Sygn. akt: KIO 867/22

WYROK

z dnia 7 kwietnia 2022 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Rams

Protokolant: Mikołaj Kraska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 kwietnia 2022 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 marca 2022 r. przez wykonawcę Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu,

w postępowaniu prowadzonym przez Miejski Zarząd Dróg w Opolu,

orzeka:

1 Uwzględnia odwołania i nakazuje zamawiającemu Miejskiemu Zarządowi Dróg w Opolu:

(i) unieważnienie czynności unieważnienia postępowania; (ii) kontynuowanie procesu badania i oceny ofert złożonych w postępowaniu.

2. Kosztami postępowania odwoławczego obciąża zamawiającego Miejski Zarząd Dróg w Opolu i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 7.500 zł 00 gr (słownie: siedem tysięcy pięćset zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu tytułem wpisu od odwołania;

2.2 zasądza od zamawiającego Miejskiego Zarządu Dróg w Opolu rzecz wykonawcy Remondis Opole Sp. z o.o. z siedzibą w Opolu kwotę 11.100 zł 00 gr (słownie: jedenaście tysięcy sto złotych zero groszy) tytułem zwrotu kosztów wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: .....

Sygn. akt: KIO 867/22

UZASADNIENIE

W dniu 28 marca 2022 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie wykonawcy Remondis Opole sp. z o.o. (dalej „Odwołujący") zarzucając zamawiającemu Miejskiemu Zarządowi Dróg w Opolu (dalej „Zamawiający") naruszenie art. 255 ust. 6 w zw. z art. 457 ust. 1 Pzp oraz art. 260 ust. 1 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp poprzez niezasadne unieważnienie Postępowania oraz zaniechanie wykazania w uzasadnieniu faktycznym i prawnym spełnienia wszystkich przesłanek uprawniających Zamawiającego do unieważnienia Postępowania.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu: unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania; kontynuowania czynności badania i oceny ofert i czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu podniesionych zarzutów Odwołujący wskazał, że Zamawiający prowadził Postępowanie na „Oczyszczanie miasta w zakresie: opróżnianie i bieżące utrzymanie koszy ulicznych na terenie miasta Opola". W Postępowaniu zostały złożone trzy oferty, spośród których w dniu 14.03.2022 r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniej. W terminie ustawowym, 21.03.2022 r. Odwołujący wniósł odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, podnosząc zarzuty: rażąco niskiej ceny, niespełniania przez wybranego wykonawcę warunk w udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień na dzień składania ofert oraz w związku z tym - wprowadzenie Zamawiającego błąd poprzez złożone w dniu składania ofert oświadczenie o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu, niezłożenia wraz z ofertą oświadczenia, o którym mowa art. 117 ust. 4 Pzp, co prowadziło do braku wykazania spełniania war nku udziału w postępowaniu w zakresie posiadanych uprawnień i waru u dotyczącego doświadczenia wykonawców wspólnie ubiegających się o z mówienie.

Odwołujący wskazał, że jeszcze przed wyznaczeniem terminu posiedzenia w sprawie wniesionego przez Odwołującego odwołania od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, Zamawiający w dniu 23.03.2022 r. opublikował informację o unieważnieniu czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz unieważnieniu Postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 Pzp.

Jako uzasadnienie faktyczne unieważnienia Postępowania Zamawiający wskazał, iż w warunku udziału w postępowaniu określonym w Rozdz. 9 pkt 2 ppkt 2 SWZ, Zamawiający podał wadliwy kod odpadów: 20 03 39, na którego transport wykonawcy powinni posiadać wymagane zezwolenie (wpis w rejestrze BDO). Zamawiający wskazał jedynie, że „przedmiotowy kod nie istnieje, w związku z czym żaden z Wykonawców na etapie dokonanego badania i oceny ofert nie ma obiektywnej możliwości spełnienia powyższego warunku. Co za tym idzie, wada postępowania w zakresie błędnie określonego warunku skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powyższe ma nieusuwalny charakter i nie może zostać skorygowane przez Zamawiającego w toku prowadzonego postępowania poprzez unieważnienie lub powtórzenie nieprawidłowej czynności. "

W ocenie Odwołującego, Zamawiający zaniechał wykazania, jakie przepisy ustawy zostały naruszone poprzez wadliwe wskazanie kodu odpadów, jak również nie przedstawił w uzasadnieniu pełnej analizy stanu faktycznego i okoliczności potwierdzających spełnienie wszystkich przesłanek umożliwiających unieważnienie postępowania. Zakończenie postępowania o udzielenie zamówienia bez jego rozstrzygnięcia, poprzez czynność unieważnienia, ma charakter wyjątkowy i dopuszczalne jest wyłącznie w przypadku łącznego spełnienia wszystkich przesłanek, zgodnie z ich ścisłą interpretacją. Nie może być to czynność podejmowana przez Zamawiającego dowolnie czy też w przypadku każdej wady postępowania. W szczególności, unieważnienie postępowania nie może być drogą do uniknięcia rozpoznania przez Krajową Izbę Odwoławczą naruszeń zarzucanych Zamawiającemu, jak to może mieć miejsce w Postępowaniu. Świadczyć o tym może w

ocenie Odwołującego znikoma waga podnoszonej przez Zamawiającego „wady", która mimo wcześniejszej weryfikacji dokumentów potwierdzających spełnianie warunku udziału w postępowaniu przez wykonawcę, którego oferta została oceniona jako najkorzystniejsza, została dostrzeżona przez Zamawiającego dopiero po wpłynięciu odwołania. Jak również, lakoniczność uzasadnienia unieważnienia sporządzonego przez Zamawiającego i pominięcie odniesienia się w nim do wszystkich okoliczności stanu faktycznego i przesłanek istotnych z punktu widzenia podjętej czynności. Odwołujący powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 13 sierpnia 2021 r., KIO 2189/21: „W ramach uwag ogólnych skład orzekający przyjął, że treść art. 254 PZP określa dwie możliwości zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia: zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego albo unieważnienie postępowania. Jakkolwiek obie powyżej określone możliwości należy uznać za wywołujące ten sam skutek tj. zakończenie postępowania, to zamawiający jako gospodarz postępowania nie może dowolnie wybierać sposobu jego zakończenia. Wprowadzając art. 254 Pzp, ustawodawca potwierdził cywilnoprawny obowiązek zamawiającego doprowadzenia postępowania do końca w drodze zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania natomiast, dopuszczalne jest wyłącznie wtedy, gdy zawarcie ważnej umowy jest niemożliwe lub niecelowe z powodu okoliczności wyraźnie wskazanych w ustawie (art. 255-258 Pzp). W związku z tym przepisy dotyczące unieważnienia postępowania powinny być interpretowane z zastosowaniem wykładni zawężającej. "

Odwołujący wskazał, że ustawa PZP przewiduje zamknięty katalog podstaw do unieważnienia postępowania, jak również - podstaw do unieważnienia zawartej umowy w sprawie zamówienia publicznego. Powołując się na przesłankę unieważnienia postępowania z art. 255 ust.6 Pzp, Zamawiający powinien odnieść się do ściśle określonych przesłanek unieważnienia umowy. Odwołujący powołał się na wyrok z dnia lipca 2021 r., sygn. KIO 1580/21 oraz o sygn. KIO 2309/21.

W ocenie Odwołującego, żadna z przesłanek zawartych w przepisie art. 457 ust. 1 PZP nie znajduje zastosowania do przedmiotowej sytuacji ani nie obejmuje wady wskazanej przez

Zamawiającego jako podstawa unieważnienia Postępowania. Jednocześnie, jak wskazuje orzecznictwo oraz konieczność ścisłej interpretacji przepisów opisujących sytuacje wyjątkowe (do jakich należy unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia bez jego rozstrzygnięcia), nie każda wada występująca w postępowaniu uprawnia do czynności unieważnienia postępowania, szczególnie jeśli jest możliwe zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 2309/21.

Odwołujący wskazał, że uwzględniając charakter wskazanej przez Zamawiającego wady oraz wszystkie okoliczności sprawy, należy stwierdzić, iż wadliwe wskazanie kodu odpadów, dla którego wymagane są uprawnienia transportowe nie ma wpływu na wynik postępowania, a tym bardziej - nie doprowadzi do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu z jakichkolwiek przyczyn. Ze względu na przedmiot postępowania, rynek wykonawców zainteresowanych i zdolnych do skutecznego ubiegania się o udzielenie zamówienia oraz jego realizacji, ograniczony jest do profesjonalistów, posiadających m.in. wymagane doświadczenie i potencjał osobowy i techniczny do świadczenia usług objętych postępowaniem. Żaden z tych wykonawców nie zgłaszał jakichkolwiek pytań, wątpliwości czy zastrzeżeń do pojawiającego się w SWZ kodu odpadów 20 03 39. Dla wszystkich uczestników postępowania było bowiem oczywiste, że doszło do ewidentnej omyłki, a wymaganym kodem jest kod 20 01 39.

Kod 20 01 39 to kod oznaczający „tworzywa sztuczne". Ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest opróżnianie koszy ulicznych „odpady mieszane" oraz „odpady segregowane" jest oczywistym, że kodem, który należało uwzględnić w ramach wymaganych uprawnień jest właśnie kod 20 01 39, czyli tworzywa sztuczne. Jest to ewidentne patrząc na pozostałe kody wymienione w warunku w Rozdz. 9, czyli kod 20 01 01 („papier i tektura"), 20 01 02 („szkło"), 20 03 01 („odpady zmieszane") oraz 20 03 99 („odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach"). Wśród takiej grupy kodów, w sposób ewidentny brakującym rodzajem odpadów w ramach odpadów segregowanych są właśnie „tworzywa sztuczne". Pomięcie tego rodzaju odpadów byłoby nielogiczne, jak również nie mogło budzić wątpliwości, że właśnie kodem 20 01 39 należałoby zastąpić nieistniejący kod „20 03 39".

W ocenie Odwołującego wskazywana przez Zamawiającego „wada" postępowania to w istocie oczywista omyłka, co do której omyłkowego charakteru żaden z uczestników

postępowania nie miał wątpliwości i odczytywał ją jako poprawny „brakujący” kod 20 01 39, czyli „tworzywa sztuczne". Wbrew zatem twierdzeniom Zamawiającego, wskazywana przez niego „wada” nie ma charakteru nieusuwalnego, gdyż omyłkę w treści warunku ze względu na jej nieistotność oraz wyraźny kontekst tego Postępowania, wykonawcy mogą usunąć (i de facto usunęli) samodzielnie stosując wykładnię treści warunku zgodną z ewidentną intencją Zamawiającego, ich profesjonalizmem oraz przepisami ustawy, np. art. 112 ust. 1 Pzp czy też art. 117 ust. 2 Pzp. Świadczy o tym wskazany powyżej fakt, iż żaden z wykonawców na etapie przygotowywania oferty nie zgłosił żadnych zastrzeżeń, co do omyłkowego wskazania przez Zamawiającego nieistniejącego kodu odpadów. W ocenie Odwołującego, gdyby któryś z nich miał problem z odczytaniem intencji Zamawiającego, to miał podstawy do zwrócenia się o wyjaśnienie treści SWZ. Brak takich pytań lub wniosków wskazuje na oczywistość zarówno pomyłki, jak i sposobu, w jaki warunek powinien być prawidłowo odczytany.

Ponadto, Odwołujący wskazał, że wykonawca, którego wezwano do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 274 ust. 1 Pzp, uzupełnił potwierdzenie wpisu w rejestrze BDO zezwolenia na transport z dodatkowymi, brakującymi wcześniej w treści jego wpisu w BDO kodami: 20 01 01, 20 01 02 oraz 20 01 39 - potwierdza to, że wykonawca ten odczytywał, iż to kod 20 01 39 należało objąć wymaganym postępowaniu zezwoleniem.

Również Odwołujący przyznaje się do omyłkowego przekopiowania w treści odwołania z dnia 21.03.2022 r. (odwołanie od czynności wyboru oferty najkorzystniejszej) obarczonego omyłką kodu 20 03 39, przy m, oczywistym było dla podmiotu profesjonalnego na rynku odbioru i za zagospodarowania odpadów jakim jest Odwołujący, że chodziło właśnie o kod 20 01 39 (tworzywa sztuczne). Powielona w odwołaniu z dnia 21.03.2022 r. omyłkowo w oznaczeniu kodu odpadów, nie stanowiła przy tym żadnej przeszkody w sformułowaniu ani odczytaniu treści stawianego zarzutu, który nie dotyczył posiadania przez wybranego wykonawcę zezwolenia na transport odpadów o nieistniejącym kodzie, ale o nie posiadaniu przez niego wymaganych uprawnień na dzień składania ofert (i wprowadzenie Zamawiającego w błąd w tym z kresie).

Odwołujący wskazał, że nie kwestionował przy tym, że uzupełniony przez wybranego wykonawcę po dniu składania ofert wpis w BDO był już prawidłowy (tj. obejmował brakujące kody, w tym kod 20 01 39). Powyższe stanowi właśnie podstawę do uzasadnionych wątpliwości, co do zgodności działania Zamawiającego nie tylko z art. 255 ust. 6 Pzp, ale również art. 16 Pzp, gdyż w przypadku unieważnienia Postępowania, powyższe zarzuty co o niespełniania warunku udziału w postępowaniu, a przede wszystkim wprowadzenia Zamawiającego w błąd w sposób kwalifikujący się jako podstawa wykluczenia, staną się bezprzedmiotowe, bez wyciągnięcia negatywnych konsekwencji wobec wykonawcy, który ubiegał się o uzyskanie zamówienia z naruszeniem zasad uczciwej konkurencji.

Odwołujący wskazał również, że żaden z wykonawców biorących udział w postępowaniu w sposób oczywisty nie posiada zezwolenia na transport odpadów o nieistniejącym kodzie 20 03 39, ale ze względu na oczywistość pomyłki Zamawiającego - nie stało to na przeszkodzie złożenia przez trzech konkurencyjnych wykonawców ofert w postępowaniu i nie przeszkodziło to Zamawiającemu dokonać wyboru oferty najkorzystniejszej. Wskazana przez Zamawiającego wada nie miała i nie mogłaby mieć również wpływu na wybór oferty najkorzystniejszej. Jak wskazano, żaden z wykonawców nie posiada wpisu o tym kodzie i nie może go posiadać, ale też, od żadnego z nich wpis zawierający ten kod nie był oczekiwany (ani przy badaniu podmiotowych środków dowodowych przez Zamawiającego ani przy kwestionowaniu prawidłowości tego badania przez Odwołującego w odwołaniu z dnia 2.03.2022 r.). Zatem nawet gdyby wyjść poza katalog przesłanek, o których owa w art. 457 i dokonać oceny zasadności unieważnienia z punktu widzenia dawniej obowiązującego art. 146 ust. 6 ustawy Prawo zamówień publicznych z 2004 r., wskazana przez Zamawiającego wada (będąca w rzeczywiści oczywistą pomyłką) nie daje podstaw do stwierdzenia, iż umowa zawarta w wyniku Postępowania podlegałaby unieważnieniu. Odwołujący powoła się na wyrok KIO 1098/19 oraz wyrok KIO 2412/19.

W ocenie Odwołującego, wobec powyższego, w Postępowaniu nie wystąpiły podstawy do jego unieważnienia, w szczególności wskazana przez Zamawiając go podstawa z art. 255 ust. 6 Pzp, gdyż błędne wskazanie w ramach warunku udziału w Postępowaniu kodu 20 03 39 zamiast kodu 20 01 39 nie stoją na przeszkodzie zawarciu niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a przedstawiona przez Zamawiające o informacja o unieważnieniu postępowania nie zawiera przedstawieni okoliczności faktycznych i prawnych, które mogłyby wskazywać na zasadność podjętej czynności

unieważnienia Postępowania. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, Zamawiający zobowiązany jest do analizy i uwzględnienia wszystkich okoliczności sprawy. Jego ocena zasadności unieważnienia postępowania nie może ograniczać się o stwierdzenia wystąpienia błędu w przygotowanej dokumentacji postępowania. Jednolite stanowisko orzecznictwa potwierdza, że do unieważnienia postępowania powinno dochodzić wyłącznie w ostateczności i wtedy, gdy wada ma charakter rzeczywiście istotny i wpływający na przyszłą umowę o zamówienie w sposób stanowiący podstawę do jej unieważnienia. Jak wykazano, ta a sytuacja nie występuje w przypadku Postępowania i stwierdzonego przez Zamawiającego błędu w warunku udziału w postępowaniu. Odwołujący powołał się na wyrok KIO 3115/21.

Izba ustaliła co następuje:

Izba ustaliła, że Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn.: „Oczyszczanie miasta w zakresie: opróżnianie i bieżące utrzymanie koszy ulicznych na terenie Miasta Opola”.

Izba ustaliła, że w Rozdziale 9 pkt 2 ppkt 2) SWZ, Zamawiający określił warunek udziału w postępowaniu dotyczący uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej, wskazując wyraźnie, iż: W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający żąda przedłożenia: wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa w zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t. j. Dz.U. 2021, poz. 2151), zawierające zezwolenie na transport odpadów o kodach 20 01 01, 20 01 02, 20 03 39, 20 03 01, 20 03 99. Zamawiający określił, iż zgodnie z art. 274 ust. 1 Pzp, wezwie wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa w zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. z dnia 14 grudnia 2012 r. (t. j. Dz.U. 2021, poz. 2151).

Izba ustaliła, że w postępowaniu oferty złożyło trzech wykonawców: Odwołujący, konsorcjum wykonawców Jan Chyla prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Auto Service Naprawa i Diagnostyka Samochodów Jan Chyla oraz J.P.S. Serwis sp. z o.o. z siedzibą w Kędzierzynie Koźlu (dalej „Konsorcjum”) oraz wykonawca Zakład Usług Drogowych i Komunalnych Dromar M. K. .

Izba ustaliła, że Konsorcjum wraz z ofertą w dniu 3.03.2022 r. złożyło oświadczenie o potwierdzeniu spełnienia warunków udziału w postępowaniu na dzień składania ofert.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 8 marca 2022 r. wezwał Konsorcjum to złożenia dokumentów zgodnie z art. 274 ust. 1 Pz, w tym w celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej - wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszałka Województwa w zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (t.j. Dz.U. 2021, poz. 2151), zawierające zezwolenie na transport odpadów o kodach 20 01 01, 20 01 02, 20 03 39, 20 03 01, 20 03 99.

Izba ustaliła, że Konsorcjum w dniu 11.03.2022 r. złożyło dokumenty. Wykonawca wskazał, że lider konsorcjum Auto Service Naprawa i Diagnostyka Samochodów Jan Chyla posiada wpis do rejestru BDO prowadzonego przez Marszałka Województwa Opolskiego w zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 o wymaganych

przez Zamawiającego kodach odpadów: 20 10 01, 20 10 02, 20 01 39, 20 03 01, 20 03 99.

Izba ustaliła, że w dniu 14 marca 2022 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wynikach postępowania przetargowego. Oferta Konsorcjum została uznana za najkorzystniejszą. Zamawiający wskazał, że wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu określone w rozdziale 9 oraz 10 SWZ (warunki pozytywne i negatywne). Złożona przez ww. Wykonawcę oferta mogła uzyskać maksymalną ocenę: 100 punktów. Kryterium oceny ofert była: cena oraz czas reakcji realizacji zlecenia interwencyjnego.

W dniu 23 marca 2022 r. Zamawiający unieważnił postępowanie. W decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp. Zamawiający wskazał, że unieważnia:

1. dokonaną czynność z dnia 14.03.2022 r., tj. wybór oferty najkorzystniejszej, pismem

   pn.: Informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej ora: informacja o Wykonawcach, których oferty zostały odrzucone;

2. przedmiotowe postępowanie na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp tj.

   postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia

   publicznego.

Zamawiający w Specyfikacji Warunków Zamówienia, zwanej dalej „SWZ", wymagał w Rozdziale 9 SWZ: „ celu potwierdzenia spełniania przez wykonawcę warunków udziału postępowaniu dotyczących wymaganych uprawnień do prowadzenia określonej działalności gospodarczej lub zawodowej. Zamawiający żądał przedłożenia: wpisu do rejestru prowadzonego przez właściwego Marszalka Województwa zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r. (l. j. Dz. U. 2021, poz. 2151), zawierającą zezwolenie na transport odpadów 0 kodach 20 01 01, 20 01 02. 20 03 39, 20 03 01, 20 03. Konstrukcja warunku w oparciu o wskazane kody, które Wykonawcy powinni posiadać w zezwoleniu na transport zawartym w rejestrze prowadzonym przez właściwe organ Marszalka Województwa w zakresie transportu odpadów zgodnie z ustawą o odpadach z dnia 14 grudnia 2012 r., zawiera wadliwie określony przez Zamawiającego kod 20 03 39. Przedmiotowy kod nie istnieje, w związku z czym żaden z Wykonawców na etapie dokonanego badania i oceny ofert nie ma obiektywnej możliwości spełnienia powyższego warunku. Co za tym idzie, wada postępowania w zakresie błędnie określonego warunku skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publiczne. Powyższe ma nieusuwalny charakter i nie może zostać skorygowane przez Zamawiającego.

Izba zważyła co następuje:

W ocenie Izby, Odwołujący zasadnie podniósł zarzut nieprawidłowego unieważnienia postępowania przez Zamawiającego.

Wskazać należy na wstępie, że ustawodawca w art. 255 ustawy Pzp określił w sposób enumeratywny przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Przesłanki te nie mogą być rozszerzane w drodze interpretacji, a postępowanie zamawiającego w tym zakresie powinno być pozbawione jakichkolwiek cech uznaniowości. Zgodnie z treścią art. 255 ust. 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.

Należy zauważyć, że zastosowanie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania trzech okoliczności, których łączne wystąpienie skutkuje koniecznością zastosowania przepisu. Po pierwsze, musi wystąpić naruszenie przepisów ustawy regulujących udzielanie zamówienia (wada postępowania). Po drugie, wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. A zatem nie może to być jakakolwiek wada, którą obarczone jest postępowanie, ale wada powodująca niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożnością zawarcia umowy. Po trzecie, wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Ustawodawca wyraźnie wskazuje, iż unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp wymaga wykazania, iż nie ma możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Tym samym, unieważniając postępowanie, zamawiający ma obowiązek wykazania, że zachodzą podstawy do ewentualnego unieważnienia umowy określone w art. 457 ustawy Pzp lub

określone w kodeksie cywilne skutkujące unieważnieniem umowy. W szczególności dotyczy to oświadczeń woli złożonych pod wpływem błędu, podstępu lub groźby bezprawnej, art. 388 kodeksu cywilnego stanowiącego, że strona umowy pokrzywdzona wyzyskiem drugiej strony może w ciągu dwóch lat żądać unieważnienia umowy przez sąd, jeśli przywrócenie ekwiwalentności świadczeń jest nadmiernie utrudnione czy art. 70 kodeksu cywilnego. Izba zauważa również, że przepisy obecnie obowiązującej ustawy Pzp nie zawierają odpowiednika art. 146 ust. 6 poprzednio obowiązującej ustawy Pzp, który stanowił, że Prezes Urzędu może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy w przypadku dokonania przez zamawiającego czynności lub zaniechania dokonania czynności z naruszeniem przepisu ustawy, które miało lub mogło mieć wpływ na wynik postępowania. Szczególnego znaczenia nabiera w zmienionych ramach prawnych przepis art. 457 ust. 5 ustawy Pzp, zgodnie z którym przepis ust. 1 (określający w sposób enumeratywny przyczyny unieważnienia umowy) nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70^5 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Art. 70^5 § 1 Kc stanowi, że organizator oraz uczestnik aukcji albo przetargu może żądać unieważnienia zawartej umowy, jeżeli strona tej umowy, inny uczestnik lub osoba działająca w porozumieniu z nimi wpłynęła na wynik aukcji albo przetargu w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.

Wskazać dalej wskazać należy, że w decyzji o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, że dokumentacja postępowania zawiera wadliwy kod odpadów 20 03 39. Zamawiający wskazał, że taki kod odpadów nie istnieje, a w konsekwencji żaden z wykonawców na etapie badania i oceny ofert nie ma obiektywnej możliwości spełnienia warunku udziału w postępowaniu, a co za tym idzie wada postępowania w zakresie błędnego określenia warunku udziału w postępowaniu skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającą unieważnieniu umowy. Zdaniem Izby, w/w powody nie uzasadniły unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 ust. 6 ustawy Pzp.

Izba wskazuje, że w uzasadnieniu przedstawionym przez Zamawiającego brak jest jakiegokolwiek analizy związku pomiędzy omyłką w opisie liczbowym kodu opadów, a ryzkiem unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Argumentacja Zamawiającego sprowadza się do jednozdaniowej konstatacji, bez analizy ryzyka unieważnienia umowy. Zdaniem Izby, w okolicznościach analizowanej sprawy mamy do czynienia z oczywistą omyłką pisarską Zamawiającego w zakresie opisu kodu odpadów, która nie może być uznana za podstawę do unieważnienia postępowania. Ponadto, analiza sekwencji czynności podjętych przez Zamawiającego w ramach przedmiotowego postępowania prowadzi do wniosku, że „wada" postępowania została celowo dostrzeżona przez Zamawiającego po wniesieniu odwołania przez Odwołującego w zakresie uchybień związanych z ofertą Konsorcjum i została wykorzystana w sposób nieprawidłowy jako narzędzie do uniknięcia rozpoznania przez Izbę naruszeń zarzucanych Zamawiającym. Należy podkreślić, że Zamawiający pomimo wcześniejszej weryfikacji dokumentów złożonych przez Konsorcjum dotyczących spełniania spornego warunku udziału w postępowaniu i wyboru oferty najkorzystniejszej, dostrzegł rzekomą wadę postępowania dopiero po wpłynięciu odwołania Odwołującego. Rodzi to zasadne pytanie, w jaki sposób Zamawiający dokonał owej oceny spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Zdaniem Izby, Zamawiający musiał mieć pełną świadomość błędu pisarskiego zawartego w SWZ, jednakże w momencie oceny oferty najkorzystniejszej nie przypisywał tej okoliczności istotnego znaczenia, co próbuje w sposób nieuprawniony uczynić obecnie, dążąc do unieważnienia postępowania.

Zdaniem Izby już na pierwszy rzut oka błąd w opisie kodu odpadów wskazuje na oczywistą omyłkę pisarską Zamawiającego, co ewidentnie potwierdza zachowanie wykonawców w trakcie postępowania przetargowego, jak również zachowanie samego Zamawiającego. Żaden z wykonawców, którzy złożyli oferty w postępowaniu, ani żaden inny wykonawca potencjalnie zainteresowany nie zgłaszał jakichkolwiek pytań, wątpliwości czy zastrzeżeń do pojawiającego się w SWZ kodu odpadów 20 03 39. Świadczy to, zdaniem Izby, że dla wszystkich uczestników postępowania było oczywiste, że doszło do ewidentnej omyłki, a wymaganym kodem jest kod 20 01 39. Co więcej dokonując weryfikacji złożonych ofert, sam Zamawiający nie miał żadnych wątpliwości co do zakresu wymaganych dokumentów, który wynikał ze SWZ, w tym z opis przedmiotu zamówienia. Potwierdza to chociażby odpowiedź udzielna przez Konsorcjum w dniu 11 marca 2022 r. na wezwanie Zamawiającego do złożenia dokumentów w trybie art. 274 ust. 1 Pzp. Wykonawca uzupełnił potwierdzenie wpisu w rejestrze BDO kodami: 20 01 01, 20 01 02 oraz 20 01 39. Wykonawca wskazał kod 20 01 39, co zaakceptował Zamawiający dokonując przecież oceny zgodności ofert wykonawcy z wymaganiami zawartymi w SWZ.

Ponadto, Izba wskazuje, że kod 20 01 39 to kod oznaczający „tworzywa sztuczne”. Ze względu na przedmiot zamówienia, którym jest opróżnianie koszy ulicznych „odpady mieszane” oraz „odpady segregowane” jest oczywistym, że kodem, który należało uwzględnić w ramach wymaganych uprawnień jest właśnie kod 20 01 39, czyli tworzywa sztuczne. Taki wniosek wynika jednoznacznie mając na uwadze pozostałe kody wymienione w warunku w Rozdz. 9, czyli kod 20 01 01 („papier i tektura”), 20 01 02 („szkło"), 20 03 01 („odpady zmieszane”) oraz 20 03 99 („odpady komunalne niewymienione w innych podgrupach”). Zgodzić się należy z Odwołującym, że wśród tej grupy kodów, w sposób ewidentny brakującym rodzajem odpadów w ramach odpadów segregowanych są właśnie „tworzywa sztuczne”. Zamawiający argumentował, że może to każdy inny kod, przywołując przykładowo kod 20 03 03. Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego. Już chociażby odmienny układ cyfr uniemożliwiałby zakwalifikowane takiego kodu jako oczywistej omyłki pisarskiej Zamawiającego. Ponadto, jak Izba wskazała powyżej, zakres przedmiotu zamówienia w sposób ewidentny wskazywał na błąd pisarski w zakresie określenia kodu dla odpadów będących tworzywami sztucznymi.

Zdaniem Izby „wada” na jaką powołuje się Zamawiający w istocie stanowi oczywistą omyłkę pisarską, a tą oczywistość potwierdzili i wykonawcy składając odpowiednie pozwolenia na odbierania odpadów o kodu 20 01 99, jak również sam Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej. Zamawiający, zdaniem Izby, nie wykazał związku pomiędzy błędem pisarskim w opisie kodu odpadów, a koniecznością unieważnienia postępowania w momencie jego finalizacji. Teoretyczne argumenty Zamawiającego o tym, iż gdyby został wskazany prawidłowy kod, to być może w postępowaniu zostałyby złożone dodatkowe oferty, nie uzasadnia zdaniem Izby, przyjętego przez Zamawiającego sposobu zakończenia postępowania. Po pierwsze, potencjalny wykonawca na etapie publikacji SWZ miał możliwość zwrócenia się z wniosek o wyjaśnienia treści SWZ. Miał również możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej w sytuacji niezgodności postanowień SWZ z przepisami prawa. Żaden z potencjalnych wykonawców nie skorzystali z dostępnych narządzi. Okoliczności te, zdaniem Izby, potwierdzają, że nie było dodatkowych potencjalnych wykonawców do realizacji przedmiotowego zamówienia oraz, że błędne określenie jednej cyfry w numeracji kodu stanowiło oczywistą omyłkę pisarską dla wszystkich wykonawców. Wskazać również należy, że zarówno w obecnym postępowaniu, jak i w poprzednim postępowaniu przeprowadzonym przez Zamawiającego trzy lata temu, liczba oferentów była dokładnie taka sama. Zamawiający nie wskazał na żadnego innego wykonawcę, który dopytywał o zamówienia czy zgłaszał jakiekolwiek zapytania co do wymagań czy niejasności SWZ.

Zdaniem Izby, Zamawiający nie wykazał istotności wady postępowania, która uzasadniałaby unieważnienie postępowania. Takiej istotności nie sposób przypisać omyłce pisarskiej w określeniu kodu odpadów, która to omyłka został w sposób jednakowy odczytana przez

Zamawiającego i przez wykonawców w toku postępowania przetargowego, w tym toku badania i oceny ofert względem wymagań zawartych w SWZ. Jak Izba wskazała powyżej, gdyby rzeczywiście wykonawcy mieli wątpliwości co do zakresu wymaganego pozwolenia, to wystąpiliby do Zamawiającego o złożenie wyjaśnieniach w powyższym zakresie.

Wskazać dalej należy, że Zamawiający w żaden sposób nie wykazał dlaczego rzekoma „wada” postępowania uniemożliwia zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. Zamawiający wskazał, że błędne określenie warunku skutkuje niemożnością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Zdaniem Izby, nie mamy do czynienia w omawianym stanie faktycznym w błędnym określeniem warunku udziału w postępowaniu. Warunek był jednoznaczne interpretowany przez wykonawców, jak również przez Zamawiającego w toku badania i oceny ofert. Omyłka na jaką powołał się Zamawiający była oczywistą omyłką pisarską. Zdaniem Izby, Zamawiający, w celu zastosowania art. 255 ust. 6 ustawy Pzp, winien wykazać, że zachodzą przesłanki unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określone w kodeksie cywilnym lub art. 457 ustawy pzp. Wykazać związek przyczynowy pomiędzy rzekomą wadą postępowania, a koniecznością unieważnienia umowy. Takich informacji Zamawiający nie przedstawił w uzasadnieniu swojej decyzji. Argumentacja zawarta w złożonej odpowiedzi na odwołanie jest argumentacją spóźnioną.

Błąd pisarki w oznaczeniu kodu odpadów, zwłaszcza, że owej „wady” nie zauważył żaden z wykonawców, zaś sam Zamawiający zidentyfikował „wadę”, jak twierdzi, dopiero po złożeniu odwołania przez Odwołującego nie może być uznane za wadę postępowania skutkującą

brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Izba podkreśla, że brzmienie dokumentacji przetargu, jak każde oświadczenie woli, podlega wykładni zgodnie z regułami art. 65 k.c., zaś stwierdzenie, że treść SWZ posiada wady takiego rodzaju, że zawarta na jej podstawie umowa podlegałaby unieważnieniu oznacza konieczność udowodnienia wady umowy, której nie da się również usunąć z zastosowaniem reguł interpretacyjnych i kolizyjnych, pozwalających na wyeliminowanie ewentualnych niejasności czy wątpliwości dokumentacji postępowania. W okolicznościach analizowanej sprawy, zachowanie wykonawców jak i Zamawiającego potwierdza, że błąd pisarski miał charakter nieistotny. Zdaniem Izby, Zamawiający w sposób nieuprawniony skorzystał w ostatecznego narzędzia przewidzianego w ustawie Pzp co do sposobu zakończenia postępowania. Istotą prowadzonego postępowania przez Zamawiającego jest udzielenie zamówienia. Unieważniając postępowanie na etapie jego finalizacji, Zamawiający narażą zarówno wykonawców, jak i Skarb Państwa nie nieuzasadnione koszty. Działanie Zamawiającego, było zdaniem Izby, nieproporcjonalne do stwierdzonego uchybienia w zakresie błędu w numeracji kodu. Jego nieistotność została potwierdzona przez wykonawców jak i samego Zamawiającego, który dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej.

Mając na uwadze powyższe, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 575 ustawy z dnia 11

września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych stosownie do wyniku postępowania oraz na podstawie § 7 ust. 1 pkt 2 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: .....