Sygn. akt KIO 1098/19

Sygn. akt: KIO 1098/19

WYROK

z dnia 4 lipca 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Renata Tubisz

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 1 lipca 2019r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 czerwca 2019 r. przez odwołującego: Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica
przy udziale przystępującego: Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. ul. Nowodworska 60, 59-220 Legnica po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz nakazuje ponowną ocenę i badanie oferty celem wyboru najkorzystniejszej oferty

2. kosztami postępowania obciąża Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum) tytułem wpisu od odwołania

2.2. zasądza od Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy ul. Wojska Polskiego 10, 59-220 Legnica kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) na rzecz Konsorcjum Przedsiębiorstwo Usługowo-Produkcyjne i Handlowe "COM-D" Sp. z o.o. ul. Księcia Poniatowskiego 25, 59-400 Jawor (Lider Konsorcjum) oraz P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo-Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17B, 59-220 Legnica (Członek Konsorcjum), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. z 2018 r., poz. 1986 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 Legnicy.

Przewodniczący: .....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania: „OCZYSZCZANIE MIASTA" w Legnicy o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję zamawiającą DT - P /17 / 2018

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej:

1. w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S200-455677

wraz z późniejszą zmianą dokonaną

2. w dniu 22 listopada 2018 r. pod numerem 2018/S225-515928

Informacja o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego została przesłana odwołującemu w dniu 06 czerwca 2019 r.

Odwołujący złożył odwołanie

Na podstawie art. 180 ust. 1 w zw. z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej „ustawą P.Z.P." lub „ustawą", Konsorcjum w składzie: Przedsiębiorstwo Usługowo - Produkcyjne i Handlowe „COM - D" Sp. z o.o. z/s w Jaworze oraz P. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Firma Handlowo - Usługowa P. W. ul. Chocianowska 17 B, 59-220 Legnica, zwane dalej „Odwołującym", wniosło odwołanie od niezgodnych z przepisami ustawy P.Z.P. czynności Zamawiającego polegających na:

1. unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.Z.P. na usługi w ramach zadania: „OCZYSZCZANIE MIASTA" w Legnicy o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję zamawiającą DT - P / 17 / 2018, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwymi do usunięcia wadami, uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

2. prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego o wartości powyżej kwot określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy P.Z.P. na usługi w ramach zadania: „OCZYSZCZANIE MIASTA" w Legnicy o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję zamawiającą DT - P / 17/2018, w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018 r. pod numerem 2018/S200-455677 wraz z późniejszą zmianą dokonaną dnia 22 listopada 2018 r. pod numerem 2018 / S-225-515928

Niniejszym zarzucono Zamawiającemu, iż podejmując w/w czynności naruszył w szczególności następujące przepisy:

1) Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.Z.P. przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania (pismo z dnia 06 czerwca 2019 r.) nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu.

2) Art. 7 ust. 1 ustawy P.Z.P. przez prowadzenie postępowania z naruszeniem zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o:

1) Uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie Zamawiającemu:

a) Unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

b) Ponownego przeprowadzania badania i oceny ofert i w konsekwencji wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

2) Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentów znajdujących się w aktach postępowania o sygnaturze:

a) KIO 109 / 19 zainicjowanego wniesieniem odwołania przez Odwołującego w szczególności treści Odwołania, odpowiedzi na Odwołanie oraz Wyroku KIO z dnia 11 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 109 /19 wraz z uzasadnieniem,

b) KIO 664 / 19 zainicjowanego wniesieniem odwołania przez Odwołującego w

szczególności treści Odwołania, odpowiedzi na Odwołanie oraz Wyroku KIO z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt: KIO 664 /19 wraz z uzasadnieniem,

na okoliczność ich treści, w szczególności zachowania oraz podejmowanych działań przez Zamawiającego w toku Postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania: „OCZYSZCZANIE MIASTA" w Legnicy o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję zamawiającą DT-P / 17 / 2018

3) Obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Co do interesu i szkody

W interesie każdego Wykonawcy jest, aby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego było prowadzone zgodnie z przepisami obowiązującego prawa. Odwołujący ma interes w złożeniu odwołania, ponieważ zaniechania i czynności Zamawiającego uniemożliwiają Odwołującemu uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

W wyniku naruszenia przez Zamawiającego w/w przepisów interes Odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia doznał uszczerbku, w związku z czym może on ponieść szkodę. Wskutek niezgodnych z prawem czynności Zamawiającego, w szczególności poprzez unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sytuacji, kiedy nie zaistniały ku temu przesłanki, Odwołujący został pozbawiony możliwości pozyskania przedmiotowego zamówienia.

Odwołujący pragnie wskazać, że gdyby nie działanie Zamawiającego uzyskałby on przedmiotowe zamówienie, albowiem oferta Odwołującego wskutek skrupulatnego badania winna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Odwołujący ma zatem interes prawny we wniesieniu przedmiotowego odwołania. W przypadku oddalenia tego odwołania Odwołujący poniesie szkodę w postaci utraty możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Nie ulega zatem wątpliwości, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym we wniesieniu odwołania w niniejszej sprawie.

Powyższe dowodzi naruszenia interesu w uzyskaniu zamówienia, co czyni zadość wymaganiom określonym w art. 179 ust. 1 ustawy P.Z.P. do wniesienia niniejszego odwołania.

ZACHOWANIE TERMINU I WYMOGÓW FORMALNYCH

W kwestii terminu na wniesienie odwołania Odwołujący wskazał, że zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.Z.P., niniejsze Odwołanie zostaje wniesione przed upływem ustawowego terminu tj. przed upływem 10 dni od uzyskania informacji o unieważnieniu przedmiotowego postępowania. Z uwagi na fakt, iż czynność o unieważnieniu postępowania została przekazana Odwołującemu w dniu 06 czerwca 2019 r. (kopia informacji o unieważnieniu postępowania o udzieleniu zamówienia publicznego) termin 10 - dniowy na złożenie odwołania został dochowany.

Odwołujący uiścił wpis od niniejszego odwołania w wymaganej wysokości oraz przekazał kopię niniejszego odwołania wraz z załącznikami Zamawiającemu.

Uzasadnienie odwołania

Odwołujący nie zgadza się z czynnością Zamawiającego.

UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA NA PODSTAWIE ART. 93 UST. 1 PKT 7 USTAWY

P.Z.P.

Zamawiający jako podstawę unieważnienia postępowania wskazał art. 93 ust. 1 pkt. 7 P.Z.P., uzasadniając zastosowanie tego przepisu pominięciem w projekcie umowy:

1. Brakiem informacji o przesłankach wykluczenia z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu co zdaniem Zamawiającego narusza brzmienie art. 41 pkt 7) ustawy P.Z.P.

2. Brakiem pełnego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, co zdaniem Zamawiającego narusza brzmienie art. 41 pkt 7a) ustawy P.Z.P.

oraz

3. Żądaniem dokumentów zbędnych do przebiegu postępowania co zdaniem Zamawiającego narusza brzmienie art. 25 ust. 1 ustawy P.Z.P.

nadto:

4. Użyciem w rozdziale III pkt 2 SIWZ sformułowania „Zamawiający stosownie do art. 29 ust. 3 a ustawy, wymaga zatrudnienia przez Wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1^1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks Pracy (Dz. U. z 2016 poz. 1666) - pracowników na usługi sanitarne, Wykonawca zatrudni na umowę o pracę wyżej wymienione osoby na okres realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to miejsce innej osoby spełniającej powyższe wymagania, co zdaniem Zamawiającego narusza brzmienie art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a lit „c" ustawy P.Z.P.

5. Zapisami dotyczącymi opisu przedmiotu zamówienia, co zdaniem Zamawiającego narusza brzmienie art. 29 i następne ustawy P.Z.P.

6. Określenie terminu datą kalendarzową, co na obecnym etapie zdaniem Zamawiającego uniemożliwia jej zrealizowanie, albowiem winna ona zostać zawarta najpóźniej przed upływem 01 stycznia 2019 r., w którym to dniu zaplanowano jej wejście w życie.

Zamawiający nie wykazał w najmniejszym nawet stopniu, aby powołane powyżej okoliczności uzasadniały zastosowanie tak daleko idącego w skutkach przepisu, niweczącego cel

prowadzonego postępowania.

Jak słusznie zauważa KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA w Wyroku z dnia 12 grudnia 2013 r. wydanym w sprawie prowadzonej za sygn. akt: KIO 2730 / 13, celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie umowy, zatem unieważnienie postępowania należy ocenić jako sytuację wyjątkową, która może zaistnieć wyłącznie po ziszczeniu się jednej z enumeratywnie wymienionych w art. 93 ust. 1 i 1a ustawy P.Z.P. przesłanek. Przy czym przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania - jako prowadzące do wyjątku od zasady, iż celem prowadzonego postępowania jest udzielenie zamówienia - nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Odwołujący, w ślad za orzecznictwem KIO - wskazuje, iż art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.Z.P. stanowi, że podstawą do unieważnienia może być wyłącznie taka wada postępowania, która uniemożliwia zawarcie prawnie skutecznej umowy. Innymi słowy - wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.Z.P., która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i powodujący jednocześnie, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie, wskutek wystąpienia tej wady, podlegała unieważnieniu (vide KIO w Wyroku z dnia 30 stycznia 2015 r., sygn. akt: KIO 117/15). Jak wskazała również KRAJOWA IZBA ODWOŁAWCZA w Wyroku z dnia 19 sierpnia 2014 r., sygn. akt: KIO 1607/14, „unieważnienie postępowania na tej podstawie może nastąpić jedynie w razie wystąpienia wad postępowania o wysokim ciężarze gatunkowym, to jest takich, które skutkują, że zawarta umowa obarczona będzie nieważnością, albo może zostać unieważniona. Oznacza to, że wady postępowania, w szczególności niedoskonałości dokumentu jakim jest SIWZ muszą mieć charakter takich, których nie da się usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy sprzeczności postanowień SIWZ. Z tego względu, koniecznym jest poddanie analizie tych postanowień SIWZ i czynności, w ramach których Zamawiający upatruje wad swego postępowania skutkujących postulowaną nieważnością postępowania, czy też zawartej w jego rezultacie umowy".

W związku z powyższym nie każda wada dokumentacji postępowania będzie stanowiła o jego wadzie, która uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Zamawiający przekonuje, że wystąpiła wada postępowania, która uniemożliwia zawarcie umowy, gdyż uniemożliwia wycenę cen złożonych ofert i obiektywnego ich porównania. W związku z tym nasuwa się pytanie dlaczego już podczas badania i oceny ofert, złożonych w postępowaniu o udzielenie zamówienia nie unieważnił przetargu? Jeżeli faktycznie nie mógł porównać ofert na jakiej podstawie w dniu 22.01.2019 r. Zamawiający dokonał rozstrzygnięcia postępowania, w którym odrzucił ofertę Odwołującego jako rażąco niską a zamówienie chciał przekazać miejskiej spółce Legnickiemu Przedsiębiorstwu Gospodarki Komunalnej. Od tego rozstrzygnięcia Odwołujący dwukrotnie wniósł odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej, która wyrokiem KIO z dnia 11 lutego 2019 r., sygn. akt: KIO 109/19 oraz wyrokiem z dnia 30 kwietnia 2019 r., sygn. akt: KIO 664 / 19 dwukrotnie potwierdziła, że stanowisko obrane przez Zamawiającego nie było słuszne.

Ponadto należy zauważyć, że identyczne zapisy pojawiają się w innych ogłaszanych przez Zamawiającego przetargach na zamówienia publiczne i nie skutkują one ani unieważnieniem przetargu ani tez rozwiązaniem umowy. Nie skutkują też do niewykonalnością przedmiotu umowy.

Ponadto jeżeli Zamawiający zauważył jakąkolwiek wadę, która według niego miała istotne znaczenie dla przebiegu postępowania, powinien już na etapie ogłoszenia informacji o zamówieniu zamieścić sprostowanie.

Brak fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania w ogłoszeniu nie może stanowić podstawy unieważnienia postępowania, tym bardziej, że w treści ogłoszenia o zamówienie ukazały się informacje o podstawach wykluczenia na podstawie ustawy Pzp. Fakultatywne przesłanki wykluczenia ukazały się w SIWZ do zamówienia, które było ogólnie dostępne dla potencjalnych oferentów i mieli oni możliwość zapoznania się z nimi.

Postępowanie „Oczyszczanie miasta" DT-P/17/2018 było postępowaniem, którego wartość przekraczała progi unijne, w związku z powyższym każdy z oferentów musiał wypełnić i przesłać Zamawiającemu dokument JEDZ, w którym między innymi potencjalny wykonawca oświadcza czy spełnia kryteria wykluczenia z przetargu oraz kryteria kwalifikacji wyboru Zamawiającego.

To samo się tyczy warunków postępowania odnośnie zatrudniania osób. W przypadku jakichkolwiek wątpliwości co do ich do zatrudniania potencjalni wykonawcy mieli możliwość zadawania pytań i wyjaśnień co do treści SIWZ, z czego także skorzystali. Tłumaczenia Zamawiającego, że zapis „Wykonawca zatrudni na umowę o pracę (...)" wyklucza możliwość

posłużenia się przy realizacji umowy osobą, z którą wiąże go stosunek pracy przed złożeniem oferty, jest absurdalny i kompromitujący a dowodzi tylko tego, że Zamawiający specjalnie szuka powodu aby unieważnić postępowanie, gdyż zamówienie zostałoby przekazane Odwołującemu a nie dla faworyzowanej przez Zamawiającego miejskiej spółki.

To samo tyczy się zarzutu Zamawiającego odnośnie braku wymagań kwalifikacji oraz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia. Każdy pracodawca zatrudnia

pracownika na swój koszt i ryzyko i to on ponosi odpowiedzialność w przypadku niewykonania lub niewłaściwego wykonania przedmiotu umowy. Odwołujący, jak każda firma działająca kilka lat na rynku, stara się aby jego usługi wykonywane były na najwyższym poziomie. Dlatego też do wykonania zadania zatrudnia osoby posiadające odpowiednie kwalifikacje oraz doświadczenie zawodowe. Wiedział o tym Zamawiający, gdyż Odwołujący świadczył te same usługi na podstawie umowy zawartej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w 2015 r. a także wystawił Odwołującemu poświadczenie należytego wykonania usługi. Zamawiający nie mógł mieć więc wątpliwości, że Wykonawca do świadczenia przedmiotu umowy skieruje nieodpowiednie osoby. Ponadto zadanie „Oczyszczanie Miasta", nie jest zadaniem specjalistycznym, które do swojej realizacji wymaga posiadania wykwalifikowanych pracowników, wyspecjalizowanych w wąskiej dziedzinie lub posiadających branżowe uprawnienia lub certyfikaty.

Ponadto zapisy Zamawiającego odnośnie zatrudniania pracowników oraz ich kwalifikacji w żaden sposób nie dyskwalifikują postępowania i nie przyczyniają się do zwiększania patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych. Tym bardziej, że Zamawiający w SIWZ zamieścił zapis o możliwości kontroli zatrudniania pracowników skierowanych do realizacji zlecenia oraz zawiadamiania Inspekcji Pracy o przypadkach naruszania przepisów Kodeksu Pracy.

Błędnie także wskazuje Zamawiający jakoby żądał udokumentowania posiadania licencji dostępowej do serwera usług, gdyż fakt ten był potwierdzany oświadczeniem własnym Odwołującego a posiadanie licencji było warunkiem udziału w postępowania, który mógł zostać postawiony przez Zamawiającego.

Zamawiający w piśmie unieważniającym postępowanie, wyjaśnia, że nie wymienił w kosztorysie wyceny wszystkich opisanych w przedmiocie zamówienia prac m.in. polewaczki. Jednakże Zamawiający na stronie internetowej bip w dniu 21.11.2019 zamieścił odpowiedzi na pytania, w których pkt 21. Wyjaśnił, że „ na pozostałe prace Zamawiający nie może podać wielkości ponieważ wynikają w trakcie umowy, kiedy zajdzie potrzeba ich realizacji."

Mając na uwadze powołane powyżej argumenty nieuprawnione jest przyjęcie, iż wskazane przez Zamawiającego okoliczności stanowią o wadach postępowania, które mogłyby skutkować jego unieważnieniem na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.Z.P.

NARUSZENIE ART. 7 UST. 1 i 3 USTAWY P.Z.P.

Zamawiający winien przygotować i przeprowadzić postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości, przy czym w realiach przedmiotowej

sprawy trudno nie odnieść wrażenia, iż Legnickie Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o. z siedzibą w Legnicy (ul. Nowodworska 60, 59 - 220 LEGNICA) od samego początku znajduje się w sytuacji uprzywilejowanej natomiast sam Zamawiający stawia się niejako w roli adwokata w/w spółki. Oczywistym jest, że zgodnie z przepisami P.Z.P. Zamawiający nie mógł wprost wskazać w SIWZ, iż postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania: „OCZYSZCZANIE MIASTA" o numerze referencyjnym nadanym sprawie przez instytucję zamawiającą DT - P/17/2018 winno zostać powierzone jedynie „najlepszej i najdoskonalszej" spółce z Legnicy niemniej wszelkie podejmowane przez niego działania w sposób pośredni o tym świadczą i naprawdę trzeba wyrażać daleko idącą ignorancję żeby tego nie zauważyć.

Nie należy tracić z pola widzenia również faktu, że to właśnie Zamawiający celowo przeciągał rozstrzygnięcie postępowania, nawet już po wydanych przez KIO wyrokach.

Zdumiewiające wręcz na obecnym etapie jest przyznawanie się Zamawiającego do popełnienia przez niego tylu błędów. Dziwne wydaje się też, że „ błędy" zostały przez Zamawiającego „zauważone" dopiero po wygranym przez Odwołującego wyroku przed KIO.

Zamawiający, aby umożliwić udział w postępowaniu LPGK sp. z o.o. celowo zmienił w nim warunki udziału i zamieścił je na stronie internetowej bip w dniu 21.11.2019 r.

Zamiast:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w ty n okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami, co najmniej obsługiwał minimum 250 km dróg w mieście ponad 90 tysięcznym, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane prawidłowo ukończone np. referencje, a wartość tych usług wynosiła co najmniej 3 500 000,00 zł w tym prowadził mechaniczne zmiatanie ulic 128 km w ciągu tygodnia

Powinno być:

„Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunek dotyczący posiadania wiedzy i doświadczenia jeżeli Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami, co najmniej obsługiwał minimum 250 km dróg w mieście ponad 90 tysięcznym, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane prawidłowo ukończone np. referencje, a wartość tych usług wynosiła co najmniej 2 000 000,00 zł brutto.

Idąc dalej czy aby na pewno intencje Zamawiającego są transparentne i nie jest czasami tak, że owe „błędy" zgodnie z zamiarem, miały posłużyć jako tzw. „wyjście awaryjne" do unieważnienia przetargu

Niewątpliwie powołane powyżej okoliczności naruszają zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

Mając na uwadze powyższe, Odwołujący wnosi jak na wstępie.

Pismem z dnia 27 czerwca 2019r Zamawiający: Zarząd Dróg Miejskich w Legnicy, 59-220 Legnica ul. Wojska Polskiego 10 zwany dalej „zamawiającym” złożył odpowiedź na odwołanie.

Na podstawie art. 186 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: ustawa PZP) w odpowiedzi na odwołanie z dnia 12 czerwca 2019 r. dotyczące unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na usługę w ramach zadania „oczyszczanie miasta w Legnicy” ogłoszonego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 17 października 2018r. pod numerem 2018/S200-455677 wniesiono o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów, w tym wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego w wysokości 3.600,00 zł.

W uzasadnieniu przedstawiono następującą argumentację.

W pierwszej kolejności Zamawiający pragnie zauważyć, iż w świetle brzmienia art. 192 ust. 7 ustawy PZP Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Tymczasem przyczyny unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP podane przez Zamawiającego w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. (kopia w załączeniu) nie ograniczały się do powodów podanych w odwołaniu tj.

1. Braku informacji o przesłankach wykluczenia z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu co narusza brzmienie art. 41 pkt 7) ustawy PZP.

2. Braku pełnego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu

co narusza brzmienie art. 41 pkt 7a) ustawy PZP.

3. Żądania dokumentów zbędnych do przebiegu postępowania, przez żądanie:

wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, a w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia

publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami; licencji dostępowej do serwera usług na 1 osobę;

4. Zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, naruszających normy art. 29a;

5. Zapisów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, naruszających normy art. 29 i nast. ustawy PZP, polegających na niewymienienie w kosztorysie wyceny wszystkich opisanych w „przedmiocie zamówienia prac", m.in. za pracę polewaczki;

6. Określenia terminu realizacji umowy również datą kalendarzową, co na obecnym etapie procedury uniemożliwia jej zrealizowanie.

Z przywołanego powyżej uzasadnienia unieważnienia postępowania wynika bowiem, że Zamawiający stwierdził również naruszenie przepisów ustawy PZP przez:

> - Żądanie wykazu podmiotów należących do tej grupy kapitałowej - w przypadku przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej co stoi w sprzeczności z normą art. 25 ust 1 ustawy PZP w zw. z § 5 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może zadąć zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (dalej : Rozporządzenie w sprawie dokumentów);
>
> Niezdefiniowanie zakresu i charakteru prac wymienionych w pkt 14 załącznika 1 „przedmiot zamówienia" w sposób umożliwiający ich wycenę przez wykonawców oraz narzucenie w pkt. 1 kosztorysu ofertowego, a następnie również w treści umowy wykonawcom kalkulacji ceny jednostkowej wg stawek Sekocenbud co stoi w sprzeczności z normą art. 29 ust. 1 ustawy PZP.

Przedmiotowe odwołanie nie zawiera jednak żadnych okoliczności bezpośrednio nawiązujących do tych powodów. Zdaniem Zamawiającego, jeżeli Odwołujący chciał skutecznie zakwestionować czynność unieważnienia postępowania, winien w odwołaniu podać okoliczności wskazujące na to, że żadna (a nie tylko część) z naruszeń stwierdzonych przez Zamawiającego nie wystąpiła. Izba nie może bowiem zastępować Odwołującego w kwestionowaniu czynności Zamawiającego będących powodem unieważnienia postępowania. Tym bardziej, że zgodnie z art. 192 ust 2 ustawy PZP uwzględnienie odwołania jest możliwe włącznie w przypadku stwierdzenia przez KIO naruszenia przepisów ustawy przez Zamawiającego, które ma lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Oznacza to w konsekwencji, że gdyby nawet każdy zarzut z odwołania okazał się zasadny to i tak unieważnienie przedmiotowego postępowania musiałoby się ostać, ponieważ nie kwestionując w ustawowym terminie wszystkich przyczyn unieważnienia podanych przez Zamawiającego Odwołujący de facto je zaaprobował.

Pogląd powyższy zasługuje ponadto na uwzględnienie również z tego powodu, iż niektóre — nawet podane przez Odwołującego przyczyny (jak np. określenie terminu realizacji umowy datą kalendarzową, czy też brak pełnego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w ogłoszeniu) nie zostały w najmniejszym stopniu skonkretyzowane. Tymczasem za ugruntowane w orzecznictwie KIO (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 stycznia 2014 r., sygn. akt KIO 2977/14) należy uznać stanowisko, że poprzestanie w odwołaniu na przywołaniu przepisu, którego naruszenie zarzuca się Zamawiającemu, bez skonkretyzowania okoliczności prawnych i faktycznych wskazujących na jego naruszenie, nie jest wystarczające dla uznania zarzutu za skutecznie podniesiony. W konsekwencji, niezależnie od wymienienia na wstępie odwołania zarzutów naruszenia określonych przepisów, Izba jest uprawniona do oceny prawidłowości unieważnienia przez Zamawiającego postępowania, jedynie przez pryzmat sprecyzowanych w nim okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających jego wniesienie. Okoliczności te mają decydujące znaczenie dla ustalenia granic kognicji Izby przy rozpoznaniu sprawy, gdyż konstytuują zarzut podlegający rozpoznaniu. O ile dowody na mocy art. 190 ust. 1 ustawy PZP Odwołujący może przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy, o tyle okoliczności, z których chciał wywodzić skutki prawne musiał uprzednio zawrzeć w odwołaniu, pod rygorem ich nieuwzględnienia przez Izbę z uwagi na brzmienie art. 192 ust. 7 ustawy PZP.

Pomimo, iż okoliczności wykazane powyżej zdaniem Zamawiającego nie pozwalają na uwzględnienie odwołania to chcielibyśmy również odnieść się bezpośrednio do zarzutów przedstawionych przez Odwołującego. W ocenie Zamawiającego bowiem, nie tylko względy formalne, ale również merytoryczne nie pozwalają uznać przedmiotowego odwołania za zasadne.

Odnośnie argumentu 1, dotyczącego braku fakultatywnych przesłanek wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu.

Zamawiający zwraca uwagę, iż Odwołujący de facto nie kwestionuje faktu naruszenia przez Zamawiającego brzmienia art. 41 ust. 7 ustawy PZP poprzez pominięcie w ogłoszeniu wszystkich przewidzianych w przedmiotowym postępowaniu podstaw wykluczenia. Uzasadnia jednak tą wadę nic nieznaczącym uchybieniem z uwagi na fakt umieszczenia pełnego katalogu fakultatywnych przesłanek wykluczenia w treści SIWZ. Z takim podejściem jednak nie sposób się zgodzić. Szczególne znaczenie z perspektywy zasady przejrzystości - wobec istotnych dla wykonawców negatywnych konsekwencji - ma bowiem jasne i precyzyjne określenie zarówno w treści ogłoszenia jak i Specyfikacji podstaw wykluczenia wykonawców z postępowania. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 5a ustawy PZP specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawiera co najmniej podstawy wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 ustawy PZP. Z kolei art. 41 ust. 7 ustawy PZP stanowi, że ogłoszenie o zamówieniu zawiera co najmniej warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia. Z powyższego wynika, iż ogłoszenie o zamówieniu musi zawierać wszystkie podstawy wykluczenia, natomiast SIWZ musi zawierać co najmniej fakultatywne przesłanki wykluczenia, o ile zamawiający zdecydował się na zastosowanie którejś z nich.

W konsekwencji, skoro w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający zdecydował się umieścić obligatoryjne podstawy wykluczenia w SIWZ, to powinien był uczynić to samo w treści ogłoszenia o zamówieniu. Tak sformułowana treść ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ jak w przedmiotowym postępowaniu mogła bowiem wprowadzać wykonawców w błąd, co do intencji Zamawiającego. Nie zmienia tego fakt, iż jak argumentuje Odwołujący każdy z oferentów musiał wypełnić i przesłać Zamawiającemu dokument JEDZ. Obowiązkiem Zamawiającego jako gospodarza postępowania, jest przecież takie sformułowanie postanowień ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ, aby były one zgodne z przepisami ustawy PZP.

Odnośnie argumentu 2, dotyczącego zatrudniania osób.

Zamawiający nie zgadza się podejściem, które zaprezentował Odwołujący, że skoro żaden z Wykonawców nie skorzystał z prawa do zadawania pytań i wyjaśnień co do treści SIWZ w zakresie zapisu „Wykonawca zatrudni na umowę o pracę (.. e)" to nie jest to żadne naruszenie art. 29 ust 3a ustawy PZP, a tylko pretekst aby unieważnić postępowanie. Brak zapytań do Zamawiającego dotyczących treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie oznacza przecież, że Specyfikacja została sporządzona prawidłowo (wyrok z dnia 29 listopada 2018r. sygn. akt KIO 2342/18). Ponadto art. 38 ust. 1 ustawy PZP służy — o czym Odwołujący wyraźnie zapomina — do żądania od Zamawiającego złożenia wyjaśnień, które pozwalają na ustalenie jego woli zawartej w danym zapisie SIWZ, a nie do kwestionowania poprawności dokonanych zapisów albo domagania się ich modyfikacji. Postawa Odwołującego co do znaczenia instytucji wyjaśniania treści Specyfikacji idealnie wpisuje się zatem w opis, który został słusznie skrytykowany w orzeczeniu KIO z 4 kwietnia 2017 r. o sygn. akt KIO 554/17. Czytamy w nim, że „nie można tracić z pola praktyki stosowania art. 38 ust. 1 Pzp. W wielu przypadkach instytucja ta jest nadużywana przez wykonawców, którzy nie tyle chcą wyjaśnić budzące wątpliwości postanowienia SIWZ, ile dążą do ich „dopasowania" do swoich możliwości ofertowych. (...) Instytucja zadawania pytań bywa nadużywana, co prowadzi do przewlekłości postępowania, ze szkodą dla zamawiającego i naruszeniem zasad uczciwego konkurowania o zamówienie publiczne '

Odnośnie argumentu 3, dotyczącego braku wymagań kwalifikacji oraz doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia,

Analiza stanowiska Odwołującego w tym temacie wskazuje, iż Wykonawca ten myli dwa pojęcia występujące w przepisach ustawy PZP. Nie powinien bowiem budzić nawet najmniejszych wątpliwości fakt, iż warunki udziału w postępowaniu to co innego niż dokumenty i oświadczenia żądane w celu potwierdzenia ich spełniania. Tym bardziej, że Ustawodawca wyraźnie oddziela warunki udziału w postępowaniu od dokumentów, koniecznych do ich potwierdzenia.(S. Babiarz, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński „Prawo zamówień publicznych" Komentarz, Warszawa 2011, s.171). Wskazuje na to już samo brzmienie przepisu odnoszącego się do minimalnej zawartości SIWZ, gdzie inny punkt poświęcono samym warunkom, a inny dokumentom (art.36 ust.1 pkt 5 i 6 ustawy PZP). Innym słowem warunki udziału w postępowaniu to merytoryczny potencjału jaki Zamawiający oczekuje od wykonawców, a oświadczenia i dokumenty to źródło jego oceny. Nieokreślenie warunku udziału w postępowaniu — co miało miejsce w przedmiotowym postępowaniu odnośnie osób którymi dysponować musi wykonawca oznacza więc - zakaz żądania przez Zamawiającego na etapie postępowania dokumentu wymienionego w § 2 ust.4 pkt 10) Rozporządzenia w sprawie dokumentów, a nie że „wykonawca do świadczenia przedmiotu umowy skieruje nieodpowiednie osoby". W tym przypadku wada postępowania polega więc na naruszeniu art. 25 ustawy PZP poprzez żądanie dokumentu zbędnego do przeprowadzenia postępowania, a nie hipotetycznego niezabezpieczenia interesu Zamawiającego polegającego na

dopuszczeniu do udziału w postępowaniu wykonawców niezdolnych do należytego wykonania zamówienia.

Nie zmienia powyższego faktu przywołany przez Odwołującego argument, że „Zamawiający w SIWZ zamieścił zapis o możliwości kontroli zatrudniania pracowników do realizacji zlecenia oraz zawiadamiania Inspekcji Pracy o przypadkach naruszania przepisów Kodeksu Pracy ". Zapis ten jest przecież elementem przedmiotu zamówienia — wymaganym art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust 2 pkt 8a lit. „a" i „b" ustawy PZP — a nie częścią warunków udziału w postępowaniu i tym samym nie może być argumentem wskazującym na zgodność działania Zamawiającego z art. 25 ustawy PZP.

Odnośnie argumentu 4, dotyczącego posiadania licencji dostępowej do serwera usług,

Skoro —jak zresztą twierdzi sam Odwołujący — posiadanie licencji było warunkiem udziału w postępowaniu to potwierdzeniem jego spełniania mógł być wyłącznie dokument wymieniony w Rozporządzeniu w sprawie dokumentów. Tym bardziej, że katalog oświadczeń i dokumentów wymienionych w powyższym rozporządzeniu jest zamknięty. W konsekwencji żądanie oświadczeń i dokumentów tam niewymienionych, musi być traktowane jako naruszenie art. 25 ustawy PZP oraz przepisów wydanego na jej podstawie aktu wykonawczego (wyrok KIO sygn.

akt 158/14) i na obecnym etapie procedury wypełnia hipotezę normy art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP.

Odnośnie argumentu 5, dotyczącego naruszenia art. 7 ust 1 i 3 ustawy PZP.

Abstrahując od faktu, iż w przedmiotowym postępowaniu nie mogło dojść do naruszenia art. 7 ust. 3 ustawy PZP, ponieważ zostało ono unieważnione, a w konsekwencji nie doszło do udzielenia zamówienia jakiemukolwiek wykonawcy to również zarzut działania sprzecznego z brzmieniem art. 7 ust. 1 ustawy PZP nie może się ostać. Jak bowiem traktować poważnie zarzuty Odwołującego, iż działanie Zamawiającego miało na celu faworyzowanie Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o.o., skoro nie idą za nimi żadne dowody. Nie mogą o nich stanowić przecież argumenty sprowadzające się do opinii, że:

1. błędy zostały przez zamawiającego zauważone dopiero po wygranym przez Odwołującego wyroku przed KIO;

2. Zamawiający aby umożliwić udziału w postępowaniu LPGK Sp. z o.o. celowo zmienił w nim warunki udziału i zamieścił je na stronie internetowej bip.

Oczywistym jest przecież to, że gdyby wspomniane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania naruszenia przepisów ustawy PZP zostały zauważone przed terminem składania ofert zostałyby skorygowane w trybie art. 38 ust. 4 ustawy PZP. Przepis ten umożliwia przecież dokonanie autokorekty własnych czynności ale wyłącznie w granicach wyznaczonych przez przepisy PZP. Te zaś uniemożliwiają naprawienie Zamawiającemu swojego błędu poprzez zmianę treści SIWZ po upływie terminu składania ofert. Dlatego trudno zgodzić się z tezą, że skoro Zamawiający dostrzegł naruszenie przepisów ustawy przy sporządzeniu SIWZ dopiero po terminie składania ofert należało nie brać ich pod uwagę przy rozstrzygnięciu postępowania i wybrać ofertę Odwołującego. Niezależnie bowiem od powodów takiego stanu rzeczy, na obecnym etapie postępowania mamy do czynienia z ostatecznie, definitywnie ukształtowanymi błędnie postanowieniami SIWZ oraz ogłoszenia, które stanowią nieusuwalną wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podobnie teza o „celowej" zmianie warunku dotyczącego doświadczenia jest nie do obrony. Po pierwsze, jeżeli rzeczywiście zmiana z 21 listopada 2018 roku naruszała normę art. 7 ust 1 ustawy PZP to jest to teza spóźniona, która nie może być merytorycznie rozpoznana z uwagi na brzmienie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP. Termin na wniesienie odwołania dotyczącego tego zapisu specyfikacji i ogłoszenia upływał bowiem po 10 dniach od powzięcia wiadomości o przedmiotowej zmianie. Po drugie zaś, zmiana ta nie miała na celu umożliwienie udziału w postępowaniu LPGK Sp. z o.o., a skorygowania rozbieżności pomiędzy pierwotną treścią

SIWZ, a ogłoszenia. W pierwszym okresie warunek dotyczący doświadczenia określony w ogłoszeniu różnił się przecież od tego zamieszczonego w Specyfikacji. W ogłoszeniu Zamawiający wymagał bowiem aby „ Wykonawca w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami, co najmniej obsługiwał minimum 250 km dróg w mieście ponad 90 tysięcznym, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane

prawidłowo ukończone np. referencje, a wartość tych usług wynosiła co najmniej 3 500 000, 00 PLN. W tym prowadził mechaniczne zmiatanie ulic 128 km w ciągu tygodnia", natomiast w SIWZ wymagał aby „Wykonawca w okresie ostatnich 5 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, wykonał należycie, zgodnie z przepisami, co najmniej obsługiwał minimum 250 km dróg w mieście ponad 90 tysięcznym, z podaniem ich rodzaju i wartości, daty i miejsca wykonania wraz z załączonymi dokumentami potwierdzającymi, że usługi zostały wykonane prawidłowo ukończone np. referencje, a wartość tych usług wynosiła co najmniej 3500 000, 00 zł w tym prowadził mechaniczne zmiatanie ulic 128 km w ciągu tygodnia".

W świetle przedstawionych powyżej faktów stanowisko Zamawiającego zawarte w niniejszej Odpowiedzi na odwołanie należy uznać za uzasadnione i w pełni zasługujące na uwzględnienie. Zamawiający dokonując czynności unieważnienia postępowania w pełni przestrzegał wymogów ustawy PZP, ponieważ nie mógł kontynuować przedmiotowego przetargu z uwagi na wystąpienie w nim tak wielu nieusuwalnych na obecnym etapie błędów. Dlatego też wnoszę jak na wstępie.

Stanowisko Przystępującego Pismo z dnia 17.06.2019r.

Przystępujący do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosi o podtrzymanie czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 6 ustawy Pzp.

Faktem jest, iż w niniejszym postępowaniu w treści SIWZ oraz ogłoszenia o zamówieniu zostały naruszone przepisy regulujące udzielanie zamówień publicznych, tj. zaistniały wady postępowania, które Zamawiający przytoczył w uzasadnieniu dokonania czynności unieważnienia postępowania z dnia 06.06.2019r., a Odwołujący powielił w treści odwołania z dnia 12.06.2019r. Jednakże, aby Zamawiający mógł unieważnić postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, to zaistniałe wady postępowania muszą mieć charakter nieusuwalny oraz skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, co ma miejsce w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia, jednakże Odwołujący poddaje to w wątpliwość.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wskazuje, iż w niniejszym postępowaniu co najmniej część z zaistniałych wad postępowania ma charakter nieusuwalny, ponieważ zmiany treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ) są dopuszczalne jedynie przed upływem terminu składania ofert (art. 38 ust. 4 ustawy Pzp), a na obecnym etapie postępowania nic można również zmienić treści ogłoszenia o zamówieniu. W związku z powyższym niemożliwe do usunięcia są wady postępowania przejawiające się naruszeniem art. 24 ust.6 oraz art. 41 pkt 7 i pkt 7a ustawy Pzp. tj. brak w ogłoszeniu o zamówieniu informacji o fakultatywnych przesłankach z postępowania oraz informacji o pełnym wykazie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu i brak podstaw wykluczenia z postępowania. Niemożliwe jest również usunięcie wszystkich wad przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które znajdują się w treści SIWZ poprzez zastosowanie reguł interpretacyjnych i kolizyjnych. Zamawiający opisał przedmiot zamówienia sposób niewyczerpujący, naruszając tym samym art. 29 ust. 1 ustawy w szczególności poprzez ujęcie w nim prac nieplanowanych dla których nie określono szacunkowej ilości godzin pracy (praca polewaczki) i częstotliwości prac (mycie koszy) co uniemożliwiło wycenę tych prac i doprowadziło do nieporównywalności ofert. Brakujące w opisie przedmiotu zamówienia informacje w zakresie szacunkowej ilości w/w prac nie znalazły się również w żadnym innym miejscu w SIWZ a więc niemożliwe usunięcie tej wady zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych.

Zgodnie z wyrokiem KIO 2055/17 z dnia 17.10.2017r. konieczne jest ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wystąpieniem nieusuwalnej wady a brakiem możliwości zawarcia nie podlegającej unieważnieniu umowy: „ do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp koniecznym jest wykazanie zaistnienia wszystkich wymieniowych w tym przepisie przesłanek do których należy ustalenie, iż: (...) wada postępowania skutkuje brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym konieczne jest zatem ustalenie związku przyczynowo - skutkowego pomiędzy wstąpieniem wady, a brakiem możliwości zawarcia umowy" Związek przyczynowo - skutkowy, o którym mowa powyżej zaistniał w przedmiotowym postępowaniu, co Przystępujący do postępowania odwoławczego wykazuje w dalszej części niniejszego pisma w odniesieniu do naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 6 i art. 41 pkt 7 ustawy Pzp oraz art. 29 ust. 1 ustawy Pzp.

Umowa w sprawie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu na podstawie art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych lub nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, przy czym w/w przesłankę należy interpretować szerzej, co potwierdza wyrok KIO 382/18 z dnia 15.03.2018r.: „Reasumując Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do braku obowiązku zamieszczenia fakultatywnej przesłanki wykluczenia (...) zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w specyfikacji istotnych warunków zamówienia(...). Nie stanowi również usprawiedliwienia do pominięcia ustawowego wymogu wskazania podstawy wykluczenia fakultatywnej przesłanki (...) w ogłoszeniu o zamówieniu okoliczność, iż w formularzu ogłoszenia o zamówieniu w „zamówieniach unijnych" nie wyodrębniono do osobnej sekcji fakultatywnej podstawy wykluczenia wykonawcy (...). Reasumując powyższe brak informacji o fakultatywnej przesłance wykluczenia z postępowania (...) skutkuje trwałą wadą postępowania kwalifikującą się do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP(...). Bowiem w myśl art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli Zamawiający nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. W ocenie Izby przekazanie do publikacji ogłoszenia o zamówieniu nie zawierającego ustawowo wymaganych informacji w tym przypadku określonych w art.24 ust.5 ustawy pzp jest równoznaczne z nie przekazaniem ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej co wyczerpuje przesłankę do nakazania Zamawiającemu unieważnienia postępowania". Rekapitulując przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ponieważ jak wykazano powyżej postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą przejawiającą się brakiem w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich informacji wymaganych zgodnie z art. 24 ust. 6 oraz art. 41 pkt 7 i pkt 7a ustawy Pzp, która to wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Jak wskazuje Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 09.07.2018r. (KIO 1235/18): „Zamawiający, unieważniając postępowanie na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest uprawniony do brania pod uwagę zarówno okoliczności, skutkujące unieważnieniem zawartej umowy wynikające z art. 146 ust. 1 ustawy Pzp, jak i powinien brać pod uwagę okoliczności, związane z unieważnieniem umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy Pzp. " Powyższe stanowisko potwierdza również wyrok KIO 2055/17 z dnia 17.10.2017r. wskazując dodatkowo, iż: „ (...) niedopuszczalna jest wykładnia rozszerzająca klauzuli generalnej zawartej w art. 146 ust. 6 Prawa zamówień publicznych, która pozwalałby zamawiającym na arbitralne unieważnienie postępowania z powołaniem się na jakiekolwiek wady prowadzonych przez nich postępowań. Stąd stwierdzona przez Zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu, ze wskazaniem takiego naruszenia przepisu lub przepisów Prawa zamówień publicznych które rzeczywiście, a nie jedynie hipotetycznie, miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik". Mając na uwadze powyższe Przystępujący do postępowania odwoławczego podnosi, iż naruszenie przez Zamawiającego art. 29 ust. 1 ustawy PZP i opisanie przedmiotu zamówienia w sposób niewyczerpujący, niejednoznaczny oraz nieuwzgledniający wszystkich wymagań i okoliczności mających wpływ na sporządzenie oferty, w szczególności poprzez ujęcie w nim prac nieplanowanych, dla których nie określono szacunkowej ilości godzin pracy (praca polewaczki) i częstotliwości prac (mycie koszy), uniemożliwiło wycenę tych prac i doprowadziło do nieporównywalności ofert, co wpływa na wynik postępowania. Sposób sporządzenia SIWZ przez Zamawiającego w odniesieniu do prac nieplanowanych, które nie zostały wyczerpująco opisane w opisie przedmiotu zamówienia, a w konsekwencji nie zostały ujęte w kosztorysie, miał lub mógł mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ umożliwiał iluzoryczne zaniżenie ceny ofert podlegającej ocenie w ramach cenowego kryterium oceny ofert poprzez zaniżenie stawek w kosztorysie z jednoczesnym zawyżeniem stawek za prace nieplanowane, które nie były składowymi ceny oferty (nie ujęto ich w kosztorysie) i nie podlegały ocenie w ramach cenowego kryterium oceny ofert. Trudno jest oszacować jaki faktycznie wpływ na cenę całej oferty Odwołującego oraz cenę oferty Przystępującego do postępowania odwoławczego miałoby wskazanie przez Zamawiającego szacunkowej ilości/częstotliwości w/w prac nieplanowanych (przykładowo Odwołujący wycenił pracę polewaczki na kwotę 1.500,00 zł netto/godz., natomiast Przystępujący do postępowania odwoławczego na kwotę 150,00 zł netto/godz. co daje różnicę w cenie w wysokości 1.350,00 zł netto za jedną godzinę pracy sprzętu). Wskazać należy, iż Odwołujący znajdował się w sytuacji uprzywilejowanej w stosunku do Przystępującego do postępowania odwoławczego, ponieważ na podstawie umowy w sprawie zamówienia publicznego zawartej w 2015 roku realizował usługę oczyszczania miasta na terenie Legnicy w latach 2016-2018, co pozwala przypuszczać, iż był w stanie w przybliżeniu oszacować przewidywaną ilość w/w prac nieplanowanych i pośrednio uwzględnić je w cenie swojej oferty. Odwołujący mógł zaniżyć swoje stawki w kosztorysie (uwzględnione w cenie oferty) w taki sposób, by wraz z zawyżonymi stawkami za prace nieplanowane, które nie zostały uwzględnione w kosztorysie i w cenie oferty generowało to Odwołującemu przychód na zbliżonym poziomie co w latach poprzednich, a w wyniku takiego zabiegu stworzyć dumpingową cenę oferty, gwarantującą mu pozyskanie zamówienia. Ponadto wskazać należy, iż Przystępujący do postępowania odwoławczego wykonując usługę oczyszczania miasta dla Zamawiającego od miesiąca lutego 2019r. do kwietnia 2019r. (zgodnie z umowami nr 16/M/2019 z dnia 01.02.2019r., nr 33/M/2019 z dnia 04.03.2019r. oraz nr 50/M/2019 z dnia 05.04.2019r.) otrzymywał wynagrodzenie za wykonane prace dodatkowe, które nie były

uwzględnione w SIWZ i kosztorysie (były rozliczane na podstawie Sekocenbud) i stanowiły ok. 25-33% miesięcznej ceny ryczałtowej za świadczenie usług oczyszczania miasta (dowody w załączeniu do niniejszego pisma). Pokazuje to, iż Odwołujący mając wiedzę o sposobie rozliczania przez Zamawiającego prac nieplanowanych (zadań dodatkowych) oraz o szacunkowej ilości takich prac mógł iluzorycznie obniżyć cenę swojej oferty, uzyskując przez to większą liczbę punktów w cenowym kryterium oceny ofert niż Wykonawcy, którzy złożyli oferty konkurencyjne (LPGK Sp. z o. o. oraz EPA Green Sp. z o. o). Mając na uwadze powyższe przystępujący wnosi o przedstawienie przez zamawiającego lub odwołującego protokołów rozliczenia prac za 2018 rok oraz za styczeń i maj 2019r. potwierdzających rozliczenie umów na świadczenie usług oczyszczania miasta zawartych z Odwołującym w celu zobrazowania rzeczywistej wartości wykonywanych prac nieplanowanych (nieujętych w kosztorysie i cenie oferty). Fakt, iż szacunkowa ilość godzin pracy polewaczki oraz częstotliwość mycia koszy nie została wskazana przez Zamawiającego w SIWZ, a rzeczywista ilość/częstotliwość tych prac, a w szczególności ich wartość stanie się znana dopiero na etapie realizacji umowy, uniemożliwia porównanie ofert i wybór najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryteriami oceny ofert i zasadą uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Zamawiający był w stanie ze względu na wieloletnie „doświadczenie oszacować ilość i częstotliwość prac nieplanowanych, a następnie uwzględnić je w SIWZ (opisie przedmiotu zamówienia i kosztorysie), umożliwiając tym samym wszystkim Wykonawcom wycenę tych prac i złożenie ofert zgodnych z oczekiwaniami Zamawiającego oraz wybór oferty najkorzystniejszej w sposób nie naruszający zasady uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Reasumując przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winno zostać unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp w związku z art. 146 ust. 1 pkt 2 oraz ust. 6 ustawy Pzp, ponieważ jak wykazano powyżej postępowanie obarczone jest niemożliwymi do usunięcia wadami uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego przejawiającymi się brakiem w ogłoszeniu o zamówieniu wszystkich informacji wymaganych zgodnie z art. 24 ust. 6 oraz art. 41 pkt 7 i pkt 7a ustawy Pzp oraz opisaniem przedmiotu zamówienia z naruszeniem art. 29 ust. 1 ustawy Pzp, co miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, ponieważ uniemożliwiło porównanie ofert i wybór najkorzystniejszej oferty.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu stronniczość wobec Legnickiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Komunalnej Sp. z o. o. oraz prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania Wykonawców, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy 1 Pzp, przy czym za powyższym zarzutem przemawiać mają zdaniem

Odwołującego podejmowane przez Zamawiającego działania, które „w sposób pośredni" świadczą o tym, że zamówienie winno zostać udzielone LPGK Sp. z o. o., tj.

1. zmiana przez Zamawiającego warunku udziału w postępowaniu,

2. spór pomiędzy Stronami dotyczący tego czy oferta Odwołującego zawiera rażąco niską cenę,

3. unieważnienie przez Zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp oraz moment dokonania tej czynności (po korzystnym dla Odwołującego KIO 664/19 z dnia 30.04.2019r.).
Zdaniem Przystępującego do postępowania odwoławczego powyższy zarzut Odwołującego jest bezzasadny.

Wskazać należy, iż zmiana treści SIWZ jest uprawnieniem Zamawiającego, a warunki udziału w postępowaniu winny być określone w sposób proporcjonalny do przedmiotu zamówienia i wyrażone jako minimalne poziomy zdolności (art. 22 ust. 1a ustawy Pzp), stąd też konieczne było złagodzenie postawionego pierwotnie warunku udziału w postępowaniu. Ponadto warunki udziału w postępowaniu nie powinny być formułowane w sposób nadmierny i nieproporcjonalny, gdyż uniemożliwiłoby to składanie ofert Wykonawcom, którzy są w stanie należycie wykonać zamówienie. Warunek udziału w postępowaniu w pierwotnym brzmieniu ograniczał konkurencję, gdyż umożliwiał złożenie oferty jedynie Odwołującemu, wykluczając LPGK Sp. z o. o. z możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia. Mając na uwadze powyższe trudno doszukać się w czynności Zamawiającego polegającej na zmianie treści siwz w zakresie warunku udziału w postępowaniu naruszenia zasady uczciwej konkurencji, gdyż złagodzenie warunku mogło przyczynić się jedynie do większej konkurencyjności i przełożyć się na większą liczbę złożonych ofert.

Faktem jest, że Strony były w sporze w odniesieniu do rażąco niskiej ceny oferty Odwołującego, co w subiektywnym odczuciu Odwołującego mogło wskazywać na stronniczość Zamawiającego. Jednakże idąc tokiem argumentacji Odwołującego należałoby każdemu Zamawiającemu zarzucić stronniczość wobec Wykonawcy, który złożył konkurencyjną ofertę w przypadku zaistnienia jakiegokolwiek sporu.
Przystępujący do postępowania odwoławczego wskazuje, iż do zaistnienia w

przedmiotowym postępowaniu sporu w odniesieniu do rażąco niskiej ceny w ofercie Odwołującego w dużej mierze przyczyniła się zła konstrukcja SIWZ, stanowiącą wadę postępowania, tj. brak w opisie przedmiotu zamówienia i kosztorysie prac nieplanowanych, co podniesiono powyżej. Przystępujący do postępowania odwoławczego złożył zapisów SIWZ i zawierającą realną cenę, która nie została w sposób iluzoryczny zaniżona w celu pozyskania zamówienia.

Przystępujący do postępowania odwoławczego nie polemizuje z wyrokami KIO 109/19 z dnia 11.02.2019r. i KIO 664/19 z dnia 30.04.201914., jednakże wynikają one z nieumiejętnego przedstawienia stanu faktycznego i niedostatecznego uzasadnienia przez Zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty Odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, gdyż uzasadnienie dokonania w/w czynności było ogólnikowe i pomijało istotne elementy. Odwołujący zaoferował cenę za realizację zamówienia w wysokości 1.463.845,44 zł brutto, co daje kwotę w wysokości 60.993,56 zł brutto miesięcznie. Zamawiający w związku z opóźnieniami w procedurze udzielenia przedmiotowego zamówienia oraz koniecznością zapewnienia ciągłości świadczenia usług udzielał zamówień o wartości poniżej 30.000 euro, o których udzielenie również ubiegał się Odwołujący oferując następujące ceny zgodnie z wiedzą Przystępującego do postępowania odwoławczego: 94.706,93 zł brutto za miesiąc styczeń 2019r, oraz 82.000,71 zł brutto za miesiąc kwiecień 2019r. Powyższe potwierdza, iż Odwołujący nie zaoferował realnej ceny oferty w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, lecz zrobił to dopiero składając oferty w odpowiedzi na zapytania ofertowe Zamawiającego dla zamówień poniżej 30.000 euro. Jeżeli cena oferty w wysokości ok. 60.000,00 zł brutto miesięcznie faktycznie stanowiłaby realną cenę za jaką można wykonać zamówienie, pokrywając wszelkie koszty oraz osiągając zysk, to Odwołujący składałby oferty z taką ceną również w odpowiedzi na zapytania ofertowe wystosowane przez Zamawiającego, Wskazać należy, że ilość prac nieplanowanych rozkłada się inaczej w perspektywie umowy zawartej na 1 miesiąc w porównaniu z umową zawartą na okres 24 miesięcy (przykładowo polewaczka nie pracuje w miesiącach zimowych, a Odwołujący zaoferował w swojej ofercie cenę 1.500,00 zł netto za godzinę pracy sprzętu), co powoduje, iż iluzoryczne zaniżanie ceny oferty nie może nastąpić lub musi nastąpić na mniejszą skalę, aby możliwe było osiągnięcie zysku. Ponadto Przystępujący do postępowania odwoławczego podnosi iż to właśnie Odwołujący korzysta z uprzywilejowanej pozycji u Zamawiającego. Przystępujący do postępowania odwoławczego obecnie realizuje jedynie dwie urnowy w sprawie zamówień publicznych, natomiast pozostałe umowy realizowane są przez odwołującego lun jednego z Członków Konsorcjum wchodzącego w skład Odwołującego, przy czym zamówienia te nierzadko udzielane są nierzadko z pominięciem ustawy Pzp.

Zdaniem Odwołującego fakt i moment (po korzystnym dla Odwołującego wyroku KIO 664/19 z dnia 30.04.2019r.) unieważnienia przez Zamawiającego postępowania wskazywać ma na stronniczość Zamawiającego względem Przystępującego do postępowania odwoławczego. Wskazać należy, że to właśnie postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą (sygn. akt.: KIO 109/19 z dnia 11.02.2019r. i KIO 664/19 z

dnia 30.04.2019r.) uwydatniły wady przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia i problemy wynikające z nieprawidłowej konstrukcji SIWZ, co przyczyniło się do podjęcia przez Zamawiającego decyzji o unieważnieniu postępowania, gdyż wybór oferty najkorzystniejszej i zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego w niniejszym postępowaniu naruszyłby art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP oraz zasadę uczciwej konkurencji, o której mowa w art. 7 ust, 1 ustawy Pzp ze względu na nieporównywalność ofert.

Mając powyższe na uwadze wnoszę jak na wstępie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Zamawiający w dniu 6 czerwca 2019 roku podjął czynność unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego na skutek wyroków: 1) wyrok z dnia 30 kwietnia 2019 r. o Sygn. akt KIO 664/19 a uprzednio 2) wyrok z dnia 11 lutego 2019r. o Sygn. akt KIO 109/19 (obydwa co do rażąco niskiej ceny w ofercie odwołującego) i jednocześnie zamawiający podjął czynność unieważnienia postępowania przetargowego na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp, którą to czynność, rozpatrywaną w niniejszym postępowaniu odwoławczym, zaskarżył odwołujący.

Obydwa wyroki Krajowej Izby Odwoławczej zapadłe w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, którym jest zadanie DT-P/17/2010 „Oczyszczanie miasta" w Legnicy, to jest o Sygn. akt KIO 109/19 i o Sygn. akt KIO 664/19 dotyczyły zaskarżenia czynności zamawiającego odrzucenia oferty odwołującego pod zarzutem rażąco niskiej ceny oferty.

Z treści pisma zamawiającego z dnia 06.06.2019 roku, które dokumentuje w niniejszym postępowaniu odwoławczym zaskarżoną czynność zamawiającego przez odwołującego, wynika jak poniżej.

Na wstępie przywołanego pisma zamawiający informuję, kolejnym wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2019 roku w sprawie o Sygn. akt. KIO 664/19 rozstrzygnięto odwołanie od odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny oferty, uwzględniono odwołanie i nakazano unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego.

W ocenie Izby należy podkreślić, że obydwa odwołania to jest w sprawach: o Sygn. akt KIO 109/19 i o Sygn. akt KIO 664/19 uwzględniono odwołania i nakazano zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego. Przy czym w pierwszej sprawie (KIO 109/19) Izba uwzględniając odwołanie nakazała unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego, nakazując jednocześnie zamawiającemu wezwanie odwołującego do wykazania i udowodnienia stawki utylizacji odpadów. Z kolei w drugim wyroku (KIO 664/19) Izba ponownie uwzględniła odwołanie od czynności odrzucenia oferty odwołującego nakazując zamawiającemu unieważnienie tej czynności.

W tym stanie faktycznym i prawnym to jest na podstawie dwóch zapadłych wyroków Krajowej Izby Odwoławczej (Sygn. akt KIO 109/19 i Sygn. akt KIO 664/19) zamawiający dnia 6 czerwca 2019 roku unieważnił czynność odrzucenia oferty odwołującego z powodu rażąco niskiej ceny, wykonując zapadły wyrok Izby.

Niemniej nie oznaczało to, że zamawiający uzyskując dwukrotnie orzeczenie Krajowej Izby Odwoławczej, stwierdzające brak podstaw przypisania ofercie odwołującego znamion rażąco niskiej ceny, dokonał wyboru tej oferty jako najkorzystniejszej. Bowiem zamawiający jak stwierdza w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 roku, po dokonaniu gruntownej analizy toczącego się postępowania Zamawiający, działając na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2018r. poz. 1986 — tekst jednolity z późniejszymi zmianami) cyt. ...Art. 93. 1 Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: 7) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego... „ UNIEWAŻNIA postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na usługi w ramach zadania „Oczyszczanie miasta" w Legnicy opublikowanego w Dz.Urz.U.E dnia 17 października 2018r., pod poz. 455677-2018, ponieważ jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadami (wykaz i uzasadnienie poniżej) uniemożliwiającymi zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba ustaliła, że z powyższego oświadczenia z dnia 06.06.2019 r. wynika, że po pierwsze zamawiający wykonuje wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 30 kwietnia 2019 r. o Sygn. akt KIO 664/19, ponieważ unieważnia czynność odrzucenia oferty odwołującego, jako posiadającej rażąco niską cenę a po drugie unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, z powodu braku możliwości zawarcia ważnej umowy z przyczyn nieusuwalnych wad postępowania. Jednocześnie w piśmie tym zamawiający przedstawił wykaz wad oraz dokonał ich oceny formalnej i prawnej pod kątem wpływu na ważność postępowania a co Izba przedstawia poniżej.

W uzasadnieniu faktycznym czynności z dnia 06.06.2019 roku zamawiający przedstawił również stanowisko prawne podjętej czynności.

Zdaniem zamawiającego: Prawo do unieważnienia postępowania w zaistniałej sytuacji w związku z wadliwymi postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu jak i postanowieniami siwz zamawiający przedstawił w dniu 6 czerwca 2019 r. w następujący sposób.

„Katalog przesłanek, których wystąpienie daje podstawy do unieważnienia umowy o udzielenie zamówienia publicznego wskazany został przez ustawodawcę w art. 146 ust. 1 ustawy PZP. Jednocześnie na mocy art. 146 ust. 5 ustawy PZP, stwierdzającego, iż ust. 1 art. 146 nie wyłącza możliwości żądania przez Zamawiającego unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny (dalej: KC) przyznano Zamawiającemu uprawnienie do dochodzenia przez niego unieważnienia Umowy na podstawie tego właśnie przepisu. Nadto, na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy PZP, Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez Zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przyznanie wyłącznej kompetencji Prezesowi UZP do wzruszania zawartych już umów, nie ogranicza uprawnienia Zamawiającego do unieważnienia postępowania w celu niedopuszczenia do zawarcia umowy, w razie stwierdzenia, że postępowanie to jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą mającą wpływ na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

Wykładnia celowościowa przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego to każda nie dająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy, „W doktrynie przyjmuje się iż sytuacja unieważnienia postępowania określona w art. 93 ust. 1 pkt 7) ustawy PZP jest następstwem pojawienia się w nim nieusuwalnej wady samego postępowania, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, iż powoduje jej unieważnienie. W konsekwencji „wadą uniemożliwiającą zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty". Niewątpliwie poniżej wymienione wady postępowania miały wpływ na krąg Wykonawców - decyzje Wykonawców o przystąpieniu do tego postępowania (patrz pkt3), treść a przede wszystkim wyceny - ceny złożonych ofert, niemożliwość obiektywnego porównania ofert oraz dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty.

W ocenie Izby wykładnia art. 93 ust.1 pkt 7) w kontekście art. 146 ust.5 jak i art. 146 ust.6 dokonana przez zamawiającego, jak sam zamawiający przyznał, ma charakter wykładni celowościowej, która nie jest tożsama z wykładnią literalną art.93 ust.1 pkt 7 ustawy. Co do zasady w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z unieważnieniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na mocy przepisów ustawy pzp a nie na podstawie kodeksu cywilnego. Czyli na drodze postępowania sądowego przed sądem powszechnym może dojść do wydania wyroku o unieważnieniu umowy na skutek powództwa czy to zamawiającego, czy to Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Przy czym to ustawa Prawo zamówień publicznych wytycza zakres okoliczności, w których czy to zamawiający (art.70^5 k.c. w związku z art.146 ust.5 ustawy pzp), czy to Prezes UZP (art. 146 ust.6 ustawy pzp) mają prawo dochodzić unieważnienia już zawartej umowy na drodze procesu cywilnego. Doktryna i orzecznictwo jest jednolita co do tego, że w postępowaniu odwoławczym prowadzonym na podstawie ustawy pzp unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przesłanki z art.93 ust.1 pkt 7 ogranicza się do przypadków wymienionych w art. 146 ust.1 ustawy pzp, który ma charakter przepisu obligatoryjnego a nie dyspozytywnego, jak ma to miejsce w przypadku unieważniania umowy. Niemniej doktryna jak i orzecznictwo uznaje przypadki unieważniania postępowania przez zamawiających na podstawie faktycznej i prawnej z art. 146 ust.6 ustawy pzp. Z akceptowalnością, takich unieważnień postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, mamy do czynienia pod warunkiem ziszczenia się wymogu wpływu naruszenia przepisu ustawy pzp na wynik postępowania czy to przez ziszczenie się takiego wpływu czy możliwości ziszczenia się takiego wpływu (które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania). W ocenie Izby stosowanie tego przepisu na drodze postępowania odwoławczego przed Krajową Izbą Odwoławczą nie jest zero - jedynkowym jak to ma miejsce na podstawie art. 146 ust.1 ustawy pzp, gdzie opisane są wprost konkretne przypadki, które zobowiązują do unieważnienia postępowania. Bowiem unieważnienie postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7) ustawy pzp w związku z art. 146 ust.6 a nie art. 146 ust.1 ustawy pzp wymaga wykazania możliwości wpływu czy też ziszczenia się wpływu na wynik postępowania w sytuacji gdy zamawiający dokonuje czynności lub zaniechania z naruszeniem przepisu ustawy. Należy mieć na uwadze, że posługiwanie się dyspozycją art. 146 ust.6 do unieważnienia postępowania przez zamawiających na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy pzp jest wywiedziony przez doktrynę ale nie wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 146 ust.1 i art.93.ust.1 ustawy pzp. Niemniej dyspozycją przepisu art.93 ust.1 pkt 7 i art. 146 ust.6 ustawy pzp posługują się zamawiający do unieważnienia postępowania i również w przedmiotowej sprawie zamawiający z tej dyspozycji skorzystał.

W ocenie Izby należy mieć na uwadze, że unieważnienie postępowania na podstawie

art.93 ust.1 pkt 7 ustawy jest bezwzględne tylko w sytuacji, gdy zamawiający unieważniając postępowanie korzysta z dyspozycji zawartych w art. 146 ust.1 ustawy. Bowiem w obydwu przepisach ustawodawca mówi o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego i o umowie podlegającej unieważnieniu a nie jak w art. 146 ust.5 i ust.6 ustawy o tym, że może zamawiający, Prezes UZP wystąpić do sądu o unieważnienie umowy. Reasumując czym innym jest działanie z mocy prawa (umowa podlega unieważnieniu - art. 146 ust.1 ustawy) a czym innym możliwość unieważnienia umowy przez wystąpienie do sądu (art. 146 ust.5 i ust.6 ustawy pzp).

Zdaniem zamawiającego: W przedmiotowym postępowaniu sporządzając dokumentację postępowania, w szczególności SIWZ, Zamawiający naruszył normy wynikające z ustawy PZP, które stanowią na obecnym etapie postępowania nieusuwalną wadę. Możliwość, a czasem wręcz obowiązek dokonania autokorekty własnych czynności przez Zamawiającego wprawdzie jest dopuszczalna ale wyłącznie w granicach wyznaczone przez przepisy PZP. Te zaś uniemożliwiają naprawienie Zamawiającemu swojego błędu poprzez zmianę treści SIWZ po upływie terminu składnia ofert. Przepisy są tu bowiem jednoznaczne i bardzo rygorystyczne. Zgodnie z art. 38 ust. 4 ustawy PZP Zamawiający jedynie przed upływem terminu składania ofert, może w uzasadnionych przypadkach dokonać zmiany treści Specyfikacji. Brak więc możliwości dokonania stosownej korekty już po upływie terminu składania ofert.

W ocenie Izby: Należy podzielić stanowisko zamawiającego co do nieusuwalności błędów zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu jak i specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli ujawnią się po złożeniu ofert a co podnosi zamawiający unieważniając postępowanie. Niemniej nieusuwalność błędów czy to w ogłoszeniu o zamówieniu, czy to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia musi powodować brak możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu.

Zamawiający w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 r. wymienił według niego tylko przykładowe naruszenia, które w jego ocenie zobowiązują, mimo że nie wyczerpują przesłanek z art. 146 ust.1 ustawy, do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bo wynikają z art. 146 ust.6 ustawy.

Do naruszeń przepisów ustawy zdaniem zamawiającego należą w szczególności następujące wady i błędy w postanowieniach ogłoszenia i specyfikacji istotnych warunków zamówienia:

Zdaniem zamawiającego

1. Brak informacji o przesłankach wykluczenia z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu co narusza brzmienie art. 41 pkt 7) ustawy PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem treść ogłoszenia winna zawierać informacje dotyczące „podstawy wykluczenia", tożsame z treścią SIWZ. Skoro więc Zamawiający w Specyfikacji zapisał, że „o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust 1 pkt 12)-23) ustawy Pzp" oraz że „Zamawiający zastrzega ponadto możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 1,3, 4, 6 i 8 ustawy Pzp" to niniejszy wymóg musiał znaleźć się również w treści ogłoszenia. Również pkt II Części C Załącznika nr 5 do Dyrektywy zawiera wymóg aby ogłoszenie zawierało listę i krótki opis „kryteriów dotyczących podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą prowadzić do ich wykluczenia".

Tym bardziej, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający nie ograniczył się wyłącznie do przywołania w siwz przesłanek obligatoryjnych wykluczenia tj. wymienionych w art. 24 ust.1 ustawy pzp ale wymagał również spełniania części przesłanek fakultatywnych wymienionych w art. 24 ust. 5 ustawy PZP.

W ocenie Izby

Okoliczności podane przez zamawiającego co do rozbieżności pomiędzy treścią postanowień Ogłoszenia o zamówieniu a postanowieniami SIWZ są bezsporne. Zamawiający na okoliczność ustalenia warunków udziału w postępowaniu w Ogłoszeniu o zamówieniu odniósł się jedynie do art. 24 ust.5 pkt 1 („Informacje i formalności konieczne do dokonania oceny spełnienia wymogów: odpis z właściwego rejestru lub z centralnej ewidencji i informacji o działalności gospodarczej, jeżeli odrębne przepisy wymagają wpisu do rejestru lub ewidencji, w celu potwierdzenia braku podstaw wykluczenia na podstawie art.24 ust.5 pkt 1 ustawy Pzp."). Tak enigmatyczny zapis o warunkach udziału w Ogłoszeniu o zamówieniu nie ma się nijak

do postanowień w tym zakresie opisanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Postanowienia siwz co do warunku udziału w postępowaniu znajdują się w Rozdziale V i zawierają wytyczne co do podstaw wykluczenia obligatoryjnego o

treści: o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy 1.1. nie podlegają wykluczaniu z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art.24 ust.1 pkt 12-23 ustawy Pzp (str. 5 SIWZ). Co do podstaw wykluczenia fakultatywnego siwz zawiera regulacje w pkt 1.2. Zamawiający zastrzega ponadto możliwość wykluczenia Wykonawcy na podstawie art.24 ust.5 ustawy pzp w sytuacji i wymienia następujące regulacje od a) do e), które odpowiadają następującym przypadkom wykluczenia opisanym w art.24 ust.5 ustawy pzp pkty): 1; 3; 4; 6; 8 ustawy pzp. Reasumując jak już wskazano są to naruszenia przepisów ustawy wskazanych powyżej to jest art.41 pkt 7 ustawy pzp (ogłoszenie o zamówieniu, o którym mowa w art.40.ust.1, zawiera co najmniej: pkt 7) warunki udziału w postępowaniu oraz podstawy wykluczenia) w związku z art.24 ust.6 ustawy pzp (Jeżeli zamawiający przewiduje wykluczenie wykonawcy na podstawie ust.5, wskazuje podstawy wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji.). Tego obowiązku regulacji tożsamej w ogłoszeniu i siwz co do możliwości wykluczenia wykonawcy zamawiający nie zapewnił a co według niego może stanowić podstawę do unieważnienia w związku z brzmieniem art. 146 ust.6 to jest, jeżeli zaniechanie czynności z naruszeniem przepisu ustawy, miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W tym zakresie zamawiający nie przedstawił żadnej okoliczności faktycznej występującej w postępowaniu, której ta rozbieżność regulacji w zakresie podstaw wykluczenia wykonawcy z art.24 ust.5 ustawy pzp między ogłoszeniem a siwz, spowodowała wykluczenie konkretnego wykonawcy. Oceniając argumentację zamawiającego to uważa on, że sama już okoliczność rozbieżności postanowień między ogłoszeniem a siwz, która hipotetycznie może lub mogła się przyczynić do wykluczenia wykonawcy, wystarcza do stwierdzenia wypełnienia się dyspozycji art. 146 ust.6 ustawy pzp. W ocenie Izby należy wziąć pod uwagę etap na jakim znajduje się postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego to jest unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego w wyniku dwukrotnych rozstrzygnięć Izby (Sygn. akt KIO 109/19 i Sygn. akt KIO 664/19) jak i brak czynności wykluczenia któregokolwiek z wykonawców, do którego to wykluczenia przyczyniła się rozbieżność pomiędzy treścią postanowień ogłoszenia a siwz w zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia. Mimo wadliwości postanowień co do fakultatywnych podstaw wykluczenia, w związku z rozbieżnością postanowień między ogłoszeniem o zamówieniu a siwz, nie wystąpił przypadek wykluczenia któregokolwiek z wykonawców a w konsekwencji odrzucenia jego oferty. Przedmiotowe naruszenie przepisów ustawy pzp w toczącym się postępowaniu nie spowodowało ujemnych skutków po stronie żadnego z wykonawców a co mogłoby stanowić podstawę do zastosowania unieważnienia postępowania na podstawie art.93

ust.1 pkt 7 ustawy pzp w związku z art. 146 ust.6 ustawy pzp. z przywołaniem jako analogia art. 146 ust. 1 pkt 2) ustawy pzp. Dla potwierdzenia konieczności wystąpienia faktycznie a nie tylko hipotetycznie, wpływu na wynik postępowania istniejących naruszeń ustawy należy przywołać orzecznictwo Izby. Dla przykładu wyrok o Sygn. akt KIO 382/18 gdzie w sytuacji braku regulacji w ogłoszeniu o zamówieniu, o podstawach fakultatywnego wykluczenia z postępowania, wykonawca został wykluczony a jego oferta odrzucona. W związku z zaistniałą sprawą Izba orzekła o unieważnieniu postępowania, ponieważ naruszenie przepisów ustawy miało wpływ na wynik postępowania przez wykluczenie wykonawcy z postępowania i odrzucenia jego oferty, w sytuacji nie wskazania w ogłoszeniu o zamówieniu fakultatywnych podstawach wykluczenia a w przedmiotowej sprawie odnoszących się do treści art.24 ust.5 pkt 4 ustawy pzp. Z kolei co do formuły, że naruszenie mogło mieć wpływ na wynik postępowania to norma ta mogłaby mieć zastosowanie przede wszystkim w sytuacji gdy na początku postępowania np. po złożeniu ofert zamawiający powziął by obawy czy też uzyskał dowody, że naruszenia ustawy pzp spowodowały ograniczone zainteresowanie przetargiem.

Zdaniem zamawiającego

2. Brak pełnego wykazu oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia w Ogłoszeniu o zamówieniu co narusza brzmienie art. 41 pkt 7a) ustawy PZP. Zgodnie z przywołanym przepisem treść ogłoszenia winna zawierać informacje dotyczące tego rodzaju oświadczeń i dokumentów.

W ocenie Izby

Do powyższej przyczyny unieważnienia postępowania należy odnieść stanowisko Izby z powyższego punktu 1. Bowiem można przywołać art. 146 ust.6 ustawy pzp jako

podstawę do unieważnienia postępowania w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ale w sytuacji gdy podniesione naruszenie ustawy miało lub mogło wpływ na wynik postępowania. Natomiast w toczącym się postępowaniu o udzielenie zamówienia żaden z wykonawców do czasu unieważnienia postępowania nie podniósł doznania uszczerbku w związku z brakiem pełnego wykazu oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia. Nie wystarczy samo przekonanie zamawiającego, że naruszenie przepisów ustawy miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania, jeżeli brak po jego stronie dowodów na podnoszone okoliczności.

Zdaniem zamawiającego

3. Żądanie dokumentów zbędnych do przebiegu postępowania, co stanowi naruszenie art. 25 ust. ustawy PZP. Powyższa wada przejawia się w szczególności poprzez żądanie: wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, a w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami rozdz. V, pkt. 1.6. SIWZ-str. 8 oraz rozdz.VI, lit. „B"pkt 2) i 9) SIWZ-str. 9.

- licencji dostępowej do serwera usług na 1 osobę – rozdz. V, pkt. 1.6, SIWZ - str. 8 oraz rozdz. VI, lit. "B" pkt 2) i 9) SIWZ - str. 9.

- wykaz podmiotów należących do tej grupy kapitałowej - w przypadku przynależności wykonawcy do grupy kapitałowej — rozdz. VI, lit. „B", pkt, 2. SIWZ - str. 10,

Zgodnie z brzmieniem art. 25 ust. 1 ustawy PZP w postępowaniu o udzielenie zamówienia Zamawiający może żądać od wykonawców oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Z naruszeniem tego przepisu mamy zatem do czynienia w sytuacji, w której Zamawiający żąda od wykonawców oświadczeń lub dokumentów w zakresie przekraczającym granice zakreślone przez ustawodawcę w treści przepisu art. 25 ust. 1 ustawy PZP, tj. gdy żądane oświadczenia lub dokumenty nie są niezbędne do przeprowadzenia konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia.

Żądane dokumenty — mając więc na uwadze treść art. 25 ust. 1 ustawy PZP – muszą odpowiadać precyzyjnie określonym warunkom tj. na podstawie określonego dokumentu musi być możliwe stwierdzenie, że wyznaczony przez Zamawiającego potencjał wykonawca spełnia. Wymaganie przedstawienia przez wykonawców dokumentów na potwierdzenie spełniania warunku udziału w postępowaniu w sytuacji, w której Zamawiający warunku nie określił przesądza zatem o wystąpieniu wady postępowania. Trudno bowiem uznać, że żądanie „wykazu osób skierowanych do realizacji zamówienia, a w szczególności odpowiedzialnych za świadczenie usług, kontrolę jakości wraz z informacjami na temat ich kwalifikacji zawodowych, doświadczenia i wykształcenia niezbędnych do wykonywania zamówienia publicznego, a także zakresu wykonywanych przez nie czynności oraz informacją o podstawie do dysponowania tymi osobami" potwierdza jakikolwiek występujący w przedmiotowym postępowaniu warunek. Nie może stanowić go przecież lakoniczny zapis mówiący, iż „Wykonawca musi wskazać 5 osób, które będą uczestniczyć w

wykonywaniu zamówienia", gdyż nie zawiera on żadnych oczekiwań dotyczących kwalifikacji zawodowych, doświadczenia czy też wykształcenia poszczególnych osób. Brak określenia sposobu dokonywania oceny ofert, chociażby w zakresie jednego z ustalonych kryteriów, stoi w sprzeczności z podstawowymi założeniami postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które winno być jawne, przejrzyste, przeprowadzone z zachowaniem zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Stwierdzenie zatem takiej wady postępowania po upływie terminu składania ofert skutkuje koniecznością jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, albowiem jest to tego rodzaju wada, która na tym etapie postępowania nie może już zostać przez zamawiającego usunięta. Zaniechanie unieważnienia postępowania prowadzi natomiast do wadliwości czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, pozostającej w sprzeczności z przepisami art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 91 ust. 1 Prawa zamówień publicznych oraz art. 2 pkt 5 wskazanej ustawy. KIO/KD 10/18 - uchwała KIO z dnia 12-04-2018 Skutki braku określenia sposobu dokonywania oceny ofert; ocena prawidłowości prowadzenia postępowania przez zamawiającego.

Jednocześnie oświadczenia i dokumenty, jakich może żądać Zamawiający od wykonawcy zostały określone przez ustawodawcę przepisami rozporządzenia z dnia 26 lipca 2016r. Zawarty w nim § 2 i § 5 zawiera zamknięty katalog dokumentów, jakich

może żądać Zamawiający w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału i braku podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania. Tym samym, określając dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, Zamawiający może wskazać oświadczenia i dokumenty, wyłącznie oświadczenia i dokumenty, które zostały tam wymienione. Powyższe oznacza więc brak możliwości żądania dokumentów w postaci „Licencji dostępowej do serwera usług na 1 osobę" oraz „wykazu podmiotów należących do tej grupy kapitałowej" jako niewymienionych w treści przywołanych powyższej przepisów. W konsekwencji stanowi to naruszenie art. 25 ust. 1 ustawy PZP W zw. z § 2 rozporządzenia 26 lipca 20161r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający (...).

Potwierdza to również orzecznictwo WSA (por. orzeczenie z 8 lutego 2018 r. sygn. akt V SA/Wa 572/17) gdzie dodatkowo stwierdzono, iż żądanie przez Zamawiającego dokumentów wykraczających poza katalog dopuszczony przepisami prawa narusza podstawowe zasady postępowania wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy PZP. Ustawodawca dążył bowiem — jak zauważył Sąd - do uproszczenia postępowania poprzez likwidację barier formalnych (zmniejszenie ilości dokumentów jakich zamawiający może żądać od wykonawcy; zamiana dokumentów na jedno

oświadczenie własne wykonawcy) a Zamawiający w postępowaniu tę barierę niezasadnie postawił.

W konsekwencji nie można uznać bez żadnych wątpliwości, że postępowanie prowadzone przy postawieniu takich wymogów nie mogło choćby potencjalnie wywrzeć negatywnego wpływu na decyzje wykonawców o przystąpieniu do tego postępowania.

W ocenie Izby

Zamawiający nie wykazał, że podnoszone naruszenia ustawy pzp miały wpływ na wynik postępowania jak również, że mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Natomiast podnoszone naruszenia co do braku postawionego warunku i mimo to żądania dokumentów nie stanowi o podstawie do unieważnienia postępowania z posłużeniem się jako podstawy prawnej art. 146 ust.6 ustawy jest bezskuteczne, ponieważ zamawiający nie udowodnił, że przedmiotowa regulacja miała negatywny wpływ na wynik postępowania. Żaden wykonawca z tego tytułu, że np. odmówił dostarczenia wykazu osób, czy też oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej według formuły zamawiającego, czy też nie dostarczył licencji na dostęp do serwera, nie poniósł ujemnych konsekwencji w postaci wykluczenia, odrzucenia oferty a co miało by wpływ na wynik postępowania. Również ponadnormatywne żądanie, w ocenie zamawiającego, licencji dostępowej do serwera wykonawcy w zakresie poruszania się sprzętu świadczącego usługi, nie może stanowić o naruszeniu przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. W ocenie Izby zamawiający ma prawo do żądania dokumentu licencji, ponieważ gwarantuje to jemu możliwość sprawdzenia czy wykonawca będzie realizował zamówienie zgodnie z wymogami siwz. Z kolei błędne oświadczenie o przynależności do grupy kapitałowej również nie świadczy o wadzie, która miała lub mogła mieć wpływ na wynik postępowania. Tym bardziej, że żaden z wykonawców nie doznał uszczerbku w związku z podnoszoną wadliwością postanowień siwz w tym zakresie. W ocenie Izby są to wady, które można usunąć przez interpretację obowiązujących przepisów ustawy pzp i ich zastosowanie w miejsce wadliwych postanowień siwz a nie unieważniać postępowania z takich powodów. Zamawiający wyliczając kolejne wadliwości postanowień siwz traktuje je jako bezwzględnie powodujące unieważnienie postępowania nie mając wprost w ustawie do tego upoważnienia ani też dowodów na ich wpływ na wynik postępowania. Tak postawa zamawiającego zatraca sens wszczętego postępowania, którego celem jest udzielenie zamówienia publicznego, w sytuacji deklarowanej gotowości realizacji zamówienia przez odwołującego, w związku ze złożonym odwołaniem od czynności zamawiającego o unieważnieniu postępowania.

Zdaniem zamawiającego

4. Użycie w rozdz. III pkt 2 SIWZ sformułowania Zamawiający stosowanie do art. 29 ust. 3a ustawy, wymaga zatrudnienia przez wykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących następujące czynności w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w zakresie realizacji zamówienia, których wykonanie polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1^1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. — Kodeks pracy (DZ. U. z 2016 poz. 1666) - pracowników na usługi sanitarne, Wykonawca zatrudni na umowę o pracę wyżej wymienione osoby na okres realizacji zamówienia. W przypadku rozwiązania stosunku pracy przed zakończeniem tego okresu, zobowiązuje się do niezwłocznego zatrudnienia na to

miejsce innej osoby spełniającej powyższe wymagania" co narusza przepis art. 29 ust. 3a w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 8a, lit. „c" ustawy PZP. Tak określony warunek wyklucza bowiem możliwość posłużenia się przez Wykonawcę przy realizacji umowy osobą, z którą wiąże go stosunek pracy przed złożeniem oferty. Ponadto czytając ten zapis należy dojść do wniosku, że Wykonawca który chciałby powierzyć prace w zakresie usług sanitarnych podwykonawcy nie byłby w stanie spełnić wymogu zatrudnienia na podstawie umowy o pracę, a więc nie mógłby wziąć udziału w przetargu. I to w sytuacji kiedy przepis ustawy PZP jednoznacznie akceptuje sytuację w której czynności, które musi wykonywać osoba posiadająca umowę o pracę wykonuje pracownik zatrudniony przez podwykonawcę.

Niniejsza wada jest tym bardziej dyskwalifikująca postępowanie, gdyż celem przepisu art. 29 ust. 3a ustawy PZP było położenie kresu patologii związanej z wymuszaniem na pracownikach zgody na pracę na umowach śmieciowych. Norma ta dotyczy bowiem stosunków pomiędzy pracodawcą — bez względu czy jest nim wykonawca, czy też podwykonawca biorący udział w realizacji zamówienia a pracownikami (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 listopada 2016 r., sygn. akt KIO 2101/16).

W ocenie Izby

Podane przykłady i wątpliwości zamawiającego co do zatrudnienia na tle postanowień siwz należy interpretować jako prawo wykonawcy posługiwania się dotychczas zatrudnionymi pracownikami i bez konieczności zatrudniania nowych pracowników z przeznaczeniem tylko i wyłącznie do realizacji przedmiotowego zamówienia. Również w ocenie Izby w przypadku posłużenia się podwykonawcą przez wykonawcę należy

interpretować prawo do zatrudnienia pracowników przez tego podwykonawcę a nie konieczność zatrudnienia pracowników tylko i wyłącznie przez wykonawcę. Powyższa interpretacja wynika z logicznego rozumienia postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, skoro powstał wymóg zatrudnienia pracowników na umowę o pracę to przenosi się ten wymóg również na podwykonawcę, jeżeli wykonawca posłuży się podwykonawcą. Taka interpretacja służy celowi jakim jest wymóg postawiony w siwz co do zatrudnienia pracowników na podstawie umowy o pracę.

Zdaniem zamawiającego

5. Zapisy dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, naruszające normy art. 29 i następne ustawy PZP, polegające zwłaszcza na:

- niezdefiniowaniu zakresu i charakteru prac wymienionych w pkt 14 załącznika 1 „przedmiot zamówienia" w sposób umożliwiający ich wycenę przez wykonawców, co prowadziło do nieporównywalności ofert; W załączniku nr 1, w którym wskazany jest przedmiot zamówienia i kalkulacja cen za ten przedmiot, obejmuje też prace nieplanowane, a przecież skalkulowana na podstawie tak nie doprecyzowanego kosztorysu cena końcowa wskazana w kosztorysie stanowi podstawę do wyboru wykonawcy i powinna uwzględniać wszelkie opisane w przedmiocie zamówienia czynności. Uznanie, że prace nieplanowane będą odrębnie wyceniane, poza podlegającym ocenie kosztorysem i poza postępowaniem w sprawie zamówienia publicznego, bo

dopiero na etapie realizacji umowy, stanowi naruszenie zasad konkurencji i

istoty postępowania w sprawie zamówienia publicznego. Wszystkie prace stanowiące element przedmiotu zamówienia winny zostać tak opisane, aby dały się wycenić oraz, aby Wykonawca mógł ocenić możliwość ich realizacji, a Zamawiający mógł dokonać wyboru oferty zgodnie z zasadami określonymi w

art. 7 ustawy PZP.

- niewymienienie - brak w kosztorysie wyceny wszystkich opisanych w

„przedmiocie zamówienia prac", m.in. za pracę polewaczki - nie została

określona wielkość szacunkowa pracy tego sprzętu - nie została określona szacunkowa ilość godzin pracy sprzętu-polewaczki; mycie koszy zaliczone do prac dodatkowych (nieplanowanych), a więc wykonywane jest na wyraźne zlecenie Zamawiającego — nie określono ilości i częstotliwości tych prac; w kosztorysie w pkt III brak dodatkowej pozycji dla wyceny pracy koparki,

- narzuceniu w pkt. I kosztorysu ofertowego, a następnie również w treści umowy

wykonawcom kalkulacji ceny jednostkowej wg stawek Sekocenbud.

Wyręczanie przez Zamawiającego wykonawców z ich niezbywalnego prawa

kalkulacji ceny za realizację zamówienia poprzez wskazywanie stawek jakie ma uwzględnić w swojej ofercie oraz co gorsze określanie ich samodzielnie (§ 3 ust. 3 umowy i zapis „zamawiający wprowadzi korektę ceny opartą na własnych wyliczeniach" a to przecież koszty wykonawcy mające wpływ na cenę oferty, wybór oferty najkorzystniejszej i wynik postępowania.

Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy PZP przedmiot zamówienia opisuje się w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Nie ulega zatem wątpliwości, że podane przez Zamawiającego w SIWZ wymagania przedmiotowe mają kluczowe znaczenie dla sporządzenia oferty oraz ustalenia ceny za wykonanie zamówienia. Nadto, opis powinien w sposób rzeczywisty oddawać potrzeby Zamawiającego w odniesieniu do wymagań stawianych dla prawidłowej realizacji zamówienia, które to wymagania, co jest w danym stanie sprawy oczywiste, winny uwzględniać rzeczywiste potrzeby i możliwości Zamawiającego.

W danym stanie sprawy wymagania te jak wykazano powyżej zostały błędnie lub nieprecyzyjnie wskazane, a tym samym nie oddawały rzeczywistych potrzeb Zamawiającego i możliwości wykonawców. Nie można zatem wykluczyć, że brak przedmiotowej omyłki skutkowałby zmianą treści złożonych ofert lub liczbą wykonawców ubiegających się o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Tym bardziej, że zgodnie z regulacją ustawy PZP Zamawiający powinien zawrzeć w opisie przedmiotu zamówienia pełną informację o wszystkich czynnikach mających wpływ na ukształtowanie przez Wykonawców swoich ofert. Wykonawcy mają bowiem prawo oczekiwać od Zamawiającego zapewnienia im możliwości uzyskania z treści SIWZ wszystkich istotnych dla skonstruowania oferty informacji (por. wyrok KIO z dnia 23 czerwca 2010 roku, sygn. akt 1100/10).

Skoro więc, Zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, miał zatem obowiązek po stwierdzeniu tej okoliczności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP (por. wyrok KIO z dnia 25 września 2017 roku, sygn. akt 1869/17).

Zamawiający, w trakcie kolejnej oceny złożonych ofert doszedł do wniosku, że Wykonawcy mieli problemy z właściwym ustaleniem zakresu zadania i warunków SIWZ

Zatem występuje potrzeba doprecyzowania niektórych warunków SIWZ tak, aby każdy z Wykonawców nie miał problemów z dokładnym ustaleniem jakie czynności mają być wykonywane w ramach tego zamówienia, a w konsekwencji do złożenia oferty zabezpieczającej zarówno interes prawny i faktyczny Wykonawcy jak i Zamawiającego.

W ocenie Izby

Wywody zamawiającego na temat opisu przedmiotu zamówienia są nieuprawnione skoro żaden wykonawca w tym przystępujący po stronie zamawiającego na etapie przygotowania oferty nie podnosił tych zagadnień, które według zamawiającego stanowiły przeszkodę w przygotowaniu oferty. To wykonawcy mają niezbywalne prawo podnosić naruszenie art.29 co do opisu przedmiotu zamówienia w taki sposób aby przygotować ofertę i jej wycenę. Skoro żaden z wykonawców na etapie przygotowywania oferty nie podnosił kwestii opisu przedmiotu zamówienia to zamawiający nie posiada takiego uprawnienia aby skutecznie żądać z tego tytułu unieważnienia postępowania. Takich uprawnień również nie posiada wykonawca przystępujący, który przystąpił po stronie zamawiającego. Z samego faktu, że jest się wykonawcą przystępującym po stronie zamawiającego to nie przerywa się bieg przedawnienia do zgłoszenia zastrzeżeń co do opisu przedmiotu zamówienia. W ten sposób wykonawca przystępujący po stronie zamawiającego omijał by ustawowy termin do wniesienia zastrzeżeń do opisu przedmiotu zamówienia a co może tylko uczynić na etapie przed składaniem ofert. Co do samego

zamawiającego to jest profesjonalnym zamawiającym z racji obowiązujących przepisów o samorządzie terytorialnym a jeżeli nie zna się na oczyszczaniu ulic to powinien zlecić fachowcom opracowanie wszelkich dokumentów niezbędnych do opracowania specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto postępowanie jest zamówieniem powtarzającym się od szeregu lat a nie nowym incydentalnym zamówieniem i zamawiający miał czas i doświadczenie na profesjonalne opracowywania siwz na użytek przedmiotowego zamówienia. Z kolei uwagi przystępującego, że nie znał zakresu robót to jest ich charakterystyk, częstotliwości Izba kwituje, że mógł wystąpić do zamawiającego o taką informację albo też wystąpić z odwołaniem w zakresie art.29 ustawy pzp. przed terminem składania ofert. Reasumując zamawiający nie jest uprawniony do unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia z racji błędów popełnionych na etapie opracowywania siwz, chociażby w kontekście przywoływanego przez niego powyżej art.70^5 kodeksu cywilnego a wywody przystępującego są spóźnione. W ocenie Izby zgłaszane przez zamawiającego jak i przystępującego zastrzeżenia co do opisu przedmiotu zamówienia są podnoszone tylko i wyłącznie na użytek argumentacji służącej do uzasadnienia unieważnienia postępowania. Argumentacja zamawiającego jak i przystępującego po jego stronie wykonawcy nie broni się wobec gotowości wykonania zamówienia przez odwołującego, który złożył odwołanie od czynności unieważnienia postępowania a jego cena ofertowa była dwukrotnie sprawdzana przez Izbę w związku z zarzutem zamawiającego rażąco niskiej ceny oferty odwołującego (Sygn. akt KIO 109/19 i Sygn. akt KIO 664/19).

Zdaniem zamawiającego

6. Określenie terminu realizacji umowy również datą kalendarzową, co na obecnym etapie procedury uniemożliwia jej zrealizowanie. W przedmiotowym postępowaniu nie jest bowiem możliwe wykonanie świadczenia, obejmującej przedmiot zamówienia w oderwaniu od terminu jego realizacji określonego w pkt II.3) ogłoszenia o zamówieniu. Umowa taka powinna przecież zostać zawarta najpóźniej przed upływem 1 stycznia 2019r., w którym to dniu zaplanowano jej wejście w życie.

Do umów w sprawie zamówień publicznych odnoszą się bowiem również wszelkie przesłanki nieważności umowy określone w odrębnych przepisach, w tym w szczególności wskazane w KC. Przewidziana bowiem ab initio nieważność umowy jest bardziej dolegliwą od przewidzianej m.in. w art. 146 ust. 1 i ust. 6 ustawy PZP możliwości unieważnienia umowy, która rodzi skutki dopiero z chwilą jej orzeczenia. Skoro ustawodawca dopuścił możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się jedynie na nieważność względną (wzruszałność), tym bardziej dopuszczalną wydaje się możliwość unieważnienia postępowania przy powołaniu się na nieważność bezwzględną (por. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 18 kwietnia 2013 r., sygn. akt KIO 755/13).

Na tym tle należy powołać przepis art. 387 §1 KO, zgodnie z którym umowa o świadczenie niemożliwe jest nieważna. Nie ulega wątpliwości, że nie byłoby możliwe wykonanie przedmiotowej umowy w terminie od dnia 1 stycznia 2019 roku do dnia 31 grudnia 2020. Tym samym świadczenie takie już w chwili zawarcia umowy byłoby niewykonalne z przyczyn obiektywnych.

Trwające obecnie procedury związane z wyłonieniem wykonawcy, postępowania przed KIO, wskazują, że ostateczne wyłonienie wykonawcy mogłoby nastąpić dopiero w miesiącu sierpniu, a nawet we wrześniu.

Od chwili przygotowania SIWZ w tym postępowaniu oraz ogłoszenia postępowania w tej sprawie, które miało miejsce w miesiącu październiku 2018 r., minęło prawie 8 miesięcy.

Od tego czasu wystąpiły nowe okoliczności nie tylko prawne ale również faktyczne, które prowadzą do wniosku, że przygotowany SIWZ w tym postępowaniu uległ w części dezaktualizacji.

SIWZ w przedmiotowym postępowaniu nie przewidywała skutków faktycznych i prawnych ustawy 04 października 2018 r, o pracowniczych planach kapitałowych. Zamawiający w chwili przygotowania SIWZ nie mógł przewidzieć ostatecznej treści tego aktu normatywnego,

podpisanego przez Prezydenta RP w dniu 19 listopada 2018 r., Niewątpliwie ustawa ta spowoduje wzrost kosztów pracowniczych dla wykonawców, a zwłaszcza w 2020 r., a których w chwili składania oferty w niniejszym postępowaniu nie mogli

przewidzieć. Analiza złożonych ofert przez oferentów wskazują, że nie uwzględniały skutków wejścia tej ustawy (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 grudnia 2018 r. KIO 2526/18; Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 lipca 2015 r. KIO 1500/15).

Zdaniem Zamawiającego brak tego elementu w ofertach może w sposób istotny wpłynąć na jakość wykonywanych zadań w ramach tego zamówienia, jak też może ujemnie wpłynąć na sytuację finansową przyszłych wykonawców w roku 2020.

w dniu 12 grudnia 2018 r. Prezydent RP podpisał ustawę z dnia 9 listopada 2018 r, o zmianie ustawy Prawo energetyczne oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2018 poz. 2348). Tak aby zmotywować przyszłych wykonawców do podejmowania działań dostosowujących do przepisów tegoż aktu prawnego, począwszy od 2020r. Zamawiający doszedł do wniosku, że należy w nowym postępowaniu uzupełnić SIWZ o warunki jakie stawia znowelizowana ustawa o elektro mobilności i paliwach alternatywnych dnia 11 stycznia 2018 i z dnia 09 listopada 2018 r., tak aby zmotywować przyszłych wykonawców do podejmowania działań dostosowujących do przepisów tegoż aktu prawnego, począwszy od 2020 r. (zob. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z czerwca 2014 r. KIO 991/14.

W ocenie Izby

Nieuprawnione jest powoływanie się na świadczenie niemożliwe, ponieważ po pierwsze wykonawca domaga się kontynuacji postępowania w celu udzielenia jemu zamówienia publicznego, składając odwołanie od czynności zamawiającego z dnia 6 czerwca 2019 roku unieważnienia postępowania. Po drugie jest to umowa obejmująca czynności powtarzalne to jest oczyszczanie miasta i fakt jej nie zwarcia w dniu 1 stycznia 2019 roku nie unicestwia jej sensu skoro ma być realizowana do końca przyszłego roku to jest 2020 roku. Zamawiający wskazuje na szereg elementów, które będą powodować wzrost kosztów po stronie wykonawcy, a o których nie było wiadomo w dacie składania oferty. Tymi elementami są pracownicze fundusze dla pracowników czy obowiązki technologiczne w związku z ustawą o gospodarce energetycznej czy też o obowiązku elektro mobilności. Należy podkreślić, że są to wszystko obowiązki i koszty po stronie wykonawcy i w związku z tym to on jest uprawniony i on ma interes do nie wykonywania tej umowy a nie zamawiający. Obowiązkiem zamawiającego jest zapewnienie obsługi miasta zgodnie z ustawą Prawo zamówień publicznych.

W związku z tym nieuprawnione jest stwierdzenie zamawiającego, że „realizacja przedmiotu zamówienia, którego potrzeba wykonania zdezaktualizowała się już w momencie zawarcia umowy, będzie poczytywana jako niecelowa forma redystrybucji środków publicznych". Powyższe zdanie zamawiającego można jedynie zinterpretować w ten sposób, że zamawiający nie ma już obowiązku oczyszczania miasta i wydatkowanie pieniędzy na ten cel jest nieuprawnione co wydaje się nonsensem w kontekście obowiązków ustawowych zamawiającego jako gospodarza samorządu terytorialnego.

Zdaniem zamawiającego

Reasumując wszystkie przywołane powyżej fakty należy stwierdzić, że wady

uzasadniające unieważnienie całego postępowania tkwią w samym postępowaniu, a jednocześnie są istotne i nieusuwalne. W szczególności bowiem niemożliwe byłoby zrealizowanie przedmiotu zamówienia zgodnie z rzeczywistymi intencjami, możliwościami oraz potrzebami zamawiającego. Wady te stanowią skutek naruszenia wskazanych powyżej przepisów PZP, co mogłoby mieć wpływ na wynik postępowania, w szczególności na liczbę ubiegających się o zamówienie Wykonawców. Wady te są jednocześnie niemożliwymi do usunięcia w trybie i w sposób uprawniony na tle przepisów PZP uniemożliwiają zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu zarówno na tle przepisów ustawy PZP, jak i w świetle przepisów KC.

Z powyższych względów przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

W ocenie Izby

Reasumując przywołane przez zamawiającego przyczyny unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w ocenie Izby nie zasługują na uwzględnienie, w kontekście podanej podstawy prawnej unieważnienia to jest art.93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp. w związku z art. 146 ust.6 ustawy. Zamawiający nie wykazał, że wskazane naruszenia ustawy pzp miały lub mogły mieć wpływ na wynik postępowania. Nie przedstawił na tę okoliczność żadnych dowodów poza wskazaniem na naruszenia ustawy pzp. w postanowieniach siwz i ogłoszeniu o zamówieniu. Bowiem żaden wykonawca z tego tytułu nie poniósł jakichkolwiek konsekwencji czy to w postaci wykluczenia z postępowania czy to z odrzucenia oferty. Również przeprowadzone uprzednio obydwa postępowania w zakresie zarzutu zamawiającego pod adresem odwołującego co do rażąco niskiej ceny jego oferty nie ostały się w kolejnych orzeczeniach Izby (Sygn. akt KIO 109/19 i Sygn. akt KIO 664/19).

Izba również odnosząc się do argumentacji zamawiającego podniesionej w odpowiedzi na odwołanie co do braku zarzutów na wszystkie okoliczności wskazane w piśmie zamawiającego z dnia 6 czerwca 2019 roku, co ma świadczyć o utrzymaniu się czynności zamawiającego w zakresie zarzutów nie podniesionych. Zamawiający przywołał art. 192 ust.7 ustawy pzp zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Odnosząc się do tej argumentacji Izba stwierdza, że odwołujący sformułował zarzut w postaci nieuprawnionego unieważnienia postępowania na podstawie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy w związku z okolicznościami wskazanymi w piśmie z dnia 6 czerwca 2019 roku (Niniejszym zarzucam Zamawiającemu, iż podejmując w/w czynności naruszył w szczególności następujące przepisy: 1) Art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy P.Z.P. poprzez bezpodstawne unieważnienie postępowania, pomimo że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą, uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, a okoliczności wskazane w informacji o unieważnieniu postępowania (pismo z dnia 06 czerwca 2019 r.) nie świadczą o spełnieniu przesłanek do zastosowania tego przepisu.). Natomiast faktem jest, że odwołujący nie zaskarżył czynności zamawiającego polegającej na unieważnieniu odrzucenia oferty odwołującego.

W związku z powyższym na podstawie art.192 ust.2 ustawy, Izba uwzględnia

odwołanie i orzekła jak w sentencji wyroku, ponieważ odwołujący składając odwołanie wykazał naruszenie art.93 ust.1 pkt 7 ustawy w związku z unieważnieniem postępowania przez zamawiającego co może mieć istotny wpływ na wynik postępowania z racji gotowości odwołującego do wykonania zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 pzp stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z § 3 pkt. 1 i pkt. 2 lit. b oraz § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (j.t. Dz. U. 2018r. poz.972) zaliczając uiszczony wpis przez odwołującego w kwocie 15.000,00 zł. w koszty postępowania odwoławczego i zasądzając od zamawiającego na rzecz odwołującego kwotę 15.000,00 złotych jako koszty obejmujące uiszczony wpis odwołującego. Odwołujący nie złożył rachunku na poczet wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego.

Przewodniczący: .....