WYROK

z 7 kwietnia 2022 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ernest Klauziński

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie 5 kwietnia 2022 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 14 marca 2022 r. przez odwołującego: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Bioselect Sp. z o.o. z siedzibą w Rakowie, Z. Z. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Z." Z. Z. z siedzibą w Rakowie oraz J. i S. O. zamieszkałych w Zapałowie w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Świlczy z siedzibą w Świlczy

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania z 7 marca 2022 r.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego: Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Świlczy z siedzibą w Świlczy 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 na rzecz odwołującego kwotę 11 100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez odwołującego z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 579 i 580 ustawy z 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:.....

Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Świlczy z siedzibą w Świlczy (dalej: Zamawiający) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2021 poz. 1129, dalej: Pzp) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego

w trybie podstawowym pn.: „Odbiór, transport i zagospodarowanie komunalnych osadów ściekowych z oczyszczalni ścieków Świlcza - Kamyszyn", numer referencyjny: ZWIK 23/02/2022.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 11 lutego 2022 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych pod numerem Ogłoszenie nr 2022/BZP 0006117/01.

14 marca 2022 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Bioselect Sp. z o.o. z siedzibą w Rakowie, Z. Z. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „Z." Z. Z. z siedzibą w Rakowie oraz J. i S. O. zamieszkałych w Zapałowie (dalej: Odwołujący), wnieśli odwołanie, w którym zaskarżyli niezgodne z przepisami czynności i zaniechania Zamawiającego, zarzucając mu naruszenie art. 255 pkt 6 Pzp przez bezpodstawne unieważnienie postępowania, w sytuacji, gdy okoliczność przywołana przez Zamawiającego jako podstawa unieważnienia nie stanowiła wady postępowania, a tym bardziej wady, która stałaby na przeszkodzie zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;

2. dokonania czynności ponownej oceny ofert.

Odwołujący wniósł ponadto o zasądzenie na jego rzecz kosztów postępowania odwoławczego proporcjonalnie do podniesionych zarzutów i idących za nimi żądań.

Odwołujący w piśmie procesowym z 4 kwietnia 2022 r. wniósł ponadto o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z następujących dokumentów:

1. Sprawozdanie z badań nr SB/84390/08/2020,

2. Sprawozdanie z badań nr SB/84391/08/2020,

3. Sprawozdanie z badań nr SB/84395/08/2020,

4. Sprawozdanie z badań nr SB/84396/08/2020,

5. Sprawozdanie z badań nr SB/84397/08/2020,

6. Umowa o świadczenie usług odbioru i transportu komunalnych osadów ściekowych z 7 sierpnia 2019 r. w Świlczy pomiędzy: PHU „Z." Z. Z. z siedzibą w Rakowie (członek konsorcjum Odwołującego), a Zamawiającym;

7. Umowa o świadczenie usług odbioru i transportu komunalnych osadów ściekowych z 29 listopada 2019 r. w Świlczy pomiędzy: PHU „Z." Z. Z. z siedzibą w Rakowie, a Zamawiającym;

8. Umowa o świadczenie usług odbioru i transportu komunalnych osadów ściekowych z 30 grudnia 2019 r. w Świlczy pomiędzy: PHU „Z." Z. Z. z siedzibą w Rakowie, a Zamawiającym.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał:

Zamawiający 7 marca 2022 r. unieważnił postępowanie powołując się na art. 255 pkt 6 Pzp. Zamawiający poinformował, że postępowanie było obarczone niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na nieprawidłowym opisaniu przedmiotu zamówienia. W rozdziale IV pkt 8 ppkt 7 SWZ wskazano, że przed odbiorem odpadu strony umowy przekażą sobie aktualne wyniki badań: Zamawiający wyniki badań komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05, a wykonawca wyniki badań gruntów, na których będą zagospodarowane komunalne osady ściekowe wraz z określeniem dawki stosowania. Postanowienie to miało być sprzeczne z § 2 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych warunkiem stosowania komunalnych osadów ściekowych. Przepis ten nakazuje wykonywanie badań przez ich wytwórcę odpadów, zatem na gruncie postępowania - Zamawiającego.

Zamawiający uznał więc, że ww. postanowienie SWZ było postanowieniem wprowadzającym w błąd, a ponadto nieprawidłowym w świetle brzmienia przepisów innych ustaw.

Zdaniem Odwołującego nie zaistniała przesłanka unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, dlatego czynność unieważnienia postępowania dokonana przez Zamawiającego była nieprawidłowa. Katalog przesłanek unieważnienia postępowania ma charakter zamknięty, a przesłanki unieważnienia nie mogą być interpretowane rozszerzająco. Podlegają one ścisłej wykładni, a ciężar udowodnienia ich zaistnienia, zarówno w zakresie okoliczności faktycznych, jak i prawnych spoczywał na Zamawiającym, a Zamawiający temu obowiązkowi nie sprostał.

Dla unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Dopiero ta wada postępowania, ma skutkować niemożliwością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia. Wada zaistniała w postępowaniu musi być na tyle istotna, że niemożliwe staje się zawarcie ważnej umowy. Zamawiający nie wykazał spełnienia ani jednej z tych przesłanek. Z literalnego brzmienia pisma informującego o unieważnieniu wynikało, że Zamawiający sam nie nabrał przekonania, czy kwestionowane postanowienie SWZ było tylko nieprecyzyjne i przez

to zaistniała konieczność unieważnienia, czy też dlatego, że postanowienie było niezgodne z przepisami innych ustaw.

Zamawiający nie określił jaki przepis prawa materialnego określony w Pzp został naruszony. Stwierdził on ogólnie, że wada związana była z nieprecyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia, który to opis mógł zostać różnie zrozumiany przez wykonawców i przez to mieć wpływ na sporządzenie oferty. Uwaga powyższa była jednak gołosłowna i nieuzasadniona. Nie została wyjaśniona, ani tym bardziej uprawdopodobniona. Zamawiający nie przywołał jakiegokolwiek przepisu prawa materialnego Pzp, który doznał uszczerbku w związku z określonym postanowieniem SWZ i że uszczerbek ten miał wpływ na niemożność zawarcia umowy.

§ 2 ust. 5 Rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych stanowi, że warunkiem stosowania komunalnych osadów ściekowych jest wykonywanie przez ich wytwórcę badań, o których mowa w § 5 i 6, w tym pobieranie próbek, w laboratoriach, o których mowa w art. 147a ustawy z 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2013 r. poz. 1232, z późn. zm.). W § 5 i 6 tego przepisu mowa jest

o badaniach metodami referencyjnymi osadów ściekowych (§ 5) i gruntów (§ 6). Wnioski, które Zamawiający wyciągnął w piśmie z 7 marca 2022 r. „że to na wytwórcy osadów (tutaj: Zamawiającym) „ciąży obowiązek wykonania" nie tylko badań osadów, ale i badań gruntu, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe", wskazywały na potoczne rozumienie przepisu rozporządzenia. Bowiem z tytułu, że to zamawiający odpowiada za wykonanie badań nie wynikało, że byłby on zobowiązany do osobistego wykonania tych badań i nie może ich zlecić, np. w postaci zamówienia publicznego. Tym bardziej, że „wykonanie badań" przez Zamawiającego ma w istocie postać zlecenia ich wykonania uprawnionemu laboratorium, o którym mowa w art. 147a ustawy z 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska. Kwestionowane przez Zamawiającego postanowienie SWZ jakoby naruszające w sposób istotny przepisy prawa, sprowadzało się w istocie do tego, który podmiot: Zamawiający, czy wykonawca zleci bezpośrednio uprawnionemu laboratorium

wykonanie stosownych badań. Przy czym zastrzec należy, że sama czynność zlecenia będzie irrelewantna dla okoliczności, że odpowiedzialność za badania i ich wyniki spoczywać będzie zawsze w pierwszej kolejności na Zamawiającym (art. 96 ust. 3 ustawy z 14 grudnia 2012 r.

o odpadach) a wiarygodność samego badania związana jest ze statusem laboratorium, opisanym w art. 147a Pzp. Istotne jest także odróżnienie samej czynności zlecenia badania od okoliczności, na czyją rzecz takie zlecenie nastąpi. Z przywołanego postanowienia rozdziału IV pkt 8 ppkt 7 wynikało jedynie, że wykonawca przekaże wyniki gruntów, co podkreśla wyłącznie techniczną formę czynności - przekazanie (wręczenie wyników) przed odbiorem odpadów. Powyższe postanowienie w żadnym razie nie naruszało art. 96 ust. 3 ustawy z 14 grudnia 2012 r. o odpadach, który nakłada odpowiedzialność za przeprowadzenie badań na zamawiającego. To z kolei pozwalało przyjąć wniosek, że badania realizowane będą na rzecz Zamawiającego, a rozdział IV pkt 8 ppkt 7 SWZ w żadnym razie nie uchylał tego wniosku.

Kwestionowane postanowienie SWZ to typowy element opisu na taki sam przedmiot zamówienia, stosowany przez innych zamawiających. Celem wprowadzania takich postanowień do poszczególnych SWZ jest wyłącznie uproszczenie i przyspieszenie procesu zagospodarowywania osadów ściekowych. Na potwierdzenie powyższego Odwołujący przytoczył odpowiednie fragmenty specyfikacji Wodociągów Raciborskich Sp. z o.o. na odbiór i zagospodarowanie odpadów o kodach 19 08 01, 19 08 02, 19 08 05 oraz Miejskich Wodociągów i Kanalizacji w Chodzieży Sp. z o.o.

28 marca 2022 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie i wniósł o jego oddalenie. Uzasadniając swoje stanowisko Zamawiający wskazał m. in.:

Po otwarciu ofert, Zamawiający powziął informację, że postępowanie obarczone było niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia.

Rozdział IV pkt 8 ppkt 7 był sprzeczny z § 2 ust. 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie stosowania komunalnych osadów ściekowych. Zgodnie z tym rozporządzeniem, to na wytwórcy osadów ciąży obowiązek wykonania badań gruntu, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe, więc postanowienie w SWZ, że to „Wykonawca przekaże wyniki badań gruntów... ” było niezgodny z obowiązującymi przepisami.

Nieprecyzyjnie opisany przedmiot zamówienia mógł mieć wpływ na wynik postępowania, gdyż każdy z potencjalnych wykonawców powinien pozyskać informacje o istotnym znaczeniu dla przygotowania oferty i jej obligatoryjnych elementach. Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia, mógł również mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaoferowanie innej usługi, niż oczekiwana przez Zamawiającego oraz prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Ponadto postanowienia SWZ i opisu przedmiotu zamówienia nie mogły pozostawać w sprzeczności z przepisami innych obowiązujących ustaw.

Przepisy art. 96 ustawy o odpadach regulują zasady i warunki odzysku komunalnych osadów ściekowych polegających na ich stosowaniu na powierzchni ziemi lub wprowadzanie ich do gleby. Osad ściekowy jest surowcem potencjalnie niebezpiecznym, dlatego należy z nim postępować według ściśle określonych zasad. Możliwości zagospodarowania osadów ściekowych precyzuje ustawa o odpadach z 14 grudnia 2012 r. (Dz. U. z 2021 r. poz. 779) oraz rozporządzenie Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie stosowania komunalnych osadów ściekowych. Dlatego obowiązkowo przed zastosowaniem, osady należy zbadać, podobnie jak grunty, na które mają trafić. Komunalne osady ściekowe mogą być przekazywane właścicielowi gruntów przez wytwórcę tych osadów, który odpowiedzialny jest za przebadanie i prawidłowe ich zastosowanie. Wytwórca powinien przekazać rolnikowi wyniki badań jakości osadów i gruntów oraz informacje o dawkach osadów, które można stosować na poszczególnych gruntach. Obowiązkiem wytwórcy komunalnych osadów ściekowych jest również pisemne powiadomienie Wojewódzkiego Inspektora Ochrony Środowiska o zamiarze przekazania tych osadów użytkownikowi ziemi, na której te osady mają być stosowane, na co najmniej 7 dni przed przekazaniem.

Zgodnie z art. 185 ustawy o odpadach, karze aresztu albo grzywny podlega wytwórca komunalnych osadów ściekowych, który niezgodnie z art. 96 ust. 6 i 7, przed stosowaniem, nie poddaje badaniom komunalnych osadów ściekowych oraz gruntów, na których osady te mają być stosowane albo nie przekazuje wraz z komunalnymi osadami ściekowymi informacji o dawkach osadów oraz wyników badań. Zamawiający winien działać w granicach prawa.

Brak w SWZ jednoznacznych postanowień dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a mających wpływ na sposób wyceny oferty był niedopuszczalny, bo wykonawcy mogliby zaoferować różne usługi. Z tego też względu Zamawiający zadecydował o unieważnieniu

postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy Izba, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie i piśmie procesowym Odwołującego, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 528 Pzp.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba ustaliła wystąpienie przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienie po stronie odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku kwestionowanych czynności zamawiającego.

Mając na uwadze powyższe Izba merytorycznie rozpoznała złożone odwołanie, uznając, że zasługuje ono na uwzględnienie.

Rozpoznając odwołanie Izba przeprowadziła dowody z dokumentacji postępowania, ze szczególnym SWZ i dokumentów dotyczących uwzględnieniem uzasadnienia unieważnienia postępowania.

Dokumenty załączone do pisma procesowego Odwołującego z 4 kwietnia 2022 r. Izba uznała za nieprzydatne dla rozstrzygnięcia - spór między stronami sprowadzał się do oceny zgodności z prawem Rozdziału IV pkt 8 ppkt 7 SWZ i jej skutków. Z tego względu okoliczność dysponowania przez Odwołującego wynikami określonych badań nie miała znaczenia

w sprawie.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z Sekcją VIII Ogłoszenia o zamówieniu termin składania ofert w postępowaniu wyznaczony został na 25 lutego 2022 r., na godz. 10.00. W terminie tym złożone zostały dwie oferty.

Osią sporu między stronami było zawarte w rozdziale IV SWZ (Opis przedmiotu zamówienia) postanowienie zawarte w punkcie 8, ppkt 7:

„Przed odbiorem odpadu strony umowy przekażą sobie aktualne wyniki badań: Zamawiający wyniki badań komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05, a Wykonawca wyniki badań gruntów, na których będą zagospodarowane komunalne osady ściekowe wraz z określeniem dawki stosowania”.

7 marca 2022 r. Komisja przetargowa Zamawiającego rekomendowała unieważnienie postępowania uznając, że powyższe postanowienie SWZ jest błędne w sposób skutkujący niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W tym samym dniu Zamawiający upublicznił informację o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 Pzp. W zakresie uzasadnienia dokonanej czynności Zamawiający wskazał:

„Po otwarciu ofert, w trakcie trwania czynności badania, Zamawiający powziął informację, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na

nieprecyzyjnym opisie przedmiotu zamówienia. W Specyfikacji Warunków Zamówienia w Rozdziale IV pkt 8 ppkt 7) błędnie wskazano, że (...) przed odbiorem odpadu strony umowy przekażą sobie aktualne wyniki badań: Zamawiający wyniki badań komunalnych osadów ściekowych o kodzie 19 08 05, a Wykonawca wyniki badań gruntów, na których będą zagospodarowane komunalne osady ściekowe wraz z określeniem dawki stosowania. Zgodnie z § 2 ust. 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych

(Dz. U. z 2015 roku, poz. 257) (...) Warunkiem stosowania komunalnych osadów ściekowych jest wykonywanie przez ich wytwórcę badań, o których mowa w § 5 i 6, w tym pobieranie próbek, w laboratoriach, o których mowa w art. 147a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska (Dz. U. z 2013 r. poz. 1232, z późn. zm.).

Zgodnie z przywołanym wyżej rozporządzeniem, to na wytwórcy osadów ciąży obowiązek wykonania badań gruntu, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe. Nieprecyzyjnie opisany przedmiot zamówienia ma wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż każdy z potencjalnych wykonawców powinien pozyskać informacje o istotnym znaczeniu dla przygotowania oferty i jej obligatoryjnych elementach. Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia, mógł mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaoferowanie innej usługi, niż oczekiwana przez Zamawiającego oraz prawidłowe skalkulowanie ceny oferty. Mając powyższe na uwadze uznać należy, iż zachodzi przesłanka unieważnienia postępowania zgodnie z poniższym uzasadnieniem prawnym (.)".

Wskazane w uzasadnieniu unieważnienia postępowania przepisy rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych brzmią:

§ 2 ust. 5:

Warunkiem stosowania komunalnych osadów ściekowych jest wykonywanie przez ich wytwórcę badań, o których mowa w § 5 i 6, w tym pobieranie próbek, w laboratoriach, o których mowa w art. 147a ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska;

§ 5

1. Badania metodami referencyjnymi komunalnych osadów ściekowych obejmują ustalenie:

1) wartości pH;

2) zawartości s.m. - wyrażonej w procentach masy komunalnych osadów ściekowych;

3) zawartości substancji organicznej - wyrażonej w procentach s.m.;

4) zawartości azotu ogólnego, w tym azotu amonowego - wyrażonej w procentach s.m.;

5) zawartości fosforu ogólnego - wyrażonej w procentach s.m.;

6) zawartości wapnia i magnezu - wyrażonej w procentach s.m.;

7) zawartości metali ciężkich: ołowiu, kadmu, rtęci, niklu, cynku, miedzi i chromu - wyrażonej w mg/kg s.m.;

8) obecności bakterii chorobotwórczych z rodzaju Salmonella w 100 g osadu;

9) liczby żywych jaj pasożytów jelitowych Ascaris sp., Trichuris sp., Toxocara sp. w kg s.m.

2. Badania metodami referencyjnymi komunalnych osadów ściekowych przeznaczonych

do stosowania przeprowadza się z częstotliwością zależną od obciążenia oczyszczalni ścieków, wyrażonego równoważną liczbą mieszkańców w rozumieniu art. 86 ust. 3

pkt 2 ustawy z dnia 20 lipca 2017 r. - Prawo wodne (Dz.U. z 2021 r. poz. 2233 i 2368 oraz z 2022 r. poz. 88), nie rzadziej niż:

1) raz na sześć miesięcy - przy równoważnej liczbie mieszkańców do 10 000;

2) raz na cztery miesiące - przy równoważnej liczbie mieszkańców powyżej 10 000 do 100 000;

3) raz na dwa miesiące - przy równoważnej liczbie mieszkańców ponad 100 000.

3. Próbkę komunalnego osadu ściekowego, przeznaczoną do badań, o których mowa w ust. 1, uzyskuje się przez połączenie i dokładne zmieszanie próbek pobranych w tym samym czasie z różnych miejsc przeznaczonych do badań metodami referencyjnymi komunalnych osadów ściekowych, przy czym liczba tych próbek wynosi co najmniej:

1) 10 - przy objętości osadów ściekowych do 50 m^3;

2) 15 - przy objętości osadów ściekowych powyżej 50 m^3 do 100 m^3;

3) 30 - przy objętości osadów ściekowych powyżej 100 m^3.

4. Metody referencyjne badań komunalnych osadów ściekowych określa załącznik nr 4 do rozporządzenia.

§ 6

1. Badania gruntów metodami referencyjnymi, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe, obejmują ustalenie:

1) wartości pH;

2) zawartości fosforu przyswajalnego w przeliczeniu na P_2O_5 (pięciotlenek fosforu), jeżeli osad będzie stosowany w rolnictwie - wyrażonej w mg/100 g gleby;

3) zawartości metali ciężkich: ołowiu, kadmu, rtęci, niklu, cynku, miedzi i chromu - wyrażonej w mg/kg s.m.

2. Badania gruntów wykonuje się każdorazowo przed skierowaniem danej partii komunalnych osadów ściekowych do zastosowania na gruncie.

3. Próbkę gruntu do badań metodami referencyjnymi uzyskuje się przez zmieszanie 25 próbek pobranych w punktach regularnie rozmieszczonych na powierzchni nieprzekraczającej 5 ha, o jednorodnej budowie i jednakowym użytkowaniu.

4. Próbki, o których mowa w ust. 3, pobiera się do głębokości 25 cm albo do maksymalnej możliwej głębokości nie mniejszej niż 10 cm, jeżeli powierzchniowa warstwa gleby jest mniejsza od 25 cm.

5. Metody referencyjne badań gruntów, na których mają być stosowane komunalne osady ściekowe, określa załącznik nr 5 do rozporządzenia.

Biorąc pod uwagę powyższe Izba uznała, że unieważnienie postępowania z przyczyn wskazanych w uzasadnieniu tej czynności z 7 marca 2022 r. było nieprawidłowe i nie wypełniało przesłanek określonych w art. 255 pkt 6 Pzp. Zgodnie z tym przepisem zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Zamawiający uznał, że unieważnienie postępowania jest zasadne ze względu na fakt sprzeczności przytoczonego wyżej § 2 ust. 5 rozporządzenia Ministra Środowiska z 6 lutego 2015 r. w sprawie komunalnych osadów ściekowych z Rozdziałem IV pkt 8 ppkt 7 SWZ. Sprzeczność ta polegać miała na tym, że to wykonawca ma przekazać wyniki badań gruntów, na których będą zagospodarowane komunalne osady ściekowe wraz z określeniem dawki stosowania, nie zaś - zgodnie z przytoczonymi wyżej przepisami rozporządzenia - sam Zamawiający.

W ocenie Izby powyższe wnioski Zamawiającego były błędne. § 2 ust. 5 przedmiotowego rozporządzenia nie wprowadza żadnych ograniczeń, co do możliwości zlecenia realizacji obowiązków wytwórcy odpadów innemu podmiotowi. Tym samym - jak słusznie twierdził Odwołujący - w pełni możliwe jest, by Zamawiający powierzył np. wykonawcy przedmiotu zamówienia realizację badań gruntu. Wykonawca wykonując badania musiałby zrobić to w imieniu i na rzecz Zamawiającego i taki sposób realizacji postanowienia Rozdziału IV pkt 8 ppkt 7 SWZ byłby w pełni prawidłowy.

Co istotne - zgodnie z Rozdziałem IV pkt 4 SWZ:

„Wykonawca przy realizacji zadania musi przestrzegać przepisów ustawy z dnia 14 grudnia

2012 roku o odpadach (jednolity tekst: Dz. U. z 2021 r., poz. 779 z późniejszymi zmianami), rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 6 lutego 2015 roku w sprawie komunalnych osadów ściekowych (Dz. U. z 2015 roku, poz. 257) oraz ustawy Prawo ochrony środowiska z dnia 27 kwietnia 2001 roku (jednolity tekst: Dz. U. z 2021 r., poz. 1973 z późniejszymi zmianami)".

Z tego też względu, skoro postępowanie adresowane jest do podmiotów profesjonalnych, to przyjąć należy, że są one świadome (bądź powinny być) zakresu obowiązków wynikających z przedmiotowego rozporządzenia. Wobec brzmienia Rozdziału IV pkt 8 ppkt 7 SWZ wykonawcy biorący udział w postępowaniu mieli podstawy zakładać, że ich obowiązkiem będzie wykonanie badań gruntu w imieniu Zamawiającego. Biorąc pod uwagę treść uzasadnienia unieważnienia postępowania można dość do wniosku, że Zamawiający obawiał się tego, czy wykonawcy faktycznie w taki sposób zrozumieli zakres swoich obowiązków wynikających z SWZ. Zamawiający wszak wskazał: „Nieprecyzyjnie opisany przedmiot zamówienia ma wpływ na wynik przedmiotowego postępowania, gdyż każdy z potencjalnych wykonawców powinien pozyskać informacje o istotnym znaczeniu dla przygotowania oferty

i jej obligatoryjnych elementach. Tak sporządzony opis przedmiotu zamówienia, mógł mieć wpływ na sporządzenie oferty, zaoferowanie innej usługi, niż oczekiwana przez Zamawiającego oraz prawidłowe skalkulowanie ceny oferty". Żaden z wykonawców zainteresowanych złożeniem oferty w postępowaniu nie zadał jakiegokolwiek pytania, co do treści SWZ, zatem zakres obowiązków w ramach realizacji przedmiotu zamówienia nie budził wątpliwości.

Dlatego też właściwy sposób rozumienia obowiązków wynikających z Rozdziału IV pkt 8 ppkt 7 SWZ to kwestia oceny zgodności oceny ofert z SWZ. Sporne postanowienie SWZ nie daje natomiast podstaw do uznania, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:.....