Sygn. akt: KIO 2348/20

WYROK

z dnia 9 października 2020 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący:Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2020 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 21 września 2020 r. przez wykonawcę **KOMA Olsztyn Sp. z o.o.**z siedzibą w Olsztynie przy ul. Towarowej 20A (10-417 Olsztyn) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Miasto i Gminę Sztum** z siedzibą w Sztumie przy ul. Mickiewicza 39 (82-400 Sztum)

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **KOMA Olsztyn Sp. z o.o.** z siedzibą w Olsztynie i zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez ww. wykonawcę tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 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 Gdańsku.**

Przewodniczący:…….

Sygn. akt: KIO 2348/20

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

Miasto i Gmina Sztum zwane dalej: „zamawiającym", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. *Prawo zamówień publicznych* (t.j. - Dz. U. z 2019 r., poz. 1843) zwanej dalej: „Pzp" w trybie przetargu nieograniczonego, pn.: *Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Sztum* (numer postępowania: GKIB.271.23.2020), zwane dalej „postępowaniem".

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 29 lipca 2020 r., pod numerem 2020/S 145-357239.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 21 września 2020 r. wykonawca KOMA Olsztyn Sp. z o.o.z siedzibą w Olsztynie (zwany dalej: „odwołującym") wniósł odwołanie od czynności polegającej na unieważnieniu postępowania pismem z dnia 11 września 2020 r.

W ocenie odwołującego, zamawiający dopuszczając się powyższej czynności doprowadził do naruszenia następujących przepisów:

1) art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp, przez błędne uznanie, że postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, polegającą na tym iż brak jest w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: „SIWZ") zobowiązania wykonawcy do wskazania instalacji komunalnej, do której wykonawca będzie kierował odpady (zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach), w sytuacji gdy:

- w rozdziale IV pkt 20 Opisu Przedmiotu Zamówienia (stanowiącego część SIWZ, zamawiający zobowiązał wykonawcę do jej wskazania,
- nawet jeśli uznać, że powyższe zobowiązanie nie było wystarczające, to wskazywanie instalacji komunalnej w oparciu o art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ma charakter wyłącznie informacyjny i nie ma znaczenia dla ważności umowy;

2) art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp przez zastosowanie tych przepisów jako podstawy dokonania zaskarżonej czynności unieważnienia postępowania pomimo, że nie mają one zastosowania ponieważ zamawiający właściwe opisał przedmiot zamówienia, który nie naruszał zasad uczciwej konkurencji.

W oparciu o przedstawione wyżej zarzuty odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania;
- nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp;
- zasądzenie od zamawiającego na rzecz odwołującego kosztów postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą;
- dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentacji z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz umowy z dnia 2 lipca 2019 r. oraz umowy z dnia 10 kwietnia 2017 r. zawartych przez odwołującego z instalacjami komunalnymi zdolnymi do przyjęcia odpadów z Miasta i Gminy Sztum.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny we wniesieniu odwołania, ponieważ jego oferta plasuje się najwyżej w rankingu ofert i po zastosowaniu procedury odwróconej i dokonaniu oceny ofert zostałaby wybrana jako najkorzystniejsza.

W uzasadnieniu zarzutów odwołujący wskazał, że ustawodawca w art. 6d ust. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nałożył na zamawiającego obowiązek by ten przy sporządzaniu specyfikacji istotnych warunków zamówienia na odbiór odpadów komunalnych lub odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych uwzględnił wskazane w tym przepisie elementy. Wśród nich określono, że w przypadku przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów w SIWZ powinien zostać nałożony na wykonawcę obowiązek wskazania instalacji komunalnych, do których

zamierza przekazywać odebrane odpady, zaś w przypadku gdy przedmiotem zamówienia jest sam odbiór odpadów komunalnych to zamawiający ma obowiązek wskazania w SIWZ owych instalacji.
Zdaniem odwołującego, zamawiający ocenił, co wynika z treści zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, że nie zamieścił stosownego zapisu wymaganego ww. podstawą prawną. Uszło jednak uwadze zamawiającego to, że w opisie przedmiotu zamówienia (zwanym dalej: „OPZ", stanowiącym załącznik nr 1 do projektu umowy) w rozdziale IV zatytułowanym *Obowiązki Wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia* w pkt 20, taki obowiązek został przewidziany. Odwołujący przytoczył treść rozdziału IV pkt 20 OPZ oraz przywołał także treść pkt 19 przedmiotowego rozdziału.
W ocenie odwołującego SIWZ zawierał stosowne zobowiązanie wykonawcy do wskazania instalacji, do których będzie dostarczał odpady pochodzące od zamawiającego.
Następnie odwołujący stwierdził, że gdyby jednak uznać, iż ww. zapis w OPZ jest niewystarczający z perspektywy wypełnienia dyspozycji art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, ponieważ zobowiązanie to (do wskazania przez wykonawcę instalacji komunalnych) wbrew literalnemu brzemieniu tego przepisu nie zostało zamieszczone w ofercie, to podanie tych instalacji ma charakter jedynie informacyjny, a zamawiający dysponuje licznymi uprawnieniami do tego, aby weryfikować gdzie trafiają odpady z jego gminy. Po pierwsze na wykonawcę został nałożony obowiązek posiadania systemu monitorowania pojazdów umożliwiający trwałe zapisywanie, przechowywanie i odczytywanie położenia pojazdu i miejsc postoju (strona 8 OPZ) oraz obowiązek udostępniania zamawiającemu zapisów GPS pojazdów (rozdział IV pkt 24 OPZ – strona 13). Po drugie wykonawca ma obowiązek składania miesięcznych raportów, w których ma obowiązek wskazania do której instalacji dostarczył odpady (rozdział IV pkt 4 ppkt 1 lit d. OPZ). Po trzecie zarówno na instalacji komunalnej jak i na podmiocie odbierającym odpady komunalne (wykonawcy) ciążą obowiązki sprawozdawcze do gminy określone w rozdziale 4b) ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Po czwarte zgodnie z rozdziałem IV pkt 19 OPZ, zobowiązano wykonawcę do przedstawiania zamawiającemu kart przekazania odpadów.
Mając na uwadze powyższe, odwołujący wskazał, że nawet jeśli uznać, iż zobowiązanie do wskazania instalacji powinno zostać wskazane w ofercie, a dokonane w rozdziale IV pkt 20 OPZ nie spełnia tego wymogu, to jest to nieistotne naruszenie, które nie mogłoby doprowadzić do unieważnienia umowy przez Sąd, w tym także w trybie, przywołanym przez zamawiającego, tj. z art. 146 ust. 6 Pzp. W tym kontekście odwołujący zauważył, że wpływ uchybienia na wynik postępowania (choćby potencjalny) jest przesłanką zastosowania przywołanego przepisu, zamawiający zaś nie wskazał w zawiadomieniu o unieważnieniu postepowania jaki wpływ na wynik postępowania miałoby mieć to, że wykonawca w ofercie nie był zobowiązany do wskazania instalacji komunalnych. Zdaniem odwołującego brak informacji w ofercie o instalacjach komunalnych nie ma i nie mógł mieć wpływu na wynik postępowania.
Odwołujący wyjaśnił, że przesłanki unieważnienia postępowania muszą być intepretowane ściśle, a wykazanie ich zaistnienia obciąża zamawiającego. Rozszerzająca wykładnia tych przesłanek jest niedopuszczalna, 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 (tak wyrok z 12 grudnia 2019 r. sygn. akt KIO 2412/19).
Podsumowując zatem zarzut sformułowany przez odwołującego (dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 6 Pzp), odwołujący stwierdził, że zamawiający nie był uprawniony do unieważnienia postępowania na podstawie ww. przepisów, ponieważ nieprawidłowość w przygotowaniu formularza ofertowego była nieistotna, gdyż pozostałe zapisy SIWZ realizowały ten sam cel, dla którego ustawodawca przewidział podawanie przez wykonawcę w ofercie instalacji, do której zamierza oddawać odpady. Dodatkowo brak takiego zapisu w SIWZ dotyczył wszystkich wykonawców biorących udział w postępowaniu i w żaden sposób nie mógłby wpłynąć na wynik postępowania.
Na koniec jedynie na marginesie odwołujący wskazał, że ze względu na to, iż obsługuje okoliczne do zamawiającego gminy posiada umowy zawarte z pobliskimi instalacjami komunalnymi na dostarczanie odpadów do zagospodarowania, a są to Zakład Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o. w Tczewie oraz Zakład Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Elblągu.

W kwestii zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 29 ust. 1 i ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp, odwołujący dopowiedział, że zamawiający zastosował powyższe twierdząc, iż nienależycie opisał przedmiot zamówienia oraz utrudnił uczciwą konkurencję. Konsekwencją zasadności zarzutu nieistnienia wady postępowania pozwalającej zamawiającemu unieważniać postępowanie, będzie także nieuzasadnione wskazanie przez zamawiającego ww. przepisów jako podstawy dokonanej czynności.

Zamawiający w dniu 7 października 2020 r. złożył oryginał odpowiedzi na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania w całości. W odpowiedzi na odwołanie zamawiający wskazał argumentację dla powyższego wniosku.

Na podstawie dokumentacji przedmiotowego postępowania, złożonych dowodów oraz biorąc pod uwagę stanowiska stron, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba uznała, że odwołujący spełnił określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba dopuściła w przedmiotowej sprawie dowody z:
1)dokumentacji przekazanej w postaci elektronicznej zapisanej na płycie CD, przesłanej do akt sprawy przez zamawiającego w dniu 25 września 2020 r., w tym w szczególności z treści:
- SIWZ wraz z załącznikami;
- oferty odwołującego;
- zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 11 września 2020 r.;
2)załączonych do odwołania:
- umowy z dnia 2 lipca 2019 r. zawartej pomiędzy odwołującym a Zakładem Utylizacji Odpadów Stałych Sp. z o.o. w Tczewie;
- umowy z dnia 10 kwietnia 2020 r. zawartej pomiędzy odwołującym a Zakładem Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Elblągu.

Izba ustaliła co następuje

Przedmiot zamówienia w postępowaniu obejmuje odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych z terenu Miasta i Gminy Sztum.
Zgodnie z rozdziałem IV pkt 19 i 20 OPZ:
19. Odpady zabrane od właścicieli nieruchomości z terenu Miasta i Gminy Sztum, Wykonawca zobowiązany jest zagospodarować zgodnie z obowiązującym prawem i przekazać do instalacji wskazanych w „Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022", przyjętego przez Sejmik Województwa Pomorskiego uchwałą nr 321/XXX/16 z dnia 29 grudnia 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Pomorskiego 2022". Na dowód wykonania tychże obowiązków, Wykonawca przedstawi Zamawiającemu dowody potwierdzające wykonanie obowiązku poprzez przedłożenie kart przekazania odpadów.
20. Wykonawca zobowiązany jest do wskazania instalacji komunalnej, do której będzie kierował odbierane odpady komunalne (obowiązkowo zmieszane odpady komunalne oraz odpady zielone) oraz inne instalacje dotyczące pozostałych frakcji odpadów jeżeli nie będzie to instalacja komunalna.
Odwołujący w swojej ofercie nie wskazał instalacji w szczególności instalacji komunalnej, do której lub których będzie przekazał odebrane odpady. Drugi wykonawca, który złożył ofertę w postępowaniu tj. Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Sztumie Spółka z o.o wskazał w formularzu ofertowym oraz w JEDZ jako podwykonawcę –Zakład Utylizacji Odpadów w Gilwie Małej.
Zamawiający w dniu 11 września 2020 r. unieważnił postępowanie na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. W uzasadnieniu faktycznym tej czynności zamawiający wskazał, że:
Zamawiający dokonuje unieważnienia niniejszego postępowania z uwagi na powstałą wadę niemożliwą do usunięcia na etapie już po otwarciu ofert. Wada ta mogłaby doprowadzić do unieważnienia zawartej umowy na podstawie art. 146 ust. 6 ustawy PZP, gdyż Zamawiający dokonał czynności z naruszeniem przepisów ustawy PZP, który może mieć ewentualny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP z art. 29 ust. 1 i ust. 2 ustawy PZP, które brzmią „1. 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. 2. Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógł utrudnić uczciwa konkurencję." oraz naruszeniu przepisów ustawy PZP z art. 7 ust. 1 tj. „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postepowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji (...)". Naruszenie tych przepisów polega na nie uwzględnieniu w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia– zwanej dalej SIWZ – a tym samym we wzorze formularza ofertowego zapisów z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 roku o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2020 r. poz. 1439), a mianowicie nie uwzględniono w przetargu zapisu „Wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej: (...) zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielenia zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów;". Zamawiający nie uwzględnił w SIWZ zapisów, które wynikają z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach i które są obowiązkiem Zamawiającego, a nie przywilejem. Niemniej jednak, aby nie dopuścić do naruszenia prawa powszechnie obowiązującego, które mogłoby doprowadzić do unieważnienia umowy Zamawiający dokonuje unieważnienia postepowania, aby zapobiec dalszym skutkom prawnym i finansowym. Sytuacja związana z tym, iż Zamawiający nie postawił wymagań w SIWZ i nie przygotował wzoru Formularza ofertowego zawierającego wymagania wynikające w art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku co do wskazania instalacji przez Wykonawcę w ofercie do której będzie przekazywał odebrane od właścicieli nieruchomości odpady jest kluczowym elementem dla Zamawiającego co do oceny oferty Wykonawcy w tym również w zakresie zaoferowanej ceny. W związku z powyższym, aby uniknąć sytuacji związanej z unieważnieniem umowy, co wiązałoby się z brakiem płynności w odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych (bardzo ważnym elementem jest również interes publiczny), także mając na uwadze uczciwą konkurencję, którą zamawiający ograniczył w niniejszym postępowaniu poprzez nie uwzględnienie wymaganych prawem zapisów z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:
- art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego*;
- art. 146 ust. 6 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*;
- art. 29 ust. 1 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*;
- art. 29 ust. 2 Pzp – *Przedmiotu zamówienia nie można opisywać w sposób, który mógłby utrudniać uczciwą konkurencję*;
- art. 7 ust. 1 Pzp – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości*.

Izba zważyła co następuje.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. *o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* (Dz.U. z 2020 r. poz. 1439, zwanej dalej: „u.c.p.g."), wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia określa w niej m. in. instalacje, w szczególności instalacje komunalne, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku udzielania zamówienia publicznego na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów. Jak wynika z powyższego w zamówieniach na odbiór i zagospodarowanie odpadów w przypadku sporządzenia SIWZ, zamawiający ma zobowiązać wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, a w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest obowiązany przekazać odebrane odpady. W przedmiotowym postępowaniu zamawiający nie wywiązał się z tego obowiązku, ponieważ nie zobowiązał wykonawców do wskazania w ofercie takiej instalacji. Ponadto za realizację tego

obowiązku, wbrew twierdzeniom odwołującego, nie można było potraktować postanowienia zawartego w rozdziale IV pkt 20 opisu przedmiotu zamówienia, stanowiącego załącznik nr 1 do projektu umowy, gdyż postanowienia ww. rozdziału wyraźnie odnosiły się do obowiązków wykonawcy przed rozpoczęciem i w trakcie realizacji zamówienia, a sama treść pkt 20 nie wskazywała, aby wykonawca podał informację co do instalacji w treści oferty. W związku z tym wszystko wskazuje na to, iż skutkiem tego odwołujący w swojej ofercie takiej instalacji nie wskazał.

Izba stanęła na stanowisku, że nie można lekceważyć wymogu zawartego w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Po pierwsze jest to obowiązek wynikający z ustawy i jeśli ustawodawca uznał informację dotyczącą podania w ofercie instalacji w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów na tyle istotną, że zobowiązał zamawiającego do wskazania w SIWZ, aby wykonawcy ją podawali, to nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania czy pominięcia tego wymogu. Po drugie treść tego przepisu jest jasna, jednoznaczna i nie może budzić żadnych wątpliwości. Po trzecie przepis ten należy potraktować jako *lex specialis* względem przepisów Pzp i w związku z tym jest to kolejny obowiązek jaki ustawodawca nakłada na zamawiającego.

Tym samym w wyniku działań zamawiającego postępowanie zostało obarczone wadą, ponieważ nie zobowiązał on w SIWZ wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, będzie obowiązany przekazać odebrane odpady. Dodatkowo przedmiotowa wada była niemożliwa do usunięcia ponieważ – jak ustaliła Izba z okoliczności sprawy oraz stanowisk stron – powstała od dnia opublikowania postępowania i została ujawniona już po upływie terminu składania ofert.

Ostatnią przesłanką prawidłowego zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp jest to, że ustalona w postępowaniu wada, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Taka konstrukcja przepisu odsyła do art. 146 Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do art. 146 ust. 1 Pzp, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy, gdyż skutkowałoby to tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Taka wykładnia prowadziłaby do błędnego zdaniem Izby wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania, podczas gdy zawarcie umowy będzie rodzić skutki w postaci dochodzenia jej nieważności lub unieważnienia przez innych wykonawców na podstawie odrębnych przepisów, czego w przypadku wad innych niż określone w art. 146 Pzp nie zabrania. Niezbędne jest więc uznanie, że przesłanka z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp dotyczy również tych okoliczności unieważnienia umowy, w których czynności tej dokonuje sąd na wniosek Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (uprawnienie Prezesa wynika z art. 146 ust. 6 Pzp). Tym samym wszelkie wady, które mają lub mogą mieć wpływ na wynik postępowania, o ile nie dadzą się usunąć, będą przesłanką unieważnienia postępowania.

Jak zasygnalizowano powyżej zgodnie z art. 146 ust. 6 Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 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. Przesłanka unieważnienia umowy została zakreślona w sposób bardzo ogólny, obejmujący różne stany faktyczne. Jakkolwiek literalna treść przepisu nie wyraża tego wprost, podstawą unieważnienia postępowania powinny być jedynie czynności zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, w wyniku którego doszło do zawarcia unieważnianej umowy, a nie jakiekolwiek czynności czy zaniechania zamawiającego. Pomiędzy nimi a wynikiem postępowania powinien też istnieć adekwatny związek przyczynowo-skutkowy, pozwalający w sposób racjonalny wskazać wpływ albo potencjalny wpływ danego zaniechania bądź czynności zamawiającego na wynik postępowania.

W ocenie Izby w przedmiotowej sprawie można było dostrzec związek przyczynowo-skutkowy, pozwalający uznać za potencjalny wpływ na wynik postępowania, wady powstałej w wyniku zaniechania wykonania przez zamawiającego obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Obowiązku tego nie można przy tym traktować jako zwykłego formalizmu, ponieważ ma on swoje uzasadnienie. Zamawiający powinien wiedzieć już z oferty z jakich instalacji do odbioru odpadów będzie korzystał wykonawca. Pozwoli mu to na ocenę sposobu realizacji zamówienia przez wykonawcę, co niewątpliwie może mieć przełożenie na ocenę zgodności oferty z treścią SIWZ lub wysokości ceny realizacji zamówienia w tym jego istotnych części składowych pod kątem rażąco niskiej ceny. Jeśli zamawiający nie zna docelowej instalacji odbioru odpadów, z której korzystał będzie wykonawca to w powyżej określonym zakresie nie będzie mógł rzetelnie zbadać i ocenić jego oferty. Ponadto w przedmiotowej sprawie znaczenie miała jeszcze jedna okoliczność polegająca na tym, że odwołujący w swojej ofercie nie wskazał instalacji do odbioru odpadów, natomiast inny wykonawca, który także złożył ofertę w postępowaniu – co prawda jako podwykonawcę, ale jednak – wskazał w formularzu ofertowym oraz JEDZ podmiot, który prowadzi taką instalację. Przez co istnieje duże prawdopodobieństwo, że w wyniku tej okoliczności, powstałej przez zaniechanie zamawiającego, a niezależnej od wykonawców, obaj wykonawcy zostaną inaczej potraktowani, co tym bardziej potwierdza możliwość wpływu powstałej wady na wynik postępowania. Tym bardziej, że zamawiający wobec oferty odwołującego nie będzie mógł zastosować art. 87 ust. 1 Pzp, dla wyjaśnienia tej kwestii, ponieważ stanowiłoby to uzupełnienie treści oferty, co zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Izby jest niedopuszczalne.

Dodatkowo odwołujący, szczególnie na rozprawie podkreślał, że zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia nie wykazał wpływu braku określenia instalacji w treści oferty na wynik postępowania. Zamawiający wyjaśniając kwestie wpływu na wynik postępowania wskazał, że odwołujący nie wypełnił obowiązku wynikającego z art. 6d ust 4 pkt 5 u.c.p.g., ponieważ to zamawiający nie wskazał stosownych informacji w treści SIWZ. W ocenie Izby zamawiający słusznie argumentował, że postępowanie zamawiającego może doprowadzić do nierównego traktowania wykonawców i to ma wpływ na wynik postępowania. Ponadto zamawiający w uzasadnieniu unieważnienia wskazał, że *mając na uwadze uczciwą konkurencję, którą zamawiający ograniczył w niniejszym postępowaniu poprzez nie uwzględnienie wymaganych prawem zapisów z ustawy o utrzymaniu czystości i porządku Zamawiający unieważnia niniejsze postępowanie*. Co prawda zamawiający mógł bardziej szczegółowo opisać wpływ powstałej wady na wynik postępowania, jednak mając na uwadze stan sprawy Izba nie zakwalifikowała tej okoliczności jako naruszenia przepisów, uzasadniającego uwzględnienie odwołania szczególnie, że odwołujący nie miał problemów z ustaleniem powodów czynności zamawiającego i mógł przedstawić w tym zakresie argumentację.

W konsekwencji Izba uznała, że wszystkie przesłanki określone w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp zostały spełnione, zatem zamawiający słusznie unieważnił postępowanie na tej podstawie, co oznacza, iż zarzuty podniesione w odwołaniu zostały oddalone.

Izba pominęła przy tym dowody załączone do odwołania i uznała, że nie mogą one potwierdzić słuszności postawionych zarzutów. Skład orzekający nie kwestionuje przy tym, że odwołujący nie ma możliwości skorzystania z

instalacji zlokalizowanych w Tczewie i w Elblągu, niemniej w przedmiotowej sprawie Izba nie mogła uznać tych okoliczności jako wypełnienie obowiązku z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. oraz z art. 29 ust. 1 i 2 Pzp, ponieważ wszystkie przesłanki unieważnienia postepowania zawarte w art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp wypełniły się, a stwierdzona w postępowaniu wada nie mogła zostać konwalidowana za pośrednictwem postępowania odwoławczego toczącego się przed Izbą.

Mając na uwadze powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Natomiast wobec braku potwierdzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu, w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp, zatem odwołanie zostało przez Izbę oddalone.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp tj. stosownie do wyniku sprawy oraz zgodnie z §3 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 (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972), zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez odwołującego.

Przewodniczący:…….