

WYROK
z dnia 15 stycznia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 15 stycznia 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 grudnia 2019 r. przez wykonawcę **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o., Wardyń Górny 35, 78-320 Połczyn Zdrój** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Rąbino, Rąbino 27, 78-331 Rąbino**

przy udziale wykonawcy **ATF sp. z o.o., sp.k., Chojnica 2, 78-650 Mirosławiec**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz ponowienie czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego, a w jej ramach poprawienie przez zamawiającego w ofercie odwołującego innych omyłek polegających na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, poprzez skreślenie tabeli z Formularzu ofertowego odwołującego i wpisanie tabeli o opisach kolumn jak we wzorze nr 1 do SIWZ (po zmianie) oraz wpisanie w kolumnie „Rodzaj odpadów” w pozycjach 1 – 4 rodzaje odpadów w kolejności: odpady zmieszane, odpady segregowane, odpady wielkogabarytowe i problematyczne, odpady ulegające biodegradacji, wpisanie w kolumnie „Szacowana ilość odpadów przewidzianych do odbioru w okresie trwania umowy w Mg” odpowiednio w pozycjach 1 – 4: 450, 150, 65, 5, wpisanie w kolumnie „Cena netto/Mg”: „327,50” we wszystkich pozycjach, w kolumnie „Cena brutto/Mg” „353,70” we wszystkich pozycjach, obliczenie i wpisanie wyniku w pozycjach 1 – 4 w kolumnach „Wartość netto (kol. 2 x kol. 3)” oraz „Wartość brutto (kol. 2 x kol. 4) iloczynu wskazanych kolumn, w pozycji „Razem” obliczenie oraz wpisanie w kolumnie „Wartość netto (kol. 2 x kol. 3)” oraz kolumnie „Wartość brutto (kol. 2 x kol. 4) sumy pozycji 1 – 4 tych kolumn,

2. kosztami postępowania obciąża **Gminę Rąbino, Rąbino 27, 78-331 Rąbino** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o., Wardyń Górny 35, 78-320 Połczyn Zdrój** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Gminy Rąbino, Rąbino 27, 78-331 Rąbino** na rzecz wykonawcy **Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o., Wardyń Górny 35, 78-320 Połczyn Zdrój** kwotę **11 841 zł 00 gr** (słownie: jedenaście tysięcy osiemset czterdzieści jeden złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na posiedzenie oraz noclegu.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2019 poz. 1843) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Koszalinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

W odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, prowadzonego przez Gminę Rąbino, Rąbino 27, 78-331 Rąbino (dalej „zamawiający”) w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Rąbino” wykonawca Międzygminne Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Wardyń Górny 35, 78-320 Połczyn-Zdrój (dalej odwołujący”) złożył odwołanie wobec czynności odrzucenia oferty odwołującego oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty ATF sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Mirosławcu.

Odwołujący wniósł o:

1. uchylenie czynności odrzucenia jego oferty jako dokonanej z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. 2018 poz. 1986 ze zm.) [dalej „ustawa Pzp”] oraz 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp,
2. nakazanie powtórzenia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty i wybór jako najkorzystniejszej oferty odwołującego,
3. zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący stanął na stanowisku, treść jego oferty odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „SIWZ”) oraz stwierdził, że zarzucana niezgodność oferty z oczekiwaniami zamawiającego co do kształtu formularza ofertowego i SIWZ nie powodowała istotnych zmian w treści oferty i mogła być poprawiona w trybie 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Odwołujący oświadczył, że jego oferta odpowiada opisowi przedmiotu zamówienia określonego w rozdziale 3 SIWZ co do rodzajów odpadów komunalnych będących przedmiotem zamówienia – w formularzu ofertowym odwołujący wymienił wszystkie przewidziane w SIWZ rodzaje odpadów, tj. zmieszane, segregowane, wielkogabarytowe i problematyczne, ulegające biodegradacji.

Wskazał, że zamawiający otrzymał dane zarówno co do ceny jednostkowej, łącznej, jak i co do stawki podatku VAT, co oznacza że otrzymał wszystkie dane pozwalające na porównywalną ocenę złożonych ofert.

Podniósł, że w rozdziale 13 SIWZ „OPIS SPOSOBU OBLICZENIA CENY” nie ma nic na temat tego, że należało podać ceny na poszczególne asortymenty odpadów, wobec czego – oświadczył – została podana jedna cena jednostkowa dotycząca wszystkich odpadów, zgodnie z wymogiem specyfikacji: *„Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna być podana netto i brutto jako iloczyn*

*szacunkowej ilości odpadów komunalnych * cena wskazana w formularzu ofertowym. Cena netto i brutto (z VAT) oferty musi być podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich (PLN) w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w sposób określony w art. 87 ust. 2 ustawy PZP.”*

Uznał, że zamawiający dysponował wszystkimi danymi pozwalającymi na porównanie jego oferty z ofertą konkurencyjną.

Podał także, iż w rozdziale 14 Opis kryteriów, którymi zamawiający będzie się kierował przy wyborze oferty, wraz z podaniem znaczenia tych kryteriów i sposobu oceny ofert zamawiający, jako kryterium oceny, przyjął wartość „CENY” ogólnie określonej bez podziału na poszczególne rodzaje odpadów, czego dochował, określając jednolitą cenę dla wszystkich odpadów.

Uznał, że niezasadnym jest zarzucenie mu, iż zastosował „uśrednioną stawkę za Mg odpadów”. Oświadczył, że zaoferował jedną stawkę za każdy Mg odpadów. Podkreślił, że podana przez niego cena była jednakowa dla wszystkich rodzajów odpadów, do czego jako wykonawca miał prawo i czego treść SIWZ nie wyłączała.

Uzupełnił, że w formularzu określił, że cena jednostkowa brutto za 1 Mg jest taka sama dla wszystkich rodzajów odpadów, wobec czego nie ma wątpliwości co do ceny poszczególnych rodzajów odpadów wskazanych w SIWZ.

Stwierdził, że choć formularz ofertowy był modyfikowany przez zamawiającego w zakresie dwóch dodatkowych rubryk (co mogło prowadzić do powstania omyłki), a jego oferta została złożona na pierwotnym formularzu, to suma Mg zgodna była z ilością podaną przez zamawiającego.

Wskazał, że cenę netto jednostkową można było wyliczyć, bo podał stawkę VAT w ofercie (8%), a cena razem netto i brutto była podana prawidłowo.

Powołał się na sporządzony przez zamawiającego dokument z 29 listopada 2019 r. – „Zawiadomienie z sesji otwarcia ofert”, gdzie zamawiający na podstawie złożonej przez odwołującego oferty podał cenę całościową „za odbiór odpadów” zarówno w wartości netto 219 425 zł, jak i brutto 236 979 zł; tak samo określił wartość oferty ATF sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Mirosławcu.

Na powyższej podstawie stwierdził, że obie oferty były dla zamawiającego jasne i mogły być ocenione jako porównywalne w takich samym kryteriach – zamawiający na podstawie formularza ofertowego złożonego przez odwołującego sam wyliczył cenę netto, co zamawiający obecnie pomija, powołując się na to, że tej ceny netto nie podano.

Zdaniem odwołującego zamawiający, z punktu widzenia możliwości prawidłowego udzielenia zamówienia, nie ma podstaw do odrzucenia jego oferty.

Uzupełnił, iż zamawiający nie mógł mieć wątpliwości ile zapłaci za każdą tonę odebranego odpadu, zarówno w wartości netto, jak i brutto oraz jaka jest cena łączna netto i brutto, będąca kluczowym kryterium rozstrzygającym o wyborze najkorzystniejszej oferty.

Podkreślił, że zamawiający nie sformułował wymogu określenia każdej z cen odrębnie dla każdego rodzaju odpadów; gdyby tak było powinien to zawrzeć w formularzu oferty i opisie sposobu obliczania ceny, jak również w dokumencie „Zawiadomienie z sesji otwarcia ofert”.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przekazanej Izbie przez zamawiającego w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem przy piśmie z dnia 8 stycznia 2020 r. –dokumentów wskazanych w dalszej części uzasadnienia, „Uzupełnienia odwołania” – pismo odwołującego z dnia 14 stycznia 2020 r. oraz złożonego na rozprawie przez odwołującego „Formularza ofertowego” odwołującego z postępowania prowadzonego przez Gminę Barwice (znak sprawy: IOŚ.271.10.2019), a także oświadczeń i stanowisk stron oraz przystępującego zaprezentowanych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierował odwołanie do rozpoznania na rozprawę.

Skład orzekający Izby ustalił nadto, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Potwierdzenie się zarzutów odwołania – niezasadne odrzucenie oferty odwołującego, oznaczałoby, że oferta odwołującego zostałaby poddana ocenie z zastosowaniem ustalonych przez zamawiającego kryteriów oceny ofert, co w dalszej kolejności oznaczałoby, że to odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia (w postępowaniu złożono dwie oferty, a oferta odwołującego w kryterium „cena” zostałaby oceniona wyżej niż druga z ofert, zaś w kryterium „Termin płatności faktur” tak samo).

Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zarzut dotyczący odrzucenia oferty odwołującego z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp potwierdził się.

Skład orzekający Izby ustalił, co następuje.

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 15 listopada 2019 r. (nr 623436-N-2019)

W Rozdziale 3 pkt 1 „Opis przedmiotu zamówienia” zamawiający wskazał szacunkowe ilości odpadów, tj.:

- odpady zmieszane – 450 Mg/12 miesięcy,
- odpady segregowane – 150 Mg/12 miesięcy,
- odpady wielkogabarytowe i problematyczne – 65 Mg/12 miesięcy.
- odpady ulegające biodegradacji – 5 Mg/12 miesięcy.

Zgodnie z pkt 3 ww. rozdziału „Wykonawca zobowiązany jest do systematycznego, bez względu na warunki atmosferyczne, odbioru każdej ilości odpadów komunalnych przekazanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych – gromadzonych w sposób zgodny z regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Rąbino.

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem Rozdziału 13 „Opis sposobu obliczenia ceny”: „Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna być podana jako całkowity koszt netto i brutto za wykonanie zadania w ilościach podanych w ofercie. Cena netto i brutto (z VAT) oferty musi być podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich (PLN) w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w sposób określony w art.87 ust. 2 ustawy PZP.”

Zgodnie z pierwotnym brzmieniem wzoru załącznika nr 1 do SIWZ – Formularz oferty, zamawiający oczekiwał podania ceny ofertowej brutto za cały okres obowiązywania umowy – ryczałt miesięczny brutto x 12 miesięcy oraz podania ryczałtu miesięcznego brutto.

Zamawiający zmienił (Modyfikacja treści SIWZ z dnia 20 listopada 2019 r.) brzmienie rozdziału 13 na następujące: „Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna być podana netto i brutto jako iloczyn szacunkowej ilości odpadów komunalnych * cena wskazana w formularzu ofertowym. Cena netto i brutto (z Vat) oferty musi podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich (PLN) w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku. Zamawiający poprawi omyłki rachunkowe w obliczeniu ceny w sposób określony w art. 87 ust. 2 ustawy PZP.”

Zamawiający zmienił także wzór załącznika nr 1 do SIWZ, dodając tabelę z następującymi kolumnami: „Lp.”, „Rodzaj odpadów”, „Szacowana ilość odpadów przewidzianych do odbioru w okresie trwania umowy z Mg”, „Cena netto/Mg, „Cena brutto/Mg, „Wartość netto (kol. 2 x kol. 3)”, „Wartość brutto (kol. 2 x kol. 4)” oraz wykreślając oczekiwanie podania ceny ofertowej brutto za cały okres obowiązywania umowy jako ryczałtu miesięcznego brutto x 12 miesięcy oraz podania ryczałtu miesięcznego brutto.

Zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert: „Cenę” o znaczeniu 90 pkt oraz „Termin płatności faktur” o znaczeniu 10 pkt.

Termin składania ofert upłynął 29 listopada 2019 r. godz. 10 (Ogłoszenie o zmianie ogłoszenia z dnia 22 listopada 2019 r. nr 540253184-N-2019.)

Zarządzeniem nr 85/2019 Wójta Gminy Rąbino z dnia 25 listopada 2019 r. powołano „do przygotowania i przeprowadzenia postępowania” trzyosobową komisję przetargową.

W terminie składania ofert złożono dwie oferty: odwołującego z ceną 236 979 zł brutto i terminem płatności faktur wynoszącym 30 dni oraz przystępującego z ceną 273 996 zł brutto i terminem płatności faktur wynoszącym 30 dni.

W „Zawiadomieniu z sesji otwarcia ofert” z dnia 29 listopada 2019 r. zamawiający podał, w odniesieniu do oferty odwołującego, że zaoferował cenę brutto 236 979 zł oraz cenę netto 219 425 zł netto.

Odwołujący złożył ofertę – Formularz ofertowy, w którym ujęto tabelę o następujących kolumnach i danych:

- „Rodzaje odpadów”: „Zmieszane, segregowane, wielkogabarytowe i problematyczne, ulegające biodegradacji”,
- „Ilość w Mg”: „670”,
- „Cena”: „353,70 zł/Mg brutto”,
- „Wartość brutto w PLN”: „236 979,00”.

Odwołujący ujął także oświadczenie:

- „Cena ofertowa brutto: 236 979,00 PLN (wyliczona na podstawie iloczynu szacunkowej ilości odpadów komunalnych * cena za przyjęcie 1 Mg odpadów komunalnych) słownie złotych: dwieście trzydzieści sześć tysięcy dziewięćset siedemdziesiąt dziewięć zł, 00/100 PLN”,
- „Cena zawiera podatek VAT, w wysokości 8%, co stanowi 17 554,00 PLN słownie złotych: siedemnaście tysięcy pięćset pięćdziesiąt cztery zł, 00/100”.

W formularzu ofertowym odwołującego nie zawarto ceny ofertowej brutto za cały okres obowiązywania umowy jako ryczału miesięcznego brutto x 12 miesięcy oraz nie podano ryczału miesięcznego brutto.

W piśmie z dnia 3 grudnia 2019 r. przystępujący, „w związku z dokonany w dniu 2 grudnia 2019 r. wglądem do ofert” stwierdził, że oferta odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podnosząc, że:

- odwołujący nie wskazał w ofercie odrębnej ceny dla każdego z rodzajów odpadów wymienionych przez zamawiającego, ale „uśrednioną cenę odbioru wszystkich odpadów”,
- odwołujący złożył ofertę „na formularzu odmiennym niż wymagany przez Zamawiającego, a w konsekwencji złożona przez tego Wykonawcę oferta zawiera tylko część informacji jakich wymagał Zamawiający”,
- „formularz oferty (...) nie podlega uzupełnieniu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych”, „Treść oferty nie podlega także wyjaśnieniu”

Jak wynika z trzech druków ZP-20 „Karta indywidualnej oceny oferty” wszyscy trzej członkowie komisji przetargowej wypełnili ten druk w doniesieniu do oferty odwołującego, przyznając jej w kryterium „Termin płatności faktur” po 10 pkt zaś w kryterium „Cena” po 0 pkt, prezentując każdorazowo tożsame uzasadnienie, iż „oferta nie została sporządzona wg wzoru formularza stanowiącego załącznik do SIWZ, nie została sporządzona ściśle według postanowień SIWZ”.

Pismem z dnia 17 grudnia 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty przystępującego oraz o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ:

- „Zgodnie z rozdziałem 11 oferta wraz ze stanowiącymi jej integralną część załącznikami musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia i według formularza oferty stanowiącego załącznik do specyfikacji istotnych warunków zamówienia”,
- „Zgodnie z rozdziałem 13 Wykonawca zobowiązany jest obliczyć cenę oferty na podstawie opisu przedmiotu zamówienia. Cena oferty powinna być podana netto i brutto jako iloczyn szacunkowej ilości odpadów komunalnych * cena wskazana w formularzu ofertowym. Cena netto i brutto (z VAT) oferty musi być podana cyfrowo i słownie, wyrażona w złotych polskich (PLN) w zaokrągleniu do dwóch miejsc po przecinku.”,
- „Niezgoda przedłożonego załącznika nr 1 z zapisami SIWZ nie jest oczywistą omyłką pisarską ani omyłką rachunkową, którą można poprawić w trybie art. 87 ust. 2 albo art. 88 ustawy PZP.”,
- Zaoferowana przez Wykonawcę uśredniona stawka za Mg odpadów jest niezgodna z treścią SIWZ.”,
- „Zwrócenie się Zamawiającego do Wykonawcy z żądaniem wyjaśnienia treści oferty doprowadziłoby do dokonania zmiany w jej treści, a więc do zmiany złożonego przez Wykonawcę oświadczenia woli. Zmiana treści pierwotnie złożonej oferty jest niedopuszczalna w świetle art. 87 ust.1 ustawy PZP.”,

- „Z uwagi na fakt niezastosowania się Wykonawcy do wymogów zawartych w specyfikacji, nie jest możliwe porównanie oferty z inną ofertą złożoną w przedmiotowym postępowaniu.”

Skład orzekający Izby zważył, co następuje.

Art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) 2) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3”.

Art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp brzmi: „Zamawiający poprawia w ofercie: (...) 3) inne omyłki polegające na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia – niezwłocznie zawiadamiając o tym wykonawcę, którego oferta została poprawiona.”

Uwzględniając brzmienie zacytowanych powyżej przepisów ustawy Pzp, stwierdzić należy, że zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy o ile nie może dokonać poprawy oferty wykonawcy, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, przy czym podkreślenia wymaga, że także dokonanie poprawienia treści oferty wykonawcy stanowi obowiązek zamawiającego (ustawodawca użył sformułowania: „Zamawiający poprawia”, a nie „Zamawiający może poprawić”) oraz, że zamawiający nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, gdy niezgodności są jedynie natury formalnej.

Skład orzekający Izby wskazuje, że postanowienie rozdziału 11 SIWZ w części dotyczącej obowiązku sporządzenia przez wykonawców oferty według opracowanego przez zamawiającego wzoru formularza oferty stanowiącego załącznik do SIWZ jest postanowieniem o formalnym charakterze, który nie może prowadzić do odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy. Podstawą taką może natomiast stanowić złożenie oferty, która nie odpowiada postanowieniom SIWZ o merytorycznym charakterze, co – jak się wydaje – zamawiający ujął w zdaniu „(...) oferta (...) musi być sporządzona przez Wykonawcę ściśle według postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia (...)”.

Z treści zawiadomienia o odrzuceniu oferty odwołującego z dnia 17 grudnia 2019 r. wynika, że niezgodność treści oferty odwołującego z treścią SIWZ polega na tym, że wykonawca ten zaoferował uśrednioną stawkę za Mg odpadów.

Skład orzekający Izby stanął jednak na stanowisku, że treść oferty odwołującego nie uzasadnia takiego wniosku.

Odwołujący w formularzu ofertowym w kolumnie „Rodzaj odpadów” samodzielnie podał (opracowany przez zamawiającego wzór formularza w kolumnie „Rodzaj odpadów” nie wymieniał w ogóle rodzajów odpadów), że oferuje odbiór odpadów zmieszanych, segregowanych, wielkogabarytowych i problematycznych oraz ulegających biodegradacji, a więc wszystkich wskazanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Samodzielnie też (opracowany przez zamawiającego wzór formularza w kolumnie dotyczącej ilości odpadów nie wymieniał szacowanych ilości poszczególnych rodzajów odpadów) podał, że oferuje odbiór 670 Mg odpadów, co odpowiada wskazanej przez zamawiającego łącznej szacunkowej ilości odpadów (450+150+65+5).

Odwołujący, co wymaga podkreślenia, podając w kolumnie „Cena” wartość „353,70 zł/Mg brutto” nie wskazał w opisie kolumny, że jest to cena będąca ilorazem wartości brutto (236 979 zł) i łącznej liczby odpadów (670), ale, że cena 353,70 zł jest ceną za 1 Mg.

W ocenie składu orzekającego Izby powyższe prowadzi do wniosku, że podana przez odwołującego w kolumnie „Cena” cena jednostkowa brutto nie jest ceną uśrednioną (brak wskazania, że cenę obliczono jako iloraz wartości brutto i łącznej ilości odpadów), ale ceną za każdy megagram odpadu („353,70/Mg brutto”) niezależnie od jego rodzaju (w kolumnie „Rodzaj odpadów” podano wszystkie wskazane przez zamawiającego rodzaje odpadów).

Skład orzekający Izby zauważa nadto, że odwołujący nie złożył oferty, sięgając po wzór formularza oferty w pierwotnym brzmieniu (w Formularzu ofertowym odwołującego nie podano, jak przewidywał ten pierwotny wzór, ceny ofertowej brutto będącej iloczynem ryczałtu miesięcznego brutto x 12 miesięcy oraz ryczałtu miesięcznego brutto). Nie złożył także oferty, sięgając po wzór formularza oferty w brzmieniu po modyfikacji.

Jednak złożenie oferty na Formularzu samodzielnie opracowanym przez wykonawcę nie może, samo w sobie, stanowić podstawy odrzucenia oferty wykonawcy. O ile bowiem zamawiający jest w stanie poznać wszystkie dane/informacje, których, zgodnie z SIWZ oczekiwał, lub może je – na podstawie innych danych/informacji zawartych w ofercie wykonawcy – samodzielnie pozyskać, nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy, który nie skorzystał z opracowanego przez zamawiającego wzoru. W takim bowiem przypadku niezgodność oferty z SIWZ ma jedynie charakter formalny, nie zaś merytoryczny – co do treści i jako taka nie może stanowić podstawy odrzucenia oferty z zastosowaniem przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp (w którym mowa wyłącznie o niezgodności treści oferty z treścią SIWZ, a więc niezgodności co do meritum).

Skład orzekający Izby za istotne i wiarygodne uznał oświadczenie odwołującego, iż jego praktyka jest taka, iż składa on oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego na odbiór odpadów komunalnych z takimi samymi cenami za różne rodzaje odpadów.

Oświadczenie to zostało potwierdzone, poprzez złożony Formularz ofertowy odwołującego z dnia 31 grudnia 2019 r. z postępowania prowadzonego przez Gminę Barwice (znak sprawy IOŚ.271.10.2019), w którym w odniesieniu do każdego z 12 rodzajów odpadów odwołujący zaoferował taką samą ceną w wysokości 392,80 zł (wpisując przy każdym z rodzajów odpadów wskazaną, taką samą cenę).

Skład orzekający Izby stanął także na stanowisku, że ilość wskazana przez odwołującego w kolumnie „Ilość Mg”, tj. 670 to suma ilości poszczególnych rodzajów odpadów, tj. 450, 150, 65 i 5 wskazanych przez zamawiającego w opisie przedmiotu zamówienia.

Po pierwsze, wartość 670 to rzeczywiście suma oczekiwanych przez zamawiającego ilości.

Po drugie, nie sposób racjonalnie przyjąć, aby wykonawca, który chce pozyskać zamówienie i w tym celu ma złożyć ofertę zgodną co do treści z treścią SIWZ, ujmuje w ofercie ilości odpadów inne niż wynikające z SIWZ, tym bardziej w sytuacji (jak przedmiotowa), gdy wskazane przez zamawiającego ilości są jedynie szacunkowe, a obowiązkiem wykonawcy – zgodnie z postanowieniem SIWZ jest odbiór *„każdej ilości odpadów przekazanych przez właścicieli nieruchomości zamieszkałych”*. Wskazane postanowienie SIWZ nieracjonalnym czyni także założenie, iż odwołujący nie odbierze odpadów w żądanej przez zamawiającego ilości (w następstwie założenia, że na ilość 670 składają się inne ilości odpadów niż ilości szacunkowe wskazane w SIWZ przez zamawiającego w rozdziale 3 pkt 1 SIWZ).

Nie można także pominąć okoliczności, że postanowienia SIWZ nie zawierały zakazu wyceny różnych rodzajów odpadów w takiej samej wysokości, jak uczynił to odwołujący wobec czego także z tej perspektywy nie sposób uznać niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ.

Uzupełniająco zaznaczyć także należy, że ceny jednostkowe za odbiór 1 Mg poszczególnych rodzajów odpadów pozostawały bez znaczenia dla oceny ofert z zastosowaniem ustanowionych kryteriów oceny ofert, ponieważ w kryterium „Cena” przewidziano ocenę ceny łącznej.

Podsumowując, treść oferty odwołującego jest zgodna z treścią SIWZ, ponieważ odwołujący nie zaoferował ceny uśrednionej za poszczególne rodzaje odpadów, ale zaoferował taką samą cenę za poszczególne rodzaje odpadów.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że powołanie komisji przetargowej dopiero w dniu 25 listopada 2019 r., do której zadań należy także przygotowanie postępowania nasuwa wątpliwości co do tego, kto i na jakiej podstawie przygotował przedmiotowe postępowanie w tym opracował treść SIWZ skoro postępowanie zostało wszczęte 15 listopada 2019 r. (ogłoszenie o zamówieniu).

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa także, że nieprawidłowym jest poddanie ocenie oferty uznanej przez zamawiającego za odrzuconą. Jak wynika z wypełnionych przez wszystkich członków komisji kart indywidualnej oceny oferta odwołującego została oceniona (przyznano punkty) w kryterium „Termin płatności faktur”.

Odnosząc się do obowiązku zamawiającego poprawienia oferty odwołującego w przypadku wystąpienia innej omyłki polegającej na niezgodności oferty z SIWZ (art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp), skład orzekający Izby wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu źródłem

wystąpienia omyłek co do zastosowania właściwego formularza oferty była niewątpliwie modyfikacja SIWZ w zakresie wzoru tego formularza, jakiej dokonał zamawiający pismem z dnia 20 listopada 2019 r.

W tym zakresie bezspornie oferta odwołującego była niezgodna z SIWZ, ponieważ od stricte formalnej strony, odwołujący nie zapisał w formularzu ofertowym odrębnie dla każdego z rodzajów odpadów ceny 353,70 zł brutto za każdą tonę.

Skład orzekający Izby uznał, że zamawiający, aby uczynić zadość ciężącemu nań obowiązкови winien poprawić ofertę odwołującego, poprzez zastąpienie tabeli z formularza ofertowego odwołującego tabelą ze zmodyfikowanego wzoru Formularza ofertowego oraz wpisanie w niej danych pozyskanych na podstawie treści oferty odwołującego. Wartość netto zamawiający obliczył już wcześniej, prezentując wartość netto oferty odwołującego w „Zawiadomieniu z sesji z otwarcia ofert” z 29 listopada 2019 r. (tj. 236 979 zł). Cenę netto za 1 tonę poszczególnych odpadów zamawiający bez trudności obliczył, znając wskazaną przez odwołującego stawkę podatku VAT w wysokości 8% (327,50 zł).

Uwzględniając wynikający z przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp obowiązek zamawiającego, skład orzekający Izby nakazał zamawiającego poprawienie oferty odwołującego, wskazując w sentencji sposób tej poprawy.

Ponieważ wskazana przez zamawiającego w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty odwołującego przyczyna (podanie uśrednionej ceny) nie potwierdziła się, co przesądza o braku wskazanej przez zamawiającego niezgodności treści oferty odwołującego z treścią SIWZ, skład orzekający Izby orzekł, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, nakazując także – wobec niezgodności oferty odwołującego z SIWZ w warstwie formalnej oraz obowiązku zamawiającego, o którym mowa w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp – dokonanie poprawy oferty odwołującego – jego Formularza ofertowego.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, § 3 pkt 1) lit. a) oraz pkt 2) lit. a), b) 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972).

Przewodniczący: