

Warszawa, 10 czerwca 2024r.

**Prezes
Krajowej Izby Odwoławczej**

ul. Postępu 17a
02-676 Warszawa

Odwołujący:

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w składzie:

1.PARTNER Sp. z o.o. Sp.K.

Al. Jana Pawła II 80, lok. 158, 00-175 Warszawa
NIP 5242702748, REGON 142239828, KRS: 0000822430
– Lider Konsorcjum

2.PARTNER Dariusz Apelski Sp. z o.o.

Al. Jana Pawła II 80/158, 00-175 Warszawa
NIP: 525 296 28 18 REGON: 525745989 KRS: 0001040257
- Partner Konsorcjum

reprezentowani w postępowaniu o zamówienie publiczne oraz postępowaniu odwoławczym przez Lidera konsorcjum, zgodnie ze złożonym wraz z ofertą pełnomocnictwem konsorcjalnym załączonym do przystąpienia

dane do korespondencji:

e-mail: przetargi@partner-apelski.pl

tel.: 22 81 10853

Zamawiający:

Urząd Miasta i Gminy Góra Kalwaria,

ul. 3 Maja 10, 05-530 Góra Kalwaria,

tel: 22/ 727 34 14,

e-mail: przetargi@gorakalwaria.pl

dostęp do dokumentacji postępowania:

<https://platformazakupowa.pl/transakcja/879769>

Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pn: **Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Góra Kalwaria oraz z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych**, znak sprawy: ZAP.271.1.2024.ASK, (dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w DZUUE w dniu 25 stycznia 2024 r., pod numerem 00051453-2024.

Wartość zamówienia powyżej progów unijnych.

ODWOŁANIE

Działając w imieniu i na rzecz Odwołującego na podstawie art. 513 pkt 2) w zw. z art. 515 ust. 1 pkt 1) lit. a) w zw. z art. 509 ust. 2 ustawy z dnia 11.09.2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej jako „Pzp”) niniejszym wnoszę odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. **odrzuceniu oferty Odwołującego** jako niezgodnej z warunkami zamówienia z naruszeniem art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp,
2. **zaniechaniu wezwania Odwołującego do złożenia Załącznika nr 3 do SWZ – Wykazu instalacji odpadów** jako podmiotowego środka dowodowego przed wyborem oferty najkorzystniejszej - z naruszeniem art. 126 ust 1 Pzp (gdyby uznać z ostrożności, że SWZ kreowała wymóg złożenia tego środka dowodowego wraz z ofertą – zaniechanie wezwania do jego uzupełnienia z naruszeniem art. 128 ust 1 Pzp),
3. **wyborze jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy** – Konsorcjum Firm: Remondis Otwock Sp. z o. o. -Lider Konsorcjum ul. Johna Lennona 4 05-400 Otwock, Remondis Sp. z o.o. – Partner Konsorcjum ul. Zawodzie 18 02-981 Warszawa (dalej jako „Konsorcjum Remondis”)

co skutkuje **naruszeniem art. 239 ust 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp** poprzez wadliwy wybór oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu a przy uwzględnieniu danych zawartych w ofercie Odwołującego i postanowień SWZ ma bezpośredni wpływ na zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie niniejsze jest wnoszone z zachowaniem przepisane go terminu tj. w dniu **10.06.2024r.**, uwzględniając, że przekazanie przez Zamawiającego objętego zaskarżeniem zawiadomienia o rozstrzygnięciu Postępowania nastąpiło w dniu **29.05.2024 r.**

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty na podstawie art. 554 ust. 1 i 3 Pzp wnoszę o :

- merytoryczne rozpatrzenie oraz uwzględnienie niniejszego Odwołania,
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji Postępowania - na okoliczności wskazane niniejszym odwołaniem.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty wnoszę o nakazanie Zamawiającemu:

1. **unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej** jako obarczonej wadą mającą wpływ na wynik Postępowania,

2. **powtórzenie czynności oceny ofert w Postępowaniu i w jej wyniku:**

- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego,
- wezwanie Odwołującego do złożenia Załącznika nr 3 do SWZ – Wykazu instalacji odpadów jako podmiotowego środka dowodowego w trybie art. 126 ust 1 Pzp,
- ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Termin na wniesienie odwołania.

Przekazanie przez Zamawiającego zawiadomienia o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz odrzuceniu oferty Odwołującego w Postępowaniu nastąpiło w dniu **29.05.2024 r.** wobec czego termin określony w Pzp dla wniesienia odwołania został dochowany.

Interes prawny we wniesieniu odwołania.

Zgodnie z art. 505 ust. 1 Pzp środki ochrony prawnej, przysługują wykonawcy, jeżeli ma interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp.

Oferta Odwołującego zgodnie z rankingiem ofert zawartym w treści informacji z otwarcia ofert z dnia 21.03.2024r. znajdowała się na pierwszej pozycji. Mając na względzie powyższe, uwzględnienie odwołania i unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego skutkuje bezpośrednio na wybór oferty Odwołującego najkorzystniejszej w Postępowaniu.

W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym Postępowaniu doznał więc uszczerbku, bowiem gdyby nie zaskarżone czynności i zaniechania Zamawiającego, to Odwołujący uzyskałby zamówienie, tym samym Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraconych zysków z realizacji umowy zawartej z Zamawiającym.

UZASADNIENIE

1. Przedmiot zamówienia.

Zamówienie obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia (zgodnie z załącznikiem nr 5 do SWZ) odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych położonych na terenie Gminy Góra Kalwaria oraz z PSZOK, w sposób zapewniający osiągnięcie poziomów recyklingu określonych w art. 3b ust. 1 pkt 1) i 2) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z 13 września 1996 r. (t. j.: Dz. U. z 2023 r., poz. 1469 ze zm.), przygotowanie do ponownego użycia i odzysku innymi metodami oraz ograniczenie masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, przekazywanych do składowania zgodnie z postanowieniami ww. ustawy, zapisami Wojewódzkiego Planu Gospodarki Odpadami (WPGO) dla Mazowsza oraz zgodnie z obowiązującym w czasie trwania umowy Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Góra Kalwaria.

W zakres zamówienia wchodzi:

- Odbiór odpadów komunalnych pochodzących z nieruchomości zamieszkałych z obszaru gminy Góra Kalwaria zgodnie z ustalonym harmonogramem,
- Odbiór odpadów z Punktu Selektywnej Zbiórki Odpadów Komunalnych zlokalizowanego w Górze Kalwarii, ul. Skierniewicka 6,
- Transport odpadów komunalnych do instalacji komunalnych,
- Zagospodarowanie odpadów komunalnych zgodnie z obowiązującym prawem,
- Dostarczenie właścicielom nieruchomości zamieszkałych worków do selektywnego zbierania odpadów oraz harmonogramów odbioru odpadów komunalnych.

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia, a także opis wymagań Zamawiającego w stosunku do realizacji przedmiotu zamówienia określa Opis Przedmiotu Zamówienia (załącznik nr 5 do SWZ) oraz wzór umowy (załącznik nr 9 do SWZ).

2. Warunek podmiotowy udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

2.1. Warunek podmiotowy w ogłoszeniu o zamówieniu w DzUUE

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu opublikowanym w DzUUE Zamawiający określił w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia następujący warunek podmiotowy udziału w postępowaniu:

Kryterium:

Rodzaj: Zdolność techniczna i zawodowa

Nazwa: Zdolność techniczna lub zawodowa

Opis: I. Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał, że: a) posiada zdolność zawodową (wiedza i doświadczenie), to jest w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej 2 usługi, z których każda trwała przez co najmniej 12 miesięcy polegające na odbiorze, transporcie i przekazaniu do odzysku lub unieszkodliwieniu odpadów komunalnych, za kwotę co najmniej 8.000.000,00 PLN brutto. b) posiada instalacje zagospodarowujące odpady oraz instalacje zastępcze lub posiada aktualne umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodach wskazanych w niniejszym zamówieniu z instalacjami zagospodarowującymi odpady komunalne oraz instalacjami zastępczymi.

2.2. Warunek podmiotowy w treści SWZ

Zgodnie z SWZ Zamawiający określił (w tożsamy jak w przypadku ogłoszenia powołanego powyżej w DzUUE sposób) w stosunku do wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia następujący warunek podmiotowy udziału w postępowaniu (s. 10-11):

7. Informacja o warunkach udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

(...)

4) **Zdolności technicznej lub zawodowej:** Zamawiający wymaga aby Wykonawca wykazał, że: a) posiada zdolność zawodową (wiedza i doświadczenie), to jest w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert (a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie) wykonał co najmniej 2 usługi, z których każda trwała przez co najmniej 12 miesięcy polegające na odbiorze, transporcie i przekazaniu do odzysku lub unieszkodliwieniu odpadów komunalnych, za kwotę co najmniej 8.000.000,00 PLN brutto. b) posiada instalacje zagospodarowujące odpady oraz instalacje zastępcze lub posiada aktualne umowy na zagospodarowanie odpadów komunalnych o kodach wskazanych w niniejszym zamówieniu z instalacjami zagospodarowującymi odpady komunalne oraz instalacjami zastępczymi

3. Podmiotowe środki dowodowe wymagane dla potwierdzenia spełnienia warunku udziału

3.1. Wykaz instalacji odpadów – Załącznik nr 3 do SWZ jako podmiotowy środek dowodowy wymagany zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu

Zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu w DzUUE Zamawiający dla wykazania spełnienia warunku podmiotowego udziału o którym mowa powyżej wymagał na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej następującego dokumentu:

II. Na potwierdzenie spełnienia przez Wykonawcę warunku określonego w: a) pkt II.7.2.4) a). SWZ - wykaz usług wykonanych, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych również wykonywanych, w okresie ostatnich 3 lat, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których usługi zostały wykonane oraz rodzaju, daty i miejsca wykonania oraz podmiotów, na rzecz których roboty te zostały wykonane lub są wykonywane oraz załączeniem dowodów określających, czy te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty sporządzone przez podmiot, na rzecz którego usługi zostały wykonane, a w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli wykonawca z przyczyn niezależnych od niego nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów – oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń powtarzających się lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonywanie powinny być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – załącznik nr 8 do SWZ; b) pkt II.7.2.4) b). SWZ - wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – załącznik nr 3 do SWZ; W

Zamawiający w treści ogłoszenia wskazał zgodnie z Pzp na wymóg złożenia wyżej wymienionego podmiotowe środka dowodowego przez wykonawcę najwyżej ocenionego przed wyborem oferty najkorzystniejszej na wezwanie Zamawiającego:

być wystawione w okresie ostatnich 3 miesięcy – załącznik nr 8 do SWZ; b) pkt II.7.2.4) b). SWZ - wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – załącznik nr 3 do SWZ; W /w dokumenty, zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni. Pozostałe dokumenty składane na wezwanie: a) oświadczenie

W świetle treści ogłoszenia o zamówieniu – Zamawiający w sposób jednoznaczny zidentyfikował warunek podmiotowy udziału w postępowaniu odnoszący się do zdolności technicznej i zawodowej (art. 112 ust 2 pkt 4 Pzp) i przewidział weryfikację dowodową spełniania warunku w trybie art. 126 ust 1 Pzp na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej z obowiązkiem wezwanego wykonawcy do złożenia opisanego w ogłoszeniu podmiotowego środka dowodowego w postaci wykazu instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – w postaci wypełnionego formularza Załącznika nr 3 do SWZ.

3.2. Wykaz instalacji odpadów – Załącznik nr 3 do SWZ jako Podmiotowy środek dowodowy wymagany zgodnie z SWZ od wykonawcy najwyżej ocenionego przez wyborem oferty najkorzystniejszej.

Specyfikacja analogicznie jak powołane powyżej ogłoszenie o zamówieniu kwalifikuje wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – w postaci wypełnionego formularza Załącznika nr 3 do SWZ jako podmiotowy środek dowodowy w rozumieniu art. 7 pkt 17 Pzp:

(17) **podmiotowy środek dowodowy – należy przez to rozumieć środki służące potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia, spełniania warunków udziału w postępowaniu lub kryteriów selekcji, z wyjątkiem oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1;**

Zgodnie z SWZ (s. 14 oraz 17):

9. Wykaz podmiotowych środków dowodowych

2) DOKUMENTY SKŁADANE NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO

1. Wykaz podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

(...)

- b) wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – **załącznik nr 3 do SWZ**;

Konsekwentnie dokumentacja postępowania udostępniona przez Zamawiającego na platformie zakupowej zawiera wzór Załącznika nr 3 :

Załącznik nr 2_Tabela kosztowa.zip	zip	550.59	2024-01-25 21:19:00	Postępowanie	
Załącznik nr 3_Wykaz instalacji.zip	zip	530.82	2024-01-25 21:19:00	Postępowanie	
Załącznik nr 4_esp-d-request.zip	zip	84.93	2024-01-25 21:19:00	Postępowanie	

Folder skompresowany zawiera dwa pliki – wzory Załącznika nr 3 w formacie pdf oraz word - każdy zawiera następujące informacje:

ZAŁĄCZNIK NR 3 DO SWZ - WYKAZ INSTALACJI ZAGOSPODAROWUJĄCYCH ODPADY ORAZ INSTALACJI ZASTĘPCZYCH
(załącznik nr 3 do Umowy)

Nazwa usługi	Nazwa i adres instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych:
Odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodzie: 20 03 01 – niesegregowane zmieszane odpady komunalne	

(...)

W świetle powyższego brzmienia zarówno ogłoszenia o zamówieniu jak również treści SWZ i wzoru formularza Załącznika nr 3 nie ulega wątpliwości, że:

- mamy do czynienia z **warunkiem podmiotowym** udziału w postępowaniu,
- **podmiotowym środkiem dowodowym** składanym w trybie art. 126 ust 1 Pzp w celu potwierdzenia spełniania warunku, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej,
- dokument w postaci wypełnionego Wykazu **stanowi Załącznik nr 3 do Umowy o zamówienie publiczne.**

Dodatkowo należy wskazać, że na etapie złożenia ofert Zamawiający wymagał od wykonawców złożenia wypełnionego **JEDZ który zgodnie z SWZ miał na tym etapie postępowania stanowić wstępne potwierdzenie - dowód spełniania warunku m.in. dotyczącego zdolności technicznej i zawodowej:**

1) DOKUMENTY SKŁADANE RAZEM Z OFERTA

1. Oferta składana jest pod rygorem nieważności **w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym**. Oferta jest składana na Formularzu ofertowym – zgodnie z **załącznikiem nr 1 do SWZ**. Wraz z ofertą Wykonawca jest zobowiązany złożyć:
2. Tabelę kosztową stanowiącą **załącznik nr 2 do SWZ**. Uzupełnioną i podpisaną tabelę kosztową, pod rygorem odrzucenia oferty, należy dołączyć do oferty.
3. Wykonawca dołącza do oferty **JEDZ w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym – załącznik nr 4 do SWZ**. Oświadczenie to stanowi **dowód potwierdzający brak podstaw wykluczenia oraz spełnianie warunków udziału w postępowaniu, na dzień składania ofert, tymczasowo zastępujący wymagane podmiotowe środki dowodowe, wskazane w rozdziale II podrozdziale 7 i 8 SWZ.**

Reasumując:

Wykaz instalacji wg Załącznika nr 3 – ma potwierdzać spełnianie warunku udziału,

Wykaz jako podmiotowy środek dowodowy miał być złożony dopiero na wezwanie Zamawiającego przed wyborem oferty najkorzystniejszej nie zaś wraz z ofertą.

Załącznik nr 3 do SWZ – Wykaz instalacji stanowi jednocześnie Załącznik nr 3 do Umowy.

Zgodnie z Wzorem umowy – Załącznik nr 9 do SWZ:

Integralną część umowy stanowią następujące załączniki:

- 1) Opis Przedmiotu Zamówienia – załącznik nr 1 do umowy,
- 2) Tabela cen jednostkowych – załącznik nr 2 do umowy,
- 3) Wykaz Instalacji – załącznik nr 3 do umowy,
- 4) Umowa powierzenia danych osobowych – załącznik nr 4 do umowy.

W świetle wymagań dokumentów zamówienia powołanych powyżej, które są całkowicie spójne i konsekwentne zarówno na poziomie ogłoszenia o zamówieniu jak i SWZ wraz z załącznikami, nie może być mowy o jakiegokolwiek niezgodności treści oferty Odwołującego z warunkami zamówienia.

4. Odrzucenie oferty Odwołującego. Uzasadnienie prawne i faktyczne czynności.

Jak wynika z zawiadomienia z dnia 29.05.br., Zamawiający odrzucając ofertę Odwołującego uznał że jej treść ma być niezgodna z warunkami zamówienia (art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp) przy czym upatruje tej podstawy wymogu wynikającym z przepisów ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach:

Uzasadnienie prawne odrzucenia oferty: art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp.

Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca: Konsorcjum Firm: **PARTNER Sp. z o.o. Sp.K.** (Lider Konsorcjum), **PARTNER Dariusz Apelski Sp. z o.o.** (Członek Konsorcjum), nie złożył w terminie składania ofert, tj. do 21.03.2024, godz.10:00, wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady.

Obowiązek wskazania w ofercie wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady wynika z przepisu art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „ustawa ucpg”):

Art. 6d ust. 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; [...].

W pierwszej kolejności wskazać należy, że Zamawiający wskazuje jako podstawę odrzucenia oferty art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp odnoszący się do dokumentów zamówienia nie zaś art. 226 ust 1 pkt 4 Pzp – tj. przypadek gdyby oferta wykonawcy miałaby być 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).

Zamawiający zarzuca Odwołującemu, że ten nie złożył w terminie składania ofert, tj. do 21.03.2024, godz.10:00, wykazu instalacji do których będą przekazywane odpady. Tymczasem jak wynika z dokumentów zamówienia - Zamawiający w tym zakresie ustanowił warunek podmiotowy udziału w postępowaniu zaś wstępnym dowodem dla potwierdzenia jego spełnienia na etapie złożenia oferty miał być JEDZ, który Odwołujący złożył – potwierdzając zgodnie z SWZ spełnienie warunku.

Z kolei jak wynika z powołanych powyżej postanowień ogłoszenia oraz SWZ z załącznikami, Wykaz instalacji odpadów, którego nie złożył z ofertą Odwołujący to podmiotowy środek dowodowy, którego Zamawiający wymagał dopiero na etapie poprzedzającym czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w stosunku do wykonawcy najwyżej ocenionego.

Zamawiający zaniechał zatem wezwania Odwołującego do złożenia podmiotowego środka dowodowego – formularza Wykazu instalacji odpadów zgodnie z wzorem stanowiącym Załącznik nr 3 do SWZ - jednocześnie będącym Załącznikiem nr 3 do Umowy zarzucając, że wykonawca nie złożył Wykazu wraz z ofertą.

Regulacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie przewiduje sankcji dla przypadku niepodania takich informacji w ofercie w szczególności w postaci nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego – przy czym uwzględniając charakter Wykazu jako PSD w postępowaniu jego złożenie Zamawiającemu nastąpi przed uzyskaniem zamówienia i wyborem oferty najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wskazuje, 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, merytoryczne oferowane przez niego świadczenie, jest zgodne z wymogami postawionymi przez Zamawiającego a Wykaz instalacji zgodnie z dokumentami zamówienia jako podmiotowy środek dowodowy miał być złożony na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Znamienne przy tym, że Zamawiający w pełni świadomy sposób manipuluje treścią dokumentów zamówienia i całkowicie pomija w uzasadnieniu czynności odrzucenia oferty Odwołującego, że Załącznik nr 3 do SWZ – Wykaz instalacji to podmiotowy środek dowodowy żądany w postępowaniu na potrzeby wykazania spełnienia warunku jaki sam Zamawiający postawił wobec ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Uzasadnienie odrzucenia odnosi się tymczasem do innego fragmentu SWZ w którego treści Zamawiający ponownie odwołuje się do tego samego Załącznika nr 3 do SWZ.

Zgodnie z uzasadnieniem odrzucenia:

Zamawiający określił w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w rozdziale II w podrozdziale 11) Sposób przygotowania ofert – Zasady obowiązujące podczas przygotowania ofert, pkt 6) lit. c): Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć:

Zgodnie z brzmieniem całego Rozdziału 11 SWZ:

11. Sposób przygotowania ofert

ZASADY OBOWIĄZUJĄCE PODCZAS PRZYGOTOWYWANIA OFERT

- 1) Oferta wraz z załącznikami musi zostać sporządzona w języku polskim, złożona w postaci elektronicznej oraz podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym, pod rygorem nieważności.
- 2) Dokumenty sporządzone w języku obcym składa się wraz z tłumaczeniem na język polski.
- 3) Oferta wraz z załącznikami, dla których Zamawiający określił wzory w formie formularzy załączonych w SWZ, powinny być sporządzone zgodnie z tymi wzorami co do treści oraz opisu kolumn i wierszy.
- 4) Wykonawca ma prawo złożyć tylko jedną ofertę, na cały przedmiot zamówienia. Oferty wykonawcy, który przedłoży więcej niż jedną ofertę, zostaną odrzucone. Oferty składa się w jednym egzemplarzu.
- 5) Wszelkie koszty związane z opracowaniem oferty ponosi Wykonawca.
- 6) Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć:

21

Powołany powyżej ppkt 6 wskazuje, że wykonawca składa ofertę z oświadczeniami i dokumentami wskazanymi w konkretnej jednostce redakcyjnej SWZ Rozdział II podrozdział 9 SWZ – tymczasem:

Rozdział II SWZ dotyczy:

II. WYMAGANIA STAWIANE WYKONAWCY

Podrozdział 9 Rozdziału II – zawiera wymagania odnoszące się nie do treści oferty ale podmiotowych środków dowodowych:

– pkt 1 PSD składanych z ofertą (m.in. JEDZ) zaś

– pkt 2 składanych na wezwanie przed wyborem (tu znajduje się Załącznik nr 3 – Wykaz instalacji)

9. Wykaz podmiotowych środków dowodowych

1) DOKUMENTY SKŁADANE RAZEM Z OFERTA

(...)

2) DOKUMENTY SKŁADANE NA WEZWANIE ZAMAWIAJĄCEGO

1. Wykaz podmiotowych środków dowodowych

Zgodnie z art. 126 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiający przed wyborem najkorzystniejszej oferty wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia, następujących podmiotowych środków dowodowych:

W zakresie spełniania warunków udziału w postępowaniu:

(...)

- b) wykaz instalacji zagospodarowujących odpad oraz instalacji zastępczych – **załącznik nr 3 do SWZ;**

Wracając zatem do powołanego przez Zamawiającego w uzasadnieniu odrzucenia oferty Rozdziału 11 SWZ (s. 21-22) :

- 6) Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć:

21

- a) formularz oferty - **załącznik nr 1 do SWZ;**
b) tabela kosztowa- **załącznik nr 2 do SWZ;**
c) Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych- **załącznik nr 3 do SWZ;**
d) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia złożony pod rygorem nieważności w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (JEDZ) – zgodnie z **załącznikiem nr 4 do SWZ;**
e) Jednolity Europejski Dokument Zamówienia (JEDZ) podmiotów, na zdolnościach których Wykonawca polega (jeśli dotyczy), potwierdzający brak podstaw wykluczenia tego podmiotu oraz odpowiednio spełnianie warunków udziału w postępowaniu, w zakresie, w jakim wykonawca powołuje się na jego zasoby;
f) pełnomocnictwo / Pełnomocnictwa dla osoby / osób podpisujących ofertę, jeżeli oferta jest

Powyższe wskazuje jedynie, że SWZ nie była konsekwentna odnośnie etapu postępowania na jakim należało złożyć Załącznik nr 3 – jednak w świetle treści ogłoszenia i SWZ skoro Załącznik nr 3 to podmiotowy środek dowodowy dla potwierdzenia warunku udziału, wymagany co wprost wynika z SWZ i ogłoszenia na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej (i jako PSD podlegający trybowi uzupełniania zgodnie z art. 128 ust 1 Pzp) to brak byłoby podstaw do odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezłożenia PSD wraz z ofertą.

Złożenie PSD dla potwierdzenia warunku następuje co do zasady na etapie przed wyborem oferty najkorzystniejszej (wstępnym dowodem spełnienia warunku na etapie złożenia oferty jest JEDZ) – co wprost wynika i Pzp – art. 125 ust 3 Pzp jak i fragmentów SWZ powołanych na wstępie odwołania.

Zgodnie z Pzp – art. 126 ust 2 Pzp:

2. Jeżeli jest to niezbędne do zapewnienia odpowiedniego przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający może na każdym etapie postępowania, w tym na etapie składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub niezwłocznie po ich złożeniu, wezwać wykonawców do złożenia wszystkich lub niektórych podmiotowych środków dowodowych aktualnych na dzień ich złożenia.

SWZ ani ogłoszenie o zamówieniu takich wymagań (wyjątek od zasady składania PSD na wezwanie przed wyborem) nie zawierają.

Nawet gdyby jednak twierdzić, że SWZ w tym właśnie miejscu wymagać miała od wykonawców złożenia PSD w postaci Załącznika 3 -Wykaz instalacji już wraz z ofertą (co jednak nie wynika z SWZ która precyzuje tak warunek udziału jak i PSD i etap jego złożenia przed wyborem na wezwanie Zamawiającego) - to PSD jest dokumentem obligatoryjnie uzupełnianym w trybie art. 128 ust 1 Pzp a więc nawet w takim przypadku obowiązkiem Zamawiającego byłoby wezwanie Odwołującego do uzupełnienia Pzp w trybie art. 128 ust 1 Pzp przed wyborem oferty najkorzystniejszej.

Czynność odrzucenia oferty Odwołującego w trybie art. 226 ust 1 pkt 5 Pzp wskazuje, że Zamawiający potraktował Załącznik nr 3 -Wykaz instalacji który stanowi PSD dla potrzeb wykazania spełnienia warunku podmiotowego jako treść oferty wykonawcy.

Załącznik nr 3 – Wykaz instalacji odpadów stanowi, co jednoznacznie i konsekwentnie wynika z dokumentów zamówienia, PSD nie zaś treść oferty.

Znamienne przy tym, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego sporządzone przez Zamawiającego wskazuje:

Zamawiający określił w Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) w rozdziale II w podrozdziale 11) Sposób przygotowania ofert – Zasady obowiązujące podczas przygotowania ofert, pkt 6) lit. c): *Wykonawca składa ofertę wraz z wymaganymi oświadczeniami i dokumentami, wskazanymi w rozdziale II podrozdziale 9 SWZ. Do oferty należy dołączyć:*

[...]

c) *Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych- załącznik nr 3 do SWZ; [...].*

Dodatkowe informacje:

1. Wykaz instalacji zagospodarowujących odpady oraz instalacji zastępczych (sporządzony na wzorze załącznik nr 3 do SWZ) nie podlega uzupełnieniu.

Podczas gdy dopisek „Dodatkowe informacje” i dalsza część zaznaczone kolorem powyżej nie znajdują się w treści SWZ co wyklucza możliwość zastosowania sankcji odrzucenia oferty.

W powyższych okolicznościach stanowisko Zamawiającego zawarte w uzasadnieniu odrzuceniu o braku profesjonalizmu Odwołującego jest niezrozumiałe. Jak wynika z dokumentacji to sam Zamawiający w powołanym Rozdziale II podrozdział 11 SWZ wprowadza wykonawców w błąd – najprawdopodobniej omyłkowo wymagając złożenia Załącznika nr 3 który jest PSD wraz z ofertą podczas gdy w kilku innych miejscach dokumentacji traktuje ten sam Wykaz jako PSD wymagany przed wyborem ale nie jako treść oferty a jednocześnie odrzuca z powyższego powodu ofertę najkorzystniejszą.

Skoro SWZ i ogłoszenie klarownie wskazują na warunek podmiotowy i PSD w postaci Załącznika nr 3 stanowiącego Załącznik do umowy jako dokumenty wymagane przed wyborem od najwyżej ocenionego wykonawcy, to całkowicie nielogiczne jest usiłowanie potraktowania powyższego wymagania jako kreującego z dokładnie tego samego PSD (Załącznik nr 3) i jego zawartości treść oferty wykonawcy, której niezłożenie stanowić ma podstawę bezwzględnego odrzucenia oferty Odwołującego.

Jedynie z ostrożności wskazać należy, na orzecznictwo Izby ograniczające dopuszczalność dokonywania czynności odrzucenia ofert wykonawców wyłącznie do przypadków jednoznacznych niezgodności z warunkami zamówienia, przy zakazie dokonywania na tym etapie postępowania nadinterpretacji wymagań SWZ czy też zmian wymagań.

Tak przykładowo:

Wyrok KIO z dnia 7 lipca 2022 r., sygn. KIO 1603/22:

„Istotnym jest, że niezgodność oferty z warunkami zamówienia musi po pierwsze być oczywista i niewątpliwa, czyli zamawiający musi mieć pewność co do niezgodności oferty z jego oczekiwaniami, przy czym postanowienia SWZ powinny być jasne i klarowne. Po drugie,

odrzucenie oferty nie może nastąpić z błahych, czysto formalnych powodów nie wpływających na treść złożonej oferty, jak również gdy zamawiający ma możliwość poprawienia błędów jakie zawiera oferta. Odrzucając ofertę za niezgodność z warunkami zamówienia w trybie art. 226 ust. pkt 5 Prawa zamówień publicznych zamawiający powinien mieć pewność, że niezgodność taka występuje, co w niniejszej sprawie nie zostało przez zamawiającego stwierdzone."

KIO 708/23, wyrok z dnia 31 marca 2023 r.

Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne, konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

KIO 1090/23, wyrok z dnia 24 maja 2023 r.

Niezgodność treści oferty z warunkami zamówienia, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty wykonawcy, o której mowa w art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p., ma miejsce w sytuacji, gdy oferowane przez wykonawcę w ofercie zobowiązanie nie odpowiada zobowiązaniu określone w SWZ. Ponadto zastosowanie wskazanej przesłanki odrzucenia wymaga jednoznacznego wykazania na czym polega niezgodność oferty z warunkami zamówienia, poprzez wskazanie w ofercie tego, co jest sprzeczne z dokumentacją postępowania i w jaki sposób ta niezgodność występuje, w konfrontacji z wyraźnie określonymi i ustalonymi warunkami zamówienia.

Izba w orzecznictwie słusznie wskazuje na obowiązki Zamawiającego dotyczące ścisłej, zawężającej nie zaś rozszerzającej interpretacji wymagań przetargowych – tak przykładowo:

KIO 891/23, wyrok z dnia 18 kwietnia 2023 r.

Stwierdzenie niezgodności oferty z warunkami zamówienia nie może wynikać wyłącznie z oczekiwanego przez Zamawiającego sposobu rozumienia dokumentacji postępowania, którego nie ujawniono wprost w treści dokumentacji postępowania. Aby odrzucenie oferty na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 5 p.z.p. było zasadne konieczne jest wskazanie konkretnej niezgodności pomiędzy ofertą wykonawcy a jednoznacznie ustalonymi warunkami zamówienia.

KIO 560/23, wyrok z dnia 16 marca 2023 r.

Dokumentacja sporządzona w postępowaniu powinna być rozumiana w sposób ścisły - stanowi to gwarancję pewności obrotu oraz realizację naczelných zasad zamówień publicznych określonych w art. 16 p.z.p., zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a także przejrzystości postępowania - tak, aby ograniczyć pole dla

ewentualnych niejasności i nieporozumień skutkujących niedozwoloną uznaniowością przy ocenie ofert. (...)

Punktem wyjścia dla stwierdzenia niezgodności oferty z treścią SWZ jest właściwe ustalenie oraz zinterpretowanie wymagań dokumentacji postępowania sporządzonej w danym postępowaniu, która od momentu jej udostępnienia jest wiążąca - zamawiający jest związany swoim oświadczeniem woli co do warunków prowadzenia postępowania i kształtu zobowiązania wykonawcy określonego w SWZ i po otwarciu ofert zamawiający nie może tych warunków zmienić, ani od nich odstąpić. Rozstrzygające znaczenie ma literalne brzmienie SWZ.

O ile zatem intencją Zamawiającego byłoby odmienne sformułowanie wymagań winien był na odpowiednim etapie postępowania przed terminem składania ofert wymagania takie wprost wyartykułować.

Jak zasadnie wskazuje orzecznictwo Izby:

KIO 720/23, wyrok z dnia 30 marca 2023 r.

Treść SWZ jest wiążąca dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego, a literalne i ścisłe jej egzekwowanie jest jedną z podstawowych gwarancji, czy wręcz warunkiem sine qua non, realizacji zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zamawiający, na etapie oceny ofert, nie jest uprawniony do zmiany treści specyfikacji warunków zamówienia czy nadawania jego zapisom innego znaczenia niż wynikające z ich oczywistego brzmienia. Postanowienia specyfikacji są dla niego wiążące i wyłącznie na ich podstawie może on oceniać treść złożonych ofert.

Jak wskazuje orzecznictwo KIO w odniesieniu do treści wymagań SWZ w przypadku ich sprzeczności czy też wątpliwości odnośnie jednoznaczności i sposobu interpretacji istnieje konieczność odczytywania postanowień SWZ na korzyść wykonawców.

Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny, jak i orzecznictwa, ewentualne nieprecyzyjności oraz niejasności dokumentacji postępowania obciążać muszą autora danego dokumentu, zgodnie z zasadą *in dubio contra proferentem* (w razie wątpliwości przeciwko oświadczającemu). W tej sytuacji wszelkie niejasności i nieprecyzyjności treści dokumentacji postępowania, w szczególności SWZ oraz OPZ, obciążają Zamawiającego i nie mogą być interpretowane na niekorzyść wykonawcy. Wykonawca nie powinien ponosić negatywnych konsekwencji niewłaściwego przygotowania dokumentacji postępowania przez Zamawiającego, czy też skutków rozszerzającej wykładni treści takiej dokumentacji.

Wskazać należy na jednolite orzecznictwo Izby w odniesieniu do konieczności stosowania w takich sytuacjach interpretacji prowykonawczej tego rodzaju postanowień dokumentacji przetargowych – tytułem przykładu: Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 28 września 2021 r. sygn. akt KIO 2493/21. Nadto, zwracając uwagę, że w orzecznictwie KIO wskazuje się na obowiązek interpretowania wszelkich nieścisłości na korzyść wykonawców, bowiem to Zamawiający, jako gospodarz postępowania, zobowiązany jest do należytego opracowania dokumentacji przetargowej, której brzmienie powinno być jasne, m.in. w wyroku z dnia 21 listopada 2017 r. o sygn. akt KIO 2336/17, w którym Izba orzekła: "Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, wszelkie niejasności, nieścisłości treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia należy rozpatrywać na korzyść wykonawcy", w wyroku z dnia 16 kwietnia 2015 r. o sygn. akt KIO 660/15: "obowiązuje swoista "święta" zasada, że wszelkie niejasności, dwuznaczności, niezgodności postanowień SIWZ należy rozpatrywać na korzyść wykonawców.", w wyroku z 24 października 2018 r., sygn. akt: KIO 2100/18, zgodnie z którym "w przypadku możliwości interpretacji zapisów SIWZ w różny sposób, wszelkie niejasności, które mogą odnosić się do złożonych w postępowaniu ofert, odczytywać należy na korzyść wykonawców" (Tak również, m.in. w uchwale z 3 sierpnia 2017 r., sygn. akt KIO/KD 38/17 oraz wyroku SO w Szczecinie z 7 marca 2018 r., sygn. akt: VIII Ga 102/18). Analogiczne stanowisko zajmują sądy powszechne - np. SO w Nowym Sączu w wyroku z 18 marca 2015 r. o sygn. akt: III Ca 70/15 uznał, iż: "Zapisy w SIWZ (...) muszą mieć charakter precyzyjny i jednoznaczny, a wątpliwości powstałe na tym tle muszą być rozstrzygane na korzyść wykonawcy. Obowiązek takiego formułowania i tłumaczenia ma na celu realizację zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich wykonawców przystępujących do przetargu (...). Zdaniem Odwołującego - skutkiem nadinterpretacji wymagań SWZ przez Zamawiającego jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych takich jak wyrażona w art. 16 ustawy Pzp zasada równości oraz uczciwej konkurencji ale także zasady efektywności o której mowa w art. 17 ustawy Pzp.

- tak wyrok KIO 86/24 z dnia 1 lutego 2024 r.

Odwołujący wskazuje, że interpretacja jakiej dokonuje w odniesieniu do wymagania SWZ, skutkująca w dodatku bezzasadnym ograniczeniem konkurencyjności postępowania, jest niedopuszczalna.

Skutkiem nadinterpretacji wymagań SWZ przez Zamawiającego jest naruszenie zasad udzielania zamówień publicznych takich jak wyrażona w art. 16 Pzp zasada równości oraz uczciwej konkurencji ale także zasady efektywności o której mowa w art. 17 Pzp.

W wyniku czynności Zamawiającego naruszających przepisy ustawy Pzp doszło ponadto do naruszenia zasady przejrzystości postępowania a naruszenia powyższe mają bezpośredni wpływ na wynik postępowania.

Odnosnie zawartego w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty Odwołującego ustalenia:

Wykonawca nie złożył oświadczeń określonych w rozdziale II podrozdziale 9 pkt 1) ppkt 8 lit e) i f), tj.:

e) Oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 7 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz.U. 2023 poz. 129 ze zm.),

f) Oświadczenie o niepodleganiu wykluczeniu na podstawie art. 5k rozporządzenia Rady UE 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r., dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady UE 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r., o istnieniu albo nieistnieniu okoliczności zakazujących udzielenia Wykonawcy zamówienia publicznego.

Sam Zamawiający przyznaje, że przyczyną odstąpienia od wezwania do uzupełnienia wskazanych pozostałych PSD ma być fakt odrzucenia oferty Odwołującego z innej przyczyny:

Zamawiający odstępuje od wezwania do uzupełnienia w/w dokumentów z art. 128 ust. 1 ustawy pzp, ze względu na fakt, że oferta podlega odrzuceniu ze względu na wyżej wskazaną przestankę.

A zatem w wyniku uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, powinnością Zamawiającego stanie się skierowanie do Odwołującego w odniesieniu do powyższych dokumentów wezwania do ich uzupełnienia w trybie art. 128 ust 1 Pzp.

Mając powyższe na względzie Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Z poważaniem

Załączniki:

- odpis aktualnych dokumentów rejestrowych konsorcjantów Odwołującego,
- pełnomocnictwo konsorcjalne złożone wraz z ofertą w postępowaniu
- dowód uiszczenia wpisu od odwołania w wymaganej wysokości,
- informacja Zamawiającego o wyborze najkorzystniejszej oferty wraz z uzasadnieniem odrzucenia oferty Konsorcjum PARTNER,
- dowód przekazania kopii odwołania Zamawiającemu.