

**WYROK**

**z dnia 16 lutego 2023 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:**

**Przewodniczący: Beata Konik**

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie 14 lutego 2023 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 2 lutego 2023 roku przez odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **RDF spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce i MPK Pure Home spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Gminę Wyszków**, przy udziale wykonawcy **D. A. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu w zakresie wszystkich części postępowania: unieważnienie czynności z 23 stycznia 2023 r., polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej oraz na odrzuceniu oferty Odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia RDF spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce i MPK Pure Home spółki z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce, a następnie dalsze badanie i ocenę ofert.
2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Zamawiającego i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz po **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych, zero groszy), stanowiącą koszt poniesiony przez Odwołującego i Zamawiającego z tytułu zastępstwa przed Izbą.

- 2.2. Zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą sumę kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu zastępstwa przed Izbą oraz z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze 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

Gmina Wyszaków, (dalej: „Zamawiający”) prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Wyszaków w latach 2023 – 2024”, numer referencyjny: ROZ.271.58.2022, odwołanie dotyczy wszystkich części.

Przedmiotowe postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest prowadzone na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 26 października 2022 nr 2022/S 207-591338.

W postępowaniu tym wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia (dalej: „Odwołujący”) RDF spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce i MPK Pure Home spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ostrołęce złożyli odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wobec czynności Zamawiającego polegających na:

- 1) wyborze oferty wykonawcy Partner D. A., jako najkorzystniejszej w zakresie wszystkich trzech części zamówienia;
- 2) odrzuceniu oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp w zakresie dotyczącym wszystkich trzech części zamówienia;
- 3) zaniechaniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zakresie wszystkich trzech części zamówienia.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 oraz 3 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, mimo tego że jej treść jest zgodna z warunkami zamówienia postawionymi przez Zamawiającego w niniejszym Postępowaniu. Zamawiający nie nałożył w SWZ na wykonawców obowiązku zawarcia w treści oferty wykazu instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odebrane odpady w celu ich zagospodarowania, związku z czym brak było podstaw do uznania, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia, które nie zostały wprost wyartykułowane przez Zamawiającego w SWZ. W takich okolicznościach odrzucenie

oferty Odwołującego stanowi nie tylko przejaw złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, ale także zasady przejrzystości i proporcjonalności w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

- 2) art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 253 ust. 1 Pzp przez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji, gdy nie jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów, w tym także na podstawie przepisów ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022 r., poz. 2519 j.t. ze zm.), dalej jako „ucpg”, a co najmniej w sytuacji, gdy nieważności tej Zamawiający nie wykazał w piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r. informującym o odrzuceniu oferty Odwołującego. W takich okolicznościach odrzucenie oferty Odwołującego stanowi nie tylko przejaw złamania przez Zamawiającego zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w Postępowaniu, ale także zasady przejrzystości w prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienie czynności wyboru oferty Partner D. A. jako najkorzystniejszej w zakresie wszystkich trzech części zamówienia;
- 2) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego;
- 3) ponowne badanie i ocenę ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał, co następuje.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że ma interes we wniesieniu odwołania. Odwołujący wskazał, że jest uczestnikiem tego postępowania. Odwołujący argumentował, że w wyniku działań i zaniechań Zamawiającego, oferta Partner D. A. została uznana za najkorzystniejszą, a oferta Odwołującego została niezasadnie odrzucona. Tymczasem, w ocenie Odwołującego, złożył on Zamawiającemu najkorzystniejszą ofertę w ramach wszystkich trzech części zamówienia. Ponadto Odwołujący wskazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta odpowiada wymogom Specyfikacji Warunków Zamówienia (SWZ). W konsekwencji to właśnie oferta Odwołującego powinna być, w jego ocenie, uznana za najkorzystniejszą w rozumieniu SWZ i przepisów prawa. Zamiast jednak tego, oferta Odwołującego została w sposób bezzasadny odrzucona. Odwołujący wskazał, że szkoda, jaką może ponieść w wyniku zaskarżonych czynności Zamawiającego, odpowiada więc co najmniej zyskowi, jaki uzyskałby Odwołujący, realizując zamówienie.

Następnie Odwołujący wyjaśnił, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów

komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Wyszków w latach 2023 – 2024. Przedmiot zamówienia zakłada odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, w tym:

- 1) odbieranie odpadów komunalnych niesegregowanych (zmieszanych);
- 2) odbieranie odpadów segregowanych;
- 3) odbieranie odpadów wielkogabarytowych i zużytego sprzętu elektrycznego i elektronicznego;
- 4) odbieranie odpadów ulegających biodegradacji, ze szczególnym uwzględnieniem bioodpadów.

Przedmiot zamówienia obejmuje także zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, w tym z hierarchią postępowania z odpadami, w tym: poprzez przekazanie niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt 1 ustawy o odpadach lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach, zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych poprzez przekazanie ich do recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania.

Odwołujący wskazał, że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia Zamawiający zamieścił w Opisie Przedmiotu Zamówienia (dalej jako „OPZ”). Warunki jego realizacji zostały zawarte przez Zamawiającego w Projektowanych postanowieniach umowy (dalej jako „PPU”). Zgodnie z pkt 5.1 SWZ przedmiot zamówienia został podzielony na trzy części:

- 1) Część I – Sektor I;
- 2) Część II – Sektor II;
- 3) Część III – Sektor III.

W zakreślonym przez Zamawiającego terminie swoje oferty na realizację wszystkich części zamówienia złożyło trzech wykonawców, przy czym to oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą według kryteriów oceny ofert. Mimo to, pismem z dnia 23 stycznia 2023 r., Zamawiający zawiadomił Odwołującego o odrzuceniu jego oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg. Swoją decyzję Zamawiający uzasadnił tym, że Odwołujący nie wskazał w treści oferty, mimo takiego wymogu wynikającego z § 15 Projektowanych Postanowieniach Umowy stanowiących Załącznik nr 11 do SWZ, instalacji komunalnych, do których Wykonawca miałby przekazywać odebrane odpady komunalne.

Odwołujący podkreślił, że Zamawiający zdecydował się na odrzucenie ofert dwóch wykonawców (z trzech złożonych w Postępowaniu), zarzucając im nie tylko niezgodność z SWZ, ale też nieważność ofert. Istotne dla niniejszej sprawy jest to, że Zamawiający zastosował względem wykonawców przepisy sankcyjne mimo tego, że żadne z postanowień

SWZ nie zobowiązywało wykonawców wprost do tego, aby wskazać w ofercie listę instalacji, do których będą kierowane odpady. Działanie Zamawiającego jest tym bardziej zaskakujące, że dwóch wykonawców dokładnie w taki sam sposób odczytało nałożone na nich obowiązki wyartykułowane przez Zamawiającego w SWZ. Co więcej, Zamawiający zastosował względem wykonawców najbardziej dotkliwą z sankcji (odrzućenie ofert), choć oferta Odwołującego jest tańsza od oferty Partner D. A. o blisko 1,5 mln złotych (1.431.507,22 zł).

#### Ad zarzutu nr 1.

Odwołujący wskazał, że Zamawiający stoi na stanowisku, że oferta Odwołującego jest niezgodna z warunkami zamówienia. Niezgodności tej upatruje przy tym w fakcie niepodania przez Odwołującego w złożonej przez niego ofercie informacji o instalacjach, do których zamierza on przekazywać odpady. Natomiast w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zawarł w SWZ żadnego postanowienia, z którego wynikałby obowiązek wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady odebrane w ramach realizacji zamówienia w celu ich zagospodarowania.

Odwołujący podkreślił, że przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp ma charakter sankcyjny, co oznacza, że skorzystanie z niego i przypisanie wykonawcy niezgodności jego oferty z warunkami zamówienia musi być niewątpliwe i jednoznaczne. Z taką sytuacją nie mamy do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy – oferta Odwołującego, merytorycznie oferowane przez niego świadczenie, jest zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego. Zdaniem Odwołującego, z żadnego postanowienia SWZ nie wynikał obowiązek wskazywania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady.

Odwołujący wskazał, że zgodnie z zapisami rozdziału 14.5. SWZ „*Sposób i termin składania i otwarcia ofert*”, wraz z ofertą wykonawcy zobowiązani byli złożyć wyłącznie następujące dokumenty:

- 1) JEDZ;
- 2) Formularz – szczegółowa kalkulacja ceny, zgodnie z załącznikiem nr 10 do SWZ;
- 3) Zobowiązanie innego podmiotu, o którym mowa w pkt 11.2 SWZ – Załącznik nr 6 (jeżeli dotyczy);
- 4) Oświadczenie podmiotu udostępniającego zasobu – Załącznik nr 6a (jeżeli dotyczy);
- 5) Oświadczenie wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia, o którym mowa w pkt 12.2 SWZ – Załącznik nr 7 – art. 117 ust. 4 Pzp (jeżeli dotyczy);
- 6) Oświadczenie wykonawcy/ wykonawcy wspólnie ubiegającego się o udzielenie zamówienia – Załącznik nr 8 do SWZ;
- 7) Dowód wniesienia wadium.

Odwołujący zwrócił uwagę, że żaden z tych punktów nie stanowi o obowiązku złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady

komunalne. Co więcej, treść samego formularza ofertowego również nie zawierała dodatkowej pozycji, w której wykonawcy mieliby wskazać instalacje, ani żadnego pouczenia, że wykonawca zobowiązany jest stworzyć dodatkowy załącznik i dołączyć go do swojej oferty.

Odwołujący wskazał też, że w treści OPZ Zamawiający również nie nałożył na wykonawców obowiązku złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji, do których zamierza on kierować odpady. W OPZ Zamawiający zastrzegł, że: „Zagospodarowanie odebranych odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa w tym hierarchią postępowania z odpadami, w tym:

1) poprzez przekazanie niesegregowanych (zmieszane) odpady komunalne do instalacji komunalnej, o której mowa w art. 38b ust. 1 pkt. 1 ustawy o odpadach i/lub instalacji przeznaczonej do termicznego przekształcania odpadów komunalnych zgodnie z przepisami ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach,

2) zagospodarowanie selektywnie zebranych odpadów komunalnych poprzez przekazanie ich do recyklingu, odzysku lub unieszkodliwiania” (vide: str.1 akapit 1 OPZ).

Odwołujący wskazał na treść pkt 1.46 OPZ oraz pkt 1.61-1.64 OPZ. Zdaniem Odwołującego z żadnego z powyższych zapisów (ani innego zapisu OPZ) nie wynikało oczekiwanie Zamawiającego, żeby wykonawcy wskazali w ofercie listę instalacji, do których zamierzają kierować odebrane odpady komunalne celem ich zagospodarowania. Wydaje się wręcz, że w świetle powyższych zapisów (w szczególności pkt 1.61 OPZ) konkretyzacja listy instalacji miała nastąpić dopiero na etapie podpisywania umowy. Tym bardziej nie można więc czynić zarzutu Odwołującemu i przypisywać jego ofercie cech niezgodności z warunkami zamówienia w sytuacji, gdy Zamawiający nie wyartykułował wprost konieczności wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza przekazywać odpady komunalne. W zaistniałym stanie faktycznym obiektywnie nie sposób wskazać, w jakim zakresie merytoryczna część oferty Odwołującego nie odpowiada wymogom postawionym przez Zamawiającego.

W ocenie Odwołującego (wbrew twierdzeniu Zamawiającego wyrażonemu w piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r.) zobowiązanie do wskazania w ofercie listy instalacji nie zostało także nałożone na wykonawców postanowieniami PPU, w tym także postanowieniami §15 PPU. Odwołujący wskazał, że w §3 ust. 20 i 21 PPU Zamawiający zobowiązał wykonawcę do:

1) przekazywania odebranych od właścicieli nieruchomości odpadów komunalnych do zagospodarowania zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa, z zachowaniem hierarchii postępowania z odpadami;

2) przekazywania odebranych odpadów komunalnych podmiotom posiadającym wymagane prawem zezwolenia na zagospodarowanie odpadów.

Nie sposób stwierdzić, aby oferta Odwołującego była niezgodna z tymi postanowieniami, zwłaszcza, że składając ofertę w Postępowaniu, w treści Formularza ofertowego zobowiązał się on do „*wykonania i zakończenia oferowanych prac zgodnie ze Specyfikacją Warunków Zamówienia wraz z załącznikami oraz warunkami umowy [...]*” (vide: str. 1 Formularza ofertowego). Tym samym merytoryczna oferta Odwołującego, jest zgodna z oczekiwaniami i warunkami postawionymi przez Zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę na treść całego §15 PPU, z której wywodzi że wobec wykonawcy wynikają dwa następujące obowiązki:

- 1) zapewnienia zagospodarowania odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującymi przepisami, w tym zapewnienia zagospodarowania całego strumienia odpadów;
- 2) zawarcia odpowiednich umów, umożliwiających mu przekazywanie odpadów odebranych w ramach niniejszej umowy.

Odwołujący podkreślił, że składając ofertę w Postępowaniu i składając Zamawiającemu Formularz ofertowy przyjął na siebie również i te obowiązki i złożył Zamawiającemu stosowną deklarację, a więc jego oferta jest zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. Odwołujący następnie argumentował, że Zamawiający, w piśmie z 23 stycznia 2023 r., próbuje wywodzić obowiązek nałożony na wykonawców do wskazania w treści oferty instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady na postawie jednego zapisu PPU, który stanowi, że: „*Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji*”. W ocenie Odwołującego z brzmienia tego zapisu w żadnym wypadku nie sposób wywieść obowiązku wskazania w formularzu ofertowym (lub załącznikach do oferty) listy instalacji. Zdaniem Odwołującego po pierwsze, z zapisu tego nie wynika żaden obowiązek nałożony na wykonawcę na etapie składania oferty. Po drugie, nie sposób nawet stwierdzić, że wyrażenie „*Zgodnie z ofertą Wykonawcy*” odnosi się w ogóle do „*instalacji*”, a nie do poszczególnych „*rodzajów odpadów*”, które (w przeciwieństwie do instalacji) były wskazywane w treści Formularza – szczegółowa kalkulacja ceny, zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Tak to właśnie odczytywał Odwołujący. Zapis ten jest więc co najmniej niejednoznaczny. Prezentowana na obecnym etapie przez Zamawiającego interpretacja zapisu, z której Zamawiający wywodzi rzekomy obowiązek wskazywania instalacji w treści oferty, nie może być podstawą do zastosowania względem wykonawcy przepisu sankcyjnego, jakim jest przepis art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp.

Ponadto, zdaniem Odwołującego, niezależnie od kwestii niejednoznaczności ww. zapisu, dla niniejszej sprawy kluczowe wydaje się być odczytanie §15 PPU w całości, a nie wyłącznie jednego postanowienia umowy. Odwołujący zwrócił uwagę, że znamienne jest, że Zamawiający w piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r. przywołuje jedynie zapis §15 ust. 1 pkt 2



PPU (i z niego wywodzi obowiązek nałożony na wykonawców wskazywania w ofercie instalacji), a całkowicie pomija brzmienie ust. 2 tego drugiego paragrafu, który stanowił, że: *„Odpady podlegające obowiązkowi zagospodarowania w instalacji komunalnej, wykonawca będzie przekazywał do zagospodarowania w instalacji/ instalacjach komunalnych”*. Odwołujący zwraca uwagę, że w tym zapisie brak jest analogicznego odwołania się do *„oferty wykonawcy”*. Skoro tak, to lista instalacji, która rzekomo (na takim stanowisku stoi obecnie Zamawiający) miała być wskazana w ofercie, nie obejmowała nawet instalacji komunalnych. Zamawiający dokonuje bowiem w OPZ rozróżnienia na instalacje i instalacje komunalne (np. pkt 1.62 OPZ), a koncepcja forsowana przez Zamawiającego na obecnym etapie prowadzi do wniosku, że wykonawca nie musiał wskazywać w swojej ofercie instalacji komunalnych, do których będzie kierował odpady. To wszystko, zdaniem Odwołującego, jasno dowodzi niekonsekwencji po stronie Zamawiającego i niespójności jego argumentacji.

Odwołujący przekonywał, że doświadczenie życiowe wskazuje, że gdyby rzeczywiście intencją Zamawiającego było nałożenie na wykonawców obowiązku wskazania w ofercie instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady odebrane w związku z realizacją zamówienia, to obowiązek ten dotyczyłby w pierwszej kolejności instalacji komunalnych, w których następuje zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych. Strumień tych odpadów jest bowiem największy i zdecydowanie dominuje nad strumieniem pozostałych odpadów. Zresztą przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, do którego odwołuje się Zamawiający, stanowi wyraźnie, że 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”*. Uwaga ustawodawcy skupiona jest więc w pierwszej kolejności na instalacjach komunalnych.

Tymczasem §15 ust. 2 PPU nie zawiera jakiegokolwiek odwołania przez Zamawiającego do oferty wykonawcy i zawartego w niej wykazu instalacji komunalnych. To z kolei tylko potwierdza wcześniej wyrażone przez Odwołującego stanowisko, że wskazane w §15 ust. 1 pkt 2 *„Zgodnie z ofertą Wykonawcy”* w rzeczywistości nie odnosiło się do wykazu instalacji, tylko do rodzaju odpadów w rozumieniu SWZ, wskazanego w Formularzu – szczegółowa kalkulacja ceny.

W ocenie Odwołującego z żadnego postanowienia SWZ (ani jej załączników) nie wynika, aby Zamawiający nałożył na wykonawców obowiązek wskazania w ofercie instalacji,

do których zamierza kierować odebrane z terenu gminy odpady w celu ich zagospodarowania. Odwołujący przypomniał, że w orzecznictwie podkreśla się natomiast, że zastosowanie względem wykonawcy przepisu art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp wymaga uprzedniego zidentyfikowania jednoznacznego postanowienia SWZ, z którego wynikałby określony obowiązek nałożony na wykonawcę, którego oferta wykonawcy nie spełnia. Z taką sytuacją na pewno nie mamy do czynienia w niniejszym stanie faktycznym. Odwołujący zaznaczył, że ma świadomość, że przedmiotem rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą były już sprawy, na skutek których oferty wykonawców, z uwagi na brak wskazania w ofercie listy instalacji, podlegały odrzuceniu, ale zwrócił uwagę, że dla każdej sprawy istotny jest stan faktyczny i to, w jaki sposób zamawiający sformułował postanowienia SWZ. Odwołujący podkreślił, że w każdej ze spraw, która koncentrowała się wokół wykazu instalacji, kluczowe było ustalenie, czy taki wykaz był rzeczywiście (w sposób niebudzący wątpliwości) wymagany przez zamawiającego w SWZ.

Odnosząc się do pisma Przystępującego z 8 grudnia 2022 r. Odwołujący wskazał, że w wyrokach Izby w sprawach o sygnaturze akt:

1) KIO 21/22 Izba wskazała: *„wymóg ten w sposób niebudzący żadnych wątpliwości wynikał ze Szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego nierozłączną część SWZ, w związku z czym nie sposób uznać, że załącznik ten nie stanowił dokumentacji niniejszego postępowania.”*

Wyrok ten przywołał też w swoim piśmie informacyjnym do Zamawiającego wykonawca Partner D. A., przy czym w tamtej sprawie (Odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gminy Leoncin oraz wyposażenie w pojemniki, odbiór i zagospodarowanie odpadów z gm. PSZOK w roku 2022) w OPZ zamieszczony był następujący zapis: *„Wykonawca zobowiązany jest w swojej ofercie, wskazać Zamawiającemu instalacje, do których będzie przekazywać odpady”*.

Odwołujący podkreślił, że jest to wyraźne, jednoznaczne zobowiązanie zawarte w OPZ tamtego postępowania. To zupełnie nie przystaje do stanu faktycznego w niniejszym Postępowaniu, gdzie brak jest analogicznego zobowiązania nałożonego na wykonawców.

2) KIO 2348/22 (wyrok przywołany w sprawie KIO 21/22, cytowany w piśmie wykonawcy Partner D. A.) – Odwołujący podkreślił, że w tej sprawie Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, który zdecydował się nawet na unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na jego wadę właśnie wobec niejednoznaczności postanowień SWZ, pomimo tego, że w OPZ tamtego postępowania zostało zawarte postanowienie w następującym brzmieniu: *„Wykonawca zobowiązany jest do wskazania instalacji komunalnej, do której będzie kierował odbierane odpady komunalne (obowiązkowo zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone) oraz inne instalacje dotyczące pozostałych frakcji odpadów jeżeli nie będzie to instalacja komunalna.”* Mimo to,

nie było jednoznacznego wskazania, że zobowiązanie dotyczy oferty wykonawcy. W efekcie jeden z wykonawców nie wskazał w swojej ofercie instalacji, a drugi wykonawca takiego wskazania dokonał. W takich okolicznościach, pomimo takiego zapisu OPZ, Izba potwierdziła stanowisko zamawiającego, że *„Tym samym w wyniku działań zamawiającego postępowanie zostało obarczone wadą, ponieważ nie zobowiązał on w SIWZ wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, będzie obowiązany przekazać odebrane odpady.”*

Odwołujący raz jeszcze podkreślił, że takie zobowiązanie nie zostało na wykonawców nałożone w SWZ przygotowanej przez Zamawiającego dla niniejszego Postępowania. Nie jest wobec tego dla Odwołującego zrozumiałe jak zatem w takich warunkach można odrzucić ofertę Odwołującego, która nie dość, że spełnia wszystkie warunki zamówienia, to jeszcze jest obiektywnie najkorzystniejszą w Postępowaniu i najtańszą, co także powinno mieć znaczenie dla Zamawiającego.

Odwołujący ponownie zaakcentował stanowisko Izby z wyroku z dnia 17 czerwca 2022 r., sygn. akt: KIO 1441/22, gdzie Izba raz jeszcze zwracała uwagę na konieczność szczegółowej analizy postanowień SWZ i wymogów, jakie zamawiający nałożył na wykonawców w danym postępowaniu. Oddalając odwołanie wykonawcy, który domagał się odrzucenia oferty konkurenta z uwagi na brak wskazania listy instalacji Izba wskazywała następująco: *„W niniejszej sprawie zasadniczym pozostawało odniesienie się przede wszystkim do wymagań opisanych w swz. Przede wszystkim zapisy swz nie zobowiązywały wykonawców do objęcia treścią oferty informacji o instalacji, chociaż wymóg dotyczący posiadania umów z instalacją stanowił element treści stosunku zobowiązaniowego. Należy jednak rozróżnić zakres informacji wymaganych na etapie sporządzenia oferty od zakresu przedmiotu zamówienia i wymagań dotyczących etapu jego realizacji. To Zamawiający określa w dokumentach zamówienia, jakie informacje są niezbędne do wyboru oferty, co nie oznacza, iż w zakresie w jakim nie ma konieczności potwierdzenia konkretnych wymagań, wykonawca zostaje zwolniony z ich dotrzymania na etapie realizacji prac. Tym samym w formularz oferty oprócz oświadczeń generalnych, potwierdzających zgodność oferty z wymaganiami zamawiającego, znajdują się oświadczenia doprecyzowujące zakres świadczenia, w zakresie w jakim wymaga tego zamawiający. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie wymagał podania konkretnych instalacji, w których odpady będą zagospodarowywane, co nie oznacza, iż wykonanie zamówienia może odbywać się z naruszeniem zasad obowiązujących dla gospodarki odpadami komunalnymi. Wykonawcy zobowiązali się bowiem do zawarcia umowy i jej realizacji na warunkach określonych we wzorze, w którym Zamawiający wskazał na konieczność przedłożenia umów z instalacją komunalną przed zawarciem umowy w sprawie zamówienia publicznego.”*

Podobnie Odwołujący w niniejszym Postępowaniu zobowiązał się w sposób jednoznaczny do tego, aby wykonać zamówienie zgodnie z wymogami postawionymi przez Zamawiającego w SWZ. Zdaniem Odwołującego jego oferta jest zgodna z warunkami zamówienia, jakie postawił Zamawiający, a Zamawiający ma możliwość zbadania oferty Odwołującego pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia. Odwołujący złożył stosowne oświadczenia w swojej ofercie.

Reasumując, w ocenie Odwołującego, Zamawiający nie zawarł w SWZ jednoznacznego postanowienia, które nakładałoby na wykonawców obowiązek wskazywania w ofercie listy instalacji, do których wykonawca zamierza kierować odpady odebrane w toku realizacji zamówienia. Wobec powyższego z faktu niewskazania przez Odwołującego takich informacji w jego ofercie nie można względem Odwołującego wyciągnąć sankcji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp. Zastosowanie tego przepisu wiąże się z koniecznością wskazania, na czym dokładnie polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie, jaki element oferty Odwołującego jest niezgodny, z jakim (jednoznacznym, niebudzącym wątpliwości interpretacyjnych) postanowieniem SWZ. Tymczasem w SWZ brak jest jednoznacznego postanowienia o obowiązku wskazywania w ofercie instalacji, a przywołany przez Zamawiającego §15 ust. 1 pkt 2 PPU nie tylko o takim obowiązku nie stanowi, ale też budzi uzasadnione wątpliwości co do tego, czy odwołanie się przez Zamawiającego do „oferty wykonawcy” w ogóle odnosiło się do instalacji. Powyższe argumenty, w kontekście decyzji Zamawiającego, są o tyle istotne, że stanowisko Zamawiającego (co do jego oczekiwań względem wykonawców) wydaje się niespójne przede wszystkim w odniesieniu do §15 ust. 2 PPU. Odwołujący przypomniał też, że ewentualne wątpliwości co interpretacji SWZ powinny być rozstrzygnięte na korzyść wykonawcy.

W ocenie Odwołującego, w zaistniałym stanie faktycznym odrzucenie oferty Odwołującego stanowi też dodatkowo naruszenie art. 16 Pzp. Zdaniem Odwołującego Zamawiający naruszył przepis art. 16 pkt 1 Pzp, bowiem zastosował względem Odwołującego sankcję, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, w sytuacji gdy stworzone przez Zamawiającego warunki, w jakich składane były oferty, wobec braku jednoznacznego wyartykułowania jego oczekiwań co do wskazania w ofercie instalacji, nie pozwoliły wykonawcom na konkurowanie w równych warunkach. Przypomnieć należy, że dwóch z trzech wykonawców zrozumiało SWZ dokładnie tak samo, tj. że na etapie składania ofert nie jest konieczne składanie wykazu instalacji. Mimo to, Zamawiający zdecydował się na odrzucenie tych ofert, choć nie sposób wskazać przepis w SWZ, z którego w sposób niebudzący wątpliwości wynikałby obowiązek wskazywania w ofercie instalacji. W takich

w warunkach odrzucenie oferty Odwołującego jest wręcz działaniem dyskryminującym względem wykonawcy.

Z kolei wyrażona w art. 16 pkt 2 Pzp zasada przejrzystości oznacza m.in., że Zamawiający winien był opisać przedmiot zamówienia w sposób jasny i jednoznaczny tak, aby wykonawca nie miał wątpliwości z odczytaniem intencji Zamawiającego, a nie formułować takie oczekiwania (wskazanie instalacji wraz z ofertą) na etapie badania i oceny ofert przez Zamawiającego i na tej podstawie podejmować decyzję o odrzuceniu oferty wykonawcy z Postępowania.

Zdaniem Odwołującego, działanie Zamawiającego, stanowi też naruszenie przez niego zasady proporcjonalności (art. 16 pkt 3 Pzp). Zamawiający podejmuje bowiem radykalną decyzję o odrzuceniu oferty Odwołującego, pomimo tego że działanie to jest wręcz dyskryminujące (w świetle warunków postawionych w SWZ) i sprzeczne z interesem publicznym – oferta Odwołującego jest najkorzystniejsza i jest merytorycznie zgodna z oczekiwaniami Zamawiającego. Co więcej, Odwołujący jest dotychczasowym wykonawcą usługi świadczonej na rzecz Zamawiającego, więc odrzucenie jego oferty, przy tak sformułowanych postanowieniach SWZ jednoznacznie wskazuje na działanie nieproporcjonalne. Zamawiający powinien dążyć do faktycznego wyboru oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu, a nie stosować względem wykonawców środki, których nie sposób uzasadnić w świetle postanowień SWZ.

#### Ad zarzutu nr 2.

Odwołujący wyjaśnił, że niezależnie od sankcji, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 Pzp, Zamawiający zdecydował się również na odrzucenie oferty Odwołującego w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, do czego (w ocenie Odwołującego) również nie było podstaw. W myśl art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy, jeżeli jest ona nieważna na podstawie odrębnych przepisów. Z taką sytuacją nie mamy jednak do czynienia na gruncie przedmiotowej sprawy. Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią przepisu art. 253 ust. 1 pkt 2 Zamawiający zobowiązany był do niezwłocznego poinformowania (po wyborze najkorzystniejszej oferty) wykonawców, których oferty zostały odrzucone, podając uzasadnienie faktycznie i prawne swojego rozstrzygnięcia. W ocenie Odwołującego, nie sposób uznać, aby treść tego pisma wyczerpywała cel przepisu art. 253 ust. 1 Pzp. O ile można uznać, że Zamawiający wskazał podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia (przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 i 5 Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5 Pzp, choć nawet ten fragment pisma nie jest jednoznaczny), to już sposób redakcji pisma, a przede wszystkim uzasadnienie faktyczne rozstrzygnięcia, z całą pewnością nie mogą świadczyć o wypełnieniu przez Zamawiającego spoczywającego na nim obowiązku, o którym mowa w art. 253 ust. 1 Pzp. Odwołujący wskazał, że Zamawiający w piśmie z dnia 23 stycznia 2023 r.

przedstawił uzasadnienie faktyczne swojego stanowiska w sposób zbiorczy, w całkowitym oderwaniu od zupełnie odmiennych przesłanek odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania, jakie wynikają z przepisu art. 226 ust.1 pkt 4 i 5 Pzp, które są całkowicie różne. Takie działanie Zamawiającego stanowi więc nie tylko naruszenie przepisu art. 253 ust. 1 Pzp, ale też art. 16 pkt 1, który nakazuje zamawiającym przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców. To z kolei wymaga dokładnego wyjaśnienia przez Zamawiającego wykonawcy, dlaczego uznał on, że jego oferta podlega odrzuceniu. Takich informacji Odwołujący nie uzyskał od Zamawiającego w odniesieniu do przesłanki wykluczenia go z Postępowania w oparciu o przepis art. 226 ust. 1 pkt 4 Pzp.

Odwołujący argumentował, że abstrahując od tego, że nawet w uzasadnieniu prawnym rozstrzygnięcia nie sposób jednoznacznie przesądzić, do której podstawy prawnej odrzucenia wykonawcy odnosi się przywołany przepis ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, to przede wszystkim stanowisko Zamawiającego pozbawione jest argumentów, które wyjaśniałyby Odwołującemu, w czym tak naprawdę Zamawiający upatruje nieważności oferty Odwołującego. Tymczasem uzasadnienie faktyczne czynności odrzucenia oferty wykonawcy z postępowania powinno w sposób wyczerpujący i szeroki wyjaśniać, jakie okoliczności stanowiły podstawę decyzji zamawiającego po to, aby wykonawca niepodzielający dokonanej przez zamawiającego oceny mógł ustosunkować się do zarzutów zamawiającego.

Odwołujący zwrócił uwagę, że w części poświęconej uzasadnieniu faktycznego decyzji Zamawiającego próżno szukać, jakichkolwiek argumentów odnoszących się do tak dotkliwej sankcji, jaką jest nieważność oferty. Już więc z tego formalnego powodu, czynność Zamawiającego, jaką było odrzucenie oferty Odwołującego jest jednoznacznie wadliwe. Odwołujący zwraca przy tym uwagę, że obowiązki informacyjne wynikające z przepisu art. 253 ust. 1 Pzp stanowią także wyraz zasady przejrzystości, o której mowa w art. 16 pkt 2 Pzp, którą Zamawiający również naruszył swoim zachowaniem. Wobec ogólnej treści pisma Zamawiającego z dnia 23 stycznia 2023 r. Odwołujący może jedynie przypuszczać, że Zamawiający upatruje nieważności oferty Odwołującego w przepisie art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, skoro ten przepis został wskazany w podstawie prawnej rozstrzygnięcia. Odwołujący zwrócił w tym miejscu uwagę, że zarówno z treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg ani z żadnego innego przepisu ucpg nie sposób wywieść sankcji nieważności dla czynności złożenia oferty przez wykonawcę. Po drugie, Odwołujący zwrócił uwagę, że adresatem przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg jest wójt, burmistrz, prezydent miasta, czyli (w niniejszym stanie faktycznym) Burmistrz Wyszkowa, a nie Odwołujący, który złożył ofertę w Postępowaniu. Jedynym więc podmiotem, który mógł naruszyć wskazany przez Zamawiającego przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ucpg, był kierownik Zamawiającego. Tym bardziej przepis ten nie może stanowić o

nieważności oferty Odwołującego, do którego przepis ten w ogóle się nie odnosił. Po trzecie, Odwołujący wskazuje, że nie budzi też wątpliwości, że czynność prawna, jaką było złożenie oferty przez Odwołującego została dokonana przez osoby do tego umocowane, jest pozbawiona wad oświadczeń woli, jest zgodna z ustawą Kodeks cywilny i pozostaje w zgodzie z zasadami współżycia społecznego. Nie sposób zatem stwierdzić, żeby oferta Odwołującego była nieważna w świetle jakiegokolwiek przepisu prawa. Zdaniem Odwołującego sam fakt niewskazania przez niego w ofercie instalacji, do których zamierza kierować odpady celem ich zagospodarowania, przede wszystkim w świetle postanowień SWZ (argumenty w tym zakresie Odwołujący wskazał w pkt II odwołania), nie może świadczyć o nieważności jego oferty w świetle odrębnych przepisów. Po pierwsze, na Odwołującego nie został nałożony obowiązek wskazania w ofercie instalacji, a po drugie, samo niewskazanie instalacji w ofercie nie powoduje (w świetle powszechnie obowiązujących przepisów prawa, w tym przepisów ucpg) nieważności oferty Odwołującego. Oferta Odwołującego jest ważna, merytorycznie poprawna, zgodna z SWZ i jest najkorzystniejszą ofertą w Postępowaniu.

W złożonej pismem z 13 lutego 2023 r. odpowiedzi na odwołanie, Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania w całości. Zamawiający podkreślił, że wbrew stanowisku prezentowanemu przez Odwołującego, Zamawiający wprost w treści SWZ wskazał na konieczność złożenia tego rodzaju dokumentacji przez Wykonawców. Mianowicie w § 15 Projektowanych Postanowień Umowy PPU stanowiących Załącznik nr 11 do SWZ Zamawiający wskazał, że: *„Wykonawca zobowiązany jest do: zawarcia odpowiednich umów, umożliwiających mu przekazywanie odpadów odebranych w ramach niniejszej umowy, do następujących instalacji (nie dotyczy Wykonawcy posiadającego własną instalację lub własne instalacje). Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji:.....”*.

Zamawiający wskazał na treść art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp, zgodnie z którą Zamawiający był zobligowany do odrzucenia oferty odwołującego jeżeli jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia. Zamawiający przypomniał, że za warunki zamówienia uznaje się wszelkie warunki wynikające z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert, wymagań proceduralnych lub projektowanych postanowień umowy w sprawie zamówienia publicznego. (por. art. 7 pkt. 29) ustawy Pzp). Nadto zgodnie z art. 134 ust 1 pkt 20) ustawy Pzp w zakresie wymaganej treści SWZ ustawa wskazuje również PPU, co tym bardziej akcentuje wagę PPU jako integralnego elementu SWZ. Zamawiający zwrócił uwagę, że nie jest przy tym kwestionowane, że Zamawiający wraz z dokumentacją przetargową i ogłoszeniem o zamówieniu opublikował również PPU jako załącznik nr 11 do SWZ. Zamawiający odniósł się również w treści SWZ do PPU wskazując w punkcie 4.2., że szczegółowy opis przedmiotu zamówienia opisany

został w Opisie Przedmiotu Zamówienia, a warunki jego realizacji w Projektowanych postanowieniach umowy. Co więcej w rozdziale XXI pkt 22.1. SWZ Zamawiający jednoznacznie określił również, że *„Wykonawca jest zobowiązany do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego na warunkach określonych w Projektowanych Postanowieniach Umowy PPU, stanowiącym Załącznik nr 11 do SWZ.”* Innymi słowy treść PPU stanowi i stanowiła element dokumentacji zamówienia, która określa ramy przedmiotowe w jakich zobowiązany jest poruszać się Wykonawca i po części również Zamawiający, których strony muszą przestrzegać nie tylko na etapie realizacji umowy, ale również składania ofert, bowiem PPU może narzucać wykonawcom określone obowiązki również w odniesieniu do treści oferty. W konsekwencji na Wykonawcy spoczywa niekwestionowany obowiązek dokładnego zapoznania się z treścią wszelkich dokumentów przetargowych, ponieważ zawierają one warunki zamówienia i stanowią nieodzowny element SWZ. Co więcej niemalże w każdym postępowaniu przetargowym, w tym również w tych ogłaszanych przez Zamawiającego Wykonawcy zobowiązani są złożyć oświadczenie o zapoznaniu się z treścią dokumentów przetargowych, w tym również PPU. Zamawiający przypomniał, że Odwołujący również podpisując formularz ofertowy złożył oświadczenie, że zapoznał się z SWZ i projektem umowy i nie wnosi do niego zastrzeżeń oraz uznał się za związanego określonymi w tych dokumentach zasadami postępowania, przez okres wskazany w SWZ (oświadczenia na stronach 3 i 4 formularza ofertowego stanowiącego załącznik nr 1 do SWZ. Zamawiający wskazał, że do wykonawców, będących profesjonalistami stosuje się podwyższony miernik staranności. Zamawiający podniósł też, że wykaz instalacji w jego ocenie stanowił element konieczny oferty, który nie mógł zostać uzupełniony w toku postępowania przy wykorzystaniu żadnego z przewidzianych w tym celu mechanizmów (przykładowo art. 107 ust. 2 ustawy Pzp, art. 128 ust. 1 ustawy Pzp czy też art. 223 ustawy Pzp), ponieważ mogą one mieć zastosowanie wyłącznie w przypadku wyjaśnienia treści ważnie złożonej, kompletnej i zgodnej z wymogami oferty. Ich zastosowanie skutkowałoby w przedmiotowej sprawie modyfikacją treści złożonej już oferty, co stoi w sprzeczności z art. 223 ust. 1 ustawy Pzp. Powołując się obszernie na orzecznictwo, Zamawiający wskazał, że nawet jeżeli w bezpośredniej treści dokumentu SWZ nie został sprecyzowany wymóg przedłożenia wykazu instalacji, to nie można uznać, że jego zawarcie w innym dokumencie (w przedmiotowej sprawie PPU) nie jest dla Wykonawcy wiążące. Innymi słowy brak realizacji zobowiązania wynikającego z PPU, a w konsekwencji brak przedłożenia wykazu instalacji przez Odwołującego musiał skutkować odrzuceniem oferty. Zdaniem Zamawiającego bez znaczenia pozostaje przytoczone przez Odwołującego orzeczenie KIO z dnia 17 czerwca 2022 r., sygn. akt KIO 1441/22, w którym Izba zwracała uwagę na konieczność szczegółowej analizy postanowień SWZ i wymogów, jakie zamawiający nałożył na wykonawców w danym konkretnym postępowaniu. W przytoczonym



przez Odwołującego orzeczeniu Zamawiający nie wskazał w żaden sposób ,że oferta winna zawierać wykaz instalacji, zaś w przedmiotowej sprawie, jak szczegółowo opisano powyżej wymóg taki został w PPU zawarty, co w sposób diametralny różni porównywane stany faktyczne i czyni orzeczenie nieprzydatnym w przedmiotowej sprawie. Dodatkowo Zamawiający wskazał, że nawet gdyby uznać, że jeden z zarzutów sformułowanych w odwołaniu może podlegać uwzględnieniu, czemu Zamawiający oczywiście przeczy, to pozostaje faktem że oferta Odwołującego obarczona była błędem, który skutkował koniecznością jej odrzucenia. W konsekwencji niezależnie od przyjętej podstawy odrzucenia wynik przedmiotowego postępowania nie może ulec zmianie w wyniku wniesionego odwołania.

W zgłoszonym 6 lutego 2023 r., przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, wykonawca D. A. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą PARTNER D. A. z siedzibą w Warszawie (dalej: „Przystępujący”), wniósł o oddalenie odwołania i przedstawił swoje stanowisko w odniesieniu do zarzutów odwołania. Przystępujący zaakcentował, że zgodnie z definicją legalną „warunków zamówienia” – art. 7 pkt 29 Pzp, przez warunki zamówienia należy rozumieć 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. Przystępujący wskazał też na treść definicji dokumentach zamówienia – należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Przystępujący argumentował, że obowiązkiem Wykonawcy jest wnikliwe zapoznanie się z całą treścią SWZ – w tym w szczególności PPU. Przystępujący podkreślił, że PPU stanowi integralną treść SWZ. Wymaganie zawarte w PPU – SWZ jest w ocenie Przystępującego klarowne – i nie przewiduje wyjątków w zakresie obowiązku złożenia wraz z ofertą stosownego Wykazu instalacji.

Przystępujący wskazał, że wymagany Wykaz instalacji złożył wraz z ofertą w przeciwieństwie do Odwołującego i stąd jego uzasadnione oczekiwanie, że Zamawiający będzie konsekwentny w swoich wymaganiach i będzie egzekwował żądania zawarte w dokumentacji przetargowej. Zdaniem Przystępującego treść odwołania wskazuje, że Odwołujący w istocie kwestionuje treść SWZ na etapie oceny ofert co jest z oczywistych przyczyn niedopuszczalne. SWZ i treść wymagań wiąże w ten sam sposób Zamawiającego i wykonawców zaś Zamawiający jest w tym zakresie konsekwentny czego dowodem jest odrzucenie oferty wykonawcy, który nie złożył wraz z ofertą wymaganego Wykazu instalacji.

Odnosząc się do drugiej ze stanowiących podstawę odrzucenia oferty Odwołującego podstawy prawnej – art. 226 ust 1 pkt 4 Pzp „Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów” w związku z art. 6d ust. 4 pkt 5) z dnia 13 września 1996r. ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2022r. poz. 2519) w ocenie Przystępującego znajduje ona zastosowanie w sprawie.

Powołany przepis art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r. - tj. z późn. zm.), nakłada na Zamawiającego prawny obowiązek wymagania od wykonawców w określonym terminie tj. w ofercie - wskazania takich instalacji. Zamawiający takie właśnie zgodnie z ustawą wymaganie określił w SWZ a obowiązkiem wykonawców stało się złożenie takiej listy wraz z ofertą. Niezłożenie listy stanowi zatem podstawę odrzucenia oferty na powołanej przez Zamawiającego podstawie prawnej.

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

Odwołującemu zgodnie z treścią w art. 505 ustawy Pzp przysługują środki ochrony prawnej, ponieważ jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu o to zamówienie publiczne. Odwołujący wykazał, w ocenie Izby, że ma interes w uzyskaniu zamówienia i może ponieść szkodę.

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie jest skuteczne, tym samym Przystępujący stał się uczestnikiem tego postępowania odwoławczego.

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp), podtrzymanych na rozprawie z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2453). Izba przy rozpoznaniu sprawy miała na uwadze ponadto stanowiska Stron i Przystępujących zaprezentowane zarówno w pismach procesowych, w tym w odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia jak i podczas rozprawy.

**Izba ustaliła następujące okoliczności faktyczne jako istotne dla rozstrzygnięcia sprawy.**

Na podstawie treści projektowanych postanowień umownych (dalej: „PPU”) stanowiących załącznik nr 11 do SWZ, § 15 „Instalacje do odbioru odpadów komunalnych”, Izba ustaliła, że w ust. 1 Zamawiający wskazał w pkt 2), że wykonawca jest zobowiązany do: *„zawarcia odpowiednich umów, umożliwiających mu przekazywanie odpadów odebranych w ramach niniejszej umowy, do następujących instalacji (nie dotyczy Wykonawcy posiadającego własną instalację lub własne instalacje). Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji (...)”.*

W postępowaniu zostały złożone oferty przez trzech wykonawców i (co jest okolicznością bezsporną), tylko Przystępujący załączył wraz z ofertą wykaz instalacji.

Pismem z 23 stycznia 2023 r., Zamawiający poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu o wyniku postępowania, w tym o odrzuceniu ofert. Oferta Odwołującego została odrzucona na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r., o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Zamawiający podał następujące uzasadnienie faktyczne: *„Z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach wynika, że w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia specyfikacji, zamawiający zobowiązuje 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. Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym 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*

*Zamawiający w § 15 Projektowanych Postanowieniach Umowy stanowiących Załącznik nr 11 do SWZ takie zobowiązanie zawarł: „Wykonawca zobowiązany jest do: zawarcia odpowiednich umów, umożliwiających mu przekazywanie odpadów odebranych w ramach niniejszej umowy, do następujących instalacji (nie dotyczy Wykonawcy*

posiadającego własną instalację lub własne instalacje). Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji:.....”

Przez ofertę należy rozumieć 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. Tymczasem w ofercie RDF/MPK nie wskazano instalacji komunalnych, do których Wykonawca miałby przekazywać odebrane odpady komunalne. Informacja taka nie znalazła się w żadnym miejscu formularza ofertowego ani w załącznikach złożonych do oferty.

Brak podania w ofercie informacji o instalacjach do których będą przekazywane odpady, uniemożliwił Zamawiającemu zbadanie oferty Wykonawcy pod kątem zakresu i sposobu, w jaki będzie wykonywane świadczenie obejmujące przedmiot zamówienia.

W związku z powyższym złożona oferta podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp.”

#### **Izba zważyła co następuje.**

W pierwszej kolejności Izba wskazuje na treść przepisów ustawy Pzp, będących podstawą orzekania w przedmiotowej sprawie.

art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. ((Dz.U. z 2022 r. poz. 2519 ze zm.) o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, dalej: „ucpg”

4. Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności:

(...)

5) 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;

(...)

art. 16 ustawy Pzp

Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny.

art. 226 ust. 1 pkt 4) i 5) ustawy Pzp

1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...)

4) jest nieważna na podstawie odrębnych przepisów;

5) jej treść jest niezgodna z warunkami zamówienia;

art. 253 ust. 1 ustawy Pzp

1. Niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający informuje równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty, o:

1) wyborze najkorzystniejszej oferty, podając nazwę albo imię i nazwisko, siedzibę albo miejsce zamieszkania, jeżeli jest miejscem wykonywania działalności wykonawcy, którego ofertę wybrano, oraz nazwy albo imiona i nazwiska, siedziby albo miejsca zamieszkania, jeżeli są miejscami wykonywania działalności wykonawców, którzy złożyli oferty, a także punktację przyznaną ofertom w każdym kryterium oceny ofert i łączną punktację,

2) wykonawcach, których oferty zostały odrzucone

- podając uzasadnienie faktyczne i prawne.

Izba stwierdziła, iż odwołanie jest zasadne, wobec czego zasługiwało na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że jak wynika z uzasadnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego z 23 stycznia 2023 r., podstawą faktyczną odrzucenia oferty jest jej niezgodność z treścią §15 ust. 1 pkt 2) PPU zdanie ostatnie, z którego Zamawiający wywodzi obowiązek wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji. Zamawiający powołał się przy tym na obciążający go obowiązek wynikający z treści art. 6d ust. 4 pkt 5) ucpg, zgodnie z którym: *„Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...) 5) 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 (...)”*.

Istota sporu sprowadza się więc do oceny tego, czy formułując treść warunków zamówienia, w tym §15 ust. 1 pkt 2) PPU, Zamawiający prawidłowo wywiązał się z tego obowiązku, a w konsekwencji czy zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego w oparciu o jej niezgodność z tym postanowieniem PPU. W ocenie Izby nie można przywołać w

uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego §15 ust. 1 pkt 2) PPU uznać za kreującego po stronie wykonawców obowiązek złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji. Nie ma przy tym dla tej oceny znaczenia, że mowa jest o PPU, ponieważ słusznie wskazali Zamawiający i Przystępujący, że w świetle definicji dokumentów zamówienia, należy przez to rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisanie warunków zamówienia, w tym specyfikacja warunków zamówienia oraz opis potrzeb i wymagań. Podobnie, mając na uwadze treść definicji warunków zamówienia, zgodnie z którą należy przez to rozumieć 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. Zatem choć celem ustalenia, w sposób niebudzący wątpliwości, obowiązków wykonawcy na etapie ofertowania zasadnym byłoby ich uwzględnienie w jednym dokumencie odnoszącym się do etapu składania ofert (w tym miejscu Izba zwraca uwagę, że zgodnie z systematyką wskazaną w SWZ, Zamawiający przesądził, że warunki realizacji zamówienia zostały określone w PPU), nie można twierdzić, że wykonawca jest zwolniony ze stosowania się do obowiązków określonych w innych dokumentach zamówienia, w szczególności gdy stanowią one integralną treść SWZ.

Kwestią, która zawarzyła na rozstrzygnięciu tej sprawy odwoławczej, jest dokonana przez Izbę ocena spornego postanowienia PPU, przywołanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Z jego treści nie sposób bowiem wywieść, jak czynią to Zamawiający i Przystępujący, że stanowi on wprost obowiązek po stronie wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu instalacji. Słusznie podniósł Odwołujący w treści odwołania, że obowiązek taki powinien być jednoznaczny i nie budzący wątpliwości. Izba podziela to stanowisko i wskazuje, że obowiązków w postępowaniu o udzielenie zamówienia wykonawca nie powinien się domyślać, powinny one wynikać wprost z dokumentów zamówienia i powinny nie budzić wątpliwości. Tylko tak wskazane obowiązki można następnie egzekwować. W tym miejscu Izba wskazuje na stanowisko Sądu Okręgowego w Szczecinie, który wyrokiem z dnia 7 marca 2018 r., w sprawie o sygn. akt VIII Ga 102/18 wskazał, że *„(...) zasada przejrzystości, oznacza również zakaz wyciągania negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy wskutek niedopełnienia przez niego obowiązku, który nie wynika wyraźnie z dokumentacji przetargowej lub obowiązujących przepisów prawa krajowego, lecz jedynie z wykładni tych przepisów lub dokumentacji, a także z uzupełniania przez krajowe organy lub sądownictwo występujących w tej dokumentacji luk (...)”*. Odnosząc powyższe do treści §15 PPU, w szczególności ust. 1 pkt 2 zdanie ostatnie *„Zgodnie z ofertą Wykonawcy odpady będą przekazywane do następujących instalacji (...)”*, w ocenie Izby nie sposób stwierdzić, że postanowienie to kreuje po stronie

wykonawcy obowiązek załączenia do oferty wykazu instalacji, czy też wskazania ich w jakiegokolwiek formie. Literalna wykładania tego postanowienia prowadzi do wniosku, iż jest to pewnie stwierdzenie, z którego ewentualnie można by wywnioskować, że taki obowiązek może istnieć. Rzeczywiście, jak wskazuje Przystępujący, wykonawcy uczestniczący w tego rodzaju postępowaniach o zamówienie przywykli do tego, że wykaz instalacji jest co do zasady standardowym dokumentem załączanym do oferty. Niemniej jednak Izba podkreśla, że zgodnie z przywołanymi przez wszystkich uczestników tego postępowania odwoławczego regulacjami prawnymi, w pierwszej kolejności to zamawiający jest zobowiązany treścią art. 6d ust. 4 pkt 5) uspg do zobowiązania wykonawców w dokumentach zamówienia, w przypadku postępowań na odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów, do wskazania takich instalacji w ofercie. Zasadnie podniósł Odwołujący, że przepis ten jest kierowany do zamawiającego i dopiero w sytuacji, gdy ten wywiąże się z nałożonego obowiązku i właściwe zobowiąże wykonawców, wówczas po ich stronie aktualizuje się obowiązek wskazania w ofercie instalacji. W ocenie Izby brzmienie §15 PPU nie przesądza wprost tego rodzaju obowiązku po stronie wykonawców w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia. Obowiązki, o jakich stanowi to postanowienie to, jak słusznie wskazał Odwołujący, *„zapewnienie zagospodarowania odpadów komunalnych z obowiązującymi przepisami (...)”* oraz *„zawarcie odpowiednich umów (...)”*. Zwrócić należy również uwagę, że gdy celem jest nałożenie danego zobowiązania używa się wówczas odpowiedniej formuły językowej np. *„wykonawca zobowiązany jest”*, czy *„wraz z ofertą należy złożyć”*, bądź inne sformułowanie wskazujące na pewną powinność. Natomiast analizowane zdanie jest raczej stwierdzeniem, z którym powinien być skorelowany odpowiedni obowiązek. Ewentualnie, można z tego stwierdzenia taki obowiązek próbować wyinterpretować, jednak jak już zostało wskazane, nie można wówczas wyciągać wobec wykonawcy negatywnych konsekwencji z uwagi na to, że takiej interpretacji zaniechał. Przypomnieć należy, że zamawiający również, podobnie jak wykonawca, jest podmiotem profesjonalnym.

Odnosząc się do przykładów orzecznictwa tak licznie przywołanych przez wszystkich uczestników sporu, podkreślić należy, że każdy stan faktyczny należy oceniać z uwzględnieniem zachodzących na jego tle okoliczności. Niemniej jednak z przywołanych wyroków klaruje się prawidłowość, że albo zamawiający nie formułowali obowiązku wskazania w ofercie wykazu instalacji albo taki wymóg niewątpliwie obowiązywał. Natomiast w tej sprawie odwoławczej jest co do tego spór i do Izby należało przesądzenie, czy taki obowiązek istniał w tym postępowaniu.

Odnosząc się do nieważności treści oferty na podstawie odrębnych przepisów, ten zarzut również okazał się zasadny. Słusznie wskazał Odwołujący na brak jakiegokolwiek uzasadnienia w tym zakresie w piśmie z 23 stycznia 2023 r. Już ta okoliczność stanowi więc o zasadności zarzutu i uwzględnieniu tego zakresu odwołania. Stanowisko wyrażone przez

ten skład orzekający w sprawie o sygn. akt KIO 1084/22, na które powołał się Odwołujący zachowuje swoją aktualność również na gruncie tej sprawy. Natomiast brak podjęcia przez Zamawiającego jakiegokolwiek polemiki z zarzutem i próby obrony swojej decyzji w zakresie w jakim odnosi się ona do art. 226 ust. 1 pkt 4) ustawy Pzp, również jest znamieny.

Z tych względów w ocenie Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, w konsekwencji czego Izba nakazała Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz dalsze badanie i cenę ofert.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2022 r. poz. 1710 ze zm.) oraz 8 ust. 1 pkt 1) związku z § 2 ust. 1 pkt 2 i §5 pkt 1) i 2) lit. b) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu wysokości wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437).

**Przewodniczący:** .....