

Sygn. akt: KIO 2613/21

WYROK

z dnia 12 października 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 października 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 3 września 2021 r. przez wykonawcę **PreZero Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Radzanowo**

przy udziale wykonawcy **Remondis Drobin Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Drobinie** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2613/21 po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – wykonawcę **PreZero Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **PreZero Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 z późn. 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 Radzanowo [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego na *odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Radzanowo w okresie od 1.9.2021 do 30.6.2022* (znak postępowania: RI.271.10.2021).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2021 r. pod numerem 2021/S 126-332824.

W dniu 3 września 2021 r. wykonawca PreZero Płocka Gospodarka Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Płocku [dalej „Odwołujący” lub „PreZero”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp poprzez ich niewłaściwe zastosowanie w sytuacji, gdy oferta wykonawcy nie jest niezgodna z przepisami ustawy oraz jej treść nie jest niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wskazania instalacji do których będą przekazywane odebrane odpady;
3. art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach [dalej „ucpg”], poprzez jego niewłaściwe zastosowanie.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
2. wezwania wykonawców PreZero oraz Partner D. A. do wskazania instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady;
3. dokonania powtórnej czynności badania i oceny ofert;
4. dokonania wyboru oferty PreZero jako najkorzystniejszej.

Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Na wstępie Odwołujący zwracał uwagę na wprowadzający w błąd kształt dokumentacji przetargowej i niejako „ukrycie” na samym jej końcu wymogu wskazania instalacji do jakiej kierowane winny być odpady. To co przyczyniło się do odrzucenia oferty PreZero oraz drugiego z wykonawców D.A. i to co Zamawiający uważa za podstawę odrzucenia oferty znalazło się dopiero na końcu Opisu Przedmiotu Zamówienia. W ocenie Wykonawcy takie ukrywanie wymogów stawianych wykonawcom czy ofertom składanym w postępowaniu jest niedopuszczalne

i nieprawidłowe. Podkreślał, że wymóg wskazania instalacji, do której kierowane będą odpady nie znalazł się w ogóle w Specyfikacji Warunków Zamówienia. Mimo, że to właśnie Specyfikacja Warunków Zamówienia jest dokumentem, który powinien określać wszystkie wymogi stawiane wykonawcom w postępowaniu, nie ma tam mowy o konieczności wskazywaniu w ofercie instalacji do których przekazywane będą odpady. Podobnie w samym formularzu ofertowym brak jest gdziekolwiek odniesienia do obowiązku wskazywania instalacji do przetwarzania odpadów. Co więcej Zamawiający sporządzając SIWZ sporządził też szereg załączników, które powinny być załączone do oferty. Wszystkie te załączniki mają swoje numery i mają wzory przedstawione przez Zamawiającego. Brak jednak pośród tych dokumentów choćby wzoru załącznika do oferty, gdzie wskazane powinny być instalacje do przetwarzania odpadów. Nigdzie też w załącznikach, których wzory przedstawił Zamawiający nie ma miejsca czy rubryki na wskazanie instalacji. Kwestia ta jest całkowicie pominięta w zestawie dokumentów, które mają być dołączone do formularza ofertowego. Odwołujący zwrócił uwagę na niejasny charakter wymogu sformułowanego przez Zamawiającego. Owo „wskazanie instalacji” nie jest ani warunkiem udziału w postępowaniu ani kryterium oceny ofert. Wskazanie takie co najwyżej można interpretować w świetle art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący uzasadniał, że zupełnie nieprawidłowa jest argumentacja Zamawiającego którą posługuje się on w uzasadnieniu odrzucenia ofert. Zamawiający wskazuje, że wymóg wskazania instalacji został prawidłowo umieszczony w Opisie Przedmiotu Zamówienia oraz wzorze umowy. Należy podkreślić, że dokumenty takie jak OPZ czy wzór umowy nie są miejscem na wskazywanie co powinno się znajdować w ofercie. OPZ nie jest dokumentem wskazującym sposób składania ofert czy opisującym elementy oferty. Rozmieszczenie pewnych informacji dotyczących sposobu składania ofert właśnie w tych częściach dokumentacji przetargowej należy uznać za zupełnie nieprawidłowe i wprowadzające w błąd wykonawców. Potwierdza to zresztą skala odrzuconych ofert i fakt, że większość ofert w postępowaniu została odrzucona.

Reasumując Odwołujący wskazał, że w SIWZ ani w Formularzu ofertowym ani w przedstawionych Wykonawcom wzorach załączników do wypełnienia, Zamawiający nie wyraził wymogu wskazywania instalacji, do której kierowane powinny być odpady. Zamawiający nie wskazał w całości dokumentacji przetargowej jakiegokolwiek miejsca, gdzie taka informacja mogła by być umieszczona. Brak jest także jakiegokolwiek dokumentu, który miałby być w tym zakresie wypełniony. Jednym słowem zamawiający nie wskazał w jakikolwiek sposób informacja ta miałaby być przekazana. W efekcie zaś nieotrzymania tej informacji, dopuścił się do odrzucenia ofert dwóch wykonawców z przetargu.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący wskazał, że ww. podstawa odrzucenia oferty Odwołującego jest wskazana nieprawidłowo, gdyż oferta PreZero nie jest ofertą niezgodną z przepisami Pzp. A w przedmiotowej podstawie

odrzućenia ofert chodzi właśnie o przepisy ustawy Pzp, co jasno wynika z art. 226 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 1 ustawy Pzp. Wydaje się, że Zamawiający powołujący się na tą podstawę miał na myśli rzekome naruszenie przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Sam zarzut naruszenia tego przepisu również jest zupełnie chybiony i nie znajduje oparcia w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący zwrócił uwagę, że jednoznacznym jest, iż w przepisie tym chodzi o naruszenia Pzp, Zamawiający zaś w odniesieniu do ustawy Pzp żadnych naruszeń po stronie Odwołującego nie wykazał. Odwołujący wskazał, iż powyższe rozumienie art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp znajduje potwierdzenie w stwierdzeniach doktryny oraz orzecznictwie KIO, które przywołał.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, iż ww. podstawa została zastosowana nieprawidłowo. Wskazał, że w ww. przepisie chodzi o tzw. merytoryczną niezgodność oferty złożonej przez wykonawcę z tym czego dotyczy dane postępowanie o udzielenie zamówienia. Chodzi tu więc o sytuację, w której wykonawca oferuje coś innego niż to na co jest przedmiotem przetargu ogłoszonego przez Zamawiającego. Uzasadniał, że przedmiotowa podstawa odrzucenia mogłaby zaistnieć, gdyby materialny przedmiot tego co ma świadczyć wykonawca odbiegał od wymagań Zamawiającego, czyli gdyby dla przykładu wykonawca oferował transport materiałów budowlanych, podczas gdy Zamawiający wymaga transportu odpadów. W taki sposób należy rozumieć podstawę odrzucenia oferty zawartą w 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Podkreślał, że nie ma racji Zamawiający uznając, że niewskazanie instalacji w których przetwarzane będą odpady może stanowić powód do odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5, brak jest bowiem w ofercie Odwołującego wspomnianej wyżej merytorycznej niezgodności z przedmiotem zamówienia.

Odwołujący stał na stanowisku, że wskazanie instalacji, do której mają być przekazywane odpady nie stanowi o niezgodności oferty z wymaganiami zamawiającego oraz podlega uzupełnieniu. Uzupełnienie informacji dotyczącej instalacji do których kierowane mają być odpady nie jest bowiem wbrew twierdzeniom Zamawiającego zmianą oferty, tym bardziej, że wskazanie przedmiotowej instalacji w żaden sposób nie wpływa na kształt oferty czy na oferowane przez Wykonawców ceny oraz warunki płatności. Co więcej w praktyce jest to okoliczność zupełnie irrelevantna pod kątem oceny złożonych w postępowaniu ofert. Tym bardziej więc wątpliwa jest podstawa odrzucenia oferty PreZero, że w praktyce nie ma ona znaczenia dla oceny możliwości udziału wykonawców w przetargu, czy dla oceny złożonych w postępowaniu ofert. Zamawiający tak ukształtował zasady przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, że w rzeczywistości to gdzie odpady zostaną skierowane, na gruncie dokumentacji przetargowej, nie ma znaczenia zarówno na etapie składania ofert jak i realizacji zamówienia. Jak zostało wspomniane

okoliczność taka nie ma ani wpływu na kształt oferty ani na wskazane w niej ceny, ani też ostatecznie na samą ocenę złożonych ofert. Zamawiający nie ma wpływu na ew. wskazywanie lub zmiany tychże instalacji. Okoliczność taka nie ma także wpływu na punktację oferty czy możliwości osiągnięcia wspomnianych w SWZ poziomów recyklingu. Na potwierdzenie prezentowanego stanowiska Odwołujący przywołał stanowisko doktryny oraz orzecznictwo KIO.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że wskazanie instalacji, do których kierowane mają być odpady nie stanowi oferty w ścisłym rozumieniu tego słowa na gruncie w art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp. Tym samym też taki wymóg wskazania instalacji nie może być uznany za „ofertę” na gruncie przepisu stanowiącego niejako lustrzane odbicie regulacji art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp czyli artykułu 218 ust. 2 ustawy Pzp. W efekcie nie jest to brak „nieuzupełnialny” jak zaprezentował to Zamawiający w swoim stanowisku, lecz stanowi on „inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu”, w rozumieniu art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym, kolejną nieprawidłowością w ramach postępowania o udzielenie zamówienia, jaką popełnił Zamawiający, jest całkowite pominięcie treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał, że nawet jeśli uznać, że dokumentacja przetargowa w sposób skuteczny nakłada na wykonawców obowiązek przedstawienia instalacji do których kierowane będą odpady, to w przypadku nieotrzymania takiej informacji Zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty. Wynika to z jednej strony z jasnej dyspozycji art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, oraz niejako odpowiadającej temu artykułowi regulacji art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp. Z tych regulacji wprost wynika obowiązek wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiej brakującej informacji, zaś dopiero okoliczność nieuzupełnienia takiej informacji nakłada na Zamawiającego obowiązek skorzystania z odrzucenia oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c ustawy Pzp. Uzasadniał, że przedmiotowy przepis nie daje Zamawiającemu wyboru czy możliwości skorzystania z niego, lecz wezwanie do uzupełnienia jest działaniem obligatoryjnym ze strony Zamawiającego. Zgodnie z tym przepisem Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucania oferty bez takiego wezwania. Kolejnym argumentem świadczącym za słusznością tego rozumienia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp jest fakt, że dotyczy on poza „innymi dokumentami”, także kwestii tak fundamentalnych w postępowaniu o udzielenie Zamówienia jak złożenie jedz czy oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu. I tak w przypadku złożenia w niekompletnej lub wadliwej formie tak podstawowego dokumentu jakim jest JEDZ, Zamawiający także nie może odrzucić oferty, lecz musi Wykonawcę wezwać do uzupełnienia w tym przedmiocie. Co więcej, nawet w przypadku całkowitego niezłączenia dokumentu JEDZ Zamawiający nie jest uprawniony do odrzucenia oferty danego wykonawcy. Podobnie w przypadku braku złożenia oświadczenia z art. 125 ust. 1 ustawy Pzp dotyczącego braku podstaw wykluczenia

z postępowania, czyli kwestii daleko bardziej poważnej i fundamentalnej - Zamawiający również nie ma możliwości odrzucenia oferty wykonawcy i zobowiązany jest go wezwać do uzupełnienia w tym zakresie. Rozumując więc *a maiori ad minus* jasnym jest, że nawet jeśli braki oferty o znacznie poważniejszym znaczeniu nie mogą stanowić podstawy do odrzucenia oferty bez wezwania, to tym bardziej Zamawiający nie może tak postąpić względem braków o znaczeniu daleko mniejszym. Tym bardziej zdaniem Odwołującego nagannym jest postępowanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty w sposób zupełnie oderwany od realiów Prawa Zamówień Publicznych. W szczególności, że ów przedmiotowy brak wskazania instalacji, jest kwestią daleko mniej fundamentalną niż wskazywane powyżej dokumenty podmiotowe. Dodatkowo zwracał uwagę, że wezwanie do uzupełnienia brakującej informacji, oraz samo jej uzupełnienie i wskazanie przedmiotowych instalacji, gdzie kierowane będą odpady - są działaniami niezwykle prostymi, nie powodującymi po żadnej ze stron problemów czy opóźnień. W przypadku otrzymania wezwania od Zamawiającego, Wykonawca bez najmniejszego wysiłku przekazałby Zamawiającemu informację wskazującą, gdzie odpady mają być kierowane. Odbyłoby się to w zasadzie natychmiastowo. W związku z czym tym bardziej dziwi postępowanie Zamawiającego, który w zupełnie prosty i błahy sposób mógł uzyskać brakującą informację, jednak zamiast postąpić prawidłowo zdecydował się na naruszenie przepisów PZP i wbrew ustawie odrzucił ofertę Wykonawcy. Odwołujący przywołał również stanowiska przedstawicieli doktryny na poparcie prezentowanego stanowiska, jak również orzecznictwo KIO.

Reasumując podkreślił, że przedmiotowe informacje w zakresie wskazania instalacji do których kierowane będą odpady są właśnie „dodatkowymi oświadczeniami” w rozumieniu art. 128 ust. 1, podlegającymi obligatoryjnemu wezwaniu do uzupełnienia przez Wykonawcę. Podkreślał, że „wskazanie instalacji do których kierowane będą odpady” niewątpliwie nie mogą być uznane za tzw. braki nieuzupełnialne czyli zmiany w samej treści oferty *sensu stricto*, jak zdaje się twierdzić Zamawiający.

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg Odwołujący wskazał, że Zamawiający w sposób zupełnie chybiony powołał się na przesłankę odrzucenia oferty PreZero jako niezgodnej z ustawą, przy czym również w sposób błędny oparł się na rzekomej niezgodności z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Odwołujący stwierdził, że zupełnie nieprawidłowe jest uznanie, że przepis 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, może w ogóle stanowić podstawę do odrzucenia oferty jakiegokolwiek wykonawcy, gdyż to nie wykonawcy są adresatami dyspozycji normy zawartej w tym przepisie. Przepis ten odnosi się do obowiązków Gminy-Zamawiającego, co do tego w jaki sposób dokumentacja przetargowa powinna zostać sporządzona. Tym samym w świetle tego przepisu należałoby uznać, że to Zamawiający nie dotrzymał swoich obowiązków

wynikających z UCPG i w sposób skrajnie niewidoczny i wręcz wprowadzający w błąd, zobowiązał wykonawców do wskazania instalacji do których kierować powinni odpady. W efekcie brak jest możliwości odrzucenia oferty na podstawie przedmiotowego przepisu UCPG, ponieważ raz, że jest on wiążący dla Gminy-Zamawiającego i tylko na niego nakłada obowiązek prawidłowego sporządzenia dokumentacji przetargowej, zaś dwa, przepis ten nie wyłącza obowiązku wezwania Wykonawcy przez Zamawiającego na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp. Tym samym przepis art. 128 ust. 1 ustawy Pzp w pełni znajduje zastosowanie (nawet jeśli by przyjąć jak błędnie chce Zamawiający, że art. 6d ust. 4 pkt 5 UCPG skierowany jest do Wykonawcy) i Zamawiający widząc brak wskazania takiej instalacji, nadal zobowiązany był wezwać Odwołującego do uzupełnienia tej informacji. Na marginesie Odwołujący zwrócił uwagę, że wobec zniesienia tzw. regionalizacji w zakresie gospodarowania odpadami, czyli wejściu w życie ustawy z dnia 19 lipca 2019 roku o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, od września 2019 r. brak jest obowiązku kierowania odpadów do zagospodarowania w ramach regionu danej gminy. Oznacza to, że o ile wcześniej nie było możliwe zagospodarowanie odpadów z danej gminy poza jej regionem, o tyle od września 2019 możliwość taka zaistniała. Tym samym od września 2019 r. podmiot odbierający odpady komunalne może w sposób dowolny wybierać odpowiednią instalację do przetwarzania odpadów komunalnych. O ile jeszcze w czasach obowiązującej regionalizacji, potencjalnie można by uznać, że dla Zamawiającego informacja o instalacji, w której przetwarzane będą odpady komunalne była istotna, gdyż na tej podstawie mógł on ocenić, czy jest to instalacja znajdująca się w regionie czy nie, o tyle w chwili obecnej wskazanie takie nie ma żadnego istotnego waloru, poza aspektem czysto informacyjnym. Wykonawca może bowiem odpady komunalne pochodzące z Gminy Radzanowo zagospodarować nawet w Szczecinie lub Wrocławiu, a okoliczność taka nie będzie miała wpływu na ważność jego oferty czy jej ocenę.

Odwołujący zwrócił także uwagę, na wcześniejszy przetarg o analogicznym zakresie, ogłoszony przez Gminę Radzanowo. Mianowicie, gmina w grudniu 2019 r. ogłosiła przetarg na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu Gminy Radzanowo w okresie od 01.03.2020 do 31.12.2021.” numer referencyjny RB.272.21.2019. Zgodnie ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, przedmiotem zamówienia jest realizacja zadania „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych zlokalizowanych na terenie Gminy Radzanowo w okresie od 1.03.2020 r. do 31.12.2021 r.” W punkcie III. 5 Opisu przedmiotu zamówienia, Zamawiający w sposób analogiczny wskazał, iż „W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne w składanej ofercie

zobowiązany test wskazać takie instalacje komunalne (zgodnie z obowiązującym Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Mazowieckiego, w wyznaczonej dla Gminy Radzanowo instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych - art. 6d ust. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach". Jak widać więc, zamawiający we wcześniejszym przetargu zachował analogiczny wymóg oraz podobnie jak w niniejszym przetargu, użył sformułowania mówiącego, że to w składanej ofercie dany wykonawca powinien wskazać instalacje, gdzie kierowane będą odpady. Zapisy z OPZ z 2019 r. oraz obecnego OPZ są w zasadzie identyczne. Odwołujący wskazał, że jak wynika jednak z oferty Remondis Drobin Komunalna z dnia 21 stycznia 2020 r. złożonej w tym wcześniejszym postępowaniu, podmiot ten nie wskazał w swojej ofercie instalacji, do której kierowane będą odpady. W przedmiotowej ofercie brak gdziekolwiek wskazania takiej instalacji, brak jest także jakiegokolwiek odniesienia do dodatkowego załącznika, gdzie taka instalacja miałaby zostać wskazana. Pomimo jednak braku w tym zakresie, oferta Remondis Drobin nie została od razu odrzucona, tak jak oferta PreZero w niniejszym postępowaniu. Remondis pomimo niewskazania takiej instalacji podpisał umowę na realizację zamówienia oraz zamówienie to realizował. Tym samym postępowanie Zamawiającego w poprzednim przetargu stanowi pełne potwierdzenie słuszności stanowiska zawartego w Odwołaniu. Brak jest bowiem podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy z tak błahego powodu jak niepodanie instalacji, co Zamawiający bardzo dobrze wie i swoim postępowaniem to potwierdził.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 października 2021 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz rozstrzygnięcie o kosztach postępowania odwoławczego.

Zamawiający wskazał, że obowiązek wskazania przez Wykonawcę w ofercie instalacji, do których przekazywane będą opady komunalne wynika wprost z delegacji ustawowej zawartej w ustawie z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj. Dz.U. 2021 r. poz. 888), przy czym obowiązek ten dotyczy zarówno:

1. obowiązku ujęcia w dokumentach zamówienia publicznego zobowiązania Wykonawcy do wskazania takich instalacji w ofercie w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów (art. 6d ust. 4 pkt 5) oraz
2. obowiązku ujęcia w umowie o zamówienie publiczne instalacji w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne (art. 6f ust. 1a pkt 5). Zamawiający wypełnił oba te obowiązki zawierając stosowny wymóg w dokumentach zamówienia, tj.: w Opisie Przedmiotu Zamówienia (Załącznik 7 do SWZ - Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. III, ppkt 5) oraz we Wzorze umowy (załącznik Nr 6 do SWZ - Wzór Umowy, Dział IV ust. 6).

Zamawiający wskazał, że zarzuty Odwołującego dotyczące umiejscowienia w SWZ wymogu przedstawienia informacji o instalacjach należy uznać za bezzasadne, ponieważ właściwe informacje zostały przywołane w SWZ, a Wykonawca był zobowiązany do zapoznania się z jej treścią, co potwierdził oświadczeniem w złożonej Ofercie w brzmieniu: „Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze Specyfikacją Warunków Zamówienia oraz zdobyliśmy konieczne informacje do przygotowania oferty”. Nadto sam Odwołujący działający jako podmiot profesjonalny w zakresie gospodarki odpadami winien mieć wiedzę i świadomość jakie wymogi przewiduje w zakresie ofert wykonawców i umów w sprawie zamówień publicznych na odbiór i zagospodarowanie odpadów ucpg.

Zamawiający podniósł, że odrzucenie oferty Odwołującego jest uzasadnione nawet biorąc pod uwagę fakt, że formularz ofertowy stanowiący załącznik nr 1 do SWZ nie zawiera wprost określonego miejsca na wskazanie w nim wymaganych informacji dotyczących instalacji. Formularz ofertowy jest jedynie pewnym wzorem ułatwiającym przygotowanie oferty natomiast nie zwalnia to wykonawców, którzy są profesjonalistami w obrocie gospodarczym, do złożenia oferty w taki sposób, aby zawierała wszystkie wymagane przez Zamawiającego elementy. Zamawiający na poparcie prezentowanego stanowiska przywołał wyrok KIO z 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1752/20.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący w sposób błędny interpretuje, iż obowiązki wynikające z ucpg dotyczą wyłącznie obowiązków Zamawiającego w zakresie właściwego przygotowania dokumentów zamówienia. O ile rzeczywiście w/w ustawa nakłada obowiązek na Zamawiającego umieszczenia określonych zapisów w dokumentach zamówienia publicznego, to zapisy te (zdefiniowane w ustawie) jednoznacznie kształtują obowiązek Wykonawcy w zakresie przygotowania oferty. Nadto, w/w ustawa ustala również zakres umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdzie w przypadku postępowań na odbiór i zagospodarowanie odpadów należy umieścić informację o instalacjach do których będą przekazywane odpady, a zatem kształtuje zakres stosunku prawnego łączącego Zamawiającego i wybranego Wykonawcę.

Zamawiający uzasadniał, że wybór instalacji, do których Wykonawca przekazywać będzie odpady komunalne jest czynnikiem kluczowym, decydującym o prawidłowości realizacji zamówienia publicznego, w tym w zakresie osiągnięcia przez Gminę obowiązkowych poziomów recyklingu - ponieważ odpady komunalne z uwzględnieniem odpadów zmieszanych oraz frakcji odpadów segregowanych nie mogą być przekazywane do jakichkolwiek instalacji, a jedynie i wyłącznie do instalacji które posiadają stosowne zezwolenia oraz status prawny. Dodatkowo wybór instalacji przez Wykonawcę jest jednym z kluczowych czynników determinujących cenę realizacji zamówienia publicznego, w aspekcie co najmniej: kosztów transportu odpadów do instalacji oraz cen odbioru i zagospodarowania odpadów stosowanych przez podmiot prowadzący daną instalację.

Istotność tych informacji i ich wagę dla prawidłowości realizacji zamówień w zakresie odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w tym w zakresie osiągania przez Gminy obowiązkowych poziomów recyklingu, uznał ustawodawca wskazując określone obowiązki w powołanej wyżej ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wykładnia w/w ustawy nie pozostawia wątpliwości - informacja o instalacjach, w szczególności komunalnych, do których będą przekazywane odpady powinna być umieszczona w ofercie Wykonawcy (oświadczenie woli Wykonawcy) jak również w formie zobowiązania Wykonawcy w Umowie w sprawie zamówienia publicznego. Mając na uwadze fakt, iż w delegacji ustawowej informacja o instalacjach jest również elementem umowy w sprawie zamówienia publicznego, podkreślić należy, iż definiuje ona i gwarantuje zarówno prawidłowość realizacji umowy zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia a także definiuje bezpośrednio obowiązki Wykonawcy w ramach realizacji umowy.

Zamawiający podkreślał, że w przedmiotowym postępowaniu instalacja o odpadach jest elementem indywidualizującym oferowane świadczenie, ustalany samodzielnie przez Wykonawcę (w ramach dostępnych instalacji posiadających wymagany status prawny i zezwolenia) i stanowiącym jednocześnie o warunkach realizacji zamówienia (np. potwierdzenie, że Wykonawca przewidział zagospodarowanie wszystkich wskazanych przez Zamawiającego rodzajów wg. kodów odpadów) i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (co najmniej w zakresie możliwości osiągnięcia przez Gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu). Ponadto w przypadku, gdyby w postępowaniu wystąpiła oferta z rażąco niską ceną (kosztem) i zamawiający zastosowałby instytucję określoną w art. 224 ustawy Pzp, to informacja o instalacjach byłaby jednym z kluczowych czynników, który umożliwiłby zweryfikowanie oferty Wykonawcy w zakresie oferowanej ceny (kosztu) i możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego lub wynikających z innych przepisów.

Wobec powyższego w ocenie Zamawiającego nie można informacji o instalacjach nadać przymiotu „nieistotności” lub w kontekście ich braku „jakiegokolwiek niezgodności z dokumentami zamówienia” ponieważ jest ona elementem indywidualizującym oferowane świadczenie, ustalany samodzielnie przez Wykonawcę (w ramach dostępnych instalacji posiadających wymagany status prawny i zezwolenia) i stanowiącym jednocześnie o warunkach realizacji zamówienia.

Zamawiający wskazał, że możliwość wyjaśnienia/uzupełnienia informacji o instalacjach może być rozpatrywana wyłącznie na gruncie Oferty Wykonawcy. Nie jest możliwe rozpatrywanie tej kwestii w kontekście: oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1 ustawy Pzp, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu przewidzianych zgodnie z art. 128 PZP. Zamawiający powołał się na wyrok KIO z dnia 18.12.2019 r. KIO 2479/19. W tym konkretnym

przypadku Wykonawca oświadczył w Ofercie iż „zawarty w Specyfikacji Warunków Zamówienia wzór umowy został przez nas zaakceptowany i zobowiązujemy się w przypadku wyboru naszej oferty do zawarcia umowy na wymienionych w niej warunkach w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego” przy czym we wzorze umowy stanowiącym załącznik nr 6 do SWZ, w Dziale IV ust. 6) istnieje zapis: „ 6. Wykonawca zobowiązuje się do przekazywania odpadów komunalnych do instalacji wskazanych w swojej ofercie ”- czego Wykonawca nie uczynił.

Zarówno przepis ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach jak i określone przez Zamawiającego wymagania zastosowane w dokumentach przetargowych posługują się sformułowaniem „wskazania instalacji w ofercie” względnie „w składanej ofercie”. Literalna wykładnia tych zapisów nie pozostawia wątpliwości, że w złożonej przez wykonawcę ofercie powinien znaleźć się wykaz instalacji komunalnych, do których przedsiębiorca będzie przekazywał zebrane odpady. Przez ofertę w tym rozumieniu należy rozumieć oczywiście ofertę opisaną w art. 218 - 220 ustawy Pzp, czyli dokument, który można złożyć jedynie raz i tylko w terminie do składania ofert określonym przez Zamawiającego.

Mając na względzie powyższą argumentację oraz fakt, iż w złożonej Ofercie Odwołującego brak było wymaganych informacji o instalacjach Zamawiający w toku postępowania - przed decyzją o odrzuceniu oferty - prowadził analizę możliwości wyjaśnienia lub poprawy treści oferty na podstawie art. 223 ustawy Pzp. W realiach niniejszej sprawy oferta Odwołującego nie zawiera informacji wymaganych zakresem SWZ (Załącznik 7 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. III ppkt. 5). Nie można zatem stwierdzić, aby treść oferty mogła podlegać wyjaśnieniu, ponieważ taka treść w ofercie się nie znajduje. Nie można również uznać, iż zachodzą jakiegokolwiek wątpliwości co do treści złożonej Oferty i/lub niespójności treści złożonych dokumentów. Zwrócenie się przez Zamawiającego do Wykonawcy o wyjaśnienie treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 ustawy Pzp i potencjalne złożenie przez niego informacji o instalacjach wiązałoby się z ewidentnym uzupełnieniem treści oferty o informacje w niej nie zawarte w dniu złożenia.

Ponadto działając w ten sposób Zamawiający dopuściłby do uzupełnienia treści oferty po otwarciu ofert i po możliwości zapoznania się z treścią ofert pozostałych wykonawców o informacje które w swej materii stanowiłyby element indywidualizujący oferowane świadczenie, ustalane samodzielnie przez Wykonawcę jak również wpływające na cenę oferty. Takie działanie Zamawiającego stanowiłoby rażące naruszenie art. 16 ust. 1 ustawy Pzp. Analogiczna argumentacja dotyczy możliwości poprawy treści oferty jako oczywistych omyłek pisarskich lub innych omyłek (art. 223 ust. 2 pkt 1 i 3 ustawy Pzp). Oferta Odwołującego nie zawiera informacji wymaganych zakresem SWZ (Załącznik 7 do SWZ Opis Przedmiotu Zamówienia, pkt. III, ppkt. 5), treści tej nie zawierają również inne

dokumenty stanowiące zawartość oferty - zatem w nie zachodzi podejrzenie dokonania przez Wykonawcę oczywistej omyłki pisarskiej lub innej omyłki.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego jako niezgodną z przepisami ustawy oraz warunkami zamówienia, a nadto niemożliwą do wyjaśnienia/uzupełnienia, przez co uniemożliwiająca zawarcie ważnej - na gruncie ustawy Pzp i zgodnej z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach - umowy w sprawie zamówienia publicznego. W przedmiotowym przypadku odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 5 ustawy Pzp jest w pełni uzasadnione, ze względu na następujące okoliczności: 1. Informacja o instalacjach jest elementem indywidualizującym oferowane świadczenie, ustalany samodzielnie przez Wykonawcę (w ramach dostępnych instalacji posiadających wymagany status prawny i zezwolenia) i stanowiącym jednocześnie o warunkach realizacji zamówienia i wpływającym bezpośrednio na oferowaną cenę za wykonanie zamówienia, 2. Informacja o instalacjach zawarta w ofercie w sposób bezpośredni przenoszona jest na grunt umowy w sprawie wykonania zamówienia publicznego (zgodnie z zapisami SWZ - Załącznik Nr 6 wzór umowy, Dział IV ust. 6) określając i gwarantując prawidłowe wykonanie przedmiotu umowy oraz zobowiązania wykonawcy w tym zakresie, 3. na gruncie PZP i utrwalonego orzecznictwa brak jest możliwości wyjaśnienia/uzupełnienia/poprawienia treści oferty w zakresie informacji o instalacjach, 4. nie jest możliwe zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego bez wskazania instalacji do których przekazywane będą odpady (zgodnie z zapisami SWZ - Załącznik Nr 6 wzór umowy, Dział IV ust. 6), co stanowiłoby jednocześnie naruszenie art. 6f ust. 1a pkt. 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Ponadto, na podstawie powyższej argumentacji oraz w świetle wyroku KIO z dnia 20.11.2020 r. sygn. akt: KIO 2747/20; KIO 2748/20; KIO 2749/20) uzasadnione jest odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 3 ustawy Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 528 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 6 września 2021 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Remondis Drobin Komunalna Sp. z o.o. z siedzibą w Drobinie [dalej „Przystępujący”] zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 9 września 2021 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację warunków zamówienia wraz z załącznikami oraz wyjaśnieniami i modyfikacjami, ofertę Odwołującego oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty i odrzuceniu oferty Odwołującego z dnia 24 sierpnia 2021 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Przystępującego złożone ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 12 października 2021 r. Izba wzięła również pod uwagę i zaliczyła w poczet materiału sprawy złożoną przez Zamawiającego odpowiedź na odwołanie oraz pismo procesowe Przystępującego z dnia 11 października 2021 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z punktem III ppkt 5 opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 7 do SWZ) instalacje do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazać odebrane odpady: W przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowanie odpadami komunalnymi odbieranymi od właścicieli nieruchomości, przedsiębiorca odbierający odpady komunalne, w składanej ofercie, zobowiązany jest wskazać takie instalacje komunalne (zgodnie z obowiązującym Wojewódzkim Planem Gospodarki Odpadami dla Województwa Mazowieckiego) – art. 6d ust. 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Zgodnie z punktem IV.6 wzoru umowy (załącznik nr 6 do SWZ) wykonawca zobowiązuje się do przekazywania odpadów komunalnych do instalacji wskazanych w swojej ofercie.

Zgodnie z punktem XVI.2 SWZ, treść oferty musi odpowiadać treści SWZ.

Pismem z dnia 24 sierpnia 2021 r. Zamawiający zawiadomił o wyborze oferty wykonawcy Remondis. Jednocześnie Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. W uzasadnieniu faktycznym ww. decyzji Zamawiający podał, że w SWZ określił, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (OPZ) zawiera załącznik nr 7 do SWZ oraz wzór umowy stanowiący załącznik nr 6 do SWZ. Zamawiający przywołał postanowienia punktu III.5 OPZ oraz IV.6 wzoru umowy, a także

punktu XVI.2 SWZ. Zamawiający wskazał, iż ww. zapisy dokumentacji przetargowej stanowią wypełnienie wymagań nałożonych na Zamawiającego przez akt wyższego rzędu – ustawę. Zamawiający przywołał brzmienie art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg. Uzasadniał, że zarówno przepis ustawy jak i określone przez Zamawiającego wymagania zastosowane w dokumentach przetargowych posługują się sformułowaniem „wskazania instalacji w ofercie” względnie „w składanej ofercie”. Literalna wykładnia tych zapisów nie pozostawia wątpliwości, że w złożonej przez wykonawcę ofercie powinien znaleźć się wykaz instalacji komunalnych, do których przedsiębiorca będzie przekazywał zbierane odpady. Przez ofertę należy rozumieć ofertę opisaną w art. 218 – 220 PZP, czyli dokument który można złożyć jedynie raz i tylko w terminie do składania ofert określonym przez Zamawiającego. Tymczasem w ofercie Odwołującego nie wskazano instalacji komunalnych, do których Wykonawca miałby przekazywać odebrane odpady komunalne. Informacja taka nie znalazła się w żadnym miejscu formularza ofertowego ani załączników ofert złożonych przez PreZero. Zamawiający wskazał, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 3 i 5 ustawy Pzp. W ocenie Zamawiającego obie te przesłanki występują w tej sprawie łącznie. Niewskazanie przez wykonawcę instalacji komunalnych, do których wykonawca miałby przekazywać odpady komunalne stanowi nie tylko niezgodność z konkretnie określonymi warunkami zamówienia, ale jednocześnie jest niezgodne z przywołanym wyżej art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, nakazującym, aby wskazanie takich instalacji było obligatoryjnym elementem postępowania o udzielenie zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych. Ustawodawca posługując się zwrotem „zamawiający odrzuca” nakłada na Zamawiającego obowiązek odrzucenia oferty w przypadku stwierdzenia zaistnienia tych przesłanek, co miało miejsce w niniejszej sprawie.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego, jak również zarzut naruszenia art. 128 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Odwołującego do wskazania instalacji, do których będą przekazywane odbierane odpady.

Zgodnie z art. 16 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny. Stosownie do treści art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Z kolei w myśl art. 7 pkt 29 ustawy Pzp, warunki

zamówienia to 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. Termin oferta należy odczytywać na gruncie art. 66 § 1 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.), który stanowi że oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy stanowi ofertę, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Na gruncie Prawa zamówień publicznych to zamawiający ustala w SWZ wymagany od wykonawcy zakres i sposób konkretyzacji oświadczenia woli, który będzie następnie podstawą dla oceny zgodności treści złożonej oferty z merytorycznymi wymaganiami w szczególności opisu przedmiotu zamówienia, czy postanowień umowy.

Stosownie do treści art. 128 ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że: 1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub 2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp była prawidłowa, a wezwanie Odwołującego do podania instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady stanowiłoby niedopuszczalne po upływie terminu składania ofert uzupełnienie treści oferty.

Tytułem wstępu wskazać należy, iż nie zasługiwały na aprobatę wywody Odwołującego dotyczące wprowadzającego w błąd ukształtowania dokumentacji przetargowej i *»„ukrycia” na samym jej końcu wymogu wskazania instalacji do jakiej kierowane winny być odpady«*. Zdaniem składu orzekającego treść SWZ, w tym opisu przedmiotu zamówienia oraz wzoru umowy, stanowiących integralną część specyfikacji nie budziła wątpliwości w zakresie nałożonego na potencjalnych wykonawców zamówienia obowiązku podania w ofercie instalacji, do której będą przekazywane odebrane odpady. Umieszczenie ww. wymogu w opisie przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 7 do SWZ, nie ma żadnego znaczenia, bowiem zadaniem profesjonalisty jakim jest odwołujący się Wykonawca jest kompleksowe zapoznanie się z treścią specyfikacji warunków zamówienia wraz z załącznikami przed upływem terminu składania ofert i wypełnienie obowiązków nałożonych przez Zamawiającego w dokumentach zamówienia. Wybiórcze i niestaranne czytanie specyfikacji przez wykonawcę nie może usprawiedliwiać błędów wykonawcy w toku postępowania o udzielenie zamówienia. Co więcej,

z przywołanego powyżej art. 7 pkt 29 ustawy Pzp wynika, że przez warunki zamówienia rozumie się w szczególności warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia oraz projektowanych postanowień umowy.

Z obowiązku podania w ofercie instalacji, do której będą przekazywane odpady nie zwalniała Wykonawcy okoliczność braku sporządzenia odpowiedniego załącznika do SWZ czy też przewidzenia miejsca w formularzu ofertowym umożliwiającego wykonawcom przedstawienie informacji w powyższym zakresie. Nie budzi wątpliwości w dotychczasowym orzecznictwie Izby pogląd, zgodnie z którym formularze, wykazy czy też oświadczenia, które przygotowuje zamawiający w danym postępowaniu o udzielenie zamówienia stanowią jedynie wzory, które może wykorzystać wykonawca przy sporządzeniu oferty. Dla prawidłowego złożenia oferty istotne jest przede wszystkim to, aby złożone przez wykonawcę oświadczenia i dokumenty czyniły zadość wymogom zamawiającego określonym w specyfikacji oraz załącznikach (por. wyrok KIO z dnia 14 sierpnia 2020 r. sygn. akt: KIO 1752/20).

Dalej wskazać należy, że Izba nie podzieliła stanowiska Odwołującego, jakoby wykaz instalacji, do których będą przekazywane odpady nie stanowił elementu merytorycznego oferty. Zdaniem Izby Odwołujący w sposób nieuzasadniony zdeprecjonował brzmienie art. 6d ust. 4 pkt 5 ucp. Zgodnie z ww. przepisem, wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie - w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Z powyższego przepisu wynika zatem, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia specyfikacji, zamawiający ma zobowiązać wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. A zatem to ustawodawca w przepisach ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach informację dotyczącą instalacji, do których będą przekazywane odebrane odpady uznał na tyle istotną, że zobowiązał zamawiających do żądania od wykonawców tej informacji w ofercie. Izba przyjmuje za własny pogląd wyrażony w wyroku z dnia 9 października 2020 r. sygn. akt: KIO 2348/20, zgodnie z którym: *„obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca.*

Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty.” Prawidłowe było zatem stanowisko Zamawiającego, który wskazywał, że informacja dotycząca instalacji jest elementem indywidualizującym oferowane świadczenie, ustalonym samodzielnie przez wykonawcę w ramach dostępnych instalacji posiadających wymagany status prawny i zezwolenia, stanowiącym jednocześnie o warunkach realizacji zamówienia np. potwierdzenie, że wykonawca przewidział zagospodarowanie wszystkich wskazanych przez Zamawiającego rodzajów wg. kodów odpadów i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia, co najmniej w zakresie możliwości osiągnięcia przez Gminę wymaganych prawem poziomów recyklingu. Tym samym brak wskazania w ofercie informacji o instalacjach, mimo wyraźnego wymogu wynikającego ze specyfikacji, pozbawiał Zamawiającego możliwości zbadania oferty wykonawcy PreZero pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia, zwłaszcza że zgodnie z postanowieniami umowy, wykonawca obowiązany będzie przekazywać odpady do instalacji wskazanych w złożonej ofercie.

Wobec powyższego Izba stwierdziła, iż w realiach rozpoznawanej sprawy art. 128 ust. 1 ustawy Pzp nie mógł znaleźć zastosowania. Skoro bezspornym było, że oferta Odwołującego nie zawierała informacji wymaganych specyfikacją (pkt III ppkt 5 opisu przedmiotu zamówienia), a te z kolei stanowiły merytoryczną treść oferty, to brak było podstaw do wezwania Odwołującego w ww. trybie. Prawidłowo Zamawiający ustalił również, że w okolicznościach sprawy niemożliwe było zastosowanie instytucji określonej art. 223 ust. 1 ustawy Pzp, ponieważ złożenie przez Odwołującego informacji o instalacjach stanowiłoby uzupełnienie treści oferty o informacje w niej niezawarte w chwili złożenia oferty, co na gruncie przepisów ustawy Pzp jest niedopuszczalne.

W końcu Izba wskazuje, iż kwestia ewentualnego uchybienia Zamawiającego w poprzednim postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącym analogicznego przedmiotu zamówienia polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty Remondis z uwagi na brak wskazania w ofercie informacji o instalacjach, do których będą przekazywane odpady, pozostawała bez znaczenia dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy.

Podsumowując Izba stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp nie potwierdził się.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg wskazać należy, iż jakkolwiek stanowisko Odwołującego było prawidłowe,

to przedmiotowy zarzut pozostawał bez wpływu na wynik przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, skoro oferta Odwołującego podlegała odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Wskazać należy, iż zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest niezgodna z przepisami ustawy. Obowiązek odrzucenia oferty na ww. podstawie prawnej powstaje wówczas, gdy oferta narusza przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych lub przepisy wykonawcze, wydane jej podstawie. Z powyższego wynika, iż nie będzie podlegała odrzuceniu oferta wykonawcy na ww. podstawie prawnej w przypadku niezgodności z innymi ustawami niż Prawo zamówień publicznych.

Niemniej jednak z uwagi na treść art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców, odwołanie w zakresie podniesionego zarzutu nie mogło zostać uwzględnione.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 557 i 575 ustawy Pzp w zw. z § 5 pkt 1 oraz § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437).

Przewodniczący: