

WYROK
z dnia 19 marca 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Emilia Garbala

Protokolant: Zuzanna Idzkowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 marca 2018 r. przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PHU „Z.” Z. Z. , ul. Klasztorna 27a, 26-035 Raków, PPHU „Rafit” Sp. z o.o., ul. Klonowa 55/23, 25-553 Kielce oraz S. i R. H. , Surochów 182, 37-500 Surochów,**

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Przeworską Gospodarkę Komunalną Sp. z o.o., Plac Mickiewicza 8, 37-200 Przeworsk,**

orzeka:

1. **odrzuca odwołanie** w zakresie zarzutu dotyczącego art. 91 ust. 2d ustawy Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 ze zm.),
2. **oddala odwołanie w zakresie pozostałych zarzutów,**
3. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PHU „Z.” Z. Z. , ul. Klasztorna 27a, 26-035 Raków, PPHU „Rafit” Sp. z o.o., ul. Klonowa 55/23, 25-553 Kielce oraz S. i R. H. , Surochów 182, 37-500 Surochów, i:**

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: **PHU „Z.” Z. Z. , ul. Klasztorna 27a, 26-035 Raków, PPHU „Rafit” Sp. z o.o., ul. Klonowa 55/23, 25-553 Kielce oraz S. i R. H. , Surochów 182, 37-500 Surochów**, tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 poz. 1579 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 Przemyślu.

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

Zamawiający - Przeworska Gospodarka Komunalna Sp. z o.o., Plac Mickiewicza 8, 37-200 Przeworsk, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Odbiór i zagospodarowanie osadów z oczyszczalni ścieków w Przeworsku”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 2 lutego 2018 r., nr 513437-N-2018. W postępowaniu złożone zostały trzy oferty, w tym m.in. oferta wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie: PHU „Z.” Z. Z. , ul. Klasztorna 27a, 26-035 Raków, PPHU „Rafit” Sp. z o.o., ul. Klonowa 55/23, 25-553 Kielce oraz S. i R. H. , Surochów 182, 37-500 Surochów (dalej: „odwołujący”). W dniu 26 lutego 2018 r. zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, z powodu zaznaczenia w formularzu oferty dwóch alternatywnych metod zagospodarowania osadów ściekowych, mimo że zgodnie z wymogami specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz”) wykonawcy zobowiązani byli zaznaczyć tylko jedną metodę i w zależności od zaznaczonej metody, otrzymywali inną liczbę punktów w jednym z kryteriów oceny ofert.

W dniu 5 marca 2018 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie, w którym odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w szczególności poprzez odrzucenie oferty odwołującego, w sytuacji gdy jest ona ofertą najkorzystniejszą,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez odrzucenie oferty odwołującego,
- 3) art. 91 ust. 2d ustawy Pzp poprzez niezgodny z prawem sposób przyznawania punktów i niejasne sformułowanie kryteriów oceny ofert.

W szczególności odwołujący wskazał, że w treści formularza oferty należało zaznaczyć jedną z dwóch metod zagospodarowania osadów ściekowych: albo rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych albo inne niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych. Jednocześnie zamawiający wskazał w siwz dwa kryteria oceny ofert, w tym kryterium „aspekty środowiskowe”, w ramach którego za zadeklarowanie metody nierolniczej wykonawca miał otrzymywać 15 pkt, natomiast za zadeklarowanie metody rolniczej – 0 pkt. Odwołujący zaznaczył w formularzu ofertowym obie metody jednocześnie, za co jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący wskazał przy tym na sprzeczność postanowień siwz, w których zamawiający domagał się zaznaczenia

tylko jednej z ww. metod, z postanowieniami SIWZ, w których zamawiający domagał się, aby w okresie zimowym osady były zagospodarowywane metodą inną niż rolnicza. W związku z tym odwołujący podniósł, że niejasność zapisów SIWZ powinna być rozstrzygana na korzyść wykonawcy. Ponadto, odnosząc się do opisu kryteriów oceny ofert, odwołujący zauważył, że w opisie tym zamawiający nie zastrzegł, że wykonawca może zaznaczyć tylko jedną metodę zagospodarowania osadów. Zdaniem odwołującego, jeżeli „Wykonawca miał obowiązek wskazać tylko jeden wariant a wskazanie dwóch skutkowało odrzuceniem, to Zamawiający był zobowiązany opisać to w rozdziale SIWZ dotyczącym sposobu przyznawania punktów a nie w opisie przedmiotu zamówienia, który na marginesie jest sprzeczny z innymi zapisami SIWZ”.

Wobec powyższego Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania,
- 2) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty odwołującego,
- 3) nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności oceny ofert oraz wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej,
- 4) zasądzenia od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania odwoławczego.

Pismem z dnia 12 marca 2018 r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której podniósł w szczególności, że „będąc związanym postanowieniami SIWZ, był wręcz zobowiązany do odrzucenia oferty Odwołującego, jako niezgodnej z SIWZ. Należy wskazać, że to właśnie odmienne działanie Zamawiającego (brak odrzucenia oferty Odwołującego) mogłoby zostać uznane za naruszające art. 7 ust. 1 i ust. 3 pzp, gdyż doprowadziłoby do sytuacji, w której wykonawcy, którzy prawidłowo określili sposób zagospodarowania osadów komunalnych, poprzez wybór jednej opcji, zostaliby potraktowani na równi z Odwołującym, który w sposób błędny dokonał zaznaczenia obu sposobów zagospodarowania osadów komunalnych”. Zamawiający dodał, że z art. 96 ustawy o odpadach (t.j. Dz.U. z 2018 r., poz. 21) „jednoznacznie wynika, że dla zapewnienia świadczenia usługi metodą rolniczego zagospodarowania osadów ściekowych przez okres całego roku kalendarzowego (na jaki zawarta będzie Umowa w niniejszym postępowaniu) niezbędne jest, z uwagi na zakaz stosowania komunalnych osadów ściekowych na terenach czasowo zamrzniętych i pokrytych śniegiem, zapewnienie również innego „zimowego” sposobu zagospodarowania. Fakt ten był oczywisty dla pozostałych wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu. Nadto, z treści samego odwołania w niniejszej sprawie wynika, że Odwołujący także wskazał, że zna tą metodę”. Zamawiający podkreślił, że „wyraźnie wskazał, że wykonawca jest zobowiązany do wyboru jednej z alternatywnych metod zagospodarowania osadów

ściekowych. Alternatywa oznacza konieczność wyboru między dwiema wykluczającymi się możliwościami, a więc brak wyboru lub wybór obu metod powoduje, że oferta z takim oświadczeniem jest niezgodna z pkt 4 i 15 opisu przedmiotu zamówienia będącym załącznikiem do SIWZ". Zamawiający zauważył też, że odwołujący nie korzystał ze środków ochrony prawnej w celu zakwestionowania postanowień siwz, które uważa za wewnętrznie sprzeczne. Odnosząc się natomiast do zarzutu dotyczącego kryteriów oceny ofert, zamawiający stwierdził, że „Nie sposób uznać, aby Zamawiający, w każdym postanowieniu SIWZ wskazywał, że złożenie oferty, która nie będzie odpowiadała treści SIWZ, będzie skutkowało jej odrzuceniem”.

W postępowaniu odwoławczym nie zostały zgłoszone przystąpienia.

W trakcie rozprawy strony podtrzymały swoje stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest usługa polegająca na odbiorze, załadunku, transporcie i zagospodarowaniu ustabilizowanych komunalnych osadów ściekowych (kod 19 08 05) poprzez odzysk albo unieszkodliwienie na terenie województwa podkarpackiego lub innego, w przypadku gdy odległość od miejsca wytwarzania osadów do miejsca stosowania jest mniejsza niż odległość do miejsca stosowania położonego na obszarze tego samego województwa. Ilość osadów ściekowych do wywiezienia w okresie obowiązywania umowy - 3500 Mg, w tym 3000 Mg w okresie innym niż zimowy oraz 500 Mg w okresie zimowym, o uwodnieniu 75-84%. Podana ilość osadów jest ilością szacunkową, a zamawiający zastrzega możliwość zmniejszenia bądź zwiększenia tej ilości o nie więcej niż 25% w zależności od potrzeb.

W rozdziale III w pkt 3 siwz zamawiający wskazał, że realizacja zamówienia odbywać się będzie z zachowaniem wymogów określonych przepisami prawa, w szczególności:

- a) ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (Dz. U. 2016, poz. 1987 z późn. zm.),
- b) ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2017 r., poz. 519 z późn. zm.),
- c) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych (Dz.U. z 2015, poz. 257 z późn. zm.),
- d) rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 12 grudnia 2014 r. w sprawie wzorów dokumentów stosowanych na potrzeby ewidencji odpadów (Dz.U. 2014, poz. 1973 z późn. zm.).

W rozdziale III w pkt 4 siwz zamawiający wskazał, że wymaga zastosowania jednej z poniższych alternatywnych metod zagospodarowania osadów ściekowych:

- rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych - art. 96 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2016 r., poz. 1987 z późn. zm.),
- inne niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

W pkt 15 tego samego rozdziału siwz zamawiający zastrzegł, że wykonawca jest zobowiązany wskazać w formularzu oferty sposób zagospodarowania osadu, przy czym zamawiający nie dopuszcza zmiany sposobu wykorzystania osadu na etapie realizacji umowy.

W załączniku nr 1 do siwz, stanowiącym wzór formularza oferty zamawiający przewidział pkt 3 o następującej treści: „Deklarowana metoda zagospodarowania (wstawić X przy wybranej metodzie zagospodarowania):

- Rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych (art. 96 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1987 z późn. zm.),
- Inne niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa tj. (przy wybraniu tej metody proszę wskazać sposób zagospodarowania osadów ściekowych).”

Ponadto w rozdziale VI lit. C pkt 1.3.c) zamawiający zażądał złożenia przez wykonawcę, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, opisu sposobu zagospodarowania osadów ściekowych w zależności od wybranej metody, tj.:

- 1) w przypadku rolniczego wykorzystania osadów ściekowych (art. 96. ust. 1 pkt 1-3 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (Dz.U. z 2016 poz. 1987) opis będzie zawierał w szczególności:
 - opis sposobu zagospodarowania osadów ściekowych w okresie zimowym,
 - wykaz działek przeznaczonych do aplikacji osadów z przewidzianymi ilościami osadów do aplikacji na gruntach,
 - oświadczenie o posiadanym tytule prawnym do gruntu, jeżeli wykonawca nie jest właścicielem gruntu,
 - oświadczenie o niepodleganiu gruntu zakazom stosowania aplikacji osadów zgodnie z art. 96 ust. 12 Ustawy o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r, (Dz.U. z 2016 po. 1987),
 - oświadczenie o stosowanych uprzednio dawkach osadu na wykazanych gruntach lub o braku jego stosowania w okresie ostatnich trzech lat,
 - wyniki badania gruntu działek, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe,

- 2) w przypadku innej niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych – wykonawca ma złożyć opis z oświadczeniem o sposobie i miejscu zagospodarowania osadów ściekowych w sposób inny niż rolniczy.

W rozdziale XIII siwz zamawiający przewidział dwa kryteria oceny ofert, w tym kryterium „aspekty środowiskowe” o wadze 15%. Sposób przyznawania punktów w tym kryterium był następujący:

„- Wariant 1.

Rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych (art. 96 ust. 1 pkt 1-3 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 roku o odpadach (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1987 z późn. zm.) - 0 pkt.

- Wariant 2.

Inne niż rolnicze zagospodarowanie osadów ściekowych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa - 15 pkt”.

W załączniku nr 9 do siwz stanowiącym projekt umowy zamawiający zawarł w § 2 ust. 2 dwa alternatywne postanowienia „do wyboru w zależności od wybranej metody zagospodarowania”:

- „Wykonawca oświadcza, że osady ściekowe będą zagospodarowane do celów rolniczych, o których mowa w art. 96 ust. 1 pkt 1-3. Wykonawca ponosi odpowiedzialność za prawidłowe wykonanie usługi zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa”.
- „Wykonawca oświadcza, że osady ściekowe będą zagospodarowane w sposób (zgodnie ze sposobem wskazanym w ofercie). Wykonawca zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa przejmuje pełną odpowiedzialność za prawidłowe przetwarzanie odpadów”.

Odwołujący złożył ofertę, w której w pkt 3 formularza ofertowego zaznaczył obie metody zagospodarowania osadów, tj. zarówno metodę rolniczego zagospodarowania osadów, jak i metodę inną niż rolnicze zagospodarowanie osadów, przy czym zaznaczając metodę inną niż rolnicza odwołujący sprecyzował, że będzie to przetwarzanie odpadów metodą R3 – recykling lub odzysk substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki.

Pismem z dnia 26 lutego 2018 r. zamawiający zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu zamawiający wskazał, że wykonawca „jest zobowiązany do wyboru jednej z alternatywnych metod zagospodarowania osadów ściekowych. Alternatywa oznacza konieczność wyboru między dwiema wykluczającymi się możliwościami, a więc brak wyboru lub wybór obu metod powoduje, że oferta z takim oświadczeniem jest niezgodna z pkt 4 i 15 opisu przedmiotu

zamówienia będącym załącznikiem do SIWZ. Niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter zasadniczy i nieusuwalny i dotyczy sfery niezgodności zobowiązania zamawianego określonego w SIWZ oraz zobowiązania oferowanego w ofercie”.

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

Izba postanowiła odrzucić odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 91 ust. 2d ustawy Pzp odnoszącego się do opisu kryteriów oceny ofert. Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 6 ustawy Pzp Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że w postępowaniu o wartości zamówienia mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, odwołanie dotyczy innych czynności niż określone w art. 180 ust. 2 ustawy Pzp. Z kolei w myśl art. 180 ust. 2 ustawy Pzp, w postępowaniach o takiej wartości odwołanie przysługuje wyłącznie wobec czynności:

- 1) wyboru trybu negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub zapytania o cenę,
- 2) określenia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia,
- 4) odrzucenia oferty odwołującego,
- 5) opisu przedmiotu zamówienia,
- 6) wyboru najkorzystniejszej oferty.

Wartość szacunkowa przedmiotowego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp (wynosi 49.808,66 euro). Tym samym w niniejszym postępowaniu wykonawcy nie przysługiwało prawo wniesienia odwołania na opis kryteriów oceny ofert, co oznacza, że odwołanie w zakresie zarzutu dotyczącego art. 91 ust. 2d ustawy Pzp, podlegało odrzuceniu.

Jednocześnie należy przyjąć, że informacja o częściowym odrzuceniu odwołania powinna znaleźć się w sentencji orzeczenia, a nie tylko w jego uzasadnieniu. W art. 196 ust. 4 ustawy Pzp Ustawodawca nie przewidział bowiem możliwości zamieszczenia w uzasadnieniu wyroku wydanego przez Izbę, jakiegokolwiek rozstrzygnięcia. Na powyższe zwrócono uwagę w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 17 lutego 2016 r. III CZP 111/15, w której Sąd uznał za wadliwą praktykę Izby orzekania w uzasadnieniu wyroku, a nie w jego sentencji, o części zarzutów i żądań zawartych w odwołaniu.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że w zakresie pozostałych zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem

odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp. Ponadto Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia przez niego szkody z uwagi na kwestionowaną czynność zamawiającego.

Odnosząc się do kwestii zgodności oferty odwołującego z siwz, Izba w pierwszej kolejności stwierdziła, że zamawiający zawarł w siwz jednoznaczne postanowienia świadczące o wymogu wskazania tylko jednej metody zagospodarowania osadów. Wynika to:

- a) z treści rozdziału III pkt 4 siwz, w którym zamawiający stwierdził, że „wymaga stosowania jednej z poniższych alternatywnych metod zagospodarowania osadów ściekowych”. Użycie słów „jednej” i „alternatywnych” jasno wskazuje, że wymagane było zastosowanie jednej i tylko jednej metody spośród dwóch niżej opisanych;
- b) z treści rozdziału III pkt 15 siwz, w którym zamawiający zastrzegł, że wykonawca „jest zobowiązany wskazać w formularzu oferty sposób zagospodarowania osadu”. Użycie słowa „sposób” w liczbie pojedynczej jasno wskazuje, że chodzi o jeden sposób, a nie o dwa sposoby;
- c) z treści załącznika nr 1 do siwz stanowiącego wzór formularza oferty, w którym zamawiający przewidział pkt 3 o następującej treści: „Deklarowana metoda zagospodarowania (wstawić X przy wybranej metodzie zagospodarowania) (...)”. Użycie słów „metoda” i „metodzie” w liczbie pojedynczej, jak też treść zawartej w nawiasie instrukcji, że „X” należy wstawić przy metodzie „wybranej” - czyli jednej z dwóch niżej opisanych, jasno wskazuje, że wymagane było zaznaczenie w formularzu oferty jednej metody, a nie dwóch metod. Potwierdza to także treść zawarta w nawiasie znajdującym się w tirecie dotyczącym metody innej niż rolnicza, gdzie zamawiający wskazał: „przy wybraniu tej metody (...)”, co również jednoznacznie wskazuje, że zamawiający dopuszczał wybranie tylko jednej metody i w przypadku, gdyby była to metoda inna niż rolnicza, zawarł dodatkowy wymóg dotyczący jej opisania;
- d) z treści rozdziału VI lit. C pkt 1.3.c), w którym zamawiający żądał złożenia przez wykonawcę opisu sposobu zagospodarowania osadów ściekowych „w zależności od wybranej metody” (pisownia oryginalna) i w dalszej treści określił wymagane dokumenty: „w przypadku rolniczego wykorzystania osadów ściekowych” „lub w przypadku wybrania drugiej metody”. Użycie ww. sformułowań jasno wskazuje, że zamawiający oczekiwał zastosowania tylko jednej spośród dwóch dopuszczonych metod;
- e) z treści rozdziału XIII siwz, w którym zamawiający przewidział m.in. kryterium oceny

ofert „aspekty środowiskowe”, w ramach którego liczba przyznawanych punktów była zależna od zaznaczonego wariantu. Samo użycie słowa „wariant” jasno wskazuje, że chodzi o zaznaczenie tylko jednej z dwóch opisanych możliwości, natomiast nie jest dopuszczalne zaznaczenie ich obu. Należy także zauważyć, że skutkiem zaznaczenia w ofercie dwóch metod zagospodarowania osadów, jest niemożność zastosowania ww. kryterium do oceny tej oferty, bowiem przewidziano w nim możliwość przyznawania określonej liczby punktów tylko za jedną wskazaną metodę (wariant), a nie za dwie metody jednocześnie;

- f) z treści § 2 ust. 2 projektu umowy, w którym zamawiający zawarł dwa alternatywne postanowienia „do wyboru w zależności od wybranej metody zagospodarowania”. Fakt, że zamawiający przewidział dwa różne postanowienia, z których – jak wynika z wyżej cytowanego sformułowania - jedno zostanie wprowadzone do umowy, jasno wskazuje, że wykonawca miał wskazać jedną metodę zagospodarowania osadów, a nie dwie metody.

Ze wszystkich wyżej wskazanych postanowień siwz, w szczególności z faktu użycia w nich słów: „jednej”, „alternatywnych”, „wybranej”, „metody”, „w zależności”, „wariant”, „w przypadku”, jednoznacznie wynika, że zamawiający wymagał wskazania w ofercie tylko jednej z dwóch metod zagospodarowania osadów. Również treść wszystkich wyżej wskazanych postanowień siwz czytanych łącznie składa się na spójną całość, w której zamawiający konsekwentnie wymaga wskazania tylko jednej metody. Wobec powyższego nie można zgodzić się z odwołującym, że zachodzi jakakolwiek sprzeczność między tymi postanowieniami siwz, które odnoszą się do sposobu zadeklarowania w ofercie metody zagospodarowania osadów. W szczególności brak jest jakiegokolwiek sprzeczności ww. postanowień siwz z określonym przez zamawiającego sposobem wypełnienia formularza ofertowego. Jak wskazano już wyżej, zarówno treść formularza ofertowego, jak i pozostałe postanowienia siwz, przewidywały możliwość zadeklarowania tylko jednej metody zagospodarowania osadów.

Jednocześnie z treści odwołania, jak też z argumentów odwołującego podanych na rozprawie, wynika, że odwołujący upatruje sprzeczności ww. postanowień siwz z treścią pkt 3 w rozdziale III siwz, w którym zamawiający wymienił akty prawne, zgodnie z którymi ma być realizowane zamówienie. W szczególności odwołujący podniósł, że z ustawy o odpadach wynika, że w okresie zimowym zakazane jest zagospodarowywanie osadów metodą rolniczą, co oznacza, że zaznaczenie w formularzu oferty wyłącznie metody rolniczej byłoby niezgodne z przepisami ww. ustawy i stanowiło poświadczenie nieprawdy.

Odnosząc się do ww. argumentu, należy zauważyć, że oferta odwołującego została odrzucona nie z powodu wskazania określonego sposobu zagospodarowania osadów

w okresie zimowym, ale z powodu zaznaczenia dwóch metod zagospodarowania osadów jednocześnie. Zatem postanowieniami siwz odnoszącymi się do podstawy odrzucenia oferty są te postanowienia, które regulują sposób zadeklarowania / zaznaczenia w ofercie metody zagospodarowania osadów, nie zaś te, które odnoszą się do sposobu realizacji umowy, w tym sposobu realizacji umowy w okresie zimowym. Z całokształtu postanowień siwz wynika, że zamawiający wymagał zadeklarowania metody zagospodarowania osadów, która będzie co do zasady stosowana przez wykonawcę w okresie realizacji umowy, bez uwzględnienia na etapie składania oferty szczególnego okresu, jakim jest okres zimowy. Również zakaz zmiany stosowanej metody w okresie realizacji umowy, wynikający z pkt 15 rozdziału III siwz, odnosi się do metody zadeklarowanej w ofercie, a nie do metody stosowanej konkretnie w okresie zimowym. Kwestię sposobu zagospodarowania osadów w szczególnym okresie zimowym, zamawiający rozwiązał poprzez zobowiązanie wykonawców w pkt 3 rozdziału III siwz oraz w § 2 ust. 7 projektu umowy, do stosowania obowiązujących przepisów, w tym m.in. ustawy o odpadach i rozporządzenia Ministra Środowiska w sprawie komunalnych osadów ściekowych. Natomiast z żadnego postanowienia siwz nie wynika, aby zamawiający oczekiwał zadeklarowania w formularzu ofertowym sposobu zagospodarowania osadów odrębnie w okresie zimowym. Utożsamianie wymogu stosowania w okresie realizacji umowy aktów prawnych wskazanych w pkt 3 rozdziału III siwz z koniecznością wskazania w ofercie sposobu zagospodarowania osadów w konkretnym okresie zimowym, jest błędne i nie poparte treścią żadnego z postanowień siwz odnoszącym się do sposobu zadeklarowania metody zagospodarowania osadów. Na marginesie jedynie należy zauważyć, że odwołujący zaznaczając w ofercie obie metody zagospodarowania osadów, nie zastrzegł, że metoda nierolnicza, tj. przetwarzanie odpadów metodą R3 – recykling lub odzysk substancji organicznych, będzie przez niego stosowana wyłącznie w okresie zimowym. Tym samym treść złożonej przez niego oferty nie jest spójna z podnoszoną argumentacją, jakoby zaznaczenie obu metod było niezbędne do tego, aby zgodnie z prawdą i z przepisami uwidocznić w ofercie metodę, która będzie stosowana w okresie zimowym.

Niezależnie od powyższego należy podkreślić, że jeśli odwołujący uważał za stosowne uwidocznienie w ofertach również metody zagospodarowania osadów konkretnie w okresie zimowym, to wobec ww. postanowień siwz zawierających jednoznaczny wymóg zadeklarowania tylko jednej metody, powinien był treść tych postanowień zakwestionować. W tym celu odwołujący mógł wnieść odwołanie na opis przedmiotu zamówienia (rozdział III siwz, w którym znajdują się m.in. pkt 4 i 15), które zgodnie z art. 180 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp, przysługuje wykonawcom w postępowaniach o wartości mniejszej od tzw. progów unijnych, w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp. Odwołujący mógł także, zgodnie

z art. 38 ust. 1 ustawy Pzp, ustalić z zamawiającym w drodze pytań do siwz, w jaki sposób metoda zagospodarowania osadów w okresie zimowym może być ewentualnie w ofercie wskazana. W interesie wykonawcy jest bowiem upewnienie się przed terminem składania ofert, czy określone treści w ofercie są dopuszczalne, jak też kwestionowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu lub siwz, które są w jego ocenie wadliwe. Korzystanie ze środków ochrony prawnej lub możliwości zadawania pytań do siwz, służy m.in. uniknięciu ryzyka złożenia oferty podlegającej odrzuceniu. Natomiast opieranie się wyłącznie na założeniu, że własna interpretacja postanowień siwz jest właściwa, zwłaszcza w przypadku postanowień tak jednoznacznych, jak w niniejszej sprawie, może prowadzić do odrzucenia oferty i utraty możliwości uzyskania zamówienia. W przedmiotowej sprawie odwołujący nie kwestionował postanowień siwz przed upływem terminu składania ofert, co oznacza, że na obecnym etapie argumenty dotyczące sprzeczności postanowień siwz należy uznać za spóźnione, niezależnie od tego, że są też one niezasadne.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że zamawiający nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucając ofertę odwołującego, a w konsekwencji nie doszło także - w związku z odrzuceniem ww. oferty - do naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp. Wobec powyższego Izba postanowiła jak w sentencji wyroku, orzekając na podstawie art. 190 ust. 7 i art. 191 ust. 2 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 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 ze zm.).

Przewodniczący