Sygn. akt: KIO 2330/20

WYROK

z dnia 7 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:Danuta Dziubińska

Protokolant: **Klaudia Ceyrowska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 września 2020 r. przez wykonawcę **M. J.** prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: **M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI"**ul. Nad Drwiną 33, 30-841 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez **Gminę Tarnów,** ul. Krakowska 19, 33-100 Tarnów

orzeka:

1.Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokonanie czynności oceny i badania ofert złożonych w postępowaniu;

2.Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego, **i:**

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Tarnów na rzecz Odwołującego – M. J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą: M. J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI"kwotę 19 138 zł 25 gr (słownie: dziewiętnaście tysięcy sto trzydzieści osiem złotych dwadzieścia pięć groszy) tytułem kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania, dojazdu na posiedzenie i rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika strony.

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

Przewodniczący:……

Sygn. akt: KIO 2330/20

U z a s a d n i e n i e

Gmina Tarnów (dalej: „Zamawiający") prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwanej dalej: „ustawa Pzp", w trybie przetargu nieograniczonego na „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów" z podziałem na 3 części: część I obejmująca sektor północno-wschodni, część II - sektor południowo - zachodni, część III - sektor zachodni. Numer referencyjny postępowania: IR-271.8.2020. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 27 lipca 2020 r w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr: 2020/S 143-352116.

W dniu 7 września 2020 r. Zamawiający poinformował wykonawców o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. W dniu 17 września 2020 r. wykonawca M. J. prowadzący działalność gospodarczą pod nazw Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI" M. J. (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającer naruszenie:

1)art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp przez jego bezpodstawne zastosowanie i unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podczas gdy, brak jest podstaw faktycznych i prawnych tej czynności;

2)art. 146 ust. 1 oraz ust. 6 ustawy Pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie przy obligatoryjnym wyjaśnianiu podstawy prawnej i faktycznej unieważniania postępowania w sytuacji, w której odniesienie się do tych przepisów jest warunkiem sine qua non skutecznego unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp;

względnie

3)art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie, w sytuacji gdy Zamawiający miał nie tyle prawo co też obowiązek dokonać poprawy ofert wykonawców, ponieważ popełniony przez Zamawiającego błąd w dokumentacji przetargowej nie może wpływać negatywnie na Wykonawców.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący wniósł o:

1)merytoryczne rozpatrzenie odwołania i jego uwzględnienie,

2)nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

3)nakazanie Zamawiającemu dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i dalszemu procedowaniu Postępowania w celu zawarcia umowy z Odwołującym w zakresie Części I i Części II Zamówienia;

4)ewentualnie w ramach pkt 3 nakazanie Zamawiającemu dokonanie poprawy oferty Odwołującego, zgodnie z treścią art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp poprzez przemnożenie razy dwa każdej przyjętej do szacunków frakcji odpadów, pozostawiając ceny jednostkowe niezmienne, tak aby złożone oferty na Części I i Części II Zamówienia odpowiadały szacunkom wynikającym z 24 a nie 12 miesięcy;

5)zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego oraz zwrotu kosztów według spisu przedłożonego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazał m.in., że w ogłoszeniu o zamówieniu jak i w SIWZ, że termin realizacji usługi został określony od 1 stycznia 2021 do 31 grudnia 2022 roku. Informacja ta nie budziła żadnych wątpliwości, była

jasna, zrozumiała i czytelna. Żaden z Wykonawców nie złożył w tym zakresie pytań do treści dokumentacji przetargowej uznając ją za prawidłową.

Odwołujący przywołał § 6 umowy, której wzór stanowi załącznik nr 12 do SIWZ i stwierdził, że Zamawiający wprowadził obmiarowy system wynagradzania, płatny zgodnie z przedstawioną ofertą, za każdą Mg danych odpadów w każdym z kolejnych miesięcy. Umowa miała trwać do 31 grudnia 2022 roku lub mogła ustać wcześniej z chwilą jej wykonania poprzez odebranie takiej ilości odpadów, które stanowiłyby łączną kwotę całkowitego planowanego wynagrodzenia brutto. Całkowite wynagrodzenie brutto stanowi natomiast kwota wynikająca z oferty w korelacji z maksymalną kwotą jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia ogłoszoną przy otwieraniu ofert. W przypadku gdy oferta wykonawcy znajdzie się w granicach maksymalnej kwoty to Zamawiający zobowiązany jest wybrać ofertę Wykonawcy jako najkorzystniejszą i procedować zawarcie z nim umowy. W przypadku gdy kwota wynikająca z oferty przekracza kwotę maksymalną na sfinansowanie zamówienia wówczas Zamawiający może powiększyć kwotę maksymalną lub unieważnić postępowanie. W celu oszacowania ofert poszczególnych wykonawców Zamawiający wskazał szacunkowe rodzaje i kody odpadów oraz ich ilości mając na względnie okres 12 miesięcy w całym roku 2019. Wykonawcy mieli wskazać ceny jednostkowe za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów (zł/Mg). Cena jednostkowa była kluczowa w zawiązku z przyjętą przez Zamawiającego formą rozliczenia za faktyczną ilość odebranych odpadów. Przyjęte szacunki w formularzu oferty służyły natomiast wyłącznie do wyłonienia wykonawcy. O tym, że przyjęte ilości odpadów, na podstawie których Wykonawcy składali oferty, służyły wyłącznie do celów wyłonienia Wykonawcy świadczy również fakt, że Zamawiający podał ilości odpadów odebranych w całym 2019 roku, a zatem były to wyłącznie szacunki na lata 2021 oraz 2022. Gdyby bowiem Zamawiający traktował te ilości ściśle powinien odnieść się do ilości odebranych odpadów w roku 2020, czego nie uczynił, ponieważ nie było to istotne w ramach oceny złożonych ofert.

W Postępowaniu swoje oferty wniosło trzech wykonawców, z czego dwóch na Części ł i Część II oraz jeden na Część III. Złożone oferty przedstawiały się następująco: Część I:FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. - 1.859.179,33 zł, Odwołujący 1 - 1.571.274,85 zł; Części II: FBSerwis Karpatia Sp. z o.o. - 2.344.603,07 zł, Odwołujący - 1.975.401,73 zł; Część III: REMONDiS Kraków Sp. z o.o. - 3.062.628,09 zł. Kwota jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na finansowanie zamówienia w okresie realizacji od dnia 1 stycznia 2021 do 31 grudnia 2022 roku wynosiła: dla Części I zamówienia - 3.234.782,41 zł brutto, dla Części II zamówienia - 4.069.295,28 zł brutto, dla Części III zamówienia - 5.848.102,15 zł brutto. Oferta Odwołującego zmieściła się w maksymalnej kwocie, którą Zamawiający planował przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, bowiem w Części I zamówienia w przeliczeniu na cały okres trwania umowy wynosiła 1.571.274,85 x 2 = 3.142.549,70 zł, a w Części II 1.975.401,73 x 2 = 3.950.803,46 zł. Natomiast Zamawiający poinformował o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, jako uzasadnienie faktyczne wskazując, że oferty złożone przez wykonawców obejmowały wyliczenia sporządzone na podstawie szacunkowej ilości odpadów za jeden rok, czyli zgodnie z treścią formularza ofertowego, natomiast umowa miała być zawarta na okres dwóch lat. Zdaniem Zamawiającego, rzekomo istniejący błąd spowodował, że nie zostały złożone porównywalne oferty.

Uzasadniając zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Odwołujący przywołał ten przepis i podał, że wada postępowania stanowi jedną z przesłanek unieważnienia przez zamawiającego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi jednak na brak konkretyzacji tej przesłanki, przy jej zastosowaniu mogą pojawić się oczywiste wątpliwości. Po pierwsze przepis ten nie określa, o jaką wadę postępowania chodzi, a po wtóre, ustawodawca nie wskazał, jakie wady postępowania kwalifikują postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego do unieważnienia. W związku z tym prawidłowe zastosowanie przez zamawiającego przesłanki unieważnienia postępowania z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp wymaga przyjęcia właściwej wykładni i pojawienia się wady postępowania, rozumianej jako naruszenie przepisów ustawy Pzp, której wystąpienie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Co więcej przedmiotowa wada musi być nieusuwalna. Nie może to być zatem wada zwykła - jakakolwiek wada postępowania, lecz wada o istotnym charakterze, uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący nie zgodził się ze stanowiskiem Zmawiającego, że wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jest to, że w złożonych ofertach przedstawiono cenę za realizację przedmiotu zamówienia w jednym roku, a zatem jedynie za połowę okresu, jakim objęty był przedmiot zamówienia.

W pierwszej kolejności Odwołujący podniósł, że w postępowaniu w ogóle nie pojawiła się żadna wada. Sposób kalkulacji przyjęty przez Zamawiającego jest standardowy w przypadku zamówień publicznych na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Zamawiający zawsze podają szacunkowe ilości odpadów za jakiś historyczny okres tak, aby wykonawcy mogli złożyć porównywalne oferty i na tej podstawie można było wyłonić wykonawcę. O wyłącznie szacunkowym charakterze przyjętych ilości odpadów świadczy fakt, że Zamawiający planował rozliczać się z Wykonawcą na podstawie faktycznej ilości odebranych odpadów mając za podstawę zaoferowaną stawkę za Mg danej frakcji, co wynika także z OPZ stanowiącego załącznik nr 11 do SIWZ. OPZ, szacunki podawane za historyczny okres 2019 roku oraz sposób rozliczeń za faktycznie odebraną ilość odpadów, jednoznacznie świadczą o tym, że jest to normalna i standardowa metoda wyłonienia wykonawcy, a nie rzekoma wada postępowania.

Następnie, Odwołujący wskazał, że treść art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp musi być interpretowana wyłącznie poprzez pryzmat art. 146 ust. 1 ustawy Pzp który zawiera katalog przypadków, kiedy umowa o zamówienie publiczne ulega unieważnieniu. W niniejszym stanie faktycznym żadna z w/w przesłanek nie może być zastosowana. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że to wyłącznie Zamawiający powinien udowodnić, że potencjalna umowa zostałaby unieważniona i powinien w tym celu jasno i klarownie przedstawić podstawę prawną i faktyczną swojej decyzji. Tych elementów w postępowaniu brak. Odwołujący przywołał wyroki Izby z dnia 12 grudnia 2019 roku, sygn. akt 2412/19 oraz z dnia 14 listopada 2019 roku, sygn. akt KIO 2212/19 i stwierdził, że Zamawiający popełnił oczywisty błąd w podaniu i wyjaśnieniu podstawy prawnej swojego rozstrzygnięcia. Samo powołanie się na przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp jest bowiem niewystarczające i wskazuje na to, że odwołanie jest w uzasadnione.

Wskazując, iż czyni to z najdalej idącej ostrożności, gdyby jednak przyjąć, że w niniejszym postępowaniu wystąpiła wada, Odwołujący zwrócił uwagę, że wszyscy Wykonawcy złożyli podobne oferty, mając za podstawę formularz ofertowy i zawarte w nim szacunki. Powszechnie przyjętą praktyką jest bowiem to, że zamawiający w postępowaniach dotyczących odbierania i zagospodarowania odpadów podaje szacunkowe ilości odpadów potrzebne wyłącznie do wyłonienia wykonawcy, a następnie realizuje umowę zgodnie z przyjętą zasadą płatności za rzeczywiście odebraną ilość odpadów przemnożoną przez stawkę jednostkową za daną Mg frakcji odpadów. Tak też skonstruowane są formularze ofertowe - w niniejszym postępowaniu zostały wskazane ceny jednostkowe za dane frakcje odpadów - oraz wzór umowy,

który wprost w § 6 dawał podstawy wyliczenia miesięcznego wynagrodzenia, rozumiane jako iloczyn masy odebranych i zagospodarowanych odpadów (udokumentowanych kartami przekazania odpadów komunalnych) w Mg i cen jednostkowych zgodnie z ofertą. Oznacza to, że żaden z Wykonawców nie miał wątpliwości jak rozumieć treść dokumentacji przetargowej. Fakt ten został również wyraźnie przyznany przez Zamawiającego w Zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania. Wszyscy Wykonawcy znaleźli się zatem w takiej samej sytuacji, w tak samo logiczny i niebudzący ich wątpliwości sposób zrozumieli dokumentację przetargową, czego konsekwencją są tożsame, co do przyjętej metody kalkulacji, oferty.

W dalszej kolejności Odwołujący podał, że Zamawiający, powołując się na orzeczenie KIO z dnia 12 listopada 2019 roku w sprawie sygn. akt KIO 2176/19, wskazał, że rzekomo niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia nie pozwalał na złożenie porównywalnych ofert, co z kolei stanowiło wystarczającą przesłankę do unieważnienia postępowania, natomiast OPZ wskazywał zarówno w swojej treści jak i w tabelach wyłącznie ilość odpadów zebranych w 2019 roku w Mg. Każdy z Wykonawców logicznie przyjął zatem tą ilość jako podstawę do stworzenia porównywalnych ofert na podstawie których Zamawiający może wyłonić wykonawcę. W niniejszym stanie faktycznym każdy z wykonawców tak samo zrozumiał zapisy SIWZ, a zatem złożone oferty są porównywalne, co oznacza, że zamawiający ma możliwość i obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Ponadto powołując się na wyrok Izby z dnia 26 sierpnia 2014 roku sygn. akt KIO 1643/14, gdzie uznano, że: „Cena oferty, obliczona według wytycznych zamawiającego podanych w SIWZ, jest ceną umowną, która pomimo Iż nie będzie stanowiła rzeczywistego wynagrodzenia wykonawcy za wykonanie przedmiotu zamówienia, podlega badaniu i ocenie [...] (w SIWZ wskazano bowiem, że cena podana w ofercie służy wyłącznie porównaniu ofert i wyborowi oferty najkorzystniejszej - rzeczywiste wynagrodzenie będzie obliczane miesięcznie w oparciu o podane w ofercie ceny jednostkowe za wykonanie usług)" Odwołujący wskazał, że w postępowaniu zostały przyjęte właśnie takie zasady szacowania oferty oraz wynagradzania wykonawcy. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że samo szacowanie wartości zamówienia służy przede wszystkim prawidłowemu wyborowi trybu postępowania.

Zdaniem Odwołującego, o ile w niniejszym postępowaniu występuje wada, to jest to wada nieistotna, która mimo zaistnienia pozwala na zawarcie ważnej umowy. W szczególności z uwagi na fakt, że istnieje obiektywna możliwość dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Takie stanowisko popiera doktryna prawna w dziedzinie Pzp, gdzie uznaje się, że: „Wystąpienie wady wprawdzie nieusuwalnej, ale umożliwiającej zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, nie skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania. Również zaistnienie wady usuwalnej, nawet jeżeli uniemożliwia ona zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, nie może być podstawą unieważnienia postępowania - zamawiający powinien wówczas usunąć wadę i kontynuować postępowanie" (Kowalczyk Aldona, Unieważnienie postępowania, 2am.Pub.Dor. 2010/7/44-49 - Artykuł) oraz że: „Wada postępowania, o której mowa w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp [ustawy z 2004 r. - Prawo zamówień publicznych] powinna wystąpić w danym, konkretnym postępowaniu i winna prowadzić do wystąpienia skutku w postaci niemożności zawarcia ważnej umowy. Wadą, która uniemożliwia zawarcie umowy jest obiektywna niemożność dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej. Jakiekolwiek inne błędy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jeżeli nie miały wpływu na wynik tego postępowania i nie skutkują niemożnością zawarcia ważnej umowy z wykonawcą nie mogą prowadzić do unieważnienia postępowania" (Pruszowski Radosław, Kontrola udzielania i realizacji zamówień publicznych przeprowadzana przez Regionalną Izbę Obrachunkową, Zam.Pub.Dor. 2010/6/4-17 - Artykuł). Nadto, wskazując na wyrok Izby z dnia 21 lutego 2019 roku, sygn. akt KIO 232/19, Odwołujący stwierdził, że w postępowaniu nie ma związku przyczynowego pomiędzy rzekomą wadą a niemożliwością zawarcia ważnej umowy.

W uzasadnieniu zarzutu ewentualnego dotyczącego naruszenia art. 87 ust. 7 pkt 3 ustawy Pzp Odwołujący podniósł, że Zamawiający był zobligowany do poprawienia ewentualnej omyłki wykonawców w złożonych ofertach. Korekta ta powinna sprowadzić się do przemnożenia razy dwa każdej przyjętej do szacunków ilości frakcji odpadów, pozostawiając ceny jednostkowe niezmienne jako kluczowe do faktycznego rozliczania kontraktu. W efekcie oferty Wykonawców obejmowałyby szacunkowe ilości odpadów w przeliczeniu na 24 miesiące a nie jak było w formularzu ofertowym 12 miesięcy. O prawidłowości i celowości takiego działania wskazuje fakt, że wszyscy Wykonawcy złożyli tożsame co do sposobu kalkulacji oferty, a zatem dokonując czysto matematycznego rachunku żaden z Wykonawców nie zostałby potraktowany gorzej, co oznacza, że zasada uczciwej konkurencji nie zostałaby zachwiana. Art. 87 ust. 2 kpt. 3 ustawy Pzp powinien być bowiem zastosowany do wszystkich złożonych ofert, ponieważ ewentualna omyłka nie była efektem świadomego działania Wykonawców, a sama zmiana nie spowodowałaby istotnej zmiany oferty, ponieważ kluczową rolę odgrywała nie szacunkowa ilość odpadów przyjęta do sporządzenia ofert, ale stawka jednostkowa za Mg danej frakcji odpadów. Odwołujący przywołał w tym zakresie wyroki Izby z dnia 25 marca 2019 roku, sygn. akt KIO 408/19, z dnia 17 stycznia 2019 roku, sygn. akt KIO 1/19, z dnia 29 czerwca 2020 roku, sygn. akt KIO 885/20, z dnia 13 marca 2020 roku, sygn. akt 423/20, z dnia 17 czerwca 2019 roku, sygn. akt KIO 995/19.

Niezależnie od powyższego Odwołujący, przywołując wyroki KIO z dnia 16 kwietnia 2015 roku sygn. akt KIO 660/15 oraz z dnia 16 lipca 2019 roku sygn. akt KIO 1155/19, zauważył, że wszelkie wątpliwości odnośnie treści SIWZ Zamawiający jest zobowiązany rozpatrywać na korzyść Wykonawcy. Jeśli w wyniku niespójności, do której doprowadził swoim działaniem Zamawiający, dokumentacja przetargowa będzie nieprecyzyjna, a Zamawiający nie zdąży usunąć swoich błędów przed upływem terminu składania ofert, przyjmuje się, że ewentualne wątpliwości trzeba interpretować na korzyść wykonawcy. Nie można bowiem obciążać wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia odpowiedzialnością za błędy i niedopatrzenia stojące po stronie zamawiającego.

Pismem z dnia 5 października 2020 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający podał m.in., że Odwołujący złożył ofertę na Część I i Część II zamówienia podając cenę oferty brutto, na podstawie wyceny ilości odpadów, z podziałem na kody w poszczególnych częściach zamówienia, szacownych na jeden rok, natomiast Zamawiający ogłosił przetarg na okres 2 lat od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r., co wynika z ogłoszenia o zamówieniu pkt. II.2.7, SIWZ § 4, Szczegółowego opis przedmiotu zamówienia - zał. nr 11 do SIWZ. W postępowaniu udział wzięło trzech wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, z wykorzystaniem formularza załączonego do SIWZ, przy czym jak wynika z analizy złożonych ofert wszyscy wykonawcy w złożonych ofertach podali cenę za realizację przedmiotu zamówienia za okres 1 roku, a nie 2 lat - co objęte było przedmiotem zamówienia. Stąd też Zamawiający rozważał możliwość odrzucenia wszystkich złożonych ofert w trybie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w tym zaś przypadku podania ceny oferty za okres 2 lat a nie 1 roku. Skutkiem czego byłoby unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy, który stanowi, że zamawiający unieważnia postępowanie, jeżeli nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu. Zamawiający jednak odstąpił od

takiej oceny tych okoliczności, bowiem w samym wzorze formularza oferty - stanowiącym załącznik do SIWZ - omyłkowo wpisano błędną datę realizacji przedmiotu zamówienia, a podane w jego treści pomocniczo masy odpadów w Mg szacownych do odbioru dotyczyło jednego roku, co mogło wpłynąć na błędne podanie przez wszystkich wykonawców cen ofert - za jeden rok, zamiast na okres dwóch lat. W toku prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie kierowano żadnych pytań, stąd kwestie te nie były przedmiotem wyjaśnień. Uznano zatem, że pomimo iż w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczą przedsiębiorcy występujący w obrocie jako profesjonaliści, to omyłki te, przynajmniej potencjalnie mogły mieć wpływ na przygotowanie ofert i podanie zawartych w nim cen. Wadą postępowania, uniemożliwiającą zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego niepodlegającej unieważnieniu jest to, że w złożonych ofertach przedstawiono cenę za realizację przedmiotu zamówienia w jednym roku, zatem jedynie za połowę okresu, jakim był objęty przedmiot zamówienia. Ma to taki sam skutek jak odrzucenie wszystkich złożonych ofert, ale nie odnosi się wyłącznie do zaniechań i działań samych wykonawców, nawet jeżeli wykorzystują omyłki Zamawiającego. Informacja o szacunkowej ilości odpadów do odbioru w jednym roku była podana w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 11 do SIWZ i na tej podstawie Wykonawca powinien podać cenę oferty w okresie realizacji zamówienia tj. 2 lat a nie jak podano w ofertach cenę usługi na podstawie ilości odpadów szacowanych w okresie 1 roku, co wprost wynikało z treści ogłoszenia i SIWZ. Skoro jednak doszło do takiej wadliwości i to we wszystkich trzech złożonych ofertach, Zamawiający uznał, że spełnione zostały przesłanki wynikające z treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, które uzasadniają unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ma ona charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Uwzględnienie bowiem ofert, których treść nie odpowiadała SIWZ, stanowiłoby zaniechanie czynności ich odrzucenia, skutkiem czego wybór rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiłoby z naruszeniem przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania - co oznaczałoby spełnienie przesłanek, o jakich mowa w przepisie art. 146 ust. 6 ustawy.

Zamawiający stwierdził, że rozważał także możliwość zastosowania przy ocenie złożonych ofert przepisu art. 87 ust. 1 i ust. 2 pkt 3 ustawy, który umożliwia w toku badania i oceny ofert żądanie od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert, a także samodzielnej poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. W ocenie Zamawiającego możliwość taka była wykluczona bowiem prowadziłoby to do niedopuszczalnej w świetle tego przepisu sytuacji, w której doszłoby do faktycznego prowadzenia między zamawiającym a wykonawcami negocjacji dotyczących złożonych ofert skutkujących diametralną zmianą w ich treści, a przepis ten zakazuje jakichkolwiek takich zmian. Nadto przepis ten dopuszcza możliwość poprawy innych omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty, a podwojenie w ocenie Zamawiającego ceny w złożonej ofercie nie sposób uznać, za niepowodującą istotnej zmiany w treści oferty. Stąd też odstąpiono od zastosowania w postępowaniu instytucji wymienionych w w/w przepisie ustawy. Zamawiający nie chciał też doprowadzić do sytuacji, w której dokonywałby oceny złożonych ofert po otrzymaniu rozbieżnego stanowiska wykonawców, co do żądanych ewentualnych wyjaśnień, tym bardziej, że w postępowaniu zastosowanie miała tzw. procedura odwrócona, w efekcie czego mogłyby być dodatkowo podnoszone zarzuty naruszenia zasad konkurencyjności i równości, o jakich mowa w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego dopełnienie wymogów wynikających z tych zasad mogłoby budzić wątpliwości, czego Zamawiający chciał uniknąć. Ponadto biorąc pod uwagę, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego uczestniczyli przedsiębiorcy występujący w obrocie jako profesjonaliści, w ocenie Zamawiającego trudno było przyjąć, że niezgodność pomiędzy złożoną ofertą a postanowieniami SIWZ ma charakter omyłki, co również przemawiało za odstąpieniem od zastosowania poprawy ofert, i co, zdaniem Zamawiającego znajduje oparcie w tezach zawartych w piśmie Urzędu Zamówień Publicznych, pt. „Omyłki i błędy w ofertach wykonawców - analiza na przykładzie orzecznictwa sądów okręgowych i Krajowej Izby Odwoławczej.”(w:www.lex.pl) oraz we wskazanym wyroku Izby dnia 6 lipca 2020 r. sygn. akt: KIO 973/20 dotyczącym braku wpisania przez wykonawcę w formularzu cenowym wszystkich cen jednostkowych. W ocenie Zamawiającego trudno bowiem traktować jako omyłkę podlegającą możliwości poprawy, nie podanie ceny za realizację przedmiotu zamówienia za okres 2 lat, co było jego przedmiotem.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając złożone odwołanie, uwzględniającdokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w szczególności treść SIWZ i treść złożonych w postępowaniu ofert, oraz stanowiska Stron, ustaliła i zważyła co następuje:

Odwołanie nie zawiera braków formalnych. Wpis w prawidłowej wysokości został wniesiony w ustawowym terminie. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Uzasadniając swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie unieważnił postępowanie, w którym Odwołujący złożył najkorzystniejszą ofertę w zakresie Części I oraz Części II Zamówienia. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, to Odwołującemu zostałoby udzielone Zamówienie. W konsekwencji, w wyniku błędnych czynności, w tym zaniechań Zamawiającego, Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o możliwości powstania po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia).

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w przedmiotowym postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Została wypełniona materialnoprawna przesłanka, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania Odwołujący mógłby liczyć na udzielenie zamówienia.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z § 6 umowy, której wzór stanowił załącznik nr 12 do SIWZ:

1.Łączna kwota całkowitego wynagrodzenia brutto Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową wynosi zł brutto (słownie:), w tym obowiązujący podatek VAT, w całym okresie obowiązywania umowy określonym w § 2.

2.Ustala się miesięczny okres rozliczeniowy wykonania usług objętych umową.

3.Wynagrodzenie miesięczne Wykonawcy z tytułu realizacji usług objętych umową stanowi iloczyn masy odebranych i

zagospodarowanych odpadów (udokumentowanych kartami przekazania odpadów komunalnych) w Mg i cen jednostkowych zgodnie z ofertą z dnia

Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia (dalej: „OPZ"), stanowiący załącznik nr 11 do SIWZ, zawiera m.in. informację: *„Ustalone ilości przewidzianych do odbierania odpadów są szacunkowe i mogą ulec zmianie stosownie do faktycznej ilości odpadów wytworzonych przez mieszkańców".* OPZ zawiera także informację o ilości zebranych odpadów w 2019 r. w Mg, podane w ujęciu tabelarycznym dla poszczególnych części zamówienia i w odniesieniu do poszczególnych kodów odpadów. Powyżej tych tabel jest określony wymóg: „*W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania następujących odpadów:"*

Formularz ofertowy, stanowiący załącznik nr 1 do SIWZ, zawiera w odniesieniu do każdej części zamówienia tabele zawierające 6 kolumn i 9 pozycji odnoszących się do rodzaju i kodu odpadu, częściowo wypełnionych przez Zamawiającego. Kolumny 1- lp, 2 – Rodzaj i kod odpadu, 3-Masa odpadów w Mg zostały wypełnione przez Zamawiającego, przy czym kolumna 3 zawiera szacunkowe ilości odpadów zawierające dane historyczne z 2019 r., co wynika z OPZ. Do wypełnienia przez wykonawców pozostawione zostały kolumny: 4- Cena jednostkowa netto za odbiór i zagospodarowanie jednej tony odpadów (zł/Mg), 5- Wartość netto pozycji (kol. 3 x kol. 4) (zł/Mg), 6- Wartość brutto pozycji (zł/Mg).

W pkt 3 formularza ofertowego zostało wskazane: „*Termin realizacji przedmiotu zamówienia od dnia 01.01.2021 do dnia 31.12.2020 r."*

Pkt 4 formularza ofertowego zawiera oświadczenie: *„Przystępując do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne oświadczamy, że: zapoznaliśmy się ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia na odbieranie i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy w Gminie Tarnów i nie wnosimy do* niej zastrzeżeń."

Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania przekazane przez Zamawiającego wykonawcom zostało sformułowane w następujący sposób:

„Na podstawie art. 93 ust. 1 pkt. 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.], Zamawiający - Gmina Tarnów, unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów".

Uzasadnienie

Zgodnie z dyspozycją art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004 r Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843, ze zm.], zwanej dalej ustawą: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenia zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.„.

W postępowaniu przetargowym na odbiór i zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy Tarnów wpłynęły 3 oferty, w których wszyscy Wykonawcy przyjęli do wyceny oferty ilości odpadów, z podziałem na kody w poszczególnych częściach zamówienia, szacownych na jeden rok, natomiast Zamawiający ogłosił przetarg na okres 2 lat od 01.01.2021 r. do 31.12.2022 r. (Ogłoszenie o zamówieniu Pkt. II.2.7, SIWZ § 4].

Wadą postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego jest to, że w złożonych ofertach przedstawiono cenę za realizację przedmiotu zamówienia w jednym roku, zatem jedynie za część okresu - jego połowę, jakim był objęty przedmiot zamówienia. W samym wzorze formularza oferty - stanowiącym załącznik do SIWZ - omyłkowo wpisano błędną datę realizacji przedmiotu zamówienia a podane w jego treści pomocniczo masy odpadów w Mg szacownych do odbioru w jednym roku, mogły wpłynąć na błędne podanie cen ofert - za jeden rok, zamiast na okres dwóch lat, na jaki ogłoszono przetarg.

Jak wskazano w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 12.11.2019 r., do sygn. akt: KIO 2176/19 (LEX nr 2751830): „Niejednoznaczny opis przedmiotu zamówienia, który nie pozwala na złożenie porównywalnych ofert, stanowi wystarczającą podstawę do unieważnienia postępowania. Na tym etapie postępowania (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można usunąć". Co można byłoby przyjąć w nin. sprawie, ograniczając się do samego wzoru formularza oferty.

Należy jednak podkreślić, że informacja o szacunkowej ilości odpadów do odbioru w jednym roku podana była w Szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia, stanowiącym zał. nr 11 do SIWZ i na tej podstawie Wykonawca powinien podać cenę oferty w okresie realizacji zamówienia t.j. 2 lat a nie jak podano w ofertach cenę usługi na podstawie ilości odpadów szacowanych w okresie 1 roku. Co wprost wynikało zresztą z treści ogłoszenia i SIWZ.

Skoro jednak doszło do takiej wadliwości i to we wszystkich trzech złożonych ofertach, Zamawiający uznał, że spełnione zostały przesłanki wynikające z treści przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, które uzasadniają unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a ma ona charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, iż umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu."

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Stosownie do art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, *zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeśli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Przepis ten pozostaje w związku z art.146 ustawy Pzp regulującym kwestie unieważnienia umowy o zamówienie publiczne, który w ust. 1 stanowi, iż *umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:*

1) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki;

2) nie zamieścił ogłoszenia o zamówieniu w Biuletynie Zamówień Publicznych albo nie przekazał ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej;

3) zawarł umowę z naruszeniem przepisów art. 94 ust. 1 albo art. 183 ust. 1, jeżeli uniemożliwiło to Izbie uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

4) uniemożliwił składanie wniosków o dopuszczenie do udziału w dynamicznym systemie zakupów wykonawcom niedopuszczonym dotychczas do udziału w dynamicznym systemie zakupów lub uniemożliwił wykonawcom dopuszczonym do udziału w dynamicznym systemie zakupów złożenie ofert w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego tym systemem;

5) uniemożliwił wykonawcom, z którymi została zawarta umowa ramowa, złożenie ofert w procedurze konkurencyjnej o udzielenie zamówienia na podstawie umowy ramowej, o ile nie wszystkie warunki zamówienia zostały określone w umowie ramowej;

6) z naruszeniem przepisów ustawy zastosował tryb zapytania o cenę;

7) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 67 ust. 12.

Zgodnie natomiast z 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.*

Analiza ww. przepisów wskazuje, że dla wypełnienia się przesłanki unieważnienia postępowania, o której mowa w rat. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie wszystkich wymienionych w niej elementów, tj. postępowanie musi być obarczone wadą, wada ta jest niemożliwa do usunięcia i uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Nie chodzi zatem o każdą niedoskonałość postępowania, lecz o taką jego wadę, która jest na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, przy czym wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. W sytuacji bowiem, gdy wada postępowania jest usuwalna, to zważywszy na cel wszczynania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jakim jest zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne, powinna zostać usunięta. Dopiero, gdy wady nie da się usunąć i uniemożliwia ona zawarcie umowy niepodlegającej unieważnieniu, występuje podstawa do unieważnienia postępowania z uwagi na jej wystąpienie w postępowaniu.

Stosownie do art. 92 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, zamawiający jest zobowiązany przedstawić uzasadnienie faktyczne i prawne tej czynności.

Powyższe wskazuje, że w analizowanym postępowaniu, w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, Zamawiający powinien podać wszystkie okoliczności, które wskazują na wypełnienie się przesłanki unieważnienia postępowania, określonej w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp z uwzględnieniem, co najmniej jednej z przesłanek unieważnienia umowy określonych w art. 146 ustawy Pzp. W ocenie Izby Zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku.

Jak wynika z treści wyżej przedstawionego zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, Zamawiający nie wykazał istnienia wady postępowania, o której mowa we wskazanym przez niego przepisie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, w tym pominął konieczność wykazania zaistnienia, co najmniej jednej z przesłanek wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp lub okoliczności wskazanych w art. 146 ust. 6 ustawy Pzp.

Treść uzasadnienia zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wskazuje, że okoliczności, które zdaniem Zamawiającego świadczą o istnieniu w postępowaniu wady uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie dotyczą żadnej z przesłanek unieważnienia umowy, wymienionych w art. 146 ust. 1 ustawy Pzp. W związku z tym okoliczności podane przez Zamawiającego podlegają ocenie z uwzględnieniem art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, w tym, czy stwierdzona przez Zamawiającego wada jest niemożliwa do usunięcia, a jeśli jest możliwa, to czy Zamawiający zaniechał dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Przesłanki unieważnienia postępowania należy bowiem interpretować ściśle. W ślad m.in. za wyrokiem Izby z dnia 12 grudnia 2019 r. sygn. akt 2412/19 należy zauważyć, iż *rozszerzająca wykładnia przesłanek unieważnienia postępowania mogłaby bowiem prowadzić do manipulowania wynikiem postępowania, w szczególności gdy unieważnienie następuje po otwarciu ofert, kiedy to zamawiający zna krąg wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz zaoferowane przez nich warunki realizacji zamówienia.*

Według informacji przedstawionych w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający za wadę postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej nieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego uznał to, że w złożonych w postępowaniu ofertach przedstawiona została cena za połowę okresu, na jaki został przewidziany do realizacji przedmiot zamówienia. Jednocześnie wskazał, że jest to wynikiem tego, iż we wzorze formularza oferty, stanowiącym załącznik do SIWZ, omyłkowo wpisano błędną datę realizacji przedmiotu zamówienia, a podane w jego treści pomocniczo masy odpadów w Mg szacownych do odbioru w jednym roku, mogły wpłynąć na błędne podanie cen ofert, tj. za jeden rok, zamiast na okres dwóch lat. Nadto Zamawiający dał wyraz temu, że sposób zredagowania przez siebie formularza ofertowego utożsamia z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia niepozwalającym na złożenie porównywalnych ofert i z tego wywodzi podstawę do unieważnienia postępowania, uznając, że wykonawcy znając treść SIWZ powinni podać cenę oferty w okresie realizacji zamówienia, tj. dwóch lat, a skoro tego nie uczynili, to zostały spełnione przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp.

W ocenie Izby nie można zaaprobować takiego stanowiska Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zwraca uwagę niekonsekwencja Zamawiającego. Z jednej strony bowiem Zamawiający wskazuje na nieporównywalność ofert, a jednocześnie podaje, że każdy z wykonawców sporządził w ten sam sposób ofertę, przy czym uczynił to zgodnie ze wzorem opracowanym przez Zamawiającego. Każdy wykonawca bowiem wypełnił formularz ofertowy opracowany przez Zamawiającego w sposób przez niego podany, w wyniku czego oferty są porównywalne i na takich samych zasadach podlegają ocenie w zakresie kryterium oceny ofert.

W sprawie nie jest sporne, że wynagrodzenie za wykonanie usług objętych przedmiotem zamówienia nie jest ryczałtowe, lecz rozliczenie będzie następowało za rzeczywiste wykonanie odbioru i zagospodarowania odpadów według cen jednostkowych określonych w ofercie. SIWZ nie zawiera postanowienia, które wskazywałoby, że szacunkowe ilości odpadów podane przez Zamawiającego odnoszące się do 2019 r. służyły innemu celowi, niż umożliwieniu skalkulowania na takich samych zasadach ofert. Oznacza to, że ilości te zostały podane celem umożliwienia porównania ofert. Cel ten został osiągnięty. Każdy z wykonawców podał swoją cenę jednostkową dla poszczególnych rodzajów odpadów oraz łączną cenę, co pozwala na ich porównanie.

Wbrew sugestii Zamawiającego, formularza ofertowego nie można utożsamiać z niejednoznacznym opisem przedmiotu zamówienia, o którym mowa w przywołanym przez niego wyroku Izby. Formularz ten bowiem przedstawia te same rodzaje i kody odpadów, które są wymienione w OPZ, tj. te, których dotyczy odbiór i zagospodarowanie, do których to czynności zobowiązują się wykonawcy, a także zawiera te same szacunkowe, pomocniczo podane, ilości pochodzące

z 2019 r. Wykonawcy mieli zatem przedstawione na takich samych zasadach informacje, umożliwiające im kalkulację ceny oferty. Formularz ofertowy został tak skonstruowany, że w tabelach dla poszczególnych części zamówienia wykonawcy składali oświadczenia woli w przedmiocie oferowanej ceny jednostkowej netto za odbiór i zagospodarowanie jednej tony podanego rodzaju odpadów. Następnie wykonawcy winni podać wartości netto i brutto obliczone z uwzględnieniem podanej przez Zamawiającego w tabeli masy odpadów w odniesieniu do poszczególnych rodzajów i kodów odpadów oraz łączną wartość wynikającą z takiego przemnożenia. Oznacza to, że o cenie oferty decydowały ceny jednostkowe zaoferowane przez każdego z wykonawców indywidualnie, bowiem ostateczna cena oferty wynikała już z działań matematycznych narzuconych przez Zamawiającego, przeprowadzonych w uwzględnieniem tych cen jednostkowych.

W ocenie Izby nie występuje zatem nieporównywalność ofert, której stwierdzenie przez Zamawiającego legło u podstaw unieważnienia postępowania.

Nie ulega wątpliwości, że formularz ofertowy, jakkolwiek pozwala na złożenie porównywalnych ofert, to jednak ceny tych ofert zostały podane z uwzględnieniem szacunkowych ilości odpadów, podanych pomocniczo, z uwzględnieniem danych z 2019 r. Okres świadczenia usług wynosi natomiast dwa lata, co wynika z ogłoszenia o zamówieniu oraz SIWZ i co m.in. w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania podkreśla Zamawiający. Formularz ofertowy zawiera w pkt 2 wprawdzie ww. oczywistą omyłkę w odniesieniu do daty realizacji umowy, która jednak nie może negatywnie skutkować dla wykonawców. Jest bowiem oczywiste, że umowa nie może się skończyć przed jej rozpoczęciem. W związku z tym maksymalna cena do zapłaty winna odnosić się do okresu dwóch lat. W obecnym stanie rzeczy, jakkolwiek podane ilości są szacunkowe, to należy liczyć się z tym, iż wartość tej umowy zostanie wyczerpana w zdecydowanie krótszym okresie, niż zakładany przez Zamawiającego i określony w ogłoszeniu o zamówieniu i SIWZ.

W związku z tym w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien w szczególności wykazać, dlaczego jego zdaniem wada ta jest nieusuwalna, powinien wykazać, że stwierdzona przez niego wada postępowania, która powstała na skutek jego omyłki, miała wpływ na wynik postępowania i uniemożliwiałaby zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, dlaczego nie uznaje jej za omyłkę będącą konsekwencją omyłki popełnionej przy przygotowywaniu wzoru formularza ofertowego. Nie zostało to jednak przedstawione w uzasadnieniu czynności unieważnienia postępowania.

W ocenie Izby potwierdziły się zatem zarzuty odwołania. Zamawiający nie wykazał bowiem zaistnienia podstaw do unieważnienia postępowania. Skutkuje to uwzględnieniem odwołania.

Niezależnie od powyższego zauważenia wymaga, iż w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający rozszerzył swoje uzasadnienie czynności unieważnienia postępowania i podjął próbę wykazania nieusuwalności wady.

Odnosząc się art. 146 ust. 6 ustawy Pzp, Zamawiający wskazał, że uwzględnienie ofert, których treść nie odpowiada SIWZ, stanowiłoby zaniechanie czynności ich odrzucenia, skutkiem czego wybór rozstrzygnięcia postępowania o udzielenie zamówienia nastąpiłby z naruszeniem przepisów ustawy, które miałoby lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania – co oznaczałoby spełnienie przesłanek, o jakich mowa w tym przepisie.

Oznacza to, że Zamawiający obecnie uważa, że wykonawcy nie powinni zastosować wprost formularza ofertowego, stanowiącego załącznik do SIWZ, lecz we własnym zakresie dokonać jego modyfikacji. Zamawiający pomija przy tym, iż mógłby wówczas otrzymać różne oferty, tj. jedni wykonawcy, tak jak obecnie, mogliby złożyć ofertę zgodnie ze wzorem formularza ofertowego, a inni dokonać jego samodzielnej zmiany.

Jednocześnie Zamawiający stwierdził, że mimo, iż oferty zawierają cenę za realizację przedmiotu zamówienia za okres jednego roku, zamiast za okres dwóch lat, jak wynika z SIWZ, zrezygnował z odrzucenia ofert na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, skutkiem czego byłoby unieważnienie postępowania na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, bowiem uznał, że nie dotyczy to wyłącznie zaniechań i działań samych wykonawców, chociaż ci jego zdaniem wykorzystali jego omyłkę. Zamawiający podał także, że rozważał wystąpienie o wyjaśnienia w trybie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, a także poprawę ofert na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jednak uznał, że prowadziłoby to do negocjacji i istotnej zmiany treści ofert, bowiem podwojenia ceny oferty nie można uznać za niepowodującą istotnej zmiany treści oferty. Zamawiający stwierdził także, że nie chciał też doprowadzić do sytuacji, w której dokonywałby oceny złożonych ofert po otrzymaniu rozbieżnego stanowiska wykonawców, co do żądanych ewentualnych wyjaśnień, tym bardziej, że w postępowaniu zastosowanie miała tzw. procedura odwrócona. W efekcie czego mogłyby być dodatkowo podnoszone zarzuty naruszenia zasad konkurencyjności i równości, o jakich mowa w przepisie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Stanowisko Zamawiającego zaprezentowane w odpowiedzi na odwołanie i poparte na rozprawie, w ocenie Izby nie może zmienić powyższej oceny, co do potwierdzenia się zarzutów odwołania. Niezależnie od tego, iż ww. informacja powinna znaleźć się w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, aby umożliwić wykonawcom, w przypadku skorzystania ze środków ochrony prawnej, zajęcie w odniesieniu do niej stanowiska, wskazania wymaga, iż nie można się zgodzić z przestawionymi w toku postępowania odwoławczego argumentami Zamawiającego.

W pierwszej kolejności zaznaczenia wymaga, że zastosowanie w postępowaniu procedury odwróconej, wbrew obawom Zamawiającego, nie oznacza, że ewentualne wystąpienie o wyjaśnienia złożonych ofert, jeśli nastąpiłoby na równych zasadach, miałoby w efekcie prowadzić do naruszenia zasad konkurencyjności i równości, o jakich mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Nie zostało także wykazane, aby była potrzeba zwracania się do wykonawców o wyjaśnienia i dlaczego w ich wyniku Zamawiający miałby otrzymać rozbieżne stanowiska wykonawców, co do żądanych wyjaśnień.

Wskazania wymaga m.in., iż przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zawierający przesłankę odrzucenia oferty, z uwagi na jej niezgodność z treścią SIWZ, ma zastosowanie tylko wówczas, gdy treść oferty nie podlega poprawie na podstawie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp zawiera obowiązek dokonania poprawy oferty, jeżeli z okoliczności sprawy wynika zamiar złożenia przez wykonawcę oferty zgodnie z wymaganiami zamawiającego, poprawienie omyłki nie ingeruje w sposób istotny w treść oferty w rozumieniu oświadczenia woli wykonawcy i gdy wiadomy jest sposób poprawy omyłki. Fakt, iż skutkiem poprawy oferty miałaby być zmiana ceny oferty nie uniemożliwia, co do zasady, dokonania poprawy oferty na podstawie ww. przepisu. Dokonanie poprawienia omyłki w ofercie wykonawcy, w sytuacji, gdy zachodzą ku temu przesłanki, nie zależy od woli zamawiającego, lecz wynika z ustawy, bowiem przepis ten stanowi, że zamawiający „poprawia”, a nie, że „może poprawić” omyłki i chroni zamawiających nie tylko przez odrzuceniem ofert, złożonych przez wykonawców zdolnych do wykonania zamówienia, ale też przed unieważnieniem postępowania, co pozwala na zrealizowanie zamówienia, zgodnie z celem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W analizowanym postępowaniu nie zostało wykazane przez Zamawiającego, aby poprawa ofert wykonawców nie była możliwa. Przeciwnie. Już w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający stwierdził, że z treści ogłoszenia oraz SIWZ wprost wynikało, że okres realizacji zamówienia wynosi dwa lata i wskazywał na powinność wykonawców uwzględnienia w ofercie dwóch lat świadczenia usług, pomimo, iż w treści wzoru formularza ofertowego było odniesienie do jednego roku (2019). W związku tym należy uznać, iż Zamawiający dostrzegał nie tylko możliwość, ale też obowiązek poprawy oferty, z tym że ten obowiązek przypisywał wykonawcom, a nie sobie.

Jak wyżej wskazano, w OPZ powyżej tabel zawierających wskazanie rodzajów odpadów, i podanie ich ilości w 2019 r. jest określony ww. wymóg: „*W ramach przedmiotu zamówienia Wykonawca zobowiązany jest do odbierania i zagospodarowania następujących odpadów:"* Oznacza to, że wykonawcy przed sporządzeniem oferty pozyskali wiedzę co do rodzajów odpadów będących przedmiotem usług, do wykonania których się zobowiązują, jak też co do historycznych ilości tych odpadów w rejonie świadczenia usług. Pozwalało to im na skalkulowanie swoich ofert, przy uwzględnieniu, czasu realizacji umowy, który został przewidziany na dwa lata i odnosił się do przyszłego okresu. Nie budzi w związku z tym wątpliwości, że w formularzu ofertowym przygotowanym przez Zamawiającego zabrakło informacji, np. że otrzymaną cenę, należy przemnożyć przez 2, w wyniku czego miałaby powstać maksymalna cena do zapłaty w okresie realizacji umowy zgodnie z SIWZ.

Nie jest sporne, że rozliczenie będzie następowało z zastosowaniem podanych w ofertach cen jednostkowych za rzeczywiście wykonane usługi. W związku z tym należy uznać, że wolą wykonawców było złożenie oferty odpowiadającej wymaganiom Zamawiającego, a jej poprawa nie stanowiłaby zmiany ich oświadczenia woli. Skoro bowiem przystąpili do postępowania, w którym okres realizacji zamówienia został przewidziany na dwa lata, oraz wiedzieli, że rozliczenie będzie następowało za rzeczywiście wykonany odbiór i zagospodarowanie, określonych w SIWZ odpadów i podali ceny jednostkowe, służące do rozliczenia wykonanych usług, co w wyniku poprawy nie ulegałoby zmianie, to należy uznać, iż umowa miałaby być realizowana zgodnie z ich oświadczeniem woli.

Okoliczność omyłkowego niedokończenia w formularzu ofertowym działań matematycznych, służących obliczeniu łącznej ceny oferty, wyznaczającej górną granicę wynagrodzenia, będąca skutkiem omyłki popełnionej przez Zamawiającego, nie może negatywnie skutkować dla wykonawców. Tym bardziej, że w sprawie nie chodzi o podwojenie ceny, jak to podał w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, bowiem ceny jednostkowe, które służą do rozliczenia nie ulegają zmianie, a jedynie o dostosowanie górnej granicy wynagrodzenia do okresu realizacji umowy, określonego w treści SIWZ i ogłoszeniu o zamówieniu.

Nie są też sporne podane w odwołaniu ceny ofert i kwoty, jakie Zamawiający zamierza przeznaczyć na realizację zamówienia w poszczególnych częściach, a które znacznie odbiegają od cen złożonych ofert, przy czym przy przemnożeniu przez dwa, cena oferty Odwołującego mieści się w kwocie, jaką Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

Powyższe wskazuje, że stanowisko Zamawiającego nie zasługuje na uwzględnienie. Zamawiający nie wykazał, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Nie wykazał zatem zasadności dokonanego na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp unieważnienia postępowania.

Naruszenie przez Zamawiającego przepisów ustawy ma istotny wpływ na wynik postępowania, co stosownie do dyspozycji art. 192 ust. 2 ustawy Pzp stanowi podstawę do uwzględnienia odwołania i nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz dokonania badania i oceny ofert, w ramach których podejmowane są m.in. czynności poprawy omyłek występujących w ofertach.

Z tych względów na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę
19 138 zł 25 gr, stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na posiedzenie i rozprawę, na podstawie złożonego przez Odwołującego rozliczenia kosztów z tym związanych, oraz koszt wynagrodzenia pełnomocnika strony na podstawie faktury złożonej przed zamknięciem rozprawy. Izba nie uwzględniła wniosku Zamawiającego o zasądzenie na jego rzecz kwoty 40 zł tytułem opłaty za parking oraz kwoty 25 zł tytułem diety właściciela uznając, iż są koszty niewykazane i nieuzasadnione w świetle § 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący: ……