyjaśnienie tego stanu niepewności. Takim właśnie okolicznościom towarzyszy możliwość skorzystania z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Jednocześnie, wbrew obawom Odwołującego, Izba nie zgadza się z twierdzeniami, że złożone przez wykonawcę wyjaśnienia prowadziły do zmiany treści oferty. Dane wynikające z punktu drugiego formularza ofertowego miały jedynie charakter informacyjny, nie tworzyły one konstytutywnej treści oferty. Miały jedynie wskazywać kierunek, w jaki sposób będzie wykonywane zamówienie. Złożenie przez Przystępującego wyjaśnień o określonej treści, nie świadczy o zmianie treści oferty, wykonawca nie zaproponował wartości nowej, innej ale miał możliwość wykazać, że od początku, przyjmując wszystkie założenia zawarte w SIWZ, oferowany przedmiot dane założenia spełnia, co jednoznacznie rozstrzygnie wątpliwości w postępowaniu. Wykonawca, co wynika ze złożonych przez niego decyzji o możliwości prowadzenia określonej działalności w zakresie gospodarki odpadami, uprawniony jest do obierania odpadów o określonych kodach. Kody te pokrywają się z kodami wskazanymi po złożonych przez wykonawcę wyjaśnieniach. Co warte podkreślenia, Zamawiający wymagał wskazania rodzajów odpadów, nie zaś określonych kodów. W ocenie Izby wskazanie, jakie odpady o określonych kodach trafią do wymienionych w formularzu ofertowym instalacji nie wpływa na sposób wykonywania przedmiotowego zamówienia. Równie dobrze podczas realizacji zamówienia może zdarzyć się tak, że odpady o określonym kodzie trafią do innej instalacji, niż określono to w punkcie drugim formularza, a jednocześnie będzie to jedna z instalacji wskazanych w formularzu. Takie działanie nie będzie, w ocenie Izby, świadczyło o nieprawidłowym wykonywaniu zamówienia, czy o niedozwolonej zmianie treści oferty, czy też działaniu niezgodnym z treścią złożonej oferty. To odrębne przepisy prawa decydują w jaki sposób postępować należy z przekazywaniem odpadów do wybranych instalacji. Tym samym nawet niewskazanie rodzaju odpadów, a wskazanie nazw i adresów samych instalacji w ocenie Izby wypełniałoby obowiązek wynikający z zapisów SIWZ, jeżeli dana instalacja uprawniona jest do obioru odpadów, których kody Zamawiający określił w przedmiocie zamówienia. Dopiero udowodnienie, że dana instalacja nie może odbierać odpadów o określonych kodach, lub wskazanie, że wymienione instalacje nie wyczerpują możliwości odbierania określonych odpadów (innymi słowy, nie mają możliwości ich przyjęcia) mogłoby prowadzić do wniosku, że wykonawca złożył ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ. Takiego zaś dowodu Odwołujący nie przeprowadził, podczas gdy Przystępujący w piśmie procesowym wykazał, że wymienione instalacje mają możliwość odbierania wszystkich rodzajów odpadów opisanych w opisie przedmiotu zamówienia.

Co się zaś tyczy obowiązku wskazania dokładnych adresów instalacji, to w ocenie Izby informacje wynikające z punktu 2 formularza ofertowego Przystępującego były wystarczające do identyfikacji instalacji. Wykonawca podał nazwy poszczególnych przedsiębiorstw i wskazał ich siedzibę. Podanie dokładnych adresów tych przedsiębiorstw

ma charakter wtórny. Daną instalację można było zidentyfikować po jej nazwie i wskazaniu miejsca jej siedziby. Odwołujący nie wykazał, że na terenie z którego będą odbierane odpady funkcjonują co najmniej dwie instalacje o tożsamej nazwie, tak że zakres informacji wynikający z oferty mógł być niewystarczający do oceny oferty lub mógł Zamawiającego wprowadzać w błąd. Z tych powodów zarzut uznano za niezasadny.

Mając na uwadze powyższe ustalenia, Izba nie dopatrzyła się naruszenia przepisów wymienionych przez Odwołującego w petitum odwołania i orzekła jak w sentencji. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania. Zamawiający nie naruszył zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego określonych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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).

Przewodniczący: