

WYROK

z dnia 10 grudnia 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 10 grudnia 2020 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 listopada 2020 r. przez wykonawcę **Contenur Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu** w postępowaniu prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie**

przy udziale wykonawcy **ESE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Contenur Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy), uiszczoną przez wykonawcę **Contenur Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu** tytułem wpisu od odwołania,
3. zasądza od wykonawcy **Contenur Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Miejskie Przedsiębiorstwo Oczyszczania Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Krakowie – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest wykonanie i dostawa fabrycznie nowych pojemników plastikowych na odpady dla Miejskiego Przedsiębiorstwa Oczyszczania Sp. z o.o. w Krakowie.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 roku, poz. 1843 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 23 listopada 2020 roku wykonawca Contenur Polska Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Mielcu (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec niezgodnych z przepisami ustawy czynności i zaniechań zamawiającego, zarzucając zamawiającemu naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez odrzucenie oferty odwołującego, mimo iż jej treść jest zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.).

Odwołujący podniósł, że ma interes we wniesieniu niniejszego odwołania. Odwołujący jest wykonawcą biorącym udział w postępowaniu, a złożona przez niego oferta uzyskałaby najwyższą ocenę punktową spośród złożonych w postępowaniu ofert, gdyż jak wynika z publikowanej przez zamawiającego informacji z otwarcia ofert, przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny i pozostałych kryteriów oceny ofert. Zatem, gdyby nie wadliwa czynność odrzucenia jego oferty, oferta odwołującego zostałaby wybrana jako oferta najkorzystniejsza. W wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy P.z.p., interes odwołującego w uzyskaniu zamówienia doznał zatem uszczerbku.

Odwołujący stwierdził, że w uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty odwołującego, zamawiający wskazał, że „Żądana przez Zamawiającego ładowność minimalna (odpowiednio dla pojemnika) jest wyższa niż wskazana przez wykonawcę w treści karty gwarancyjnej oraz wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że oferowany przez Wykonawcę przedmiot oferty nie posiada żądanej przez Zamawiającego ładowności minimalnej co musi skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.” Z taką argumentacją odwołujący się nie zgodził. Oferowane przez odwołującego pojemniki spełniają wymagania zamawiającego w zakresie ładowności minimalnej, a zatem brak było podstaw do odrzucenia złożonej przez niego oferty jako niezgodnej z treścią s.i.w.z.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 8 grudnia 2020 roku zamawiający wniósł o:

1. oddalenie odwołania jako w całości bezzasadnego,
2. zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego — według norm przepisanych.

Zamawiający wskazał, że odwołujący dokonał nieuprawnionej interpretacji postanowień s.i.w.z. w zakresie ładowności, definiując ją jako suma wagi wsadu oraz pojemnika i odwołując się do normy, pomimo tego, że w treści s.i.w.z. wyraźnie były wskazane określone wagi ładowności a nie norma. Tym samym odwołujący nie potwierdził deklarowanych w ofercie i wymaganych przez zamawiającego ładowności, a także jednoznacznie potwierdził, iż nie udziela gwarancji na oferowane pojemniki w przypadku, gdy użytkownik pojemnika (mieszkaniec gminy Kraków) wrzuci do niego większą masę odpadów niż wskazano w normie. Tym samym zamawiający stwierdził, że treść oferty odwołującego nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie wymagania co do minimalnej ładowności, a zatem jego oferta podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawca ESE Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Warszawie (dalej: przystępujący) poparł stanowisko zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, co następuje:

W Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia załącznika nr 1 od a do g, zamawiający określił parametry techniczne pojemników. W pkt 11 tabeli Zamawiający sformułował wymóg „ładowności pojemnika”, która miał wynosić odpowiednio:

55 kg - dla pojemnika 120 l;

105 kg - dla pojemnika 240 l;

340 kg - dla pojemnika 770 l;

zgodnie z normą PN-EN 840 - dla pojemnika 1100 l;

Pismem z dnia zamawiający 19.10.2020 r. dokonał modyfikacji s.i.w.z. w ten sposób, że zmodyfikował treść pkt. 11 załącznika nr 1g do s.i.w.z. tj. szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia, poprzez zmianę ładowności pojemnika 1100 l z: „zgodnie z normą PN-EN 840” na: „Minimalna ładowność 480 kg”.

W treści karty gwarancyjnej odwołujący wskazał, że „gwarancją nie są objęte zniszczenia lub uszkodzenia wyrobu wynikłe z przyczyn innych niż wady w nim tkwiące, w

tym w szczególności zniszczenia i uszkodzenia będące następstwem niewłaściwej eksploatacji, w tym między innymi obciążania wyrobu ponad jego nominalną ładowność wynikającą z właściwych norm m.in. EN 840-1, EN 840-2, EN 840-3, EN 840 - 4”.

Pismem z dnia 27.10.2020 r. zamawiający wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień co do posiadanych ładowności dla oferowanych pojemników wskazując na zastrzeżenie dokonane w karcie gwarancyjnej.

Pismem z dnia 30 października 2020 roku odwołujący złożył wyjaśnienia, w których stwierdził, że zaoferowane przez niego pojemniki są zgodne z wymaganiami normy oraz spełniają wymagania zamawiającego wskazane w s.i.w.z. W wyjaśnieniu odwołujący wskazał, że „zgodnie z zapisami normy EN 840 konstrukcja kołowego pojemnika na odpady komunalne wykonanego z polietylenu HDPE powinna zapewniać wytrzymałość na obciążenie wsadem o masie 0,4 kg na dm³ nominalnej objętości pojemnika, ładowność pojemnika wskazana na jego listwie grzbietowej stanowi sumę wartości obliczonej zgodnie z powyższymi wytycznymi oraz samej masy pojemnika. Wartości wskazane na oferowanych przez nas produktach wykraczają poza wymagania określone przez zamawiającego w SIWZ”.

Pismem z dnia 2 listopada 2020 roku zamawiający ponownie wezwał odwołującego do złożenia wyjaśnień i jednoznacznego wskazania, czy podane w specyfikacji i ofercie ładowności dla poszczególnych rodzajów pojemników wynoszą taką ilość kilogramów, jak zadeklarowano w ofercie i jakiej wymagał zamawiający.

Pismem z dnia 4 listopada 2020 roku odwołujący wskazał, że oferowane przez niego pojemniki posiadają ładowność (rozumianą jako sumę wagi wsadu oraz pojemnika) przekraczającą jej minimalną wartość określoną w s.i.w.z., tj. 55 kg do pojemnika 120 l, 340 kg dla pojemnika 770 l, 105 kg dla pojemnika 240 l. Wartości te, według wyjaśnień odwołującego, wynoszą dla oferowanych pojemników odpowiednio: 56 kg dla pojemnika 120 l, 350 kg dla pojemnika 770 l, 106 kg dla pojemnika 240 l. Wykonawca wskazał również, że udziela gwarancji jakości na okres 48 miesięcy dla oferowanych pojemników, których obciążenie (rozumiane jako suma wagi wsadu oraz pojemnika) będzie dochodziło do wskazanych wyżej wag.

W dniu 17 listopada 2020 roku zamawiający poinformował o odrzuceniu oferty odwołującego. Zamawiający wskazał, że „Żądana przez Zamawiającego ładowność minimalna (odpowiednio dla pojemnika) jest wyższa niż wskazana przez wykonawcę w treści karty gwarancyjnej oraz wyjaśnieniach udzielonych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Powyższe jednoznacznie potwierdza, że oferowany przez

Wykonawcę przedmiot oferty nie posiada żądanej przez Zamawiającego ładowności minimalnej co musi skutkować odrzuceniem oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

Istotą sporu jest zajęcie stanowiska, co należy rozumieć poprzez pojęcie „ładowność”, obowiązujące w przedmiotowym postępowaniu oraz – w konsekwencji – czy pojemniki zaoferowane przez odwołującego spełniają parametry ładowności wymaganej przez zamawiającego.

Poza sporem pozostaje fakt, że zamawiający nie zdefiniował pojęcia „ładowności” w żadnym z dokumentów obowiązujących w przedmiotowym postępowaniu. Izba nie podziela jednak stanowiska odwołującego, iż w takim przypadku wszelkie wątpliwości w zakresie interpretacji tego terminu należy rozstrzygać na korzyść odwołującego. Pojęcie „ładowności” jest bowiem pojęciem funkcjonującym w życiu codziennym i ma ono przypisane znaczenie wynikające z tzw. *usus*, tj. praktyki, zwyczaju czy doświadczenia. Nie ma zatem potrzeby, by zamawiający, na potrzeby danego postępowania, formułował definicje, których znaczenie jest oczywiste. Tego rodzaju praktyka doprowadziłaby do niepożądanego sytuacji, w której zamawiający, aby uniknąć zarzutów ze strony wykonawców, musiałby definiować wszystkie określenia, którymi posługuje się w danym postępowaniu.

Słownik języka polskiego PWN (źródło: <https://sjp.pwn.pl/sjp/ladownosc;2479684.html>) podaje, iż przez ładowność należy rozumieć „maksymalny ciężar ładunku, jaki można jednorazowo załadować na urządzenie transportowe”. Jest to powszechnie znane rozumienie tego terminu i brak jest podstaw do nadawania mu innego znaczenia. W szczególności nieuprawnione jest stanowisko odwołującego, iż pod pojęciem „ładowność” należy rozumieć „sumę wagi wsadu oraz pojemnika”. Oprócz wskazanych wyżej argumentów podnieść należy, że taka definicja „ładowności” nie występuje w obrocie, jak również w powszechnie obowiązujących aktach czy dokumentach, w tym w przywoływanej przez odwołującego normie PN-EN 840. Norma EN 840 w słowniku pojęć odwołuje się do pojęcia „ładowność nominalna”, rozumianego jako masa samych odpadów, a nie odpadów wraz z pojemnikiem.

Izba oddaliła wnioski dowodowe odwołującego w postaci odpowiedzi na pytania do s.i.w.z. w postępowaniu prowadzonym przez MGPK w Katowicach oraz folderów ze strony internetowej przystępującego. Izba wskazuje, że wymogi obowiązujące w danym

postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego obowiązują wyłącznie w tym postępowaniu i nie mają zastosowania w innych procedurach. Z kolei materiały dotyczące produktów zaoferowanych przez przystępującego zostały złożone na okoliczność wykazania, że pojemniki tegoż wykonawcy również nie spełniałyby parametru w zakresie ładowności. Tego rodzaju dowody nie odnoszą się do zarzutów odwołania i nie mogą zostać uwzględnione, a to z uwagi na przepis art. 192 ust. 7 ustawy P.z.p., zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu.

Konkludując, Izba stwierdziła, że zaoferowane przez odwołującego pojemniki nie spełniają ustalonych w postępowaniu wymogów w zakresie ładowności. Ich ładowność, rozumiana jako ciężar wsadu do pojemnika, jest bowiem niższa niż minimalne wartości określone przez zamawiającego. Dodawanie natomiast do ładowności masy samego pojemnika nie znajduje podstaw w świetle argumentów wskazanych wyżej.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....