

WYROK
z dnia 15 listopada 2021 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 listopada 2021 roku w Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **10 października 2021 roku** przez **wykonawcę PreZero Service Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - **Gminę Jedlnia-Letnisko z siedzibą w Jedlni-Letnisko**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Interbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Lider), (2) Ekola Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu oraz (3) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EKO – ESTETYKA” M. Spółka Jawna z siedzibą w Radomiu**, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego **po stronie Zamawiającego**

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia – konsorcjum Interbud, na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści warunkom zamówienia.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - **Gminę Jedlnia-Letnisko z siedzibą w Jedlni-Letnisko i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego – PreZero Service Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego - **Gminę Jedlnia-Letnisko z siedzibą w Jedni-Letnisko** na rzecz wykonawcy **PreZero Service Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu** kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego pod postacią wpisu oraz kosztów zastępstwa procesowego.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 Jedlnia-Letnisko z siedzibą w Jedlni-Letnisko, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego o szacunkowej wartości przedmiotu zamówienia przekraczającej progi unijne na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających w nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Jedlnia-Letnisko oraz PSZOK od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2023 r.”. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 3 sierpnia 2021 r. pod nr 2021/S 148-394239, a także w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 3 sierpnia 2021 r. pod nr 2021/BZP 00135616/01.

Dnia 10 października 2021 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp” odwołanie w prowadzonym postępowaniu złożył Wykonawca - PreZero Service Wschód Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu, dalej jako „Odwołujący”.

Odwołanie złożono wobec niezgodnych z ustawą Pzp czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- I. dokonaniu wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Interbud Sp. z o.o., Radom (Lider), Ekola Sp. z o.o., Radom oraz Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EKO – ESTETYKA” M. Spółka Jawna, Radom (dalej jako Konsorcjum lub Konsorcjum Interbud) jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- II. zaniechaniu odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu, że powyższe czynności zostały dokonane (względnie zaniechano ich podjęcia) z naruszeniem:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud ze względu na to, iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia tj. z powodu tego, iż w swojej ofercie Konsorcjum Interbud nie wskazało instalacji komunalnych, do których będzie przekazywało odpady komunalne, pomimo istnienia takiego wymogu w treści SWZ,
- 2) art. 126 ust. 2 ustawy Pzp poprzez jego błędne zastosowanie i wezwanie Konsorcjum Interbud do uzupełnienia oświadczenia o instalacjach komunalnych, do których Konsorcjum będzie przewoziło odpady komunalne, podczas gdy takie oświadczenie nie jest podmiotowym środkiem dowodowym, o którym mowa w dyspozycji przedmiotowego przepisu, w wyniku czego przepis ten nie mógł mieć zastosowania w stanie faktycznym niniejszej sprawy,

3) art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, ze względu na zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud, pomimo iż jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia.

Powyższe uchybienia zdaniem Odwołującego doprowadziły do naruszenia jego interesu w uzyskaniu zamówienia i narażenia go przy tym na znaczną szkodę związaną z utratą spodziewanego zysku z tytułu realizacji przedmiotowego kontraktu.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

- I. unieważnienia czynności wyboru oferty Konsorcjum Interbud jako najkorzystniejszej w postępowaniu,
- II. dokonania czynności odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud,
- III. powtórzenia czynności badania i oceny ofert w Postępowaniu.

Zawiadomienie o wynikach postępowania zostało przekazane Odwołującemu w dniu 29 września 2021 r., toteż termin zawity do wniesienia odwołania został dotrzymany. Kopia odwołania została przesłana Zamawiającemu przed upływem terminu do wniesienia odwołania i w taki sposób, że mógł on zapoznać się z jego treścią przed upływem tego terminu. Wpis został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu zarzutów Odwołujący wskazał, że przedmiotem zamówienia jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych powstających w nieruchomościach zamieszkałych na terenie Gminy Jedlnia-Letnisko oraz PSZOK od 1 stycznia 2022 r. do 31 grudnia 2023 r. W postępowaniu złożono dwie oferty. W dniu 29 września 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze jako najkorzystniejszej oferty Konsorcjum Interbud. Oferta Odwołującego została sklasyfikowana na drugiej pozycji.

Zgodnie z treścią SWZ, w rozdziale 3.1.3.8. OPZ Zamawiający żądał od Wykonawcy „wskazania w ofercie instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne”. Powyższy wymóg ma swoje odzwierciedlenie w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888, dalej również jako u.c.p.g.), zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych określa w nich 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.

W związku z faktem, iż postępowanie dotyczy kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w świetle treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Zamawiający był zobligowany do zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne. Obowiązek ten bez wątpienia wybrzmiewa z treści SWZ.

Konsorcjum Interbud zaniechało zadeklarowania w swojej ofercie jakichkolwiek instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne. W związku z tym „brakiem”, Zamawiający w dniu 15 września 2021 r. wezwał Konsorcjum na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp do *„złożenia aktualnego na dzień złożenia oświadczenia, o którym mowa w 3.1.3.8. SWZ - wskazania instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.”* Dopiero na wezwanie, Konsorcjum Interbud w oświadczeniu z dnia 17 września 2021 r., poinformowało Zamawiającego, że posiada podpisane umowy z:

1. Przedsiębiorstwem Produkcyjno Usługowo Handlowym „RADKOM” spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, Radom,
 2. Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. ul. Dęblińska 2, 24-100 Puławy,
- i do tych punktów zamierza przekazywać odpady.

W ocenie Odwołującego takie wezwanie było niedopuszczalne w świetle obowiązujących przepisów prawa.

Na gruncie SWZ nie może w ocenie Odwołującego budzić wątpliwości, że to w ofercie wykonawcy mieli obowiązek zadeklarować instalacje komunalne, do których będą przekazywane odpady w ramach kontraktu. Jest to oświadczenie, które stanowi treść oferty *sensu stricto*, co potwierdza dotychczasowy dorobek orzeczniczy Krajowej Izby Odwoławczej. Między innymi w wyroku z dnia 22 maja 2019 r. w sprawie o sygn. akt KIO 809/19, Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że:

„Biorąc pod uwagę powyższe, nie można zgodzić się z odwołującym, że zawarty przez niego w ofercie wykaz instalacji, do których będzie przekazywał odpady, powinien być traktowany jako wyłącznie informacyjny, czy deklaratoryjny. Po pierwsze, jak już wyżej wskazano, podmiot składający ofertę składa oświadczenie woli, które nie może być dowolnie zmieniane i które ma charakter wiążący, zatem nie można traktować oferty jako wyłącznie „pisma informacyjnego”. Po drugie, należy zauważyć, że w przedmiotowym postępowaniu treść nad tabelą, do której należało wpisać instalacje, była precyzyjna: „Wykaz instalacji, do których przekazywane będą odpady komunalne od właścicieli nieruchomości”. Tekst: „do których przekazywane będą” jasno wskazuje, że do tabeli należało wpisać wyłącznie te instalacje, do

których wykonawca po zawarciu umowy z zamawiającym faktycznie będzie przekazywał odpady, a nie wszystkie instalacje, które są znane odwołującemu i co do których dopiero po zawarciu umowy podejmie on decyzję, do której wozic odpady, a do której nie. Innymi słowy: decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, odwołujący zobowiązał się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki był cel zamieszczenia przez zamawiającego ww. tabeli w formularzu ofertowym. Odwołujący wpisał do tabeli w ofercie 39 instalacji, z których część nie jest uprawniona do odbioru odpadów, gdyż: są instalacjami spoza regionu, do którego można te odpady przekazywać zgodnie z zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla województwa śląskiego albo nie mogą odbierać odpadów o określonych kodach, które odwołujący wpisał do tabeli albo nie odbierają w ogóle odpadów od podmiotów zewnętrznych. (..) Z powyższego wynika, że wskazanie w ofercie instalacji, którym odwołujący nie będzie mógł przekazywać odpadów, oznacza złożenie oferty niezgodnej z siwz, a zatem oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.”

Z treści uzasadnienia orzeczenia wynika, że informacja o instalacjach komunalnych stanowi oświadczenie woli, które ma charakter wiążący, a zatem stanowi treść oferty. Krajowa Izba Odwoławcza w przytoczonej sprawie zajmowała się niejako „mniejszej wagi” uchybieniem, w porównaniu z niezgodnością oferty Konsorcjum Interbud. W przywołanym stanie faktycznym ówczesny odwołujący wprawdzie wymienił w ofercie instalacje komunalne, lecz po ich weryfikacji przez zamawiającego okazało się, że nie mogą przyjąć odpadów od wykonawcy. Izba uznała taką ofertę za niezgodną z treścią SIWZ. W przypadku, który jest udziałem Konsorcjum Interbud doszło do całkowitego zaniechania wskazania w ofercie jakichkolwiek instalacji komunalnych. Tego uchybienia nie tłumaczy brak w formularzu specjalnie wydzielonego miejsca na wpisanie instalacji komunalnych. Instrukcje zawarte w SWZ były jasne i klarowne. W ich świetle (punkt 3.1.3.8) oferta wykonawcy musiała zawierać oświadczenie o instalacjach komunalnych, a Zamawiający jedynie pozostawił dowolność co do formy w jakiej zostaną zaprezentowane (osobne oświadczenie, rozbudowa formularza itd.). Bezsprzecznie treść oferty Konsorcjum Interbud nie obejmowała w sobie tego istotnego elementu.

Także w wyroku z dnia 9 października 2020 r. o sygn. KIO 2348/20 Izba zakwalifikowała oświadczenie o instalacjach komunalnych jako treść oferty:

„Izba stanęła na stanowisku, że nie można lekceważyć wymogu zawartego w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Po pierwsze jest to obowiązek wynikający z ustawy i jeśli ustawodawca uznał informację dotyczącą podania w ofercie instalacji w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów na tyle istotną, że zobowiązał zamawiającego do wskazania

w SIWZ, aby wykonawcy ją podawali, to nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania czy pominięcia tego wymogu. Po drugie treść tego przepisu jest jasna, jednoznaczna i nie może budzić żadnych wątpliwości. Po trzecie przepis ten należy potraktować jako *lex specialis* względem przepisów Pzp i w związku z tym jest to kolejny obowiązek jaki ustawodawca nakłada na zamawiającego. (...) W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie można było dostrzec związek przyczynowo - skutkowy, pozwalający uznać za potencjalny wpływ na wynik postępowania, wady powstałej w wyniku zaniechania wykonania przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. 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. Ponadto w przedmiotowej sprawie znaczenie miała jeszcze jedna okoliczność polegająca na tym, że odwołujący w swojej ofercie nie wskazał instalacji do odbioru odpadów, natomiast inny wykonawca, który także złożył ofertę w postępowaniu - co prawda jako podwykonawcę, ale jednak - wskazał w formularzu ofertowym oraz JEDZ podmiot, który prowadzi taką instalację. Przez co istnieje duże prawdopodobieństwo, że w wyniku tej okoliczności, powstałej przez zaniechanie zamawiającego, a niezależnej od wykonawców, obaj wykonawcy zostaną inaczej potraktowani, co tym bardziej potwierdza możliwość wpływu powstałej wady na wynik postępowania. Tym bardziej, że zamawiający wobec oferty odwołującego nie będzie mógł zastosować art. 87 ust. 1 Pzp, dla wyjaśnienia tej kwestii, ponieważ stanowiłoby to uzupełnienie treści oferty, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby jest niedopuszczalne”.

Krajowa Izba Odwoławcza badała wówczas legalność czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania na podstawie ówczesnego art. 93 ust. 1 pkt 7 poprzedniej ustawy Pzp, ze względu na brak żądania od wykonawców wskazania w ofercie instalacji komunalnych zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Niemniej wnioski wypływające z uzasadnienia wyroku można przełożyć na stan faktyczny niniejszej sprawy, gdyż Krajowa Izba Odwoławcza wyraźnie stwierdziła, iż oświadczenie w przedmiocie instalacji komunalnych ma istotne znaczenie z punktu badania i oceny ofert, w celu oceny sposobu realizacji zamówienia. Izba skonkludowała także, iż nie jest możliwe w takim przypadku zastosowanie wezwania do wyjaśnienia treści oferty, ponieważ stanowiłoby to niedozwolone uzupełnienie treści oferty po upływie terminu składania ofert.

Cytowane judykaty Odwołujący podziela. Gdyby bowiem wykaz instalacji, który wykonawca ma obowiązek zawrzeć w ofercie, miał charakter tylko poglądowo-informacyjny (nie istotny z punktu widzenia treści oferty), to jego walor na etapie postępowania przetargowego byłby żaden. Obecnie trudno uznać, aby wiedza o podmiotach potencjalnie mogących realizować usługi zagospodarowania odpadów była limitowana. Tego rodzaju informacje można osiągnąć z powszechnie dostępnych źródeł, a gminy nie potrzebują dodatkowej edukacji w tym zakresie (a w zasadzie to byłby jedyny walor obligatoryjnego wykazu instalacji, gdyby nie przyznać mu konstytutywnego charakteru). Istota regulacji wynikającej z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. ma celu minimalizowanie ryzyka nienależytego wykonania zamówienia na odbieranie i zagospodarowywanie odpadów poprzez określenie już w ofercie instalacji, do których będą przekazywane. Brak zatem w ofercie Konsorcjum Interbud oświadczenia o instalacjach komunalnych prowadzi do niezgodności treści oferty z warunkami zamówienia i powoduje konieczność odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, czego Zamawiający zaniechał uczynić.

Niedopuszczalna również była próba konwalidowania przez Zamawiającego oferty Konsorcjum poprzez wystosowanie wezwania w trybie art. 126 ust. 2 ustawy do złożenia „aktualnego oświadczenia do wskazania instalacji komunalnych”, gdyż po pierwsze zmierzało to do niedopuszczalnego uzupełnienia treści oferty po upływie terminu składania ofert, po drugie takie oświadczenie nie stanowi podmiotowego środka dowodowego, o którym mowa w przepisie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp.

Zamawiający nie może określać zakresu podmiotowych środków dowodowych dopiero w momencie wystosowania wezwania do ich złożenia. Takie stanowisko potwierdza doktryna w komentarzu do art. 126 ustawy: *„Nie jest dopuszczalne, aby wykonawcy zostali poinformowani o zakresie wymaganych od nich podmiotowych środków dowodowych dopiero w momencie wezwania na podstawie komentowanego przepisu. Powoływanie się przez zamawiającego na ten przepis w sytuacjach innych, niż jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, celem pozyskania środków dowodowych od wszystkich wykonawców, należałoby uznać za działanie niezgodne z komentowanym przepisem.”* (A. Gawrońska-Baran [w:] E. Wiktorowska, A. Wiktorowski, P. Wójcik, A. Gawrońska-Baran, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 126.)

W treści SWZ na próżno poszukiwać w katalogu podmiotowych środków dowodowych oświadczenia o instalacji komunalnej, do której będą przekazywane odpady komunalne. Wręcz przeciwnie, z punktu 3.1.3.8. SWZ wyraźnie wynika, że oświadczenie o instalacjach komunalnych należało zawrzeć w ofercie. Zamawiający sam zatem zakwalifikował przedmiotowy element jako treść oferty.

Wymienionego oświadczenia nie można także umiejscowić w katalogu podmiotowych środków dowodowych w rozumieniu art. 7 pkt 15 Pzp. Zgodnie z definicją legalną zawartą w tym przepisie, przez podmiotowe środki dowodowe należy rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1. Oświadczenie o instalacjach komunalnych nie służy do potwierdzenia braku podstaw wykluczenia, gdyż nie można go powiązać z żadną z okoliczności wynikających zarówno z art. 108 ust. 1 ustawy Pzp, jak i art. 109 ust. 1 Pzp. Zamawiający nie postawił również w tym przedmiocie żadnego warunku udziału w postępowaniu. Dlatego też nie można przydać takiemu oświadczeniu waloru podmiotowego środka dowodowego. Zatem Zamawiający nie był uprawniony do wystosowania wezwania do jego złożenia na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp.

W konsekwencji zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył także przepis art. 16 pkt 1 ustawy Pzp, gdyż zaniechanie odrzucenia oferty Konsorcjum Interbud oraz niezasadne wezwanie tego oferenta do złożenia oświadczenia już po terminie składania ofert, jawi się jako złamanie jednej z naczelných zasad zamówień publicznych tj. zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Nie można mówić bowiem o równym traktowaniu wykonawców w sytuacji, kiedy z jednej strony Zamawiający wyraźnie żąda informacji o instalacjach komunalnych już w ofercie (do którego to obowiązku część wykonawców bezwzględnie się zastosowała), a z drugiej strony Zamawiający ignoruje ten wymóg i przyjmuje jako właściwą ofertę, która nie zawiera takiego oświadczenia.

W świetle powyższego, odwołanie jest konieczne i uzasadnione, dlatego Odwołujący wnosil jak w petitum.

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

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba uznała, iż Odwołujący wykazał interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 513 ustawy Pzp. Możliwość dokonania w sposób nieprawidłowy czynności badania i oceny ofert oraz wybór oferty najkorzystniejszej innego Wykonawcy

pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia, co stanowi jego materialną szkodę.

Zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyli wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia – konsorcjum w składzie: (1) Interbud Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu (Lider), (2) Ekola Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Radomiu oraz (3) Przedsiębiorstwo Usług Komunalnych „EKO – ESTETYKA” M. Spółka Jawna z siedzibą w Radomiu. Izba potwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła Wykonawcę jako Przystępującego po stronie Zamawiającego.

Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazywał, że wszelkie niejasności SWZ interpretować należy na korzyść wykonawców. Niejednoznaczności zapisów SWZ Przystępujący upatrywał w zamieszczeniu obowiązku wskazania instalacji komunalnych w rozdziale, który określał obowiązki Wykonawcy w toku realizacji przedmiotu zamówienia.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości.

Podkreślił, że wymagane oświadczenie o instalacjach komunalnych nie mieści się w katalogu podmiotowych środków dowodowych wskazanych w rozporządzeniu Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. *w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy*. Prawdą jest, że zastosowanie art. 126 ust. 2 ustawy PZP być może zostało użyte omylnie, jednakowoż, prawidłowym do zastosowania przepisem, który Zamawiający miał na myśli powinien być 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[...].”* Zamawiający widzi również możliwość zastosowania art. 128 ust. 4 ustawy PZP: *„Zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub złożonych podmiotowych środków dowodowych lub innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu”*.

Wskazanie instalacji w ofercie na podstawie art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. *o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* nie ma celowości, ponieważ w trakcie realizacji zamówienia Wykonawca może nawiązać kontrakt z nowymi, kolejnymi lub

dotychczasowymi instalacjami, do których może odwozić odpady z gminy. Obowiązek wskazywania tych instalacji stracił sens w momencie wejścia w życie *ustawy z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw*, zgodnie z którą nastąpiła zmiana zapisów: z regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych na instalacje komunalne. Najistotniejszym ze zmiany przepisów tej ustawy wydaje się art. 17 ust. 1 i 2, który opisuje wyraźnie przekształcenie regionalnych instalacji w instalacje komunalne. Odejście od regionalizacji podyktowane było brakiem mocy przerobowych ponad limit w regionalnych instalacjach, wyznaczonych przez Marszałków Województw. Poprzednie zapisy ustawy nakazywały przekazywanie odpadów zmieszanych oraz odpadów zielonych tylko do takich instalacji, które wpisane były na listę dla danego regionu.

Podsumowując Zamawiający podał w wątpliwość rangę obowiązku wskazania przez Wykonawców w swoich ofertach instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odpady, w takim sensie, że wskazanie, niewskazanie, błędne wskazanie, a nawet wprowadzenie w błąd Zamawiającego, nie jest przesłanką na tyle istotną na tym etapie postępowania, która bezpośrednio doprowadzałaby do odrzucenia oferty wykonawcy składającego najkorzystniejszą ofertę.

Brak wskazania przez konsorcjum w swojej ofercie instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odpady Zamawiający uznał za uchybienie, lecz niewystarczające do odrzucenia oferty wykonawcy. Zamawiający uznał za słuszną możliwość ostatniej szansy na uzupełnienie oświadczenia, w myśl zastosowania art. 128 ust. 1 ustawy PZP czyli uzupełnienia niekompletnych oświadczeń. Zamawiający nie zgadzał się z błędnie zastosowanym art. 126 ust. 2, które wskazuje Odwołujący, gdyż prawidłowe wezwanie do uzupełnienia oferty konsorcjum wynikało z chęci zastosowania innego przepisu art. 128 ust. 1 lub ust. 4 tj. czyli uzupełnienia niekompletnych oświadczeń. Nawet zaistnienie takiego „błędu” nie miało wpływu na wynik postępowania jak to próbuje udowodniać Odwołujący. Konsorcjum przesłało takie oświadczenie, zgodnie z wezwaniem i postawionym terminem przez Zamawiającego, dnia 17 września 2021 r., co ostatecznie uznał za wystarczające.

Na podstawie dokumentacji postępowania przekazanej przez Zamawiającego Izba ustaliła, że przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług polegających na odbiorze i zagospodarowaniu odpadów komunalnych powstających w nieruchomościach, na których zamieszkują mieszkańcy na terenie Gminy Jedlnia-Letnisko oraz z punktu selektywnej zbiórki odpadów komunalnych, wyposażenie nieruchomości w worki na odpady. Powierzchnia Gminy Jedlnia-Letnisko wynosi 65,57 km² i obejmuje 22 miejscowości.

Zgodnie z rozdziałem 3 SWZ do obowiązków wykonawcy w trakcie realizacji przedmiotu zamówienia będzie należało:

- przekazania niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej zgodnie z art. 29a ustawy o odpadach oraz przedstawienie Zamawiającemu jeden raz na miesiąc dowodów potwierdzających wykonanie tych czynności, tj. kwity wagowe (pkt 6),
- przekazywania selektywnie zebranych odpadów komunalnych do instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zgodnie z hierarchią postępowania z odpadami, o której mowa w art. 17 ustawy z dnia 14 grudnia 2012 r. o odpadach (pkt 7),
- wskazania w ofercie instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne (pkt 8).

Ponadto Wykonawca był zobowiązany wskazać w formularzu ofertowym (załącznik nr 1 do SWZ) części zamówienia, których wykonanie zamierza powierzyć podwykonawcom i podać firmy (oznaczenie przedsiębiorstwa) podwykonawców.

Zgodnie z § 3 pkt 20 wzoru umowy będącego częścią SWZ do obowiązków Wykonawcy należało wskazanie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których jest obowiązany przekazać odebrane odpady komunalne z terenu Gminy Jedlnia-Letnisko.

W postępowaniu oferty złożyło dwóch wykonawców: Odwołujący i Przystępujący.

Zamawiający na podstawie art. 126 ust. 2 ustawy Pzp oraz SWZ wezwał Przystępującego do złożenia aktualnego na dzień złożenia oświadczenia o którym mowa w 3.1.3.8 SWZ:

- 1) wskazania instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Przystępujący złożył oświadczenie, w którym podał, że posiada podpisane umowy z:

1. Przedsiębiorstwem Produkcyjno Usługowo Handlowym „RADKOM” Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Witosa 76, 26-600 Radom,
 2. Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ul. Dęblińska 2, 24 – 100 Puławy
- i w trakcie trwania kontraktu będzie przekazywać odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie w całości zasługiwało na uwzględnienie.

Między stronami niesporne było, że w postępowaniu na odbiór i zagospodarowanie odpadów zamawiający jest obowiązany żądać od wykonawców wskazania w ofertach instalacji, w których nastąpi zagospodarowanie odpadów komunalnych, zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przepis ten stanowi, że *„Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów”*. Przepis ten nie ma charakteru warunkowego, jego treść nie pozwala na wniosek, że zamawiający może a nie musi żądać od wykonawcom wskazania odpowiednich instalacji. Z przywołanej regulacji jednoznacznie wynika, że zamawiający jest zobowiązany nakazać w dokumentach zamówienia wskazanie takich instalacji, a wykonawca ma obowiązek je wskazać.

Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego i Przystępującego, że regulacja art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ma martwy charakter, ponieważ po podpisaniu umowy wykonawca może podpisać umowę z inną instalacją. Odróżnić w ocenie Izby należy możliwość zmiany instalacji w trakcie wykonywania zobowiązania umownego, co może mieć różne przyczyny, zwłaszcza jeżeli kontrakty są kilkuletnie od podania na etapie składania oferty w jaki sposób dany Wykonawca zamierza realizować zobowiązanie umowne na etapie składania oferty. Możliwość zmiany instalacji nie oznacza, że nie istnieje konieczność pierwotnego określenia zakresu zobowiązania umownego Wykonawcy w ofercie. Takim zakresem zobowiązania o charakterze związanym z przedmiotem zamówienia jest wskazanie instalacji, która spełnia wymogi przepisów prawa i zdolna jest do przyjęcia ilości odpadów z terenu zamawiającego.

Udostępniona wykonawcom SWZ w przedmiotowym postępowaniu obowiązek wskazania w ofercie instalacji, w tym instalacji komunalnych, do których Wykonawca będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady komunalne zawierała w rozdziale odnoszącym się do obowiązków Wykonawców związanych z realizacją przedmiotu zamówienia. Być może umieszczenie powyższego wymogu wśród obowiązków dotyczących etapu po podpisaniu umowy z wybranym Wykonawcą miało niefortunny charakter, tym niemniej sam wymóg wskazania instalacji w sposób jasny i klarowny odnosił się do momentu złożenia oferty. W ocenie Izby nie ulegało wątpliwości, że oferta danego wykonawcy winna była zawierać wskazanie instalacji, do której będą przekazywane odpady. Sam natomiast sposób ujęcia danej informacji w ofercie pozostawał w gestii wykonawcy, który mógł złożyć odrębne oświadczenie, wskazać instalację w formularzu oferty, czy też złożyć choćby wyciąg z umowy z daną instalacją lub zobowiązanie do podpisania takiej

umowy. Okoliczność, że Zamawiający w przedmiotowym zakresie wymagał jedynie oświadczenia, a nie wymagał innych dokumentów ten fakt potwierdzających, jest irrelevantna. Zauważyć bowiem należy, iż Zamawiający może polegać jedynie na oświadczeniach wykonawców, z których wynika, że spełniają oni warunki udziału w postępowaniu, w tym warunki odnoszące się do przedmiotu zamówienia. Dezawuowanie charakteru takiego oświadczenia przez Przystępującego Izba uznaje za nieuprawnione.

W dalszej kolejności dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający ocenia ważność i zgodność złożonych ofert z SWZ na dzień ich złożenia. Bezspornym było, że na dzień składania ofert Przystępujący w ofercie instalacji nie wymienił, uczynił to dopiero na wezwanie Zamawiającego. Jak już podkreślono w niniejszym orzeczeniu, niewątpliwie także obowiązek podania instalacji wynikał z zapisów SWZ. Jeżeli więc wymagane oświadczenie nie zostało złożone, to w ocenie Izby nie zachodziły przesłanki umożliwiające danemu wykonawcy uzupełnienie takiego dokumentu po terminie składania ofert. Wbrew twierdzeniom Zamawiającego do takiej sytuacji nie mógł znaleźć zastosowania ani art. 128 ustawy Pzp, ani zastosowany przez Zamawiającego art. 126 ustawy Pzp. Regulacje te odnoszą się do podmiotowych środków dowodowych, dotyczących właściwości podmiotowych wykonawcy. Sam Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie przyznał, że wymóg wskazania w ofercie instalacji nie miał takiego charakteru. Przepisy art. 126 i art. 128 ustawy Pzp odnoszą się do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający nie zdecydował również, że obowiązek wskazania instalacji będzie miał charakter przedmiotowego środka dowodowego, odnoszącego się do treści przedmiotu zamówienia. Takiego ujęcia wymogu nie potwierdzają ani zapisy ogłoszenia o zamówieniu, ani treść SWZ. Oznacza to, że wolą Zamawiającego było uczynienie wymogu treścią oferty. Jeżeli w treści oferty wymóg wskazania instalacji nie został spełniony, to w ocenie Izby, Odwołujący w odwołaniu słusznie wywodzi, że taka oferta niezgodna jest z zapisami dokumentów zamówienia i winna podlegać odrzuceniu. Okoliczność braku wskazania w ofercie Przystępującego instalacji nie mogła być w żaden sposób konwalidowana. Nie było uprawnione wzywanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów, bowiem tego rodzaju treść oferty jest nieuzupełniana. Wezwanie do uzupełnienia spowodowało, że powstała „nowa treść oferty”, pierwotnie z dokumentów Przystępującego niewynikająca, a tym samym doszło do nieuprawnionej na gruncie przepisów ustawy Pzp zmiany treści oferty.

Okoliczności te nie mogły podlegać wyjaśnieniom, bowiem nie istniała treść oferty, która podlegać mogła interpretacji.

Na potrzebę wyjaśnienia treści oferty niejednokrotnie wskazywało orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, które dopuszcza w drodze wyjątku od zasady -

że to na wykonawcy spoczywa obowiązek sporządzenia oferty w sposób nie budzący wątpliwości interpretacyjnych, by możliwe było zwrócenie się zamawiającego do odwołującego, aby dane z oferty mogły zostać skorygowane lub uzupełnione w pojedynczych aspektach w szczególności w związku z tym, że wymagają zwykłego wyjaśnienia, lub by usunąć oczywiste błędy rzeczowe, pod warunkiem, że owe zmiany nie doprowadzą do przedstawienia w rzeczywistości nowej oferty.(...) Celem instytucji wezwania do wyjaśnień jest umożliwienie wykonawcy uzasadnienia poważnego charakteru przedstawionej oferty w sposób kompletny i użyteczny. (wyrok TSUE z 29 marca 2012 r. w sprawie C-599/10 SAG ELV Slovensko a.s.). W przedmiotowej sprawie treść oferty, która mogłaby podlegać wyjaśnieniom nie istniała, choć Przystępujący był zobowiązany postanowieniami SWZ do wskazania instalacji komunalnych. Zatem kwestia braku podania w ofercie Przystępującego tego zakresu oświadczenia woli nie mogła w ocenie Izby podlegać wezwaniu do złożenia wyjaśnień. Treść oferty związana ze wskazaniem instalacji nie istniała bowiem w momencie jej złożenia. Podkreślić należy, że w przypadku występowania okoliczności jednoznacznie wskazujących na niezgodność treści oferty z treścią SWZ, zamawiający nie ma obowiązku wyjaśniania treści takiej oferty.

Stanowisko zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie, że *„wskazanie, niewskazanie, błędne wskazanie, a nawet wprowadzenie w błąd Zamawiającego, nie jest przesłanką na tyle istotną na tym etapie postępowania, która bezpośrednio doprowadzałaby do odrzucenia oferty”*, nie zasługiwało na aprobatę. Dostrzeżenia wymaga, że Zamawiający jest gospodarzem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i autorem SWZ. Dokumentem tym Zamawiający określa jakie warunki uznaje za istotne w przedmiocie zamówienia, kształtując tym samym treść oferty. Obowiązkiem wykonawców zainteresowanych danym postępowaniem jest wypełnienie tych wymagań. Odstąpienie od ustalonych wymogów przez Zamawiającego po terminie składania ofert jest niedopuszczalne. Upływ tego terminu zamyka Zamawiającemu możliwość zmiany swoich wymagań a dla Wykonawców jest momentem, z którym klaruje się treść ich oświadczenia woli pod postacią oferty. Każdy z wykonawców, który złoży ofertę musi być przez Zamawiającego oceniany w ten sam sposób, z uwzględnieniem tych samych kryteriów podmiotowych i przedmiotowych. Nie jest możliwe uznanie po upływie terminu składania ofert ustalonych w SWZ wymogów za bardziej lub mniej istotne. Wszystkie wynikające z SWZ obowiązki powinny znaleźć odzwierciedlenie w treści oferty i w zestawieniu „wymóg SWZ - treść oferty” Zamawiający winien dokonać oceny.

Reasumując, skład orzekający Izby uważa, że w nieuprawniony sposób dokonano w prowadzonym postępowaniu wyboru oferty najkorzystniejszej, co prowadziło do naruszenia zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i skutkować musiało uwzględnieniem odwołania zgodnie z wyrażonymi w nim żądaniami.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 2 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Przewodniczący:

.....