Sygn. akt: KIO 143/22

WYROK

z dnia 31 stycznia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Danuta Dziubińska
Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2022 roku odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 17 stycznia 2022 r. przez Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie, ul. Barska 12, 30-307 Kraków, w postępowaniu prowadzonym przez Gminę Dobczyce, Rynek 26, 32-410 Dobczyce

przy udziale wykonawcy A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z., Trąbki 451, 32-020 Wieliczka zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania;

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Gminę Dobczyce, i:

2.1.zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

2.2.zasądza od zamawiającego: Gminy Dobczyce na rzecz odwołującego: Małopolskiego Przedsiębiorstwa Gospodarki Odpadami Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Krakowie kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu wpisu uiszczonego przez odwołującego oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (teks jednolity Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) 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 143/22

Gmina Dobczyce (dalej: „Zamawiający") prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129) dalej: „Pzp" postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Wywóz odpadów komunalnych z obiektów Gminy Dobczyce w 2022 roku, numer referencyjny:.271.1046.2021.ANSU. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Biuletynie Zamówień Publicznych numer 2021/BZP 00329682/01.

Zamawiający 12 stycznia 2022 r. przekazał wykonawcom informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W terminie ustawowym wykonawca Małopolskie Przedsiębiorstwo Gospodarki Odpadami sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie (dalej: „Odwołujący") wniósł odwołanie, w którym zarzucili Zamawiającemu naruszenie:

- art. 255 pkt. 6 Pzp w zw. z art. 457 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 Pzp poprzez bezzasadne i bezprawne unieważnienie postępowania jako obarczonego niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, w sytuacji gdy przesłanki do unieważnienia postępowania wskazane w art. 255 pkt. 6 Pzp nie zaistniały, przeprowadzone przez Zamawiającego postępowanie nie było obarczone wadą, zwłaszcza nieusuwalną i istotną, a nadto zawarcie umowy nie skutkowałoby jej unieważnieniem (szczególności z powodu udzielenia zamówienia z naruszeniem ustawy Pzp), a Zamawiający, mimo braku istnienia ku temu podstawy prawnej unieważnił przedmiotowe Postępowanie (co jednocześnie świadczy o prowadzeniu postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców) i to w sytuacji, w której oferta złożona przez Odwołującego była w całości zgodna z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania,

2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania,

3) dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania,

4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał m.in., że zgodnie z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ"):

1.2.1 Zakresem odbioru odpadów komunalnych objęto następujące rodzaje odpadów (ust. V pkt. 2 - str. 2 SWZ):

a) 15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych - ok. 1,5 tona

b) 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury - ok. 1,5 tony

c) 15 01 07 Opakowania ze szkła - ok. 0,1 tony

d) 20 02 01 Odpady zielone - ok. 3 ton

e) 20 03 01 Niesegregowane(zmieszane) odpady - ok. 165 ton

1.2.2 „Ustalonym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie wskazane w formularzu oferty, wyliczone na podstawie ilości poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia." (ust. XVII pkt. 1 - str. 13 SWZ)

1.2.3 „Dla porównania ofert Zamawiający przyjmie cenę brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia obejmującą podatek od towarów i usług (VAT)." (ust. XVIII pkt. 2 - str. 13 SWZ)

W ramach postępowania swoje oferty złożyli A. Z. (dalej jako „ANBUD"), J. Ż. (dalej jako „Usługi Asenizacyjne"), Traszkan S.F.Z Sroka spółka jawna (dalej jako „Traszkan") oraz Odwołujący (łącznie zwani „Wykonawcami"). Na realizację zamówienia Zamawiający zamierzał przeznaczyć kwotę: 220 000,00 zł. brutto. Wysokość złożonych przez Wykonawców ofert kształtowała się następująco: Oferta ANBUD wynosiła 163.590,95 zł brutto; Oferta Usług Asenizacyjnych wynosiła 165.596,40 zł brutto; Oferta Traszkan wynosiła 172.340,00 zł brutto; Oferta Odwołującego wynosiła 198.961,38 zł brutto. Jedynie oferta

Odwołującego uwzględniała w swojej kalkulacji wycenę w zakresie odbioru odpadów zielonych o kodzie 20 02 01. W dniu 12.01.2022 r. Zamawiający za pośrednictwem poczty

elektronicznej poinformował wykonawców biorących udział w postępowaniu, o dokonaniu czynności unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W uzasadnieniu swojej decyzji Zamawiający wskazał, iż: „Po dokonaniu otwarcia ofert i po przeprowadzeniu badania i oceny ofert Zamawiający ustalił, że oferty nie są porównywalne. Nie porównywalność wynika z faktu, że formularz oferty nie obejmował wszystkich pozycji wskazanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Uwidoczniło się to przede wszystkim w treści złożonych ofert. W opisie sposobu obliczenia ceny ofert wskazano, że ,,Ustalonym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie wskazane w formularzu oferty, wyliczone na podstawie ilości poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia" oraz że ,,Zamawiający wymaga podania w ofercie cen jednostkowych i wyliczenia oferty na podstawie zestawienia cenowego zawartego w formularzu oferty". Informacja ta, zdaniem Zamawiającego mogła potencjalnie wprowadzać w błąd, co do sposobu wyliczenia ceny oferty (odmienność formularza oferty w stosunku do informacji zawartych w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny oferty i opisu przedmiotu zamówienia). Zamawiający ustalił zatem, że treści złożonych ofert nie są porównywalne, co narusza art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, mówiący o tym, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia. (...) Po przeanalizowaniu ww. okoliczności Zamawiający ustalił, że mamy sytuację nie porównywalności złożonych ofert, co determinuje stwierdzenie nieusuwalnej wady postępowania, wymienionej w art. 255 pkt. 6 Ustawy Pzp"

Odwołujący stwierdził, że z powyższymi argumentami nie sposób się zgodzić. Przedmiotem zamówienia był odbiór odpadów komunalnych z obiektów Gminy Dobczyce. Zakresem odbioru objęte były odpady o następujących kodach: 15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych - ok. 1,5 tona, 15 01 01 Opakowania z papieru i tektury - ok. 1,5 tony, 15 01 07 Opakowania ze szkła - ok. 0,1 tony, 20 02 01 Odpady zielone - ok. 3 ton, 20 03 01 Niesegregowane(zmieszane) odpady - ok. 165 ton. Jednocześnie, najprawdopodobniej w wyniku przeoczenia, Zamawiający wraz z dokumentacją przetargową zamieścił WZÓR formularza ofertowego, który w miejscu wyliczenia ceny oferty nie obejmował swoim zakresem pozycji dot. wyliczenia kosztu odbioru odpadów zielonych o kodzie 20 02 01 (brak odpowiedniej pozycji w formularzu kalkulacji ceny). Uchybienie to w ocenie Zamawiającego (błędnie) uzasadnia unieważnienie postępowania w oparciu o treść art. 255 pkt. 6 Pzp. W ocenie Odwołującego, przesłanki zawarte w art. 255 pkt 6 Pzp nie zaistniały w toku postępowania, a w konsekwencji brak było podstaw do jego zastosowania i unieważnienia postępowania. Zgodnie z treścią art. 255 Pzp, w przypadku zaistnienia jednej z opisanych tam przesłanek zamawiający ma obowiązek unieważnienia postępowania. Katalog przesłanek wymienionych w tym przepisie ma charakter zamknięty. Poza wskazanymi w nim okolicznościami unieważnienie postępowania może (ale nie musi) nastąpić jeszcze wyłącznie na podstawie przesłanek określonych w art. 256-258 Pzp (przesłanki fakultatywne); z żadnej innej przyczyny lub bez podania przyczyn zamawiający nie może unieważnić postępowania. Czynność taka, jako dokonana bez podstawy prawnej, byłaby bowiem unieważniona w postępowaniu odwoławczym, gdyż stanowiłaby naruszenie ustawy (tak też Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz). Z uwagi na to, że celem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia jest wybór najkorzystniejszej oferty lub wynegocjowanie postanowień umowy (zob. art. 7 pkt 18 PZP), instytucja unieważnienia postępowania ma charakter wyjątkowy. Przesłanki określone w art. 255 PZP nie mogą być więc interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych, spoczywa na zamawiającym (por. wyr. KIO: z 11.4.2017 r., KIO 593/17, Legalis; z 12.2.2016 r., KIO 99/16, KIO 110/16, Legalis). Z art. 255 pkt. 6 Pzp wynika, iż zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Tymczasem nie sposób uznać, jak uczynił to błędnie Zamawiający, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą, która jednocześnie uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanki wskazane w art.

255 pkt 6 Pzp muszą być spełnione łącznie. Wada postępowania, która może być przyczyną jego unieważnienia, musi mieć charakter nieusuwalny i jednocześnie powodujący, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia wady podlegała unieważnieniu. Taka konstrukcja przepisu odsyła wyraźnie do art. 457 ust. 1 i 5 Pzp, w których wymienione są wszystkie przypadki naruszenia ustawy powodujące konieczność unieważnienia umowy. Wystąpienie innych wad w postępowaniu nie może być powodem jego unieważnienia na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. Taka konstrukcja przepisu prowadzi do wniosku, że nawet wystąpienie wady w sposób oczywisty wypaczającej wynik postępowania nie daje zamawiającemu prawa do unieważnienia postępowania. Nie mogąc unieważnić postępowania, zamawiający powinien zawrzeć umowę (wyrok SN z 7.11.2002 r., V CKN 1493/00, LEX nr 57238) - tak też Dzierżanowski Włodzimierz i in., Prawo zamówień publicznych. Komentarz.

Odwołujący zwrócił uwagę na fakt, iż mając na uwadze treść SWZ, a przede wszystkim zakres i opis przedmiotu zamówienia jak również obowiązujące w tym zakresie regulacje Pzp, Odwołujący złożył ofertę wyceniając ją z uwzględnieniem wszystkich wskazanych w treści SWZ elementów (rodzajów odpadów), w tym uwzględnił pozycję w zakresie wyliczenia ceny odbioru odpadów zielonych o kodzie 20 02 01 (co miało również bezpośredni wpływ na zaoferowaną przez Odwołującego całkowitą cenę oferty, która uwzględniała wyliczenie łącznej ceny za odbiór wszystkich wskazanych w SWZ rodzajów odpadów). Pozostali wykonawcy tj. ANBUD, Usługi asenizacyjne i Traszkan złożyli swoje oferty z wykorzystaniem wzoru formularza udostępnionego przez Zamawiającego i nie uwzględnili w swoich ofertach wyliczenia ceny za odbiór odpadów zielonych o kodzie 20 02 01 (ani w zakresie cen jednostkowych ani w zakresie całkowitej ceny oferty) , co pozostaje w oczywistej sprzeczności z treścią SWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia, które wymagały złożenia oferty na odbiór, transport i zagospodarowanie wszystkich wskazanych w SWZ rodzajów odpadów - złożone przez ANBUD, Usługi asenizacyjne i Traszkan oferty są zatem sprzeczne z treścią SWZ i jako takie powinny podlegać odrzuceniu.

Jednocześnie nawet gdyby przyjąć, iż niezgodność treści udostępnionego przez Zamawiającego wzoru formularza oferty z treścią opisu przedmiotu zamówienia i SWZ miała charakter wady postępowania, to choćby z uwagi na złożenie przez Odwołującego oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia (SWZ) nie sposób uznać, aby wada ta miała charakter wady niemożliwej do usunięcia (wszak Odwołujący był w stanie złożyć skutecznie, zgodną z treścią opisu przedmiotu zamówienia oraz SWZ ofertę), a tym bardziej, aby wada ta powodowała jednocześnie, że umowa zawarta w wyniku takiego postępowania będzie wskutek wystąpienia ww. wady podlegać unieważnieniu. Umowa o wykonanie usługi stanowiącej przedmiot postępowania, zawarta na skutek wyboru oferty Odwołującego byłaby bowiem w pełni zgodna z warunkami postępowania (SWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia) i nie podlegałaby unieważnieniu - umowa taka nie naruszałaby w żaden sposób norm art. 457 ust. 1 i 5 Pzp.

W art. 457 ust. 1 Pzp wskazane zostały przypadki rażącego naruszenia przepisów Pzp w związku z prowadzonym postępowaniem o udzielenie zamówienia. W sytuacji ich wystąpienia, jeśli nie są spełnione okoliczności, określone w ust. 2, umowa podlega unieważnieniu. Przy czym samo naruszenie przepisów Pzp w toku postępowania o udzielenie zamówienia, niekwalifikowane jako jedno z naruszeń określonych w komentowanym przepisie, nie stanowi podstawy do żądania unieważnienia umowy. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający z naruszeniem przepisów Pzp udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w BZP albo przekazania Urzędowi Publikacji UE ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert - okoliczność taka oczywiście w niniejszym przypadku nie zachodzi - ogłoszenie o postępowaniu zostało bowiem zamieszczone Biuletynie Zamówień Publicznych, 2021/BZP 00329682/01 (identyfikator: 1EFE2B39-E720-41FE92A4-B2F8680B484B), a nawet gdyby Zamawiający zauważył „wadę" postępowania, na którą powołuje się w piśmie z dnia 12.01.2022 r., przed upływem terminu składania ofert, to treść SWZ i opis przedmiotu zamówienia pozostałaby bowiem niezmienna (podobnie jak treść ogłoszenia wszczynającego postępowanie) - nie miałoby to więc znaczenia dla sporządzenia oferty. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy - z oczywistych względów przesłanka ta nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu gdyż umowa nie została zawarta. Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 2 Pzp umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2 - z oczywistych względów przesłanka ta nie znajduje zastosowania w niniejszym postępowaniu gdyż umowa nie została zawarta. Przesłanki z art. 457 ust. 1 pkt 3-5 Pzp oraz art. 457 ust. 5 Pzp nie znajdują zastosowania gdyż przedmiotowe Postępowanie nie jest prowadzone w

określonych tam trybach. Wobec powyższego żadna ze wskazanych w art. 457 ust. 1 oraz 457 ust. 5 Pzp przesłanek nie doprowadziłaby do unieważnienia umowy zawartej z Odwołującym.

Z daleko posuniętej ostrożności, Odwołujący wskazał, że zgodnie z treścią art. 218 ust. 2 Pzp treść złożonych w toku postępowania ofert musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego ustalonymi zgodnie z dokumentami zamówienia. Przez dokumenty zamówienia należy rozumieć dokumenty sporządzone przez zamawiającego lub dokumenty, do których zamawiający odwołuje się, inne niż ogłoszenie, służące do określenia lub opisania warunków zamówienia, w tym przede wszystkim SWZ. Istotnym elementem definiującym dokumenty zamówienia są warunki zamówienia. Dokumenty zamówienia służą bowiem określeniu lub opisaniu warunków zamówienia. Zgodnie z definicją zawartą w art. 7 pkt 29 Pzp przez warunki zamówienia należy rozumieć m.in.: warunki, które dotyczą zamówienia lub postępowania o udzielenie zamówienia, wynikające w szczególności z opisu przedmiotu zamówienia, wymagań związanych z realizacją zamówienia, kryteriów oceny ofert. Treść SWZ, a w szczególności opis przedmiotu zamówienia ma znaczenie nadrzędne, nad treścią wzorów załączników (formularzy) udostępnionych w toku postępowania przez Zamawiającego (zawierających wszak jedynie proponowane przez Zamawiającego treści oświadczeń jakie złożyć winien wykonawca w toku postępowania). Wzory formularzy udostępnione przez Zamawiającego nie determinują wszak treści oferty, a jedynie stanowić mają pewnego rodzaju ułatwienie w zakresie procesu porównania i oceny składanych ofert. Wzory te nie są jednak w żadnym stopniu dla wykonawców wiążące. Wobec powyższego, nie sposób zgodzić się również z twierdzeniami Zamawiającego, że Odwołujący dokonał niedozwolonej modyfikacji treści udostępnionego wzoru formularza ofertowego. Jak wynika

bowiem z ugruntowanych poglądów doktryny i orzecznictwa, niedozwolona modyfikacja treści formularza ofertowego ma miejsce jedynie gdy oferent dokonuje zmian w formularzu oferty, które to zmiany skutkują złożeniem oferty niezgodnej z treścią SWZ (opisu przedmiotu zamówienia). Taka okoliczność oczywiście w niniejszym przypadku nie miała miejsca. Oferta złożona przez Odwołującego jest w całości zgodna z treścią SWZ (opisu przedmiotu zamówienia) i spełnia wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia - oferta Odwołującego została skalkulowana i złożona z uwzględnieniem wszystkich elementów objętych przedmiotem zamówienia. Oczywistym jest, że każdy wykonawca składając ofertę, powinien zakresem zawartego w niej zobowiązania objąć taki sposób wykonania zamówienia, który będzie uwzględniał wszystkie wymagania określone w dokumentach zamówienia. Oferta, rozumiana zgodnie z art. 66 § 1 KC, stanowi oświadczenie drugiej stronie woli zawarcia umowy, jeżeli określa istotne postanowienia tej umowy. Przy czym dla uznania zgodności treści oferty z warunkami zamówienia nie wystarczy złożenie przez wykonawcę ogólnego oświadczenia w formularzu ofertowym, wyrażającego ogólne zobowiązanie wykonawcy do wykonania zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego. Zgodność treści oferty z warunkami zamówienia powinna wynikać ze wszystkich dokumentów składających się na merytoryczną treść oferty, rozumianą jako treść zobowiązania wykonawcy do przyszłego świadczenia. Okoliczność, że z biorących udział w postępowaniu Wykonawców, jedynie Odwołujący złożył ofertę w całości zgodną z treścią SWZ (opisem przedmiotu zamówienia) nie może skutkować uznaniem, że wszystkie oferty złożone w toku postępowania są wadliwe i naruszają art. 218 ust. 2 Pzp. Jedynie porządkowo wskazać należy, iż wszyscy Wykonawcy biorący udział w przedmiotowym postępowaniu to podmioty profesjonalne, trudniące się w ramach prowadzonych działalności gospodarczych od lat m.in. usługami w zakresie odbioru odpadów komunalnych, które wielokrotnie brały udział w postępowaniach organizowanych w ramach reżimu prawa zamówień publicznych. Od Wykonawców takich oczekuje się więc wyższej staranności wynikającej z faktu zawodowego charakteru tej działalności. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest postępowaniem konkurencyjnym. Zamówienie uzyskuje podmiot, który nie tylko złożył ofertę najbardziej korzystną (zgodnie z procedurą oceny zawartej w SWZ) ale przede wszystkim, którego oferta była kompletna i w pełni zgodna z warunkami postępowania. Pozostali Wykonawcy, tak jak Odwołujący, mieli swobodną możliwość zapoznania się z treścią udostępnionych przez Zamawiającego dokumentów, w tym w szczególności SWZ, którego postanowienia zostały sformułowane w sposób jasny i klarowny - literalna wykładnia co do opisu przedmiotu zamówienia nie mogła budzić wątpliwości. ABNUD, Usługi asenizacyjne oraz Traszkan podobnie jak Odwołujący mieli zatem możliwość złożenia oferty zgodnej z opisem przedmiotu zamówienia i SWZ, a fakt że tego nie uczynili (opierając się na wzorze formularza oferty zamiast na opisie przedmiotu zamówienia wskazanym i SWZ) nie może skutkować negatywnymi konsekwencjami dla Odwołującego, który wykazał się należytą starannością. Tymczasem tak ocenić należy postępowanie Zamawiającego polegające na bezzasadnym unieważnieniu postępowania.

Następnie Odwołujący zaznaczył, że kluczowym w sprawie jest również to, że Zamawiający w piśmie z 12 stycznia 2022 r. nie uzasadnił z jakich powodów uznał, że dostrzeżona nieusuwalna wada postępowania uniemożliwia mu zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Ciężar dowodu w tym zakresie spoczywa na Zamawiającym. Tej

istotnej kwestii Zamawiający nie poświęcił w piśmie z 12 stycznia 2022 r. żadnej uwagi. Tak ważka czynność Zamawiającego (unieważnienie postępowania) znosząca cel postępowania, tj. udzielenie zamówienia winna bezsprzecznie ujmować odwołanie do konkretnych przesłanego przepisu art. 457 Pzp. Zamawiający uzasadniając unieważnienie postępowania na podstawie przepisu art. 255 pkt 6 Pzp zarówno w uzasadnieniu prawnym jak i faktycznym podjętej decyzji nie może pominąć związku pomiędzy przepisem art. 255 pkt 6 Pzp a art. 457 Pzp, bowiem warunkiem skutecznego zastosowania art. 255 pkt 6 Pzp jest wykazanie jego powiązania z co najmniej jedną z przesłanek unieważnienia umowy wymienionych w art. 457 czy 459 Pzp. Zamawiający, w uzasadnieniu unieważnienia postępowania, takiego powiązania nie wykazał. Nadto w ocenie Odwołującego takie powiązanie w niniejszym postępowaniu nie zachodzi. Umowa zawarta z Odwołującym na podstawie złożonej przez Odwołującego oferty byłaby bowiem całkowicie zgodna z warunkami określonymi w Postępowaniu i wypełniała jego cel.

Wobec powyższego, zdaniem Odwołującego, nie sposób zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że wszystkie złożone w postępowaniu oferty pozostają w sprzeczności z art. 218 ust. 2. Pzp i przez to są nieporównywalne, a w konsekwencji, że zachodzi nieusuwalna wada postępowania określona w art. 255 pkt 6 Pzp uzasadniająca unieważnienie postępowania. W ocenie Odwołującego przesłanki wskazane w art. 255 pkt 6 Pzp nie zaistniały, a na skutek przeprowadzonego postępowania, Zamawiający dysponował ofertą złożoną przez Odwołującego, która pomimo sygnalizowanej na obecnym etapie przez Zamawiającego „istotnej i nieusuwalnej" wady postępowania (z czym stanowczo Odwołujący nie zgadza się), w całości zgodna była z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia oraz opisem przedmiotu zamówienia, i można było po jej wyborze zawrzeć ważną (niepodlegającą unieważnieniu) i skuteczną umowę o wykonanie przedmiotu zamówienia. W konsekwencji brak było podstaw do unieważnienia postępowania powołując się na treść art. 255 pkt 6 Pzp.

Do odwołania zostały załączone: oferta ANBUD z załącznikami, oferta Usługi asenizacyjne z załącznikami, oferta Traszkan z załącznikami, oferta Odwołującego z załącznikami, SWZ z załącznikami (w tym wzór formularza oferty).

Pismem z 27.01.2022 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie wnosząc o jego oddalenie. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał m.in., że był uprawniony do zastosowania przesłanki unieważnienia postępowania, zgodnie z art. 255 pkt

6 Pzp, który jest powieleniem poprzedniego art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 z poźn. zm.). Z artykułu 255 pkt 6 Pzp wynika, że wada wskazana w tym przepisie musi łącznie spełniać następujące przesłanki: być niemożliwą do usunięcia, mieć rzeczywisty lub potencjalny wpływ na wynik postępowania. Oznacza to, że zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Wykładnia celowościowa przepisu art. 255 pkt 6 Pzp prowadzi do wniosku, że niemożliwa do usunięcia wada - to każda niedająca się usunąć wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą a niemożnością zawarcia umowy. Stwierdzona przez zamawiającego wada postępowania musi być nie tylko niemożliwa do usunięcia, ale wskazywać na dokonanie czynności lub zaniechanie jej dokonania w tym postępowaniu z naruszeniem przepisu ustawy Pzp, które miało lub mogło mieć wpływ na jego wynik.

Zdaniem Zamawiającego analiza przedmiotowego postępowania prowadzi do wniosku, że stwierdzona wada jest niemożliwa do usunięcia na gruncie Pzp i nie naruszenia art. 16 Pzp. W świetle uzyskania czterech różnych i odmiennych ofert, w tym trzech ofert, które pominęły we wskazaniu w formularzu oferty odpadów zielonych o kodzie 20 02 01, nie sposób dokonać poprawny tych niezgodności, zwłaszcza że rozbieżności miały miejsce. Zamawiający podjął 04.01.2022 r. próbę ustalenia stanu faktycznego postępowania, poprzez wystąpienie do oferenta ANBUD, który złożył ofertę z najniższą ceną z zapytaniem związanym z wyjaśnieniem treści oferty na podstawie art. 223 ust. 1 Pzp. Zamawiający

oczekiwał odpowiedzi na pytanie: w której pozycji formularza oferty w składnikach kalkulacyjnych Wykonawca uwzględnił odpady zielone o kodzie 20 02 01.?. W odpowiedzi

Wykonawca ANBUD wyjaśnił: „W związku z brakiem dopisania przez Wykonawcę do formularza cenowego kodu odpadu 20 02 01, gdzie Wykonawca nie może zmieniać

formularza oferty, uprzejmie informuję i równocześnie oświadczam, że cena za odpady o kodzie 20 02 01 została ujęta w cenie odpadów zmieszanych, tj. kod 20 03 01 do

postępowania przetargowego na wywóz odpadów komunalnych z obiektów Gminy Dobczyce

w 2022 roku.” Wskazany Wykonawca podniósł również, że „W ogłoszonym postępowaniu

przetargowym w przedmiotowej sprawie brak było w formularzu oferty, który stanowił załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej SWZ) wyszczególnionego kodu odpadu 20 02 01, a Wykonawca nie ma możliwości modyfikacji formularza oferty, ponieważ byłoby to złożenie oferty niezgodne z ogłoszeniem. Kod odpadu 20 02 01 pojawił się tylko w pkt. V.2 w SWZ, gdzie Zamawiający dokonał opisu przedmiotu zamówienia podając ilości ok. 3 ton.” Po uzyskaniu wskazanych wyjaśnień Zamawiający dokonał oceny treści pozostałych dwóch ofert, przy czym ustalił, że dwie kolejne oferty zostały sporządzone tak samo. Zamawiający nie wzywał jednak dwóch kolejnych Wykonawców do wyjaśnień treści oferty, gdyż jego zdaniem odpowiedź uzyskana od

Wykonawcy ANBUD była jednoznaczna i potwierdzała obawy Zamawiającego, o występowaniu wady, która ma charakter nieusuwalny (potencjalnie Zamawiający nie chciał naruszać kolejnych przepisów, wzywając pozostałych Wykonawców do wyjaśnień). Brak wzywania innych Wykonawców wynikał z tego, że byłaby to czynność potencjalnie powodująca możliwość zmiany ceny w dół, zwłaszcza firm w kontekście ewentualnego przeliczania ofert, o ile byłoby to możliwe. Takie wezwanie, gdyby prowadziło do obniżenia ceny, byłoby z oczywistych względów niedopuszczalne. Zamawiający nie poosiadał zatem żadnych prawnych narzędzi, a żeby w jakikolwiek sposób rozstrzygnąć postępowanie, nie godząc w naczelne zasady Prawa zamówień publicznych. Zdaniem Zamawiającego w odpowiedzi na takie zapytania otrzymano by co najmniej dwie jak nie więcej innych i rozbieżnych odpowiedzi, niekoniecznie identycznych, a różnych, co doprowadziłoby postępowanie do negocjacji, których w takim kształcie prowadzić nie wolno. Takie wezwanie mogłoby spotkać się z zaskarżeniem czynności w postaci odwołania do Prezesa KIO, jako wykonane z naruszeniem przepisów Pzp. Oferty byty zatem różne, sporządzone odmiennie. Brak było możliwości sanowania ofert, gdyż w każdym przypadku występuje zmiana zamówienia, co nie jest dopuszczalne. Oferta Odwołującego również została samodzielnie zmodyfikowana, wbrew instrukcji zawartej w specyfikacji warunków zamówienia. Zamawiający nie mógł dopytać o powody takiego działania Odwołującego, gdyż unieważnił postępowanie. Ewentualne pytanie się o wyjaśnienia byłoby nieuprawnione, stanowiłoby negocjację treści złożonych ofert, co jest niedopuszczalne na gruncie Prawa zamówień publicznych (kształtowanie ceny jednostkowej na nowo i modyfikacja oferty i jej tłumaczenie, a raczej doprowadzanie do potencjalnej zgodności, a przecież formularz oferty właśnie wyrażał treść oferty i miał istotne znaczenie dla postępowania). Takie zmiany i modyfikacje są istotne i godzą w art. 16 Pzp, traktujący o zakazie dyskryminacji i nakazie równego traktowania Wykonawców, a w przedmiotowym przypadku powodowałyby nieważność takich działań, jako wykonanych z rażącym naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych. Jak inaczej tłumaczyć samodzielne czynności, stojące w sprzeczności do jasnej instrukcji? Tym samym, skoro ewentualne wyjaśnienia mogłyby z pewnością, stanowić rażące naruszenie przepisów Pzp, co stanowi wadę niemożliwą do usunięcia na obecnym etapie, podlegałoby również obligatoryjnemu unieważnieniu tak zawartej umowy w sprawie zamówienia, zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp, zdanie pierwsze „z naruszeniem przepisów ustawy udzielił zamówienia.” Wbrew twierdzeniu Odwołującego, jego ofercie nie można również przypisać cechy doskonałości i jedynej słusznej i prawidłowej oferty gdyż została sporządzona sprzecznie z treścią specyfikacji warunków zamówienia, gdyż Wykonawca dopisał samodzielnie w formularzu oferty nową treść, co stanowiło samodzielną i nieuprawnioną modyfikację treści oferty. Oferta nie zawiera też wszystkich informacji wskazanych w opisie przedmiotu zamówienia, jak w odwołaniu usiłuje udowodnić

Odwołujący. Zamawiający nie wzywał jednak Odwołującego do wyjaśnień w tym zakresie, gdyż zaprzestał wyjaśniania stwierdzonych naruszeń na ofercie, której cena była najniższa i która została wstępnie oceniona najwyżej.

Następnie Zamawiający wskazał, że trzy z czterech podmiotów to podmioty będące mikro i małym przedsiębiorstwem, które reprezentują sektor MŚP. Jeśli dla trzech małych firm dokumentacja postępowania była niespójna, to uznać należy, że wada postępowania miała istotny wpływ na wynik postępowania. Stwierdzona wada ma rzeczywisty wpływ na wynik postępowania, a odwołanie wniesione przez Odwołującego jest na to dowodem. Inni Wykonawcy również mieli prawo do wniesienia środka ochrony prawnej, a dowodem tego, że wada ma wpływ na potencjalny krąg Wykonawców jest fakt, że do postępowania Odwoławczego przyłączył się jeden z Wykonawców. Jeśli co najmniej dwóch Wykonawców bierze udział w postępowaniu Odwoławczym (na cztery oferty), to mają oni niewątpliwie interes w choćby dążeniu do rozstrzygnięcia na korzyść jednej z nich. Wada ma zatem oczywisty wpływ na wynik postępowania, co jest przesłanką, która wskazuje na różne interpretacje treści SWZ. Skoro złożono różne oferty, i to w czterech przypadkach, to faktycznie wystąpił problem z odczytaniem treści SWZ, zawierającej błędy, co stanowi wystarczającą przesłankę, aby postępowanie unieważnić. Nieusuwalność wady w kontekście jej wpływu na wynik postępowania była tym samym oczywista. Zamawiający nie miał zatem możliwości dalszego wzywania do wyjaśnień, co implikowało czynność unieważnienia

postępowania. Twierdzenie Odwołującego, że można było by zawrzeć umowę ważną, sprowadza się zapewne do tego, żeby nie dokonywać oceny pozostałych ofert a je odrzucić za niezgodność z warunkami zamówienia, co byłoby również naruszeniem przepisów.

Odnosząc się do pozostałej argumentacji zawartej w odwołaniu Zamawiający stwierdził: „W pkt. 1.12 Odwołujący wskazał, że inne oferty są niezgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący oparł wskazany wywód zapewne na braku zapoznania się z pełną dokumentacją postępowania, o którą się nie zwrócił, do czego miał pewne prawo. Jak wynika z akt sprawy, w tym oświadczenia i wyjaśnień ANBUD, nie jest prawdą, że ANBUD nie uwzględnił w swojej ofercie wyliczenia bioodpadów. Dowodzi temu choćby wskazane wyjaśnienie. Ponadto, nie ma Odwołujący żadnych podstaw do tego, aby sądzić że pozostałe oferty również są nie zgodne z warunkami zamówienia. Odwołujący nie udowodnił, że pozostałe oferty są sprzeczne z swz. W pkt. 1.13-18 Odwołujący wskazuje, że umowa była by ważna, ale z pominięciem zasad Pzp i tylko i wyłącznie zdaniem Odwołującego. Zamawiający przeczy temu stanowisku, gdyż umowa po przeprowadzeniu takowej procedury obarczona była by wieloma naruszeniami (min. art. 16 Pzp, który już sam w sobie stanowi podstawę unieważnienia umowy). Pozostałe rozważania Odwołującego są sprzeczne z treścią SWZ oraz sprzeczne z treścią doktryny Krajowej Izby Odwoławczej. Przykładem może być wyrok o sygn. akt KIO 2176/19, w której Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że 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 ma miejsce w przedmiotowym przypadku. W przedmiotowej sytuacji należało unieważnić postępowanie. Zaistniała rozbieżność dotyczy istotnego elementu, jakim jest oferta wykonawcy czyli jego zobowiązania względem zamawiającego. Co więcej, rozbieżność ta nie wynika z błędów wykonawców, lecz jest omyłką zamawiającego. Zamawiający nie może powiedzieć, że wszystkie oferty są nie zgodne z SWZ jak również nie może powiedzieć że wszystkie oferty są zgodne z SWZ jak również nie może powiedzieć, że np. część ofert jest zgodna z SWZ. Nie można w tym przypadku ani poprawić ofert, ani też ich wyjaśnić, gdyż w samej swz wskazano rozbieżne wymagania. Próba wyjaśnienia tej sytuacji doprowadziłaby do nieuprawnionych negocjacji treści oferty, co jest wystarczającym argumentem, aby stwierdzić naruszenie przepisów Pzp, zwłaszcza w zakresie konkurencyjności, obiektywizmu i profesjonalizmu. W szczególności SWZ rozdział XVII. Sposób obliczenia ceny w pkt. 1 i pkt. 5 wzajemnie się wykluczał. „1. Ustalonym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie wskazane w formularzu oferty, wyliczone na podstawie ilości poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia.” .. „5. Zamawiający wymaga podania w ofercie cen jednostkowych i wyliczenia oferty na podstawie zestawienia cenowego zawartego w formularzu oferty. Z jednej strony w pkt. 1 wymagano wyliczenia ceny na podstawie ilości z opisu przedmiotu zamówienia a z drugiej strony w pkt. 5 wymagano wyłącznie podania cen jednostkowych i wyliczenia oferty na podstawie zestawienia cenowego zawartego w formularzu oferty. Dlatego, zarówno oferta ANBUD jak i oferta MPGO są zdaniem Zamawiającego nie porównywalne, mimo, iż jak wynika i z oświadczenia ANBUD i informacji MPGO z Odwołania, że są one przedstawione i wyrażone w odmienny sposób co do treści. Stąd więc stanowi to wadę nie usuwalną, której nie da się usunąć, aby nie dyskryminować żadnego z podmiotów. Ponieważ postępowanie było już na etapie badania ofert, Zamawiający nie miał możliwości naprawienia opisanego błędu w dokumentacji, co stanowiło wadę nie usuwalną. Dlatego też gdyż było ono obarczone nieusuwalną wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia, co zostało z kolei należycie udokumentowane w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania.”

Z zachowaniem wymogów ustawowych wykonawca A. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą ANBUD Firma Usługowo-Handlowa A. Z. (dalej również: „Przystępujący”) zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego stając się jego uczestnikiem.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania złożonej przez Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza rozpoznając na rozprawie odwołanie, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz stanowiska Stron i Przystępującego, a także zgromadzone dowody, 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. 528 ustawy Pzp.

Wykazując swoje uprawnienie do skorzystania ze środków ochrony prawnej Odwołujący wskazał m.in., że jest wykonawcą, który jako jedyny złożył ofertę w całości

zgodną z treścią SWZ oraz opisem przedmiotu zamówienia. Unieważnienie postępowania prowadzi do szkody po stronie Odwołującego - gdyby Zamawiający postępował właściwie i nie unieważnił przedmiotowego postępowania - zamówienie winno być już przyznane Odwołującemu, co pozwoliłoby mu na osiąganie z tego tytułu zysków. Zamawiający natomiast dokonuje bezpodstawnych czynności, powodując, że finalnie takie zamówienie może nigdy nie zostać przyznane Odwołującemu. Działania Zamawiającego powodują zatem powstanie po stronie Odwołującego szkody, która pogłębia się z każdym dniem, gdy Odwołujący nie realizuje usługi. Jednocześnie działania Zamawiającego należy odczytywać jako działania zmierzające od odebrania Odwołującemu możliwości realizacji zamówienia. Jedynie oferta Odwołującego (pomimo że nie najtańsza) spełniała wszystkie warunki postawione przez Zamawiającego. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności Zamawiającego Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o powstaniu po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku z tytułu realizacji zamówienia). Unieważnienie przedmiotowego Postępowania nie może być zatem uzasadnione i niewątpliwie narusza interes faktyczny i prawny Odwołującego.

W ocenie Izby Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do skorzystania w postępowaniu ze środków ochrony prawnej. Zostały wypełnione przesłanki, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący jest zainteresowany pozyskaniem zamówienia i w tym celu złożył ofertę. W przypadku potwierdzenia się zarzutów odwołania miałby szansę uzyskać zamówienie i osiągnąć korzyści z tym związane.

Następnie Izba ustaliła, co następuje:

Stosownie do rozdziału V SWZ zawierającego opis przedmiotu zamówienia

1. Przedmiotem zamówienia jest wywóz odpadów komunalnych z terenu Gminy Dobczyce. Opis przedmiotu zamówienia zawarty jest ponadto w umowie.

2. Zakres odbioru odpadów komunalnych:

15 01 02 Opakowania z tworzyw sztucznych - ok. 1,5 tona
15 01 01 Opakowania z papieru i tektury - ok. 1,5 tony
15 01 07 Opakowania ze szkła - ok. 0,1 tony

20 02 01 Odpady zielone - ok. 3 ton

20 03 01 Niesegregowane(zmieszane) odpady - ok. 165 ton

Zgodnie z rozdziałem XVII zawierającym sposób obliczenia ceny

1. Ustalonym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie wskazane w formularzu oferty, wyliczone na podstawie ilości poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia.

2. Wykonawca uwzględni w Formularzu Ofertowym ewentualnie obowiązującą stawkę podatku od towarów i usług (VAT) właściwą dla przedmiotu zamówienia, obowiązującą według stanu prawnego na dzień składania ofert. Określenie ceny ofertowej z zastosowaniem nieprawidłowej stawki podatku od towarów i usług (VAT) potraktowane będzie, jako błąd w obliczeniu ceny i spowoduje odrzucenie oferty, jeżeli nie ziszczą się ustawowe przesłanki omyłki (na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 10 w związku z art. 223 ust. 2 pkt 3 Ustawy Pzp).

3. Rozliczenia między Zamawiającym a Wykonawcą będą prowadzone w złotych polskich (PLN).

4. W przypadku rozbieżności pomiędzy ceną jednostkową oferty podaną cyfrowo a słownie jako wartość właściwa zostanie przyjęta cena jednostkowa podana słownie.

5. Zamawiający wymaga podania w ofercie cen jednostkowych i wyliczenia oferty na podstawie zestawienia cenowego zawartego w formularzu oferty.

Stosownie do rozdziału XVIII SWZ zawierającego opis kryteriów oceny ofert

1. Ocenie będą podlegać wyłącznie oferty nie podlegające odrzuceniu.

2. Dla porównania ofert Zamawiający przyjmie cenę brutto za realizację całego przedmiotu zamówienia obejmującą podatek od towarów i usług (VAT).

3. Kryteria oceny ofert: W ramach niniejszego zamówienia wyboru najkorzystniejszej

oferty Zamawiający dokona zgodnie z następującymi kryteriami oceny ofert: Cena -

100% -maksymalnie 100 pkt.

W zawiadomieniu z 12 stycznia 2022 r. o unieważnieniu postępowania Zamawiający podał: „Zamawiający zawiadamia, że unieważnia przedmiotowe postępowanie, gdyż wystąpiła przesłanka skutkująca obligatoryjnym obowiązkiem unieważnieniem postępowania, zgodnie z art. 255 pkt. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm., dalej ,,Pzp").

Po dokonaniu otwarcia ofert i po przeprowadzeniu badania i oceny ofert Zamawiający ustalił, że oferty nie są porównywalne. Nie porównywalność wynika z faktu, że formularz oferty nie obejmował wszystkich pozycji wskazanych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia. Uwidoczniło się to przede wszystkim w treści złożonych ofert. W opisie sposobu obliczenia ceny ofert wskazano, że ,,Ustalonym wynagrodzeniem jest wynagrodzenie wskazane w formularzu oferty, wyliczone na podstawie ilości poszczególnych pozycji opisu przedmiotu zamówienia" oraz że ,,Zamawiający wymaga podania w ofercie cen jednostkowych i wyliczenia oferty na podstawie zestawienia cenowego zawartego w formularzu oferty". Informacja ta, zdaniem Zamawiającego mogła potencjalnie wprowadzać w błąd, co do sposobu wyliczenia ceny oferty (odmienność formularza oferty w stosunku do informacji zawartych w specyfikacji warunków zamówienia w zakresie opisu sposobu obliczenia ceny oferty i opisu przedmiotu zamówienia). Zamawiający ustalił zatem, że treści złożonych ofert nie są porównywalne, co narusza art. 218 ust. 2 ustawy Pzp, mówiący o tym, że treść oferty musi być zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w dokumentach zamówienia.

W wyniku przeprowadzonej oceny ofert ustalono, że część Wykonawców wyliczyła cenę na podstawie danych zawartych w opisie przedmiotu zamówienia, przy jednoczesnym braku modyfikacji formularza oferty, którego zmieniać nie było wolno. Jednocześnie, w odniesieniu do pozostałych ofert wystąpiły albo podobne działania Wykonawców albo dokonano niedozwolonej modyfikacji formularza oferty, poprzez dodanie dodatkowej pozycji w miejscu podania składników kalkulacyjnych.

Po przeanalizowaniu ww. okoliczności Zamawiający ustalił, że mamy sytuację nie porównywalności złożonych ofert, co determinuje stwierdzenie nieusuwalnej wady postępowania, wymienionej w art. 255 pkt. 6 Ustawy Pzp.

Przesłanki unieważnienia postępowania podlegają wykładni ścisłej, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia w zakresie okoliczności faktycznych i prawnych spoczywa na zamawiającym

(...). Jeżeli zaistnieje jedna z przesłanek określonych w PZP, zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie.

Przesłanki skutkujące unieważnieniem postępowania w sprawie zamówienia publicznego zostały zakreślone w Pzp w aktualnym brzmieniu w art. 255 Pzp. Stosownie do brzmienia art. 255 pkt. 6 Pzp przewidziano obowiązek unieważnienia postępowania, ze względu na ustalenie, że postępowanie obarczone jest nie możliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie nie podlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający ustalił, że w przedmiotowym przypadku wystąpiły okoliczności faktyczne, skutkujące uznaniem, że postępowanie posiada nie usuwalne wady (nie możliwe do usunięcia na obecnym etapie nie zgodności, skutkujące unieważnieniem umowy), wobec czego postępowanie należało unieważnić.

Jak wskazano już powyżej, w sytuacji wystąpienia choćby jednej wymienionej przesłanki sformułowanie przepisu art. 255 pkt. 6 Pzp w sposób imperatywny czyni z unieważnienia obowiązek, a nie uprawnienie Zamawiającego. Katalog zobowiązujących do unieważnienia postępowania przesłanek jest przy tym zamknięty i nie może być traktowany rozszerzająco.

W danym stanie faktycznym należy uznać, że wszelkie przesłanki unieważnienia postępowania oraz wymagania w zakresie uzasadnienia faktycznego i prawnego zostały przez Zamawiającego wypełnione.

Z powyższego wynika, że wada uzasadniająca unieważnienie postępowania tkwi w samym

postępowaniu a jednocześnie jest istotna i nieusuwalna, wobec czego postępowanie należało unieważnić, o czym zawiadamia się wszystkich zainteresowanych, zgodnie z art. 260 pkt. 1 Pzp.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Potwierdziły się bowiem zarzuty w nim przedstawione.

Stosownie do art. 16 pkt 1 Pzp Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;

Zgodnie z art. 255 pkt 6 Pzp Zamawiający unieważnienia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Powyższe wskazuje, że unieważnienie postępowania następuje, jeżeli wystąpią łącznie podane w nim okoliczności, tj.

- postępowanie obarczone jest wadą,
- wada ta jest niemożliwa do usunięcia,
- wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Przepis ten powinien być zatem stosowany z uwzględnieniem przepisu art. 457 ust.1 Pzp, który zawiera katalog przesłanek unieważnienia umowy, a w informacji o unieważnieniu postępowania Zamawiający powinien wskazać wadę postępowania, wykazać na czym polega, dlaczego nie jest możliwa do usunięcia i wykazać związek przyczynowy pomiędzy stwierdzoną wadą postępowania a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, w tym wskazując spełnienie określonej przesłanki z art. 457 ust. 1 Pzp.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 Pzp: mowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

1) z naruszeniem ustawy udzielił zamówienia, zawarł umowę ramową lub ustanowił dynamiczny system zakupów bez uprzedniego zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych albo przekazania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie lub bez wymaganego ogłoszenia zmieniającego ogłoszenie wszczynające postępowanie, jeżeli zmiany miały znaczenie dla sporządzenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo ofert;

albo jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w

4) z naruszeniemlubudzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniemlubudzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

W okolicznościach analizowanej sprawy nie jest sporne, że przedmiot zamówienia obejmował także odpady zielone o kodzie 20 02 01. Nie jest też sporne, że wzór formularza ofertowego, stanowiący załącznik do SWZ nie przewidywał takiej pozycji, jak też, że trzech z czterech wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, złożyło ofertę ze ścisłym zastosowaniem takiego formularza ofertowego, natomiast Odwołujący samodzielnie

uzupełnił ten formularz, dostosowując go do opisu przedmiotu zamówienia (OPZ), i złożył ofertę zawierającą wycenę wszystkich rodzajów odpadów przewidzianych w SWZ.

Jak wynika z odpowiedzi na odwołanie Zamawiający wystąpił do Przystępującego, którego cena oferty jest najniższa o wyjaśnienia. W odpowiedzi uzyskał informację, że wykonawca ten wycenił frakcję zieloną w odpadach zmieszanych, a na rozprawie stwierdził, że we wcześniejszej umowie, którą realizował, odpady zielone także nie były osobno wyceniane. Zamawiający nie występował o wyjaśnienia do innych wykonawców, lecz uznał, że oferty są nieporównywalne na skutek różnicy pomiędzy opisem przedmiotu zamówienia zawartym w SWZ, a wzorem formularza ofertowego, który nie przewiduje odrębnej pozycji dla odpadów zielonych.

Art. 260 ust. 1 Pzp stanowi: O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty (...) - podając

uzasadnienie faktyczne i prawne.

Czynność unieważnienia postępowania, która niweczy cel wszczęcia postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia publicznego, wiąże się z wykazaniem wszystkich trzech elementów przesłanki, w tym uzasadnienia, dlaczego w razie zawarcia umowy w wyniku tego

postępowania, zaistniałaby podstawa do jej unieważnienia. Nie każda bowiem nieprawidłowość zaistniała w toku postępowania stanowi podstawę do żądania unieważnienia umowy.

Zamawiający był zatem zobowiązany do wskazania i wykazania wszystkich trzech elementów przesłanki, określonej w art. 255 pkt 6 Pzp, niezbędnych dla unieważnienia postępowania, w tym pełnego uzasadnienia dlaczego w jego ocenie zaistniała rozbieżność pomiędzy treścią SWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia a wzorem formularza ofertowego, której skutkiem było złożenie trzech ofert, w których nie występuje odrębna wycena odpadów zielonych oraz jednej, w której taka wycena występuje, stanowi wadę, o której mowa w przepisie art. 255 pkt 6 Pzp.

Pismo z 12 stycznia 2022 r. informujące o unieważnieniu postępowania, zawiera treść, która jest kluczowa dla rozpoznania odwołania, bowiem determinuje podstawę dla zarzutów odwołania, w granicach których Izba orzeka. W piśmie tym jednak Zamawiający, nie przedstawił argumentacji wskazującej na wypełnienie się wszystkich trzech przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 Pzp, który wskazał, jako podstawę prawną unieważnienia postępowania. Jakkolwiek wynika z niego w czym Zamawiający upatruje wady postępowania, tj. w tym, że wobec niespójności SWZ zostały złożone nieporównywalne oferty, to jednak nie ma w treści tego pisma uzasadnienia, dlaczego stwierdzona przez Zamawiającego wada uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Wykonawcy nie mogą być stawiani w sytuacji, że mają się domyślać przyczyn, dla których Zamawiający dokonał czynności unieważnienia postępowania. Te, zarówno w aspekcie prawnym, jak i faktycznym, powinny być jasno przedstawione w informacji o unieważnieniu postępowania. Służą one bowiem umożliwieniu zweryfikowania prawidłowości takiej czynności. W konsekwencji oznacza to, że podnoszenie przez Zamawiającego dopiero w postępowaniu odwoławczym nowych okoliczności wskazujących jego zdaniem na zaistnienie podstawy unieważnienia postępowania należy uznać za spóźnione.

Jak wyżej wskazano dla zaistnienia podstawy do unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 Pzp konieczne jest kumulatywne wystąpienie wymienionych w nim przesłanek. Ciężar dowodu w zakresie ich wykazania spoczywał na Zamawiającym, bowiem to on wywodził z tego skutki prawne. Treść zawiadomienia o unieważnieniu postępowania wskazuje natomiast, że Zamawiający nie udźwignął ciężaru dowodu. Zamawiający pominął bowiem konieczność wykazania dlaczego w jego ocenie w okolicznościach analizowanego postępowania wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Brak w tym zakresie nie podlega uzupełnieniu na etapie postępowania odwoławczego, z uwagi na brak możliwości na tym etapie powoływania się na nowe powody unieważnienia, przedstawiania nowego uzasadnienia tej czynności.

Zgodnie z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Izba uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie zostało stwierdzone

zarzucane przez Odwołującego naruszenie przepisów Pzp, które miało wpływ na wynik postępowania, co musiało skutkować uwzględnieniem odwołania.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 553 zdanie pierwsze ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 557 ustawy Pzp, w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. W analizowanej Izba uwzględniła odwołanie. W związku z tym odpowiedzialność za wynik postępowania ponosi Zamawiający, który został obciążony kosztami postępowania, na które składał się uiszczony przez Odwołującego wpis od odwołania oraz uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku postępowania w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. 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: .....