Sygn. akt: KIO 169/22

WYROK

z dnia 7 lutego 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 lutego 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 stycznia 2022 roku przez wykonawcę Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu (Odwołujący)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego - Gminę Oława z siedzibą w Oławie

przy udziale wykonawcy FBSerwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

z siedzibą w Bielanach Wrocławskich, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp;

2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - - Gminę Oława z siedzibą w Oławie i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego - Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od Zamawiającego - Gminy Oława z siedzibą w Oławie na rzecz Odwołującego - wykonawcy Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych 00/100 groszy) stanowiącą uzasadnione koszty Strony poniesione tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U.2021 r., poz. 1129 ze zmianami) 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 169/22

UZASADNIENIE

Zamawiający: Gmina Oława z siedzibą w Oławie, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości przekraczającej progi unijne, którego przedmiotem jest świadczenie usługi pod nazwą „Odbieranie, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych z terenu gminy Oława". Ogłoszenie o zamówieniu opublikowano w Dzienniku Urzędowym UE pod numerem 2021/S 181-471439 w dniu 17 września 2021 r.

Dnia 20 stycznia 2022 roku do Prezes Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie,

na podstawie art. 513 pkt 2 ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych

(Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.) - w skrócie „Pzp", odwołanie złożył wykonawca PHU Komunalnik Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą we Wrocławiu, dalej jako „Odwołujący".

Odwołanie złożono wobec niezgodnej z przepisami ustawy Pzp czynności Zamawiającego, tj. wobec zaniechania przez niego unieważnienia postępowania przetargowego, które to postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

publicznego.

Odwołujący zarzucał Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i art. 134 ust. 1 pkt 14 (względnie art. 99 ust 1 i 4), a także art. 16 pkt 1 i 2 Pzp oraz art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach poprzez zaniechania unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy Zamawiający nie wymagał wskazania w ofertach wykonawców instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych, do których wykonawcy przekażą odbierane odpady komunalne, a która to wada nie jest możliwa do usunięcia (gdyż nie istnieje w przepisach prawa możliwość uzupełnienia oferty po jej otwarciu) oraz rzutuje na ważność umowy w sprawie zamówienia publicznego, i to nie tylko z tego powodu, że wprost stanowi to naruszenie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (i Pzp przez błędny opis sposobu przygotowania oferty, względnie nieuwzględnienie wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty), ale także i z tego powodu, że narusza to przejrzystość postępowania i równe traktowanie w nim wykonawców, skoro nie można stwierdzić przed wyborem konkretnego wykonawcy, czy jest on w stanie legalnie zagospodarować odbierane odpady, a więc prawidłowo i zgodnie z SWZ wykonać zamówienie publiczne.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienia postępowania.

Odwołujący wskazał, że posiada legitymację do wniesienia odwołania, gdyż jest jednym z podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie odbierania odpadów komunalnych, a nadto złożył w postępowaniu niepodlegającą odrzuceniu ofertę. W związku z nieprawidłowym przygotowaniem przez Zamawiającego dokumentacji przetargowej i zaniechaniem przez niego unieważnienia przedmiotowego postępowania, zamówienie otrzyma podmiot nieweryfikowalny w zakresie istotnym z punktu widzenia przedmiotu zamówienia i przepisów prawa. Jest to sytuacja nieakceptowalna i skutkująca szkodą po stronie Odwołującego poprzez nieuzyskanie przez niego zamówienia, a tym samym poprzez nieosiągnięcia spodziewanego zysku. W przypadku unieważnienia postępowania, Odwołujący może ciągle uzyskać zamówienie, a nadto Zamawiający będzie dysponował instrumentami pozwalającymi ocenić mu prawidłowość wyboru danego wykonawcy.

Odwołanie wniesione zostało w przewidziany terminie, gdyż Odwołujący dowiedział się o tym, że Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania w dniu, w którym

dokonano wyboru oferty innego wykonawcy. Wybór oferty został dokonany 11 stycznia 2021 roku. Kopia odwołania została prawidłowo przekazana Zamawiającemu. Odwołujący uiścił wpis w wymaganej wysokości na rachunek UZP.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził postępowanie, którego przedmiotem jest odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych.

W formularzu ofertowym, ani w żadnym innym dokumencie składającym się na dokumentację przetargową, w szczególności w SWZ, Zamawiający nie nałożył na wykonawców obowiązku wskazania w treści składanych ofert instalacji zagospodarowania odpadów, do których wykonawcy ci będą przekazywać odbierane w ramach przedmiotowego zamówienia publicznego odpady komunalne, tj. odpady z terenu gminy Oława.

11 stycznia 2022 r. Zamawiający opublikował na swojej platformie zakupowej informację o wyborze najkorzystniejszej oferty, pomimo że Odwołujący zwrócił mu uwagę na istnienie wady podnoszonej w tym odwołaniu.

W tym właśnie momencie Odwołujący dowiedział się, że Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, mimo że jest one obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach: „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". Z powyższego wprost i jednoznacznie w ocenie Odwołującego wynika, że zamawiający publiczny w przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów (a więc takim jaki prowadził Zamawiający) musi w dokumentacji przetargowej (w SWZ lub wzorze formularza ofertowego) nałożyć na wykonawców obowiązek wskazania w ofercie instalacji zagospodarowania odpadów, do których przekażą oni odebrane odpady komunalne. Bezsprzecznie w ocenie Odwołującego Zamawiający nie wypełnił tego zobowiązania, co oznacza, że naruszył także art. 134 ust. 1 pkt 14 Pzp (względnie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp). Opis sposobu przygotowania oferty nie zawiera wszystkich wymaganych prawem elementów. Zamawiający nie określił też wszystkich wymagań i okoliczności mogących mieć wpływ na sporządzenie oferty. Co warte podkreślenia, Zamawiający nie może naprawić rzeczonej wady. Treść oferty nie podlega bowiem uzupełnieniu. Byłoby to sprzeczne z art. 223 ust. 1 Pzp.

Jednocześnie brak wymogu przedstawienia wykazu instalacji już w ofercie oznacza, że Zamawiający dopuścił się także naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp (w powiązaniu z art. 134 ust. 1 pkt 14, względnie art. 99 ust. 1 i 4 Pzp). Zasada przejrzystości postępowania i równego traktowania wykonawców oznacza po pierwsze, że Zamawiający musi w jednoznaczny i precyzyjny sposób sformułować w dokumentacji przetargowej obowiązki obciążające wykonawców, w tym obowiązek wskazania w ofercie określonych danych. Zobowiązanie do przedłożenia wykazu instalacji nie może wynikać z domysłów. Po drugie zaś, powołane zasady wraz z pozostałymi przepisami Pzp (art. 226 ust. 1 pkt 3-5 Pzp), kreują po stronie zamawiającego publicznego obowiązek weryfikacji zgodności oferty wykonawcy z dokumentacją przetargową i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa. Legalność zagospodarowania odpadów komunalnych jest istotnym warunkiem realizacji zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów i nie może pozostawać w sferze domysłów. Dopuszczenie sytuacji, w której Zamawiający akceptuje zaniechanie przedłożenia przez wykonawcę wykazu instalacji uniemożliwia mu prawidłową ocenę oferty tego wykonawcy. Co więcej, taki stan rzeczy uniemożliwia także pozostałym wykonawcą weryfikację ofert konkurentów i tego czy spełniają one stawiane im w ramach zamówienia wymagania. Taki stan rzeczy jest nieakceptowalny.

Nie powinno budzić wątpliwości, że umowa w sprawie zamówienia publicznego zawarta z wyłonionym w ten sposób przez Zamawiającego w tym postępowaniu wykonawcą podlegałaby unieważnieniu na mocy art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp. Zamawiający udzieliłby bowiem zamówienia z naruszeniem ustawy. Dodatkowo naruszenie to nie może być konwalidowane. To zaś oznacza, że ziściła się przesłanka unieważnienia postępowania, o której mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, a Zamawiający powinien był unieważnić postępowanie, czego zaniechał.

Na marginesie Odwołujący zauważył, że przed Krajową Izbą Odwoławczą wielokrotnie inicjowane były postępowania dotyczące podobnego naruszenia. Kończyły się

one umorzeniem postępowania odwoławczego, gdyż albo zamawiający publiczny dostrzegał swój błąd polegający na braku żądania wykazu instalacji w ofercie i uwzględniał wniesione odwołanie albo odwołujący kwestionujący dokonane unieważnienie postępowania cofał swoje odwołanie. Tak było choćby w sprawach o sygnaturze KIO 467/19, KIO 3170/20 i KIO 3322/21.

Mając na uwadze powyższe zdaniem Odwołującego wniesienie odwołania jest uzasadnione i konieczne.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk Stron i Uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba ustaliła, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej. Wykonawca jest podmiotem zainteresowanym udziałem w postępowaniu i uzyskaniem zamówienia, złożył ofertę w postępowaniu. Proces badania i oceny ofert przeprowadzony przez Zamawiającego i wybór jako najkorzystniejszej oferty innego Wykonawcy, uniemożliwia Odwołującemu uzyskanie zamówienia i może również skutkować poniesieniem szkody przez Odwołującego. Odwołujący uprawniony jest również do korzystania ze środków ochrony prawnej, jeżeli Zamawiający zaniechał unieważnienia postępowania, które obarczone jest nieusuwalną wadą, mogącą prowadzić do nieważności umowy.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił wykonawca FB Serwis Wrocław Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Bielanach Wrocławskich (dalej jako „Przystępujący" lub „FB Serwis"). Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia.

Przystępujący w pierwszej kolejności wnosił o odrzucenie odwołania, jako spóźnionego, bowiem w istocie Odwołujący kwestionuje zapisy SWZ, a konkretnie ich niezgodność z postanowieniem art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Przedmiotem zarzutu jest to, że Zamawiający na gruncie postępowania nie wymagał przedstawienia przez wykonawców wraz z ofertą wykazu instalacji, do których będą przekazywane odbierane odpady komunalne. Odwołanie musi być uznane za odwołanie, o którym mowa w art. 515 ust. 2 ustawy PZP - odwołanie wobec treści dokumentów zamówienia - a takie odwołanie winno zostać wniesione w ustawowym terminie 10 dni od dnia zamieszczenia dokumentów zamówienia (SWZ) na stronie internetowej Zamawiającego. Termin ten upłynął z dniem 6 września 2021 r. - tj. z upływem 10 dni od dnia 27 sierpnia 2021 r. (w tym dniu dokumenty zamówienia zostały opublikowane przez Zamawiającego). Kwestionowanie na obecnym etapie postępowania zapisów SWZ w oparciu o zarzut dotyczący zaniechania unieważniania postępowania musi być ocenione jako niedopuszczalne. Stanowi to nieuprawnioną próbę przywrócenia terminu na podnoszenie takich zarzutów, które winny być zgłoszone i ocenione jeszcze przed wyznaczonym terminem składania ofert.

Wskazane w odwołaniu przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach obowiązywały już w dacie publikacji dokumentów zamówienia - zatem zarzut dotyczący niezgodności SWZ ze wskazanymi przepisami mógł i powinien być sformułowany odpowiednio wcześniej. Odwołujący wiedzę o wskazywanej w odwołaniu „wadliwości" SWZ powziął lub co najmniej powinien był powziąć tuż po publikacji specyfikacji na stronie internetowej Zamawiającego, a najpóźniej powziął ją w czasie, kiedy przygotowywał swoją ofertę w postępowaniu. Pomimo tego nie tylko nie wniósł wówczas odwołania, ale również nie wystąpił nawet do Zamawiającego z wnioskiem o wyjaśnienie lub zmianę specyfikacji. Złożył swoją ofertę akceptując wszystkie warunki w specyfikacji zawarte - co wprost potwierdził oświadczeniem zawartym w pkt 6 formularza ofertowego.

Odwołujący jest podmiotem zawodowo trudniącym się działalnością związaną z gospodarowaniem odpadami i posiada, a przynajmniej powinien posiadać znajomość przepisów o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. W toku licznych postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, w których uczestniczył wielokrotnie spotykał się z koniecznością wskazania instalacji, do których będzie przekazywał odpady - musiał zatem mieć świadomość, z czego (z jakich przepisów) obowiązek wskazywania instalacji wynikał.

Nie sposób w tym zakresie nie odnieść wrażenia, że Odwołujący celowo zaniechał zwrócenia Zamawiającemu uwagi na niezgodność SWZ z przepisami o utrzymaniu czystości i porządku w gminach licząc na to, że w razie niekorzystnego dla niego wyniku będzie próbował wymusić na Zamawiającym unieważnienie postępowania. W tych okolicznościach, próba doprowadzenia do unieważnienia postępowania z uwagi na niezgodność treści SWZ z powołanymi w odwołaniu przepisami musi być uznana za próbę spóźnioną i niedopuszczalną - a odwołanie winno zostać odrzucone.

Z ostrożności, Przystępujący wnosił o oddalenie odwołania w całości jako oczywiście bezzasadnego.

Zgodnie z art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP umowa w sprawie zamówienia podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający 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. Oznacza to, że warunkiem koniecznym dla ziszczenia się przewidzianej w przepisie przesłanki unieważnienia umowy jest zaniechanie zamawiającego dotyczące publikacji odpowiedniego ogłoszenia. W stanie faktycznym taka okoliczność miejsca nie miała (Zamawiający opublikował wymagane ogłoszenie wszczynające postępowanie, jak i ogłoszenie o zmianie ogłoszenia). Odwołujący okoliczności tej nie kwestionuje.

Analizując treść odwołania można dojść do wniosku, że Odwołujący nieprawidłowo zinterpretował art. 457 ust. 1 pkt 1 ustawy PZP wywodząc z jego treści, że każde naruszenie ustawy (a nie tylko takie, które dotyczy braku zamieszczenia wymaganego ogłoszenia) mogłoby skutkować unieważnieniem umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tymczasem jak się wskazuje w piśmiennictwie, „omawiany przepis opisuje de facto kilka samodzielnych okoliczności, które mogą potencjalnie stanowić podstawę unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomimo dość nieprzejrzystego sformułowania przepisu wszystkie one związane są z zaniechaniem przez zamawiającego zasadniczego obowiązku, jakim jest obowiązek opublikowania ogłoszenia lub przekazania ogłoszenia do publikacji Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszenia wszczynającego postępowanie" (tak J. Jerzykowski [w:] W. Dzierżanowski, Ł. Jaźwiński, M. Kittel, M. Stachowiak, J. Jerzykowski, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021, art. 457). Wobec braku potwierdzenia się wskazywanej przez Odwołującego przesłanki unieważnienia umowy, nie zachodziła też wskazana w odwołaniu przesłanka unieważnienia postępowania (art. 255 pkt 6 ustawy PZP). Wskazuje to na oczywistą niezasadność odwołania, skutkującą koniecznością jego oddalenia.

Z daleko posuniętej ostrożności Przystępujący wskazał, że nie jest prawdą, aby w postępowaniu Zamawiający nie wymagał wskazania instalacji, do których wykonawca będzie przekazywał odpady. Obowiązek sprecyzowania instalacji został w SWZ przewidziany - został jednak ustalony dopiero na moment poprzedzający zawarcie umowy z wybranym wykonawcą. Mianowicie, w rozdziale XXI pkt 3 ppkt 2 Tomu I SWZ Zamawiający przewidział, że wykonawca najpóźniej w dniu zawarcia umowy zobowiązany będzie przedstawić m.in. zawartą umowę z Instalacją Komunalną lub zezwolenie do Przetwarzania Odpadów Komunalnych na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych i bioodpadów. Tym samym nie jest prawdą, jakoby Zamawiający miał nie widzieć, do których instalacji komunalnych Wykonawca będzie przekazywał odbierany odpady komunalne - informacja ta będzie bowiem wynikała z przekazanych przez Wykonawcę umów lub zezwoleń.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, wnosząc w pierwszej kolejności o jego odrzucenie, ewentualnie o oddalenie w całości. Argumentacja Zamawiającego zbieżna jest ze stanowiskiem Przystępującego.

Na rozprawie Strony i Uczestnik postępowania podtrzymały stanowiska wyrażone pisemnie.

Na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego,

przekazanej na nośniku elektronicznym przez Zamawiającego, Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie, w ramach którego następował będzie odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych na terenie gminy.

W Rozdziale XXI Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej jako „SWZ") - Informacje o formalnościach, jakie muszą zostać dopełnione po wyborze oferty w celu zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, Zamawiający określił, że Wykonawca, najpóźniej w dniu podpisania umowy, dostarczy:

2) zawartą umowę z Instalacją Komunalną lub zezwolenie do Przetwarzania Odpadów Komunalnych na przyjmowanie odebranych od właścicieli nieruchomości zmieszanych odpadów komunalnych i bioodpadów.

Wzór formularza ofertowego nie zawierał miejsca na wpisanie adresu instalacji, do której przekazywane będą odpady. SWZ w żadnym innym miejscu nie odnosiła się do obowiązku wskazania instalacji, z której korzystał będzie Wykonawca. W toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego nie zadano pytań w przedmiocie wskazania instalacji.

Wykonawcy złożyli w postępowaniu oferty, z których nie wynikało, do których instalacji przekazywane będą odpady. Zamawiający nie prowadził w tym zakresie żadnego postępowania wyjaśniającego.

Odwołujący złożył w dniu 23 grudnia 2021 roku do Zamawiającego pismo z wnioskiem o unieważnienie postępowania. Przedstawiona argumentacja była tożsama z zarzutami odwołania.

Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, za którą uznano ofertę FB Serwis Sp. z o.o. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich.

Biorąc powyższe ustalenia pod uwagę, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie w całości, a postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

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

Obecne brzmienie przepisu tożsame jest z regulacją zawartą w ustawie Pzp2004, tym samym aktualne pozostają tak stanowisko doktryny oraz orzecznictwo wypracowane na kanwie poprzednio obowiązujących przepisów ustawy.

Zgodnie z dorobkiem orzeczniczym i stanowiskiem wypracowanym przez doktrynę unieważnienia postępowania stanowi wyjątek od ogólnej reguły prowadzenia postępowania w celu zawarcia umowy z wykonawcą, który złożył najkorzystniejszą ofertę. Zamknięty katalog podstaw unieważnienia postępowania nie podlega regułom wykładni rozszerzającej.

Przywołana przesłanka dająca możliwość unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego występuje wówczas, gdy postępowanie obarczone taką wadą, która na obecnym etapie postępowania o udzielenie zamówienia jest niemożliwa do usunięcia, a wada ta uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Przesłanka unieważnienia postępowania określona tym przepisem składa się więc z koniunkcji dwóch okoliczności, których łączne wystąpienie warunkuje zastosowanie przepisu. Po pierwsze musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania) - w odróżnieniu od wady, którą można przypisać umowie. Po drugie, dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, iż niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Nie może być to jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie. Konieczne jest wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. W dodatku wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Dla Izby nie ulega wątpliwości, że jednym z podstawowych obowiązków Zamawiającego jest prawidłowe sporządzenie SWZ, w tym opis przedmiotu zamówienia, opis obowiązków wykonawcy, który świadczył będzie dane usługi, w tym jego obowiązków umownych jako elementu znaczącego i warunkującego wybór oferty najkorzystniejszej. To między innymi opis przedmiotu zamówienia i ustalenie obowiązków umownych decyduje, czy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego można uznać czyniące zadość podstawowym zasadom ustawy Pzp, w tym zasadzie przejrzystości postępowania. Warunkiem zachowania zasady przejrzystości postępowania jest między innymi jednoznaczne określenie przedmiotu zamówienia. Chodzi o to, by wykonawcy, mogli zorientować się i wziąć pod uwagę przy przygotowywaniu ofert, jakie są oczekiwania zamawiającego względem ofert składanych w postępowaniu, w szczególności, w jaki sposób oferty będą oceniane.

W ocenie składu Izby niejednoznaczność opisu odnoszącego się do przedmiotu zamówienia, w tym wymagań ustawowych SWZ, do wprowadzenia których zamawiający jest zobowiązany przepisami rangi szczególnej w stosunku do ustawy Pzp, w ramach prowadzonego postępowania może stanowić negatywną przesłankę udziału w postępowaniu dla wykonawców i może być uznana za wadę takiego postępowania. Brak ustaleń co do wskazania miejsca instalacji, do której dany Wykonawca będzie przekazywał odpady komunalne nie pozwala na przeprowadzenie obiektywnego procesu oceny każdej oferty, na porównanie złożonych ofert, zaś wynik tego porównania nie będzie jednoznacznie wskazywać, która oferta jest lepsza i bardziej realizuje cel zamówienia. Niewątpliwie wybór instalacji, jej usytuowanie i ceny, które oferuje wpływją na kształt ceny oferty. Cena za odbiór danej frakcji odpadów jest niewątpliwie czynnikiem kosztotwórczym w przypadku zamówień na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Brak tych informacji w ofercie utrudnia Zamawiającemu choćby porównanie wiarygodności poziomu cen poszczególnych ofert, sprawdzenie czy cena danej oferty nie jest rażąco niska. Podanie informacji o instalacji pozwala bowiem na ocenę sposobu realizacji świadczenia.

Powyższy wymóg, to jest podanie adresu instalacji, ma swoje odzwierciedlenie w treści art. 6d ust. 4 pkt 5 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t. j. Dz. U. z 2021 r. poz. 888, dalej również jako u.c.p.g.), zgodnie z którym wójt, burmistrz lub prezydent miasta w przypadku sporządzania dokumentów zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych określa w nich 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; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbieranych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady. Wymóg ten ma charakter bezwzględny, co oznacza, że zamawiający nie może się z tego obowiązku w żaden sposób zwolnić.

W związku z faktem, iż przedmiotowe postępowanie dotyczy kompleksowej usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, w świetle treści art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. Zamawiający był zobligowany do zobowiązania wykonawców do wskazania w ofercie instalacji komunalnych, do których będą przekazywane odpady komunalne. Obowiązek ten nie wybrzmiewa z zapisów SWZ, co Izba uważa za fakt bezdyskusyjny.

Zamawiający w stosunku do treści oferty w żaden sposób nie zobowiązał Wykonawców do podania informacji o instalacjach, z których będą korzystać podczas realizacji świadczenia. A samo wskazanie we wzorze umowy, że przed podpisaniem zobowiązania umownego, wybrany Wykonawca zobowiązany jest do podania danych instalacji do umowy, Izba uważa za niewystarczające. Dostrzeżenia wymaga, iż przepisy u.c.p.g. jednoznacznie obligują do wskazania instalacji w ofercie (podkreślenie własne). Oferta to pojęcie o charakterze zdefiniowanym w doktrynie Prawie zamówień publicznych, odnosi się ono do momentu złożenia oświadczenia woli zawarcia umowy drugiej stronie, która musi dane warunki zaakceptować. Wymóg wskazania instalacji w jasny i klarowny sposób odnosi się do momentu złożenia oferty, a nie momentu podpisania zobowiązania umownego. Zamawiający w ten sposób uzyskuje informacje na jakich zasadach dany podmiot będzie świadczenie realizował, co w konsekwencji doprowadzić może do podpisania umowy. W konsekwencji zatem złożenie oferty poprzedza podpisanie umowy i jest odrębnym etapem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Wykaz instalacji, do których dany Wykonawca będzie przekazywał odpady, nie może być traktowany jako wyłącznie obowiązek informacyjny, czy deklaratoryjny. Podmiot składający ofertę składa oświadczenie woli, które nie może być dowolnie zmieniane i które ma charakter wiążący, zatem nie można traktować oferty jako wyłącznie „pisma informacyjnego". Decydując się na wpisanie określonych instalacji do oferty, Wykonawca zobowiązuje się, że właśnie do tych instalacji będzie rzeczywiście przekazywał odpady. Taki jest bowiem charakter oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia i taki jest cel

zamieszczenia przez zamawiającego chociażby w formularzu ofertowym. Możliwa jest przecież sytuacja, że Wykonawca wskaże w ofercie instalacje, którym z różnych przyczyn nie będzie mógł przekazywać odpadów, co powoduje, że jego oferta powinna zostać uznana za niezgodną z wymaganiami SWZ. Tym samym konieczność podania w składanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ofertach informacji o instalacjach ma doniosłe znaczenie prawne dla treści oferty i jej ważności w postepowaniu.

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 SWZ, aby wykonawcy ją podawali, to nie ma żadnych podstaw do zakwestionowania czy pominięcia tego wymogu. Treść przepisu u.c.p.g. jest jasna, jednoznaczna i nie może budzić żadnych wątpliwości. Przepis ten należy potraktować jako lex specialis względem przepisów Pzp i w związku z tym jest to kolejny obowiązek, jaki ustawodawca nakłada na zamawiającego.

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. W wyniku działań Zamawiającego postępowanie zostało obarczone wadą, ponieważ nie zobowiązał on w SWZ 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. Nie ma przy tym znaczenia, w ocenie Izby, że Wykonawcy w toku prowadzonego postępowania na powyższą okoliczność nie zwracali uwagi i nie kwestionowali jej wcześniej, po ogłoszeniu postępowania. To obowiązkiem zamawiającego jest prawidłowe i zgodne z przepisami ukształtowanie zapisów SWZ. Zaniechania w tym zakresie nie mogą obciążać wykonawców, których uprawnieniem jest dążenie do podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego, która będzie ważna i nie objęta sankcją nieważności.

Ostatnią przesłanką prawidłowego zastosowania przepisów umożliwiających unieważnienie postępowania według ustawy 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 wprost do art. 457 ust. 1 ustawy Pzp, w którym wymienione są wszystkie przypadki naruszenia Pzp powodujące konieczność unieważnienia umowy. Odesłania nie można jednak ograniczać wyłącznie do przywołanego przepisu, który zawiera zamknięty i bardzo ograniczony katalog sytuacji powodujących unieważnienie umowy. Taka interpretacja skutkowałaby tym, iż wystąpienie innych wad w postępowaniu nie mogłoby być powodem jego unieważnienia. 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 art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp nie zabrania. Izba zwraca uwagę, że w przepisach ustawy Pzp istnieje możliwość uznania umowy za nieważną na podstawie art. 457 ust. 5 ustawy Pzp który stanowi, że przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Dyspozycja art. 70^5 Kc znajdzie zastosowanie do umów w sprawie zamówień publicznych zawartych w wyniku jakiegokolwiek postępowania otwartego (poprzedzonego ogłoszeniem) prowadzonego w oparciu o przepisy Pzp. Możliwość żądania unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego w oparciu o art. 70^5 Kc jest niezależna od podstaw i ograniczeń unieważnienia na podstawie przepisów Pzp. Mając świadomość, że podstawa ta nie została wskazana w odwołaniu, uwagi te mają charakter dodatkowy, co nie zmienia przekonania Izby, iż przedmiotowe postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego podlega unieważnieniu.

Konkludując, zdaniem Izby odwołanie zasługiwało na uwzględnienie, co odzwierciedla punkt 1 sentencji niniejszego orzeczenia.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 7 ust. 1 pkt 1 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego

Przewodniczący: .....