Sygn. akt KIO 3134/21

WYROK

z dnia 5 listopada 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Rakowska

Protokolant: Konrad Wyrzykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 listopada 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 sierpnia 2021 r. przez

wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w miejscowości Bór, Bór 169, 42-202 Częstochowa w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Poddębice, ul. Łódzka 17/21, 99-200 Poddębice
przy udziale wykonawcy PreZero Service Centrum Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie, ul. Łąkoszyńska 127, 99-300 Kutno zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz unieważnienie czynności unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Gminę Poddębice, ul. Łódzka 17/21, 99-200 Poddębice i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w miejscowości Bór, Bór 169, 42-202 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od zamawiającego Gminy Poddębice, ul. Łódzka 17/21, 99-200 Poddębice na rzecz wykonawcy W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w miejscowości Bór, Bór 169,42-202 Częstochowa kwotę 18 600 złotych 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący: .....

Sygn. akt KIO 3134/21

Uzasadnienie

Gmina Poddębice, zwana dalej „Zamawiającym", działając na podstawie przepisów ustawy dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (tj.: Dz. U. z 2019 r., poz.2019 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp", prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Poddębice".

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 4 sierpnia 2021 r. pod pozycją nr 2021/S 149-397257,

W dniu 12 października 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował wykonawcę W. S. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedziba w miejscowości Bór, zwanego dalej „Odwołującym", o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia.

W dniu 22 października 2021 r. (pismem z tej samej daty) Odwołujący wniósł odwołanie wobec:

1. czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w

dniu 4 października 2021 r., tj. oferty złożonej przez Odwołującego,

2. czynności unieważnienia postępowania w związku z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. w odniesieniu do czynności unieważnienia postępowania w związku z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego:

1) art. 17 ust. Ustawy Pzp, art. 16 ustawy Pzp oraz art. 99 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp w zw. z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tj.: Dz.U. 2021 r., poz. 888 z późn. zm.), zwana dalej „ustawą ucpg", poprzez ich niewłaściwe zastosowanie, a w konsekwencji błędne unieważnienie postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający zawarł pośród dokumentacji zamówienia - w pkt 4.4. załącznika nr 4 do SWZ - zobowiązanie dla wykonawców do wskazania w treści oferty instalacji, do których będą oni obowiązani przekazywać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, co czyniło zadość normie z art. 6d ust. 4 pkt 5) ustawy ucpg, z uwagi na co nieprawidłowym było uznanie przez Zamawiającego, iż postępowanie było

obarczone w tym zakresie nieusuwalną wadą, albowiem Zamawiający w przypadku niepodania przez wykonawców rzeczonych informacji, posiadał możliwość skorzystania z treści art. 128 ust. 4 ustawy Pzp poprzez wezwanie wykonawców do złożenia wyjaśnień i uzupełnienie informacji dotyczących instalacji właściwych do odbioru odpadów, którą to czynność zresztą skutecznie przeprowadził bez naruszenia zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania (art. 16 pkt 1) ustawy Pzp), czy też innych przepisów Prawa zamówień publicznych (art. 17 ust. 2 ustawy Pzp);

2) art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 436 pkt 4) ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż ewentualny brak we wzorze umowy na udzielenie zamówienia publicznego postanowienia dotyczącego wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę Postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy wada taka nie może być zakwalifikowana jako żadna z obowiązujących podstaw unieważnienia umowy objętych treścią art. 457 ust.

1 ustawy Pzp, przewidującego zamknięty katalog przesłanek mogących skutkować unieważnieniem umowy, który nie może być interpretowany rozszerzająco, a nadto jest ona możliwa do usunięcia poprzez zmianę treści wzoru umowy na podstawie art. 454 ust. 1 ustawy Pzp jako zmiana nieistotna; a na wypadek nie uwzględnienia zarzutu z pkt 1) powyżej:

3) art. 255 pkt 6) w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp poprzez błędne przyjęcie, iż ewentualny brak w dokumentacji zamówienia zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji, na które wykonawcy będą obowiązani przekazywać odpady komunalne odebrane od mieszkańców nieruchomości, stanowi niemożliwą do usunięcia wadę Postępowania uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy wada taka nie może być zakwalifikowana jako żadna z obowiązujących podstaw unieważnienia umowy objętych treścią art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, przewidującego zamknięty katalog przesłanek mogących skutkować unieważnieniem umowy, który nie może być interpretowany rozszerzająco;

2. w odniesieniu do czynności unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 04 października 2021 r.:

1) art. 139 ust. 1 i 4 ustawy Pzp poprzez ponowne badanie i ocenę oferty

Odwołującego oraz jego kwalifikację podmiotową już po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji, gdy przy braku wystąpienia jakichkolwiek nowych okoliczności uzasadniających przeprowadzenie tych czynności, ich ewentualna realizacja może być uznana za dopuszczalną jedynie do momentu wyboru najkorzystniejszej oferty;

2) art. 128 ust. 1 i 4 ustawy Pzp w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2) lit. c) ustawy Pzp poprzez uznanie, iż oferta Odwołującego podlega odrzuceniu z uwagi na niewykazanie spełnienia postawionych w SWZ warunków udziału w postępowaniu, w sytuacji gdy Odwołujący spełnia wszelkie warunki stawiane przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej, a w sytuacji stwierdzenia braku podmiotowych środków dowodowych bądź innych dokumentów i oświadczeń potwierdzających warunki udziału w postępowaniu, Zamawiający zobowiązany był obligatoryjnie wezwać Odwołującego w trybie art. 128 ust. 1 lub 4 ustawy Pzp do ich uzupełnienia, względnie złożenia dodatkowych wyjaśnień, czego jednak w sposób błędny zaniechał;

a w konsekwencji powyższych:

3) art. 17 ust. 2 ustawy Pzp oraz art. 16 ustawy Pzp w zw. z art. 255 pkt 6) ustawy Pzp poprzez błędne unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w sytuacji spełniania przez Odwołującego wszystkich warunków udziału w postępowaniu i niewadliwego złożenia oferty najkorzystniejszej wedle kryteriów oceny przyjętych przez Zamawiającego w dokumentacji przetargowej.

Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z:

1. protokołu kontroli przeprowadzonej na terenie wykorzystywanej przez Odwołującego bazy magazynowo - transportowej w Zduńskiej Woli przy ul. Zielonogórskiej 12-14, w dniu 26 lutego 2021 r. na okoliczność przeprowadzenia na terenie przedmiotowej bazy kontroli przez pracowników Urzędu Miasta w Zapolicach pod kątem spełniania wymagań określonych w art. 9d ust. 1 oraz 9e ustawy ucpg oraz wytycznych określonych w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości (Dz.U. 2013 poz. 122) oraz braku stwierdzenia w toku tejże kontroli jakichkolwiek nieprawidłowości w zakresie wyposażenia bazy w niezbędną infrastrukturę i urządzenia, których posiadanie przewidują powszechnie obowiązujące przepisy prawa, a tym samym spełnienia również warunków udziału w Postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia;

2. protokołu kontroli przeprowadzonej na terenie wykorzystywanej przez Odwołującego bazy magazynowo - transportowej w Zduńskiej Woli przy ul. Zielonogórskiej 12-14,

w dniu 06 września 2021 r. na okoliczność przeprowadzenia na terenie przedmiotowej bazy kontroli przez pracowników Urzędu Miasta w Uniejowie pod kątem spełniania wymagań określonych w art. 9d, 9e i 9u ustawy ucpg oraz w rozporządzeniu Ministra Środowiska z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowych wymagań w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości (Dz.U. 2013 poz. 122), a także braku stwierdzenia w toku tejże kontroli jakichkolwiek nieprawidłowości w zakresie wyposażenia bazy w niezbędną infrastrukturę i urządzenia, których posiadanie przewidują powszechnie obowiązujące przepisy prawa, a tym samym spełnienia również warunków udziału w Postępowaniu określonych w dokumentach zamówienia;

3. oświadczenie Odwołującego z dnia 22 października 2021 r., na okoliczność wyrażenia zgody przez wykonawcę W. S. prowadzącego działalność pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S., na zmianę zapisów wzoru umowy stanowiącej załącznik nr 5 do SWZ.

Odwołujący wniósł o:

1. merytoryczne rozpatrzenie przez Krajową lzbę Odwoławczą niniejszego Odwołania i jego uwzględnienie;

2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia wyboru najkorzystniejszej oferty dokonanej w dniu 04 października 2021 r. oraz odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rzekome niewykazanie spełnienia postawionych w SWZ warunków udziału w postępowaniu;

3. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w związku z niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego;

4. nakazania Zamawiającemu zawarcie umowy na udzielenie zamówienia publicznego z Wykonawcą, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, tj. z W. S. prowadzącym działalność gospodarczą pod firmą Wywóz Nieczystości oraz Przewóz Ładunków W. S. z siedzibą w miejscowości Bór;

5. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wedle norm prawem przewidzianych.

W uzasadnieniu odwołania odnośnie zarzutu unieważnienia postępowania Odwołujący podniósł, że ubiegłoroczna nowelizacja ustawy Pzp ma niebagatelne znaczenie dla przedmiotu rozstrzygnięcia. Wedle bowiem aktualnego stanu prawnego zobowiązanie wykonawcy do wskazania w treści oferty instalacji, na które będą przekazywane odpady od mieszkańców nieruchomości, nie musi być umieszczone w treści SWZ, a w „dokumentach zamówienia". Do dokumentów tych zalicza się również „Opis przedmiotu zamówienia", który w postępowaniu stanowi załącznik nr 4 do SWZ, dodając, że w § 8 wzoru umowy na realizację zamówienia publicznego objętego załącznikiem nr 5 do SWZ, przewidziane zostało zobowiązanie wykonawcy zamówienia do przekazywania odebranych od mieszkańców odpadów do ściśle określonych w umowie instalacji, zaś ich ewentualna zmiana uzależniona została od zgody Zamawiającego.

Faktem pozostaje również, że opracowany przez Zamawiającego wzór formularza ofertowego nie był w pełni spójny z dokumentacją zamówienia, ponieważ nie objął swoją treścią zobowiązania oferentów do wskazania instalacji, na które następowało będzie przekazanie odpadów. Nie ma to jednak istotnego znaczenia, ponieważ formularz ofertowy nie jest dokumentem wiążącym dla wykonawcy

W okolicznościach zastanych w realiach niniejszego postępowania, brak wskazania w treści formularza ofertowego konkretnych instalacji właściwych dla przekazywania odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości, stanowi inną wadliwość postępowania, aniżeli tę, której usunięcie nie byłoby możliwe przy wykorzystaniu dyspozycji art. 128 ust. 4 PZP.

Nadto podniósł, że Zamawiający unieważniając postępowanie i powołując się na treść art. 255 pkt 6) ustawy Pzp wskazał, że doszło do wystąpienia niemożliwej do usunięcia wady, która z kolei uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Niemniej jednak żadna ze wskazanych przez Zamawiającego wadliwości nie występuje i nie może prowadzić do unieważnienia postępowania. Wada musi być wynikiem naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, które miało lub mogło mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Zamawiający w sposób błędny zastosował art. 255 pkt 6) ustawy Pzp i unieważnił postępowanie w sposób sprzeczny z obowiązującym stanem prawnym.

Odnośnie unieważnienia czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej Odwołujący podniósł, że Zamawiający uznał, że Odwołujący nie wykazał spełnienia postawionych w SWZ warunków udziału w postępowaniu, co rzekomo wprost wynika z załącznika nr 3 do SWZ, jaki został przedstawiony Zamawiającemu i co prowadzi do odrzucenia oferty. Postępowanie prowadzone było w oparciu o procedurę odwróconą, o której mowa w treści art. 139 ustawy Pzp. Zgodnie ust. 1 owego przepisu zamawiający może najpierw dokonać badania i oceny ofert, a następnie dokonać kwalifikacji podmiotowej

wykonawcy, którego oferta została najwyżej oceniona, w zakresie braku podstaw wykluczenia oraz spełniania warunków udziału w postępowaniu, o ile taka możliwość została przewidziana w SWZ lub w ogłoszeniu o zamówieniu. Istotnym pozostaje przy tym relacja w jakiej owo postanowienie pozostaje do treści ust. 4 tego samego artykułu.

Odwołujący podniósł także, iż już z treści złożonych przez Odwołującego dokumentów jasno i jednoznacznie wynika, że warunki udziału w postępowaniu dotyczące bazy magazynowo - transportowej zostały w całości spełnione, co słusznie stwierdził Zamawiający przy okazji oceny oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Późniejsza odmienna ocena tych samych dokumentów jest wadliwa, podobnie jak

unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty z uwagi na rzekome wystąpienie

podstaw do jej odrzucenia.

W dniu 25 października 2021 r. Zamawiający przesłał wykonawcom zawiadomienia o wniesieniu odwołania wraz z kopią odwołania oraz informacją o możliwości zgłoszenia przystąpienia wykonawców do postępowania odwoławczego.

W dniu 27 października 2021 r. (pismem z tej samej daty) wykonawca PreZero Service Centrum Sp. z o.o. z siedzibą w Kutnie, zwany dalej „wykonawcą PreZero Service

Centrum", zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego, po stronie Zamawiającego,

przekazując kopie przystąpienia Odwołującemu i Zamawiającemu.

W dniu 28 października 2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, wnosząc o jego oddalenie w całości.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępującego złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 528 ustawy Pzp, jak również stwierdziła, że wypełniono przesłanki istnienia interesu odwołującego w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów art. 505 ust 1 ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe skład orzekający Izby merytorycznie rozpoznał złożone

odwołanie, uznając, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut nieuprawnionego unieważnienia postępowania potwierdził się.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia na „Świadczenie usług odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów komunalnych od właścicieli

nieruchomości zamieszkałych na terenie Gminy Poddębice".

W postępowaniu zostały złożone dwie oferty (oferta Odwołującego i oferta

wykonawcy PreZero Service Centrum).

Pismem z dnia 4 października 2021 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej

W dniu 8 października 2021 r. wykonawca PreZero Service Centrum złożył do Zamawiającego wniosek o reasumpcję stanowiska, wskazując że Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Odwołującego oraz poprzez

wezwanie Odwołującego do uzupełnienia oferty, wnosząc jednocześnie o unieważnienie czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej i powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

W dniu 12 października 2021 r. (pismem z tej samej daty) Zamawiający poinformował Odwołującego o unieważnieniu wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 17 ust. 2, art. 16 oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp

Izba zważyła co następuje:

Art. 255 pkt 6 ustawy Pzp stanowi, że Zamawiający unieważnia postepowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Chodzi o takie uchybienia proceduralne, które są nieusuwalne, a więc nie mogą być skorygowane przez Zamawiającego w toku postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie czynności. Ustalenie czy w danym postepowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przez odniesienie danego naruszenia przepisów ustawy Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. W przepisach tych wymienione zostały wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia postępowania. Oznacza to, że wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być podstawą do unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia. W tym stanie faktycznym nie wystąpiła żadna z okoliczności stanowiących podstawę unieważnienia postępowania określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp (przesłanka unieważnienia postępowania związana z naruszeniem przepisów ustawy - chodzi tu przypadki bezpośredniego udzielenia zamówienia, tj. bez żadnego trybu przewidzianego ustawą oraz naruszenia obowiązków publikacyjnych, przesłanka przedwczesnego zawarcia umowy przed upływem okresy standstill, przesłanka przedwczesnego zawarcia umowy w przypadku zamówień typu in house, przesłanka dotycząca naruszeń związanych z udzielaniem zamówień objętych umową ramową, przesłanka dotycząca naruszeń związanych z dynamicznym systemem zakupów).

Art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy ucpg stanowi, że „wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia określa w nich w szczególności: (...) 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". Tym samym Zamawiający w dokumentach zamówienia powinien zobowiązań wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów do wskazania w ofercie instalacji, w szczególności instalacji komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości jest zobowiązany przekazywać odebrane odpady. Dokumenty zamówienia - zgodnie z art. 7 pkt 3 ustawy Pzp - to wszystkie dokumenty, które ze strony Zamawiającego służą prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego a w szczególności określeniu lub opisaniu warunków zamówienia. Są to dokumenty, które sporządził sam Zamawiający, ale i te, których sam nie sporządził ale do, których się odwołuje na użytek prowadzonego postępowania. Do dokumentów tych zalicza się nie tylko Specyfikację Warunków Zamówienia, zwaną dalej „SWZ", ale i załączniki do SWZ, w tym przypadku Załącznik nr 4 do SWZ „Opis przedmiotu zamówienia", w treści którego - pkt 4.4. Zamawiający wskazał, że Wykonawca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości zamieszkałych zobowiązany jest do przekazywania odebranych niesegregowanych (zmieszanych) odpadów komunalnych do instalacji komunalnych, pozostałych odpadów do podmiotów lub instalacji zapewniających przetworzenie odpadów komunalnych zgodnie z hierarchią sposobów postępowania z odpadami i zasadą bliskości wskazanych w ofercie Wykonawcy, do których Wykonawca jest zobowiązany przekazać odebrane odpady stanowiące załącznik nr 2 do umowy. Analogiczną treść Zamawiający zamieścił w załączniku nr 5 do SWZ (np. § 4 „Obowiązki Wykonawcy" zawierający zobowiązanie wykonawcy zamówienia do przekazywania odebranych odpadów do ściśle określonych w umowie instalacji, § 8 „Zagospodarowanie odpadów" - Wykonawca zobowiązany jest przekazywać odbierane odpady komunalne do wskazanych w umowie instalacji, a miejsce zagospodarowania odpadów komunalnych może zostać zmienione na wniosek Wykonawcy, tylko i wyłącznie za zgodą Zamawiającego). Tak więc Zamawiający w tym konkretnym stanie faktycznym, w tym postępowaniu wywiązał się z obowiązku wynikającego z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy ucpg, ponieważ w treści dokumentów zamówienia zawarł postanowienia, które odnoszą się do obowiązku przekazania odebranych odpadów komunalnych do wskazanych w umowie instalacji. Za realizację tego obowiązku należy uznać postanowienia zawarte w rozdziale IV pkt 4.4. „Opisu przedmiotu zamówienia", stanowiącego załącznik nr 4 do SWZ oraz § 4 i 8 projektu umowy, gdyż odnoszą się one wprost do obowiązków wykonawcy związanych z przekazaniem odpadów do określonych

instalacji.

Zamawiający mimo, że wymagał od wykonawców przekazania odpadów do instalacji, co wynika z treści SWZ i załączników do SWZ, to nie zamieścił w dokumentach zamówienia jednoznacznego obowiązku wskazania na etapie składania ofert instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady. Wobec powyższego Zamawiający na etapie badania i oceny ofert, działając na podstawie art. 128 ust. 4 ustawy Pzp, wezwał wykonawcę do złożenia wyjaśnień, tj. do podania danych zawartych w tabeli, która stanowi załącznik nr 1 do

przedmiotowego wezwania w terminie do dnia 20 września 2021 r. (podania nazwy i adresu instytucji lub podmiotu, do których będą przekazywane odpady). Taką informację otrzymał. Odwołujący, pismem z dnia 20 września 2021 r., złożył bowiem dokument zawierający tabelę obejmującą „wykaz instalacji, które w razie udzielenia zamówienia, będą przyjmować odpady odbierana z obszaru tut. Gminy". Tak więc powstała wada została skorygowana. Natomiast wada skutkująca unieważnieniem postępowania musi mieć charakter nieusuwalny.

Kolejną okolicznością - wskazaną przez Zamawiającego - jako stanowiącą podstawę unieważnienia postępowania jest brak w projekcie umowy postanowienia dotyczącego kar umownych. Zgodnie z art. 436 ustawy Pzp umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta na okres dłuższy niż 12 miesięcy winna zawierać postanowienie dotyczące wysokości kar umownych naliczanych wykonawcy z tytułu braku zapłaty lub nieterminowej zapłaty wynagrodzenia należnego podwykonawcom z tytułu zmiany wysokości wynagrodzenia, o której mowa w art. 439 ust. 5 ustawy Pzp. Brak tego postanowienia - jak słusznie podniósł przystępujący - nie skutkują sankcją. Tym samym nie może skutkować unieważnieniem postepowania.

Wyrok z dnia 9 października 2020 r., sygn. akt KIO 2348/20, na który powołał się Zamawiający w decyzji z dnia 12 października 2021 r. - zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu postępowania i Przystępujący w złożonym Zamawiającemu „Wniosku o reasumpcję stanowiska" nie znajduje zastosowania w tym stanie faktycznym, gdyż zapadł w oparciu przepisy uchylonej ustawy. Obecnie obowiązujące przepisy nowej ustawy Pzp, jak słusznie podnosił Odwołujący, ograniczają katalog podstaw do unieważnienia postępowania wyłącznie do podstaw wskazanych w treści art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. Brak jest bowiem odpowiednika art.146 ust. 6 uchylonej ustawy Pzp (przepis ten przewidywał możliwość wystąpienia do sądu przez Prezesa UZP 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). Tym samym ograniczona została możliwość unieważnienia umowy wyłącznie do okoliczności wymienionych enumeratywnie w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp. A ponadto stan faktyczny poprzedniej sprawy nie odpowiadał obecnemu.

Odnosząc się do zarzutu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej stwierdzić należy, że podstawą dokonania czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej - jak wskazał Zamawiający w zawiadomieniu o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnienia postępowania z dnia 12 października 2021 r. - był art. 17 ust. 2, art. 16 oraz art. 255 pkt 6 ustawy Pzp a więc wada postępowania skutkująca unieważnieniem umowy. Czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej może być więc w tym postępowaniu rozpatrywana wyłącznie w tych kategoriach. Wątpliwości Zamawiającego zaakcentowane w uzasadnieniu tej czynności dotyczące spełniania przez Odwołującego warunków udziału w postępowaniu i stwierdzenie, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu nie stanowi faktycznie dokonanej czynności. Zamawiający, oświadczył na rozprawie i wynika to także z dokumentacji postępowania, że takiej czynności - czynności odrzucenia oferty Odwołującego nie dokonał. Dlatego też zarzut ten uznać należy za bezprzedmiotowy. Zamawiający dokonał jedynie czynności unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, która była - jak wynika z podjętych przez Zamawiającego czynności - konsekwencją unieważniania postępowania. Wobec powyższego czynność tę (czynność unieważnienia wyboru oferty najkorzystniejszej) należało także unieważnić.

Biorąc powyższe pod uwagę, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku, na podstawie art. 574 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) oraz w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1) rozporządzenia w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz.

U. z 2020 r., poz. 2437).

Przewodniczący: .....