

Sygn. akt: KIO 1315/15

WYROK

z dnia 1 lipca 2015 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Natalia Dominiak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 1 lipca 2015 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 czerwca 2015 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Zagrodno, Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno**

przy udziale wykonawcy **Rejonowego Przedsiębiorstwa Komunalnego Sp. z o.o. z siedzibą w Złotoryi, al. Miła 2, 59-500 Złotoryja** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO 1315/15 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie

2.kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7 500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** tytułem wpisu od odwołania

- 2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwa Usługowo – Produkcyjno i Handlowego „COM-D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, ul. Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor** na rzecz **Gminy Zagrodno, Zagrodno 52, 59-516 Zagrodno** kwotę **4 231 zł 49 gr** (słownie: cztery tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych czterdzieści dziewięć groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu kosztów dojazdu oraz wynagrodzenia pełnomocnika

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **w Legnicy**.

Przewodniczący:

U z a s a d n i e

Gmina Zagrodno, zwana dalej „zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej „ustawą Pzp”, prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu gminy Zagrodno”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych z dnia 22 maja 2015 r., poz. 121724.

W dniu 17 czerwca 2015 r. (pismem z tej samej daty) zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Usługowo – Produkcyjne i Handlowe „COM–D” Sp. z o.o. z siedzibą w Jaworze, zwanego dalej „odwołującym”, o odrzuceniu jego oferty na podstawie art.89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, podnosząc iż wykonawca nie wskazał informacji nałożonych ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r., poz. 89) art. 6d ust. 4, pkt 5, o których mowa w punkcie III „Formularza oferty”. Brak wskazania wymaganych informacji, a także brak takich informacji w przedłożonych do oferty oświadczeniach i dokumentach powoduje, że zamawiający nie ma podstaw do żądania wyjaśnień od wykonawcy na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z powyższym nie jest możliwe stwierdzenie czy dana oferta zapewnia wykonanie przedmiotu zamówienia. Oferta dotknięta brakiem tego rodzaju nie może więc zostać przyjęta. Reasumując stwierdził, że złożona oferta jest niezgodna z ustawą z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2013 r., poz. 89), nie odpowiada treści SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, nie podlega uzupełnieniu na podstawie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp, co w efekcie skutkuje jej odrzuceniem.

W dniu 22 czerwca 2014 r. (pismem z tej samej daty) odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (wpływ pisma do zamawiającego w dniu 22 czerwca 2014 r.) od czynności zamawiającego polegającej na wykluczeniu odwołującego z postępowania, zarzucając zamawiającemu naruszenie:

1. art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z ustawą oraz treścią SIWZ, pomimo że niezgodność taka nie zachodzi, co narusza zasadę zachowania uczciwej konkurencji
2. art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie przejawiające się w zaniechaniu wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczenia i dokumentów w przedmiocie miejsca, do którego przekazane będą odebrane odpady, co w konsekwencji skutkowało przedwczesnym, zupełnie dowolnym oraz wadliwym przyjęciem, iż odwołujący nie wykazał spełnienia warunków

udziału w postępowaniu, podczas gdy zgodnie z uchwałą nr IX/121/15 sejmiku województwa dolnośląskiego z dnia 30 kwietnia 2015n w sprawie zmiany uchwały nr XXIV/617/12 Sejmiku Województwa Dolnośląskiego z dnia 27 czerwca 2012 r., w sprawie wykonania Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Dolnośląskiego 2012 miejsca (instalacje), do których należy przekazać odebrane odpady (zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone) są z góry znane i narzucone zatem odwołujący może przekazywać odpady jedynie do miejsc określonych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami natomiast pozostałe rodzaje odpadów ustawodawca dopuszcza aby zostały przekazane do zbierającego (odwołujący posiada Decyzję GNiŚ 6233.19. na zbieranie odpadów wydaną przez Starostę Jaworskiego z dnia 9 grudnia 2014 r., która została załączona do oferty, co zostało przez zamawiającego zupełnie pominięte), nie bez znaczenia jest i to, że konkretne miejsca wskazuje się na etapie zawierania umowy w porozumieniu z zamawiającym

nadto z ostrożności procesowej odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

3. art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - poprzez odrzucenie oferty odwołującego za niezgodność z treścią SIWZ, podczas gdy niezgodność ta winna być poprawiona przez zamawiającego jako inna omyłka w trybie art 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, a zatem poprzez zaniechanie zastosowania art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy Pzp
4. art. 87 ust. 1 ustawy Pzp - poprzez zaniechanie zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienie treści oferty w zakresie przyjętej faktycznej podstawy odrzucenia oferty z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ
5. błąd w ustaleniach faktycznych polegający na uznaniu, że odwołujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w sytuacji gdy prawidłowa analiza dokumentów znajdujących się w aktach sprawy jednoznacznie wskazuje, że warunki udziału w postępowaniu zostały spełnione.

Jednocześnie odwołujący wniósł o unieważnienie czynności:

1. wyboru oferty najkorzystniejszej
2. wykluczenia odwołującego z postępowania
3. odrzucenia oferty odwołującego oraz wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących treści oświadczenia o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu.

Nadto odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania w całości:
2. unieważnienie czynności zamawiającego polegających na:
 - a) odrzuceniu oferty odwołującego
 - b) wykluczeniu odwołującego z udziału w postępowaniu

3. dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty z uwzględnieniem oferty odwołującego
4. uznanie oferty złożonej przez odwołującego jako najkorzystniejszej
5. obciążenie zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał m.in., iż nie sposób zgodzić się z twierdzeniem zamawiającego jakoby brak wskazania w pozycji III „Formularza ofertowego” informacji w zakresie instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, do której wykonawca przewoziłby odpady, powoduje odrzucenie oferty odwołującego z uwagi na jej niezgodność z ustawą bądź treścią SIWZ. Takie stwierdzenie zamawiającego jest zupełnie dowolne i pozbawione uzasadnionych podstaw. Oferta odwołującego jest zgodna z ustawą oraz z treścią SIWZ natomiast działanie zamawiającego godzi w zasady zachowania uczciwej konkurencji. W realiach przedmiotowej sprawy niezgodność taka nie zachodzi. Co więcej nie można przyjąć, iż jej treść nie odpowiada treści SIWZ jeżeli brak wskazania w pozycji III „Formularza ofertowego” wymaganych informacji był, co oczywiste, niedopatrzaniem, błędem niezamierzonym, opuszczeniem. W przypadku gdyby wykonawca wpisał treść, która byłaby niezgodna bądź nie odpowiadała treści SIWZ zamawiający mógłby odrzucić ofertę w oparciu o powołaną podstawę prawną, natomiast w tym przypadku mamy do czynienia z sytuacją zgoła odmienną mianowicie brakiem treści, co w konsekwencji powoduje, że zamawiający w sposób błędny dokonał interpretacji przepisu.

Literalne brzmienie art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp nie pozostawia jakichkolwiek wątpliwości. Odwołujący w ofercie złożył oświadczenie o spełnianiu warunków natomiast zamawiający w SIWZ nie żądał przedłożenia dokumentów. Niezamierzone opuszczenie przez odwołującego pozycji III „Formularza oferty” winno skutkować wezwaniem do złożenia wyjaśnień zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał zwłaszcza, że odwołujący złożył oświadczenie o spełnianiu warunków, co skutkowało naruszeniem przepisu.

Brak wskazania w pozycji III „Formularza ofertowego” wymaganych informacji powodował, że zamawiający winien zażądać wyjaśnień od wykonawcy zgodnie z przepisem art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, który to stanowi, że zamawiający mogą zwracać się o wyjaśnienie treści przedłożonych dokumentów lub oświadczeń, przy czym prawo do uzyskania wyjaśnień nie oznacza uprawnienia do domagania się jakichkolwiek dodatkowych dokumentów potwierdzających spełnianie warunku lub prawdziwość oświadczenia. Miejsca (instalacje), do których należy przekazać odebrane odpady są z góry znane i narzucone, zatem odwołujący może przekazywać odpady jedynie do miejsc określonych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami, natomiast konkretne miejsca wskazuje się na etapie zawierania umowy w porozumieniu z zamawiającymi, co powoduje, że niezamierzone opuszczenie

pozycji III „Formularza oferty” powinno być poprawione przez zamawiającego jako inna omyłka w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, czego zamawiający zaniechał .

W związku z powyższym brak wskazania w pozycji III „Formularza ofertowego” wymaganych informacji, pozwalał zamawiającemu na zastosowanie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zwłaszcza, że co zostało już wykazane powyżej miejsca (instalacje), do których należy przekazać odebrane odpady są z góry znane i narzucone, zatem odwołujący może przekazywać odpady jedynie do miejsc określonych w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami, natomiast konkretne miejsca wskazuje się na etapie zawierania umowy w porozumieniu z zamawiającym.

W dniu 23 czerwca 2015 r. zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego toczącego się w wyniku wniesienia odwołania, przekazując jednocześnie kopię odwołania.

W dniu 26 czerwca 2015 r. (pismem z dnia 25 czerwca 2015 r.) wykonawca Rejonowe Przedsiębiorstwo Komunalne Sp. z o.o. z siedzibą w Złotoryi zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie zamawiającego, przekazując kopie przystąpienia odwołującemu i zamawiającemu.

Zamawiający, pismem z dnia 24 czerwca 2015 r., złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym treść ogłoszenia o zamówieniu, treść SIWZ, złożone oferty, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, iż zamawiający w punkcie III „Formularza oferty” zamieścił tabelę, w której wykonawca zobowiązany był podać następujące informacje: „rodzaj odpadów” oraz „nazwę i adres instalacji/podmiotu”.

Odwołujący tabeli tej nie wypełnił.

Mając na uwadze powyższe Izba zważyła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Dlatego też – zgodnie z ustawą o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – miał obowiązek żądania od wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia wskazania w ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie przekazywać odebrane odpady. Taki też wymóg został przez niego sformułowany w punkcie III „Formularza oferty”, w tabeli którego wykonawca zobowiązany był podać „rodzaj odpadów” oraz „nazwę i adres instalacji/podmiotu”. Tak więc wykonawca zobowiązany był wpisać do tabeli wszystkie instalacje, do których przewożone będą przez niego określone kategorie odpadów, a nawet – zgodnie z treścią punktu III „Formularza oferty” - „samego wykonawcę w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych niepodlegających przekazaniu do RIPOK”. Odwołujący tych informacji nie podał. Informacje takie nie wynikają także z innych części oferty. Tymczasem informacje te stanowią treść oferty. „Zarówno bowiem treść SIWZ, jak i treść oferty należy rozumieć jako merytoryczną zawartość oświadczenia woli odpowiednio: zamawiającego, który w szczególności przez opis przedmiotu zamówienia oświadcza jakiego świadczenia oczekuje po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego, oraz wykonawcy, który jednostronnie zobowiązuje się do wykonania tego świadczenia w razie wyboru złożonej przez niego oferty jako najkorzystniejszej. Wobec tego porównanie zaoferowanego przez wykonawcę świadczenia z przedmiotem zamówienia, sposobem i terminem jego realizacji wymaganymi przez zamawiającego, przesądza o tym, czy treść złożonej oferty odpowiada treści SIWZ – jest z nią zgodna” (wyrok KIO z dnia 7 sierpnia 2014 r., sygn. akt KIO 1529/14). Odwołujący nie spełnił więc wymogu zamawiającego dotyczącego skonkretyzowania sposobu realizacji zamówienia przez podanie instalacji, do których będzie on dostarczał określone kategorie odpadów. Tym samym w tym zakresie jego oferta jest niezgodna z treścią SIWZ. Brak tych informacji stanowi więc o konieczności odrzucenia oferty odwołującego.

Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Art. 26 ust. 4 ustawy Pzp daje możliwość wyjaśniania oświadczeń lub dokumentów dotyczących spełniania warunków udziału w postępowaniu oraz spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. W trybie tego przepisu nie wyjaśnia się więc wątpliwości dotyczących treści złożonej oferty, a tym bardziej jej braków. Dotyczy on bowiem wyłączenie oświadczeń i dokumentów składanych na

potwierdzenie spełniania warunków udziału w postępowaniu, jak również spełniania przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Przepis ten nie mógł być więc zastosowany przez zamawiającego. Odwołujący nie został wykluczony z postępowania, gdyż spełnił warunki udziału w postępowaniu. Jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 i 2 ustawy Pzp, a nie jako konsekwencja tego, że został on wykluczony z postępowania.

Nie potwierdził się również zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zaniechania zwrócenia się do odwołującego o wyjaśnienia treści złożonej przez niego oferty. Wyjaśniać bowiem można – jak słusznie podniósł zamawiający - pewne niejasności, sprzeczności, a więc coś co w ofercie zostało faktycznie wyartykułowane i w związku z tym istnieją pewne wątpliwości. Tymczasem w tym stanie faktycznym żadne informacje dotyczące spornych kwestii (instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady) nie znajdują się w treści oferty odwołującego. Tego rodzaju informacji jest brak. Tym samym udzielone przez wykonawcę wyjaśnienia stanowiłyby w istocie niedopuszczalne negocjacje dotyczące treści złożonej oferty i prowadziłyby *de facto* do zmiany treści jego oferty, co w myśl art. 87 ust. 1 ustawy Pzp jest niedopuszczalne. Nie można wyjaśniać czegoś czego nie ma.

Zamawiający nie naruszył także art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. W tym stanie faktycznym nie było możliwym uzupełnienie brakujących informacji bez udziału wykonawcy składającego tę ofertę. Zamawiający nie mógł samodzielnie tego uczynić. Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami istotnie określa instalacje, które spełniają warunki instalacji regionalnych do przetwarzania odpadów komunalnych. Niemniej jednak to wykonawca zobowiązany jest wskazać, do których instalacji odpady przekaże. Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć odpady do najbliższej położonej instalacji, niemniej jednak może się zdarzyć, że instalacja ta (najbliższa) nie może już przyjąć odpadów. Wówczas należy je dostarczyć do innej instalacji. I niezależnie od powyższego te instalacje, instalacje do których wykonawca będzie dostarczał odpady – jak wynika z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – zobowiązany był wskazać. Pozostali dwaj wykonawcy podali w swych ofertach wymagane przez zamawiającego instalacje. Zauważyć przy tym należy, że ich liczba w każdej z tych oferta jest inna. Tym bardziej nie jest możliwe zastąpienie w tym względzie odwołującego i podanie brakujących informacji

Na marginesie stwierdzić należy, iż wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia powinien dołożyć należytej staranności przy przygotowaniu i sporządzeniu oferty. Postępowanie o zamówienie publiczne jest bowiem postępowaniem sformalizowanym. Tak więc błędy i niedopatrzona wykonawcy mogą później skutkować, tak jak ma to miejsce w tym konkretnym stanie faktycznym, odrzuceniem jego oferty.

Izba nie stwierdziła naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych przez odwołującego w treści wniesionego odwołania.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono, jak w sentencji.

Izba w poczet materiału dowodowego zaliczyła dokumentację przedmiotowego postępowania oraz dokumenty złożone na rozprawie, uznając je za stanowiska je składających.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (tj.: Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 z późn. zm.), tj. stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł oraz dojazdu na posiedzenie Izby w wysokości 631,49 zł, na podstawie spisu kosztów, w tym faktury oraz biletów i delegacji złożonych do akt sprawy.

Przewodniczący: