

Sygn. akt: KIO 1490/17

**WYROK**  
z dnia 31 lipca 2017 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 26 lipca 2017 r. w Warszawie o odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 lipca 2017 r. przez wykonawcę **KOMA Olsztyn Sp. z o.o., (ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn)** w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego - Gminę Dywity, (ul. Olsztyńska 23, 11-001 Dywity)**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: **(1) Zakład Usług Transportowych i Komunalnych s.c. D. J. M. J., (2) Remondis Olsztyn Sp. z o.o. Sp.k., (adres dla pełnomocnika: Różnowo 25a11-001 Dywity)** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazuje powtórzenie czynności badania i oceny oferty Odwołującego
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego **Gminę Dywity, (ul. Olsztyńska 23, 11-001 Dywity)** i
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **7500 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego **KOMA Olsztyn Sp. z o.o., (ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn)**,
  - 2.2. zasądza od Zamawiającego **Gminę Dywity, (ul. Olsztyńska 23, 11-001 Dywity)** na rzecz Odwołującego **KOMA Olsztyn Sp. z o.o., (ul. Towarowa 20a, 10-417 Olsztyn)** kwotę **11498 zł 40 gr** (słownie: jedenaście tysięcy czterysta dziewięćdziesiąt osiem złotych czterdzieści groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i kosztów dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 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 **Olsztynie**.

**Przewodniczący:** .....

UZASADNIENIE

Zamawiający – Gmina Dywity prowadzi postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego, którego przedmiotem jest „Odbieranie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy, zagospodarowanie odpadów ulegających biodegradacji oraz prowadzenie PSZOK- u w okresie od lipca 2017 r. do czerwca 2018 r.”

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 9 czerwca 2017 roku w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem 529569-N-2017

Odwołujący Koma Olsztyn sp. z o.o. wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu naruszenie art 89 ust 1 pkt 2 PZP, poprzez nieprawidłowe zakwalifikowanie okoliczności, że Odwołującemu już po złożeniu oferty wypowiedziana została umowa najmu gruntu, wskazanego w ofercie, na którym miał zostać zorganizowany PSZOK, jako niezgodność oferty z treścią SIWZ oraz art 7 ust 3 PZP w zw. z art 91 ust 1 PZP, poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty Odwołującego pomimo, iż była najkorzystniejsza.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego, dokonanie ponownej oceny ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej; zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą, dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji przetargowej oraz: umowa najmu gruntu pod PSZOK, wypowiedzenie umowy najmu.

Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 PZP i uzasadniając, że treść oferty tego wykonawcy: nie odpowiada treści SIWZ. W formularzu ofertowym pkt 8 zostało złożone oświadczenie, że PSZOK zostanie uruchomiony od dnia 1 lipca 2017 r. w gminie Dywity, obręb Ługwałd, działka nr 129/3. Dnia 03.07.2017 r. do Urzędu Gminy Dywity wpłynęło pismo J. A. dotyczące wypowiedzenia umowy najmu części działki o nr 129/3, obręb Ługwałd, gmina Dywity, zawartej ze sp. z o.o. KOMA OLSZTYN z siedzibą w Olsztynie przy ul. Towarowej 20a. Na wyznaczonej części działki o numerze 129/3, obręb Ługwałd, gmina Dywity, spółka KOMA OLSZTYN miała zbierać odpady w ramach prowadzenia PSZOK-u. Wobec powyższego zaistniała niezgodność zobowiązania, które w formularzu ofertowym przedstawił wykonawca. Formularz ofertowy stanowi oświadczenie Wykonawcy i nie ma podstawy prawnej do jego skorygowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp).

W SIWZ [Rozdział III Przedmiot zamówienia] Zamawiający przewidział, iż w ramach zamówienia Wykonawca będzie zobowiązany do utworzenia i prowadzenia punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (dalej zwany „PSZOK”). Taki sam zapis znalazł się w Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ. Dodatkowo we wzorze formularza ofertowego (stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ) w pkt 2 ppkt 8, Zamawiający przewidział dla wykonawcy obowiązek podania lokalizacji PSZOK: „8. Oświadczamy, że PSZOK zostanie uruchomiony od dnia w (podać lokalizację).”

Dodatkowo Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytania wykonawców do SIWZ dnia 14 czerwca 2017 r. wyjaśnił, że PSZOK musi zostać zlokalizowany na terenie Gminy Dywity, a „lokalizacja tego punktu musi być uzgodniona i zaakceptowana przez Zamawiającego”.

Odwołujący składając ofertę w dniu 22 czerwca 2017 r. w formularzu ofertowym wskazał że PSZOK zostanie uruchomiony od dnia 1 lipca 2017 r. w gminie Dywity, obręb Ługwałd, działka nr 129/3. Podstawą złożenia takiego oświadczenia, było dysponowanie w/w gruntem na podstawie umowy najmu z dnia 18 maja 2017 r.

Odwołujący podkreślił, że składając w/w oświadczenie zmieścił się w ramach określonych w SIWZ bowiem:

- 1) przewidział uruchomienie PSZOK od 1 lipca 2017 r. (tak jak przewiduje to SIWZ) oraz
- 2) wskazał lokalizację mieszczącą się na terenie Gminy Dywity (obowiązek taki ustanowił Zamawiający w odpowiedzi z dnia 14 czerwca 2017 r. na pytania do SIWZ).

Zdaniem Odwołującego, brak wymagań Zamawiającego w SIWZ co do posiadania tytułu prawnego do wskazanej działki, uniemożliwia Zamawiającemu badanie tej kwestii na etapie oceny ofert.

Odwołujący podkreślił, że zawarł umowę najmu gruntu wskazanego w ofercie i na dzień jego składania posiadał prawo dysponowania gruntem. W wyniku działań konkurencji, już po otwarciu ofert, wynajmujący wypowiedział Odwołującemu umowę najmu gruntu przeznaczonego na PSZOK, jednakże z uwagi na przewidziany w umowie okres wypowiedzenia, który upłynie z końcem sierpnia 2017 r. do tego dnia Odwołujący jest uprawniony do korzystania z nieruchomości.

W zaistniałych okolicznościach wskazanie w ofercie przez Odwołującego działki na potrzeby lokalizacji PSZOK, co do której ze względu na dokonane (po dniu składania ofert) przez wynajmującego wypowiedzenie, Odwołujący prawdopodobnie z końcem sierpnia 2017 r. (zdarzenie przyszłe niepewne) utraci prawo do korzystania, nie powoduje niezgodności z SIWZ oferty Odwołującego. W tych okolicznościach zatem, zdaniem Odwołującego, Zamawiający naruszył art 89 ust 1 pkt 2) PZP poprzez jego zastosowanie do oferty Odwołującego pomimo, iż ta nie zawierała niezgodności z SIWZ.

Odwołujący złożył oświadczenie w treści odwołania, że poczynił starania w zakresie

poszukiwania nieruchomości przeznaczonej na PSZOK w miejsce tej, która została zaproponowana w ofercie i w przypadku wyboru oferty Odwołującego będzie prowadził PSZOK zgodnie z wymaganiami SIWZ.

Izba ustaliła, że brak jest podstaw do odrzucenia odwołania.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody Stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do wniesienia odwołania, zgodnie z art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła, że w treści SIWZ (odpowiedzi na pytania wykonawców) Zamawiający zawarł postanowienie, zgodnie z którym wykonawcy byli zobowiązani uruchomić PSZOK od 1 lipca 2017 r. na terenie Gminy Dywity. Zawarł także postanowienie, aby lokalizacja została z Zamawiającym uzgodniona. Odwołujący składając ofertę w dniu 22 czerwca 2017 r., w formularzu ofertowym wskazał, że PSZOK zostanie uruchomiony od dnia 1 lipca 2017 r. w gminie Dywity, obręb Ługwałd, działka nr 129/3.

W treści uzasadnienia odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że: „Oferta odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. W formularzu ofertowym pkt 8 zostało złożone oświadczenie, że PSZOK zostanie uruchomiony od dnia 1 lipca 2017 r. w gminie Dywity, obręb Ługwałd, działka nr 129/3. Dnia 03.07.2017 r. do Urzędu Gminy Dywity wpłynęło pismo J. A. dotyczące wypowiedzenia umowy najmu części działki o nr 129/3 obręb Ługwałd, gmina Dywity, zawartej ze sp. z o.o. Koma Olsztyn z siedziba w Olsztynie przy ul. Towarowej 20a. Na wyznaczonej części działki o numerze 129/3 obręb Ługwałd, gmina Dywity, spółka Koma Olsztyn miała zbierać odpady w ramach prowadzenia PSZOK-u. Wobec powyższego zaistniała niezgodność zobowiązania, które w formularzu ofertowym przedstawił wykonawca. Formularz ofertowy stanowi oświadczenie Wykonawcy i nie ma podstawy prawnej do jego skorygowania na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp i uzupełnienia lub wyjaśnienia dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, potwierdzających, że oferowane usługi spełniają wymagania Zamawiającego (na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp).”

Zamawiający w treści rozstrzygnięcia nie wskazał postanowienia SIWZ, z którym niezgodna miała być oferta Odwołującego. Z treści zawiadomienia wynika tylko, że Zamawiający 3 lipca 2017 roku otrzymał pismo J. A., dotyczące wypowiedzenia umowy najmu zawartej z Odwołującym. Zamawiający nie wykazał natomiast braku spełnienia wymagań SIWZ na dzień składania ofert. Zamawiający wskazał, który element oferty uważa za niewłaściwy, jednakże nie wskazał w tym zakresie postanowienia SIWZ, z którym miałby być niezgodny, co ma podstawowe znaczenie w sytuacji zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Co istotne, Odwołujący na dzień składania ofert spełnił wymagania SIWZ. Dysponował umową najmu nieruchomości, na której ma zostać uruchomiony PSZOK od dnia 01 lipca 2017 roku. Nieruchomość położona jest – stosownie do wymagań Zamawiającego - w gminie Dywity.

W treści SIWZ brak jest zapisów, że lokalizacja PSZOK nie może ulec zmianie. Zatem nawet w sytuacji, gdyby dojdź miało do zmiany lokalizacji PSZOK, nie będzie to niezgodne z wymaganiami SIWZ. Trafnie zauważył Odwołujący, że skoro Zamawiający przewidział możliwość zatwierdzenia lokalizacji, to lokalizacja ta będzie mogła być zmieniona.

Bez znaczenia dla niniejszej sprawy pozostają wywody dotyczące zakwestionowania załączonej do odwołania umowy najmu w zakresie § 6 ust. 1. Bowiem nawet w sytuacji, gdyby wypowiedzenie nastąpić miało na koniec lipca, to Wykonawca nadal spełniał wymagania SIWZ – na dzień 1 lipca 2017 r. ma zostać uruchomiony PSZOK.

Przedmiot rozstrzygnięcia Izby stanowić mogą jedynie podstawy, jakie wskazał Zamawiający w treści decyzji o wyniku postępowania. Nie mogą stanowić podstawy rozstrzygnięcia dodatkowe okoliczności, których Zamawiający w treści tej decyzji nie wskazał (jak np. prawomocność decyzji). Przede wszystkim dlatego, że Odwołujący nie miał o nich wiedzy, a zatem nie mogły i nie stały się przedmiotem odwołania. Izba natomiast – stosownie do art. 192 ust. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie może rozstrzygać co do zarzutów, które nie były podniesione w odwołaniu.

W związku z powyższym, w ocenie Izby Zamawiający naruszył art 89 ust 1 pkt 2 PZP poprzez jego zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego w sytuacji gdy nie zawierała niezgodności z SIWZ.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia.

**Przewodniczący:**

.....