

WYROK

Warszawa, dnia 06 grudnia 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Joanna Stankiewicz-Baraniak
Protokolantka: Klaudia Kwadrans

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 listopada 2024 r. przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” z siedzibą w Krakowie, przy ul. Nad Drwiną 33 (30-841 Kraków) w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Gminę Liszki, ul. Mały Rynek 2 (32-060 Liszki)

orzeka:

1. uwzględnić odwołanie i nakazać zamawiającemu Gminie Liszki unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz przystąpienie do czynności badania i oceny ofert;
2. kosztami postępowania obciążyć zamawiającego Gminę Liszki i:
 - 2.1. zaliczyć na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” z siedzibą w Krakowie tytułem wpisu od odwołania i kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez wykonawcę M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” z siedzibą w Krakowie tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądzić od zamawiającego Gminy Liszki kwotę 18 600 zł 00 gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” z siedzibą w Krakowie.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodnicząca:

Sygn. akt: KIO 4269/24

Uzasadnienie

Gmina Liszki (zwana dalej: „Zamawiającym”) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pn. „Świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2026 r.” - znak postępowania: ZP.271.15.2024 (zwane dalej: „postępowaniem”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 23 lipca 2024 r. pod numerem 441881-2024.

Wartość zamówienia przekracza progi unijne określone w przepisach wydanych na podstawie art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1605 z późn. zm.) (zwanej dalej: „p.z.p” lub „ustawą Pzp”).

W dniu 15 listopada 2024 r. wykonawca M.J. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą M.J. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MIKI” z siedzibą w Krakowie (zwany dalej: „Odwołującym”) wniósł odwołanie od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

- a) dokonaniu czynności unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego;
- b) zaniechaniu dokonania czynności oceny i wyboru oferty złożonej przez Odwołującego jako najkorzystniejszej.

We wniesionym środku zaskarżenia Odwołujący postawił Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 255 pkt. 6) Ustawy prawo zamówień publicznych poprzez dokonanie czynności unieważnienia postępowania z tego powodu, że

postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego podczas gdy, brak jest wad przedmiotowego postępowania, na istnienie których powołuje się Zamawiający, a w szczególności brak jest obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania w postaci:

1. naruszenia przepisów ustawy Pzp, czyli istnienia wady postępowania;
2. istnienia niemożliwej do usunięcia wady postępowania
3. istnienia takiej wady postępowania, która skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego;

W oparciu o podniesiony zarzut Odwołujący wniósł o:

1. uwzględnienie odwołania;
2. dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania;
3. zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego;
4. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania;
5. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentów i oświadczeń wymaganych w ramach oceny i badania ofert oraz dokonania czynności oceny i badania ofert;
6. nakazanie Zamawiającemu dokonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący wyjaśnił, że posiada interes we wniesieniu odwołania, gdyż w wyniku nieprawidłowych działań Zamawiającego doznał uszczerbku związanego z niemożliwością realizacji przedmiotowego zamówienia publicznego, a w konsekwencji osiągnięcia z tego tytułu zysku (co jest szkodą). Zamawiający bezpodstawnie bowiem unieważnił postępowanie w sytuacji, w której oferta Odwołującego była najkorzystniejsza oraz zmieściła się w kwocie jaką Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Gdyby Zamawiający postąpił w sposób prawidłowy, to wezwałby Odwołującego do złożenia podmiotowych środków dowodowych, dokonał oceny jego oferty, a w konsekwencji zostałaaby podpisana z Odwołującym umowa na realizację zamówienia – co przesądza o naruszeniu interesu Odwołującego. W konsekwencji w wyniku błędnych czynności Zamawiającego (w tym jego zaniechań) Odwołujący został pozbawiony możliwości wykonywania zamówienia, co oznacza oczywistą konstatację o naruszeniu jego interesu w uzyskaniu zamówienia, jak i o możliwości powstania po jego stronie szkody (niemożliwości osiągnięcia zysku tytułu realizacji Zamówienia).

W uzasadnieniu zarzutu odwołania Odwołujący wskazał w pierwszej kolejności, że podstawę unieważnienia postępowania, zgodnie z literalnym brzmieniem petitum Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 5 listopada 2024 roku, stanowi wyłącznie art. 255 pkt 6) p.z.p. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Warunkiem *sine qua non* unieważnienia postępowania, na podstawie wskazanego przepisu, jest zatem istnienie wady postępowania. Wada ta jednak musi być na tyle doniosła, że nie jest możliwa do usunięcia, a co za tym idzie uniemożliwia ona zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego.

Zdaniem Odwołującego, Zamawiający dokonał błędnej wykładni przepisu art. 255 pkt 6) p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) p.z.p. – co skutkowało jego błędnym zastosowaniem, podczas gdy w stanie faktycznym niniejszej sprawy nie zostały spełnione przesłanki określone w hipotezie normy art. 255 pkt 6) p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) p.z.p., które umożliwiałyby zastosowanie dyspozycji art. 255 pkt 6). Na poparcie swojej argumentacji Odwołujący wskazał, wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 27.06.2022 r., XXIII Zs 39/22 oraz wyroku Sądu Okręgowego z dnia 31.05.2023 r., XXIII Zs 32/23. Jak wskazał Odwołujący przesłanki – wymienione w art. 255 pkt 6) p.z.p. muszą być spełnione kumulatywnie, a brak którejkolwiek z nich powoduje, że brak jest podstaw do unieważnienia postępowania. Co więcej instytucja unieważnienia postępowania określona w art. 255 p.z.p. jest rozwiązaniem wyjątkowym, incydentalnym i jako taka nie może być dorozumiana lub interpretowana rozszerzająco. Celem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest bowiem zawarcie wiążącej umowy z wykonawcą. Jak podkreślił Odwołujący, takie ścisłe rozumienie przepisu art. 255 p.z.p. jest powszechnie akceptowane przez KIO oraz doktrynę prawną.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający dokonał w sposób nieuprawniony rozszerzającej – interpretacji brzmienia art. 255 pkt 6) p.z.p. w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1) p.z.p. i dodatkowo nie podolał on ciężarowi dowodu w zakresie wykazania istnienia obligatoryjnych przesłanek unieważnienia postępowania określonych w art. 255 pkt. 6) p.z.p. z kilku przyczyn.

W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że Zamawiający tak naprawdę nie skonkretyzował, a tym samym jednoznacznie nie wskazał, nieusuwalnej wady niniejszego postępowania. Zamawiający na początku uzasadnienia Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, na stronie 2 początkowo definiuje przedmiotową nieusuwalną wadę postępowania jako: zaniechanie podziału Zamówienia na części, nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia, brak

zabezpieczania środków w ramach Wieloletniego Planu Finansowego. Następnie, na tej samej 2 stronie według Odwołującego, Zamawiający niejako zmieniając lub rozszerzając opis nieusuwalnej wady postępowania identyfikuje ją jako: nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie sztywnego terminu utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK, opisanie przedmiotu zamówienia, na który składa się realizacja dwóch rodzajów usług, tj. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie punktu selektywnego zbierania odpadów komunalnych (zwany dalej również: „PSZOK”) bez podziału na części oraz brak możliwości podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy z uwagi na brak środków finansowych przewidzianych w treści uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej.

Podsumowując Odwołujący wskazał, że zdaniem zatem Zamawiającego postępowanie jest obarczone nie jedną, a aż trzema niezależnymi wadami, które każda z osobna spełnia przesłanki z art. 255 pkt 6) p.z.p., co Zamawiający stara się argumentować w kolejnych punktach uzasadnienia Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 5 listopada 2024 roku. Zgodnie zatem z treścią pisma Zamawiającego można je odczytać tylko w ten sposób, że Zamawiający na stronie 2 definiuje 3 wady postępowania a następnie w trzech punktach Ad. 1), Ad 2) i Ad 3) uzasadnia istnienie tych wad.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący odniósł się do poszczególnych zagadnień, które zadaniem Zamawiającego jawią się jako wady postępowania. W zakresie nieprawidłowego opisu przedmiotu zamówienia Zamawiający wskazał wprost na wadę postępowania polegającą na sztywnym terminie utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK, co skutkuje realnym zawężeniem kręgu potencjalnych oferentów. Odwołujący wskazał w odniesieniu do argumentacji Zamawiającego zawartej w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania, że nie można zgodzić się z twierdzeniami Zamawiającego, że „sztywny termin utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK” jest błędem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Wręcz przeciwnie, zasady racjonalnego rozumowania, nakazują oczekiwać od gmin, że te w zakresie czynności związanych z jakże ważną dla obywateli gospodarką odpadami, będą w stanie w drodze redagowania zasad udzielania zamówień publicznych na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, zapewnić prawidłowość i terminowość realizacji tych obligatoryjnych zadań własnych gmin. A jednym z narzędzi jakie mają w swojej dyspozycji gminy jako zamawiający, są właśnie niejednokrotnie „sztywne zasady” określone w ramach wymogów stawianych w zamówieniach publicznych. Owe „sztywne zasady” dotyczące terminów uruchomienia PSZOK nie mogą stanowić zatem wady postępowania, a powinno się je odczytywać jako warunek konieczny udzielania zamówień związanych z gospodarką odpadami. Następnie Odwołujący na poparcie swojej argumentacji wyjaśnił kwestie prawne związane z obowiązkami ciążącymi na gminach – w tym także na Zamawiający – w zakresie utworzenia PSZOK.

Odwołujący podkreślił dalej, że w uzasadnianiu przez Zamawiającego wady postępowania polegającej na „sztywnym terminie utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK” skupił się on jedynie na cytowaniu zapisy Specyfikacji Warunków Zamówienia (zwany dalej: „SWZ”) oraz załącznika nr 8 do SWZ, stanowiącego Szczegółowy Opis Przedmiotu Zamówienia (zwany dalej: „OPZ”). Zdaniem Zamawiającego zapisy OPZ pozostają niespójne, cc prowadzi do braku możliwości ich realizacji, jednakże jak wskazał Odwołujący trudno wywnioskować z treści tego uzasadnienia, gdzie Zamawiający dopatruje się rzekomej niespójności, ponieważ poza zacytowaniem na stronach 3-6 zapisów SWZ oraz OPZ Zamawiający nie wyprowadza żadnych wniosków ani twierdzeń bezpośrednio do tej części uzasadnienia, poza lakonicznym stwierdzeniem, że: „*Powyższe zapisy stanowiące opis obowiązków wykonawcy pozostają niespójne, co prowadzi do braku możliwości ich realizacji*”. Odwołujący nie widzi natomiast żadnej sprzeczności w tych zapisach, ponieważ są one sformułowane jasno, a ewentualne niejasności zostały wyjaśnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 sierpnia 2024 roku stanowiącego wyjaśnienia do pytań wykonawców. Co więcej należy podkreślić, że żaden podmiot nie wniósł środków prawnych w stosunku do dokumentacji postępowania, a zatem można stwierdzić, że nie budziła ona wątpliwości interpretacyjnych, a tym bardziej jej zgodności z przepisami prawa.

Zdaniem Odwołującego brak jest jakiegokolwiek odniesienia się przez Zamawiającego do: „*Nieusuwalną wadą niniejszego postępowania jest (1) nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie sztywnego terminu utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK. Błędy te skutkują realnym zawężeniem kręgu potencjalnych oferentów*” Samo natomiast cytowanie zapisów SWZ i OPZ nieuwidacznia istnienia wady, na którą powołuje się Zamawiający. Jak podkreślił Odwołujący dalej w uzasadnieniu, wady postępowania polegającej na istnieniu sztywnego terminu uruchomienia PSZOK, w sposób zupełnie niezrozumiały, nielogiczny i nie mający związku z uzasadnianą wadą postępowania. Zdaniem Odwołującego, na stronie 6 in fine uzasadnienia Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania, Zamawiający podaje, że przedmiotowa nieusuwalna „wada opisu przedmiotu zamówienia polega na tym, że nie zostało określone: jak należy rozumieć pojęcie tymczasowego charakteru PSZOK, z jakiego powodu PSZOK określa się jako stacjonarny, podczas gdy Zamawiający definiuje go jako specjalistyczny samochód przystosowany do odbioru odpadów, gdzie, w jaki sposób oraz na jaki okres Wykonawca ma udostępnić rękab w ramach PSZOK stanowiącego punkt

tymczasowy czy też samochód przystosowany do odbierania odpadów”. Zdaniem Odwołującego czytając uzasadnienie czynności unieważnia zamówienia, Odwołujący nie wie co stanowi rzekomą wadę postępowania polegającą na nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia. Czy jest to wyraźnie wyartykułowana i uzasadniana w punkcie ad. 1) wada polegająca na sztywnym terminie uruchomienia PSZOK czy jednak może problemy ze zrozumieniem pojęć ujętych w OPZ. Wprowadzony chaos w treści uzasadnienia powoduje natomiast to, że uzasadnienie unieważnia czynności nie spełnia warunków stawianych przez przepis art. 260 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący wskazał, że w powyższym zakresie nie ma jednak żadnych wątpliwości co do treści dokumentacji przetargowej. Na potwierdzenie swojej argumentacji Odwołujący przywoła postanowienia SWZ. Następnie podkreślił, że jego zdaniem nie są prawdziwe twierdzenia Zamawiającego, że rzekomo błędny (nieprecyzyjny) OPZ skutkuje ograniczeniem kręgu oferentów nie posiadających zorganizowanych PSZOK na obszarze wyznaczonym przez Zamawiającego, ponieważ każdy z potencjalnych wykonawców ma postawione identyczne warunki, które są jasne w świetle zapisów SWZ oraz OPZ, a także wyjaśnień Zamawiającego ujętych w piśmie z dnia 22 sierpnia 2024 roku. Każdy z potencjalnych oferentów musi zatem udostępnić specjalistyczny pojazd i rękab przez cały okres trwania umowy w dniach i godzinach wskazanych przez Zamawiającego, w tym przypadku w godz. 10:00-15:00 w drugą sobotę miesiąca (za wyjątkiem dni świątecznych). Każdy zainteresowany podmiot może zatem bez problemów ocenić możliwość spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Niezależnie od tego, że zdaniem Odwołującego w w/w zapisach SWZ i OPZ nie ma naruszenia zasad uczciwej konkurencji, to jednak należy zauważyć, co jest poglądem powszechnie akceptowanym przez KIO oraz doktrynę prawną, że ochrona uczciwej konkurencji nie jest ochroną absolutną i może doznawać pewnych, uzasadnionych ograniczeń. Odwołujący podkreślił również, że według niego nie ma błędu w opisie przedmiotu zamówienia w zakresie terminu uruchomienia poszczególnych PSZOKów określonych w r. III ust. 4 OPZ. Dokumenty zamówienia są bowiem jasne i wskazują, że stacjonarny PSZOK, zorganizowany na terenie Wykonawcy ma zostać uruchomiony nie później niż w pierwszą sobotę miesiąca kalendarzowego przypadającą bezpośrednio po chwili rozpoczęcia realizacji umowy na obiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych - tak r. III ust. 4.2 pkt 2) OPZ. Natomiast stacjonarny PSZOK, zorganizowany na terenie Zamawiającego ma być czynny w godz. 10:00-15:00 w drugą sobotę miesiąca (za wyjątkiem dni świątecznych) – tak r. III ust. 4.1 pkt 4) OPZ.

Odnosząc się do kwestii wymogu legitymowania się przez Wykonawcę aktualną, ostateczną i prawomocną decyzją o udzieleniu zezwolenia na zbieranie odpadów, a dotyczącą utworzenia i prowadzenia PSZOKa na terenie, do którego Wykonawca posiada tytuł prawny, Odwołujący podnosi, że ten wymóg stawiany przez Zamawiającego jest obiektywnie możliwy do wypełnienia, niezależnie od tego, że istnieje na rynku wiele podmiotów, które takie wymogi spełniają. Przede wszystkim Odwołujący podkreśla, że ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 23 lipca 2024 roku na portalu ezmowienia.gov.pl. Od tego zatem dnia potencjalni wykonawcy mogli podjąć czynności zmierzające do uzyskania stosownej decyzji dotyczącej prowadzenia PSZOK zgodnego z SWZ. Termin otwarcia ofert został natomiast ustalony finalnie na dzień 9 września 2024 roku. Nie polegają zatem na prawdziwe twierdzenia Zamawiającego, że warunek ten nie był możliwy do spełnienia.

Nadto Odwołujący podniósł, iż tak samo błędne jest twierdzenie Zamawiającego zawarte w ostatnich dwóch zdaniach pierwszego akapitu na stronie 9 ww. Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 5 listopada 2024 roku w przedmiocie tego, że: „Warto również nadmienić, iż przymiot prawomocności decyzja uzyskuje, w przypadku braku wniesienia skargi, w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia stronie. Już sam aspekt formalno-prawny powoduje wydłużenie procedury uzyskania decyzji, a w konsekwencji możliwości spełnienia warunków udziału w postępowaniu”. Odwołujący podkreślił, iż Zamawiający w tym fragmencie uzasadnienia pomija bowiem okoliczność, iż dany wykonawca będący adresatem ww. decyzji może zrzec się prawa do wniesienia odwołania, co będzie skutkowało natychmiastowym uzyskaniem przez tę decyzję przymiotu ostateczności i prawomocności (art. 127a § 1 i 2 k.p.a.). Ponadto Odwołujący wskazał na błędną argumentację Zamawiającego, że ten nie powinien wymagać od Wykonawcy posiadania w/w decyzji czy też zorganizowanego PSZOKa, ponieważ idąc tokiem rozumowania Zamawiającego potencjalni Wykonawcy nie byłiby w stanie precyzyjnie określić, kiedy dokładnie taką decyzję uzyskają, a Zamawiający przecież określa precyzyjnie, kiedy realizacja umowy o zamówienie publiczne ma zostać rozpoczęta.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że istnieją na rynku podmioty, które spełniają warunki udziału w postępowaniu. Odwołujący podkreślił również, że określenie wymogów danego postępowania, które mogą powodować, że nie każdy podmiot może wziąć udział w danym postępowaniu nie muszą od razu świadczyć o sprzecznym z prawem ograniczeniu konkurencji. W świetle powyższego Odwołujący nie zgadza się z twierdzeniami Zamawiającego, że warunek posiadania decyzji oraz funkcjonującego PSZOKa zgodnego z SWZ faworyzuje właśnie Odwołującego i że to tylko odwołujący spełnia kryteria postępowania. Jak bowiem zostało powyżej wykazane, potencjalny krąg wykonawców spełniających warunki postępowania jest bardzo szeroki, a zatem nie tylko Odwołujący ma możliwość realizacji zamówienia, co Zamawiający bezspornie i jednoznacznie ustalił przed ogłoszeniem zamówienia, ponieważ znane mu są w/w podmioty, gdyż świadczą one usługi na rynku lokalnym Zamawiającego. Dlatego Odwołujący nie zgadza się z

twierdzeniami zamawiającego, że wyłącznie Odwołujący spełnia wymogi postępowania. Dowodem na to, że Zamawiający ustalił krąg potencjalnych wykonawców spełniających wymogi SWZ, a zatem zbadał rynek pod kątem ewentualnego ograniczania zasady uczciwej konkurencji, zdaniem Odwołującego są zapisy pkt. V ust. 5 pkt. 2) SWZ gdzie Zamawiający jednocześnie potwierdził, że: „Brak podziału zamówienia na części w żaden sposób nie ogranicza uczciwej konkurencji. Przedsiębiorstwa działająca na rynku odpadów komunalnych są w stanie samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców lub w formie konsorcjum wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie, bez dzielenia zamówienia na części”.

W podsumowaniu powyższej argumentacji Odwołujący wskazał, że nie wie dokładnie jaka jest faktyczna podstawa prawna unieważnienia postępowania i podkreślił, że jego zdaniem OPZ nie zawiera „błędów w SWZ, których nie można modyfikować na etapie postępowania toczącym się po terminie składania ofert”, ponieważ postępowanie to nie jest obarczone błędami w SWZ. Wszystkie bowiem okoliczności, na które powołuje się Zamawiający albo są jasne i wprost wynikają z treści SWZ oraz OPZ albo zostały dodatkowo wyjaśnione przez Zamawiającego w piśmie z dnia 22 sierpnia 2024 roku. Ponadto Odwołujący ponownie podkreślił, że żaden Wykonawca nie zaskarżał treści dokumentacji przetargowej po jej ogłoszeniu, a zatem należy z tego wnioskować, że nie budziła ona żadnych wątpliwości, a już z całą pewnością nie naruszała zasad uczciwej konkurencji. Skoro nie ma błędu w OPZ to nie można mówić o brak możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Odwołujący wskazał także, że w treści Zawiadomienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający nie wykazał na czym polega związek przyczynowo skutkowy, pomiędzy istnieniem rzekomych wad postępowania a niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne. Nie wystarczy bowiem wskazać, że jakaś wada postępowania istnieje. Należy bowiem udowodnić, że istniejąca wada, której nie da się usunąć, nie pozwala na zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Odwołujący nie widzi natomiast jak w ogóle te rzekome wady mogłyby wpłynąć na ważność umowy.

W uzasadnieniu swojego zarzutu w następnej kolejności Odwołujący podnosi, że Zamawiający nie miał potrzeby dzielenia zamówienia na części co znalazło swoje bezpośrednie, literalne uzasadnienie w treści SWZ – pkt. V ust. 5 SWZ. Jak zauważył Odwołujący, jako główny argument rzekomej konieczności podziału zamówienia na części Zamawiający wskazał treści orzeczenia KIO z dnia 2 listopada 2021 roku, wydanego do sygn. akt KIO 2939/21. Zdaniem Zamawiającego stanowisko wyrażone przez KIO w w/w wyroku jest aktualne również i na gruncie niniejszego zamówienia. Zdaniem jednak Odwołującego, co wynika wprost z treści orzeczenia KIO, stany faktyczne opisane w w/w wyroku oraz w niniejszej sprawie różnią się od siebie na tyle znacząco, że argumentacja KIO nie może zostać przeniesiona na grunt tego postępowania. Przede wszystkim należy podkreślić, że KIO w w/w orzeczeniu wskazało na istnienie zasady, że utworzenie i prowadzenie PSZOK jest naturalnym elementem wielu umów o odbiór i zagospodarowanie odpadów. Oznacza to, że dzielenie takich zamówień może być stosowane w drodze wyjątku i tylko w szczególnie uzasadnionych przypadkach, np. takich z jakim miało do czynienia KIO w wyroku do sygn. akt KIO 2939/21 – tj. istnienie wyłącznie jednego podmiotu spełniającego kryteria zamówienia. Ponadto w/w orzeczenie KIO odnosi się do zaskarżenia zapisów SWZ, a w niniejszej sprawie żaden podmiot nie miał żadnych zastrzeżeń co do treści, wykładni czy też interpretacji zapisów dokumentów przetargowych, a szczególnie naruszenia zasad uczciwej o konkurencji.

Odwołujący dalej wskazał, że w postępowaniu Zamawiający w pkt. V ust. 5 SWZ jasno wskazał powody niedokonania podziału zamówienia na części:

- 1) Zamawiający nie dzieli zamawiania na części ponieważ nie chce dezorganizować (zmieniać) systemu odbierania odpadów, który funkcjonuje od lat na terenie gminy. Brak podziału na części pozwoli uzyskać efekt skali – korzystniejszych warunków cenowych, niż w przypadku podziału zamówienia;
- 2) Brak podziału zamówienia na części w żaden sposób nie ogranicza uczciwej konkurencji. Przedsiębiorstwa działająca na rynku odpadów komunalnych są w stanie samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców lub w formie konsorcjum wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie, bez dzielenia zamówienia na części”. Zamawiający zastosował zatem zapis art. 91 ust. 2 p.z.p. w niniejszym postępowaniu dokonując szczegółowej analizy na rynku przedsiębiorców zajmujących się gospodarką odpadami.

Odwołujący wskazał także, że KIO w w/w wyroku potwierdziło, że utworzenie i prowadzenie PSZOK jest naturalnym elementem wielu umów o odbiór i zagospodarowanie odpadów. Wynika to bezpośrednio z analizy rynku oraz zasadności takiego łączenia usług. KIO stwierdziło jednak, że nie w każdym stanie faktycznym takie połączenie jest zasadne i zgodne z przepisami. Co jednak najistotniejsze KIO wyraziło swoją opinię na podstawie konkretnie ustalonego stanu faktycznego, który jest zgoła odmienny od stanu faktycznego niniejszego postępowania.

Jak zauważył Odwołujący, jego zdaniem W realiach rynku związanego z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów z Gminy Liszki bezspornym jest, że łącznie usług odbioru i zagospodarowania odpadów z utworzeniem PSZOK nie ogranicza konkurencji, ponieważ na rynku lokalnym istnieje wiele firm, które mogą wykonać zamówienie w całość samodzielnie. Nie bez znaczenia pozostaje również fakt, że Odwołujący zmieścił się w budżecie zaplanowanym i przeznaczonym przez Zamawiającego na realizację usługi objętej postępowaniem, a zatem i ten stan faktyczny różni te

dwa postępowania.

Na koniec Odwołujący przedstawiał swoją argumentację w odniesieniu do stanowiska Zamawiającego wskazującego na brak zabezpieczenia środków w ramach Wieloletniego Planu Finansowego. Odwołujący wskazał, że argumentacja Zamawiającego dotycząca rzekomo braku zabezpieczania środków na wykonanie usługi objętej zamówieniem jest zupełnie chybiona. Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymanie czystości i porządku w gminach (Dz.U.2024, poz. 399, 1717) (zwana dalej: „ustawą „u.c.p.g.”) należy do obowiązkowych zadań własnych gminy – tak art. 3 ust. 1 ustawy u.c.p.g. Ponadto gminy zapewniają czystość i porządek na swoim terenie i tworzą warunki niezbędne do ich utrzymania, a w szczególności obejmują wszystkich właścicieli nieruchomości na terenie gminy systemem gospodarowania odpadami komunalnymi – art. 3 ust. 2 pkt. 3) ustawy u.c.p.g. Nie ma zatem możliwości, aby gmina nie zapewniła środków na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych od swoich mieszkańców. Ponadto zgodnie z art. 6c ust. 1 ustawy u.c.p.g. gminy są obowiązane do zorganizowania odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których zamieszkują mieszkańcy.

W świetle powyższego, zdaniem Odwołującego nie jest realnym, aby gmina nie zapewniła finansowania gospodarki odpadami komunalnymi, ponieważ co do zasady jest to system samofinansujący się z opłat wnoszonych przez mieszkańców. Zgodnie z art. 6r ust. 1 ustawy u.c.p.g. opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi stanowi dochód gminy, natomiast zgodnie z art. 6r ust. 1aa ustawy u.c.p.g. środki z opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi nie mogą być wykorzystane na cele niezwiązane z pokrywaniem kosztów funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Art. 6r ust. 2 ustawy u.c.p.g. stanowi natomiast, że z pobranych opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi gmina pokrywa koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty:

- 1) odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych;
- 2) tworzenia i utrzymania punktów selektywnego zbierania odpadów komunalnych;
- 3) obsługi administracyjnej tego systemu;
- 4) edukacji ekologicznej w zakresie prawidłowego postępowania z odpadami komunalnymi.

Odwołujący podniósł również to, że jego zdaniem Zamawiający celowo i świadomie pomija w uzasadnieniu unieważnienia postępowania fakt, że obecna wieloletnia prognoza finansowa dla gminy Liszki obejmuje lata 2016 – 2025. Nie ma zatem obiektywnej możliwości, aby prognoza ta obejmowała swoim zakresem rok 2026. Nie zmienia to jednak faktu, że Zamawiający musi uwzględnić w kolejnej prognozie koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Zgodnie bowiem z art. 226 ust. 1 pkt 1) Ustawy o finansach publicznych Wieloletnia prognoza finansowa powinna być realistyczna i określać dla każdego roku objętego prognozą co najmniej dochody bieżące oraz wydatki bieżące budżetu jednostki samorządu terytorialnego. A skoro przychody z opłat za gospodarowanie odpadami są dochodem gminy, co wprost stanowi ustawa o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, to na pewno ten dochód zostanie uwzględniony w przyszłej prognozie gminy Liszki, a co za tym idzie zostanie również uwzględnione przeznaczenie tych pieniędzy na koszty utrzymania systemu gospodarowania odpadami, ponieważ finanse te nie mogą znaleźć innego celu, co również wynika z przepisów prawa.

Ponadto Odwołujący podniósł, iż zgodnie z art. 54 ust. 1 pkt 3 lit. a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 1530 z późn. zm.) główny księgowy jednostki sektora finansów publicznych jest odpowiedzialny m.in. za dokonywanie wstępnej kontroli zgodności operacji gospodarczych i finansowych z planem finansowym.

Odwołujący wskazał także, iż dokumenty zalegające w aktach niniejszego postępowania o udzielenia zamówienia publicznego – w szczególności wnioski o udzielenie zamówienia, do którego stosuje się przepisy ustawy – zostały podpisane m.in. przez Skarbnika Gminy Liszki, do którego zadań należy „pełnienie funkcji głównego księgowego budżetu Gminy” a zatem podpis Skarbnika Gminy na tym dokumencie, zdaniem Odwołującego dowodzi, iż zobowiązania finansowe związane z udzieleniem niniejszego zamówienia publicznego niewątpliwie mieściły się w planie finansowym Gminy Liszki.

Na koniec Odwołujący wskazał również, że jego zdaniem samo uzasadnienie faktyczne decyzji o unieważnieniu postępowania budzi wątpliwości interpretacyjne, w szczególności w zakresie istnienia rzekomej wady dotyczącej sztywnego terminu uruchomienia PSZOK. Według odwołującego Zamawiającego sposób chaotyczny uzasadnia swoje stanowisko tym samym czyniąc niemożliwym do zinterpretowania rzeczywistej przesłanki unieważnienia postępowania.

W dniu 28 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w ramach, której wniósł o oddalenie odwołania w całości, przedstawiając argumentację na poparcie swojego stanowiska.

Krajowa Izba Odwoławcza po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron wyrażone w odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie, a także 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 ustawy Pzp. i skierowała odwołanie na rozprawę.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba stwierdziła spełnienie przesłanek art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. istnienie po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia przez niego szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego, ani po stronie Zamawiającego w ustawowym terminie nie zgłosił żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z: dokumentacji postępowania przekazanej przez zamawiającego, odwołania wraz z załącznikami i odpowiedzi na odwołanie

Izba ustaliła, że:

Zamawiający – Gmina Liszki prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na świadczenie usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych powstających na nieruchomościach zamieszkałych z terenu gminy Liszki w okresie od 01.01.2025 r. do 31.12.2026 r.

W dniu 09 września nastąpiło otwarcie ofert w postępowaniu. W postępowaniu ofertę złożył tylko Odwołujący, na kwotę 18 591 146, 57 zł brutto. W informacji o kwocie jaką Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia z dnia 09 września 2024 r. Zamawiający podał kwotę 18 933 567, 61 zł brutto.

Zamawiający w dniu 05 listopada 2024 r. zawiadomił o unieważnieniu postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, wskazując tym samym, iż postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

W uzasadnieniu faktycznym i prawnym Zamawiający wskazał m.in., że:

„Zamawiający w toku niniejszego postępowania powziął informacje, że postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na 1) zaniechaniu podziału zamówienia na części, 2) nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia oraz 3) braku zabezpieczenia środków w ramach Wieloletniego Planu Finansowego skutkujących brakiem możliwości podpisania umowy z Wykonawcą. Na obecnym etapie (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można już usunąć. Obligatoryjna podstawa unieważnienia postępowania opisana w art. 255 pkt 6) ustawy Pzp wymaga wystąpienia łącznie trzech przesłanek:

1) musi nastąpić naruszenie przepisów ustawy Pzp (wada postępowania);

2) wada musi skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego;

3) wada musi być niemożliwa do usunięcia.

Wyżej wymienione przesłanki zostały spełnione, w konsekwencji czego postępowanie podlega obligatoryjnemu unieważnieniu.

W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego umowę podpisuje się z wykonawcą wyłonionym zgodnie z przepisami Pzp, w szczególności przy zachowaniu zasad opisanych w treści art. 16-20 ustawy Pzp. Nie jest zatem zgodne z przepisami ustawy udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany w ramach procedury dotkniętej wadą polegającą na nieprzestrzeganiu w toku postępowania naczelných zasad ustawy Pzp, w tym w szczególności fundamentalnej zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Ustawodawca podkreśla wagę tej zasady przewidując w art. 619 ust. 2 ustawy Pzp również karę pieniężną dla zamawiających, którzy określają warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji czy też opisują przedmiot zamówienia lub przedmiot konkursu w sposób, który utrudnia zachowanie uczciwej konkurencji.

Nieusuwalną wadą niniejszego postępowania jest (1) nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie sztywnego terminu utworzenia i uruchomienia przez Wykonawcę PSZOK. Błędy te skutkują realnym zawężeniem kręgu potencjalnych oferentów; (2) opisanie przedmiotu zamówienia, na który składa się realizacja dwóch rodzajów usług tj. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych oraz utworzenie i prowadzenie PSZOK bez podziału na części; (3) brak możliwości podpisania niepodlegającej unieważnieniu, z uwagi na brak środków finansowych przewidzianych w treści uchwały w sprawie wieloletniej prognozy finansowej.

Izba zważyła co następuje.

Uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez Strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, biorąc pod uwagę zakres sprawy zakreślony przez okoliczności podniesione w odwołaniu oraz stanowiska złożone pisemnie i ustnie do protokołu, Izba stwierdziła, że sformułowany przez Odwołującego zarzut dotyczący naruszenia art. 255 pkt 6 zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że:

Zgodnie z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp:

„Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli:

6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej

unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”

Jak wynika z powyższego przepisu, aby Zamawiający mógł dokonać unieważnienia postępowanie na tej podstawie niezbędne jest wykazanie, że postępowanie jest obarczone wadą, że jest to wada niemożliwa do usunięcia, a także że wada ta uniemożliwia zawarcie umowy, która nie podlegałaby unieważnieniu. Izba podziela zatem pogląd zaprezentowany w wyroku KIO z dnia 1 czerwca 2023 r. (sygn. akt KIO 1408/23), że: „nie każda wada postępowania, w tym spowodowana niestarannym przygotowaniem SWZ i popełnieniem w niej błędów, czy uchybień uzasadnia unieważnienie postępowania.” Dostrzeżenia również wymaga, że unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ma na celu eliminację uchybień popełnionych w postępowaniu, tak aby się ono toczyło w sposób wolny od wad, a umowa zawarta w jego wyniku między zamawiającym a wykonawcą nie była zagrożona sankcją nieważności.

Następnie zaznaczyć należy, że ciężar wykazania okoliczności uzasadniających unieważnienie postępowania spoczywa na Zamawiającym. Zgodnie z art. 260 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający zawiadamiając o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne swojej decyzji, wykazując w nim w sposób wyczerpujący wystąpienie okoliczności faktycznych i prawnych powodujących obowiązek unieważnienia postępowania. Tak więc uzasadnienie faktyczne informacji o unieważnieniu postępowania powinno wyczerpująco wskazywać, jakie przyczyny legły u podstaw decyzji Zamawiającego, tak aby wykonawca, w przypadku gdy z oceną zamawiającego się nie zgadza, mógł się do wskazanych przez zamawiającego uchybień ustosunkować. O ile niektóre z przesłanek unieważnienia postępowania mają charakter oczywisty, niewymagający szczególnie rozbudowanego uzasadnienia faktycznego i prawnego (np. w sytuacji gdy nie złożono żadnej oferty lub wszystkie oferty zostały odrzucone), o tyle w przypadku nieusuwalnej wady postępowania konieczne jest wykazanie i przeanalizowanie wszystkich okoliczności leżących u podstaw takiej oceny (tak KIO z dnia 1 czerwca 2023 r. (sygn. akt KIO 1408/23).

W rozpoznawanej sprawie Zamawiający przedstawił dosyć obszerne uzasadnienie czynności unieważnienia, podejmując próbę wykazania, że zaistniały wszystkie okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 05 listopada 2024 r. wskazał, że: „postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą polegającą na 1) zaniechaniu podziału zamówienia na części, 2) nieprawidłowym opisie przedmiotu zamówienia oraz 3) braku zabezpieczenia środków w ramach Wieloletniego Planu Finansowego skutkujących brakiem możliwości podpisania umowy z Wykonawcą. Na obecnym etapie (po złożeniu ofert) wadliwości tej nie można już usunąć”

Jednakże Zamawiający wskazał jedynie na wady postępowania, jakie Zamawiający dostrzega, nie wykazując pozostałych przesłanek z art. 255 pkt 6), w szczególności tego, że wskazane wady są na tyle istotne, że uniemożliwiają zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. Dlatego już tylko z tego powodu unieważnienie należy uznać za nieprawidłowe, a odwołanie za zasadne.

Niezależnie od powyższego, Izba nie dopatrzyła się we wskazanych przez Zamawiającego okolicznościach podstaw do stwierdzenia, że uzasadniają one unieważnienie postępowania. Zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o unieważnieniu postępowania z dnia 05 listopada 2024 r. wskazał, że nieusuwalną wadą postępowania jest po pierwsze nieprawidłowy opis przedmiotu zamówienia w zakresie sztywnego terminu utworzenia i uruchomienia PSZOK. Następnie wskazał na brak opisu wymagań w zakresie utworzenia i prowadzenia PSZOK oraz sposobu ich kontroli oraz egzekwowania. Zamawiający uzasadniając powyższe nieprawidłowości wskazał także na błędny opis, który przejawia się w wprowadzeniu wymogu posiadania przez Wykonawcę prawomocnej i ostatecznej decyzji o udzieleniu zezwolenia na zbieranie odpadów. Ponadto Zamawiający podkreślił, że brak jest określenia jak należy rozumieć pojęcie tymczasowego charakteru PSZOK, dlaczego w dokumentach zamówienia tymczasowy PSZOK opisano jako PSZOK stacjonarny oraz gdzie, w jaki sposób oraz na jaki okres wykonawca ma udostępnić rębak w ramach PSZOK, brak jest opisu w jaki sposób wykonawca ma utworzyć i prowadzić punkt PSZOK (pkt 4.1 Zał. Nr 8 do SWZ – SOPZ), a także w zakresie opisu wymogu dotyczącego posiadania przez Wykonawcę prawomocnej i ostatecznej decyzji, w kontekście wymogu przedstawienia tej decyzji na wezwanie do złożenia podmiotowych środków dowodowych. Zamawiający następnie argumentował, iż tak nieprecyzyjny opis przedmiotu zamówienia, skutkuje ograniczeniem kręgu oferentów nieposiadających zorganizowanych PSZOK na obszarze wyznaczonym przez Zamawiającego. Podobnie Zamawiający wskazał, iż ocena warunków udziału w postępowaniu w świetle ustawowych wymogów w zakresie uzyskania decyzji w przedmiocie zezwolenia na zbieranie odpadów prowadzi do ograniczenia konkurencji.

Izba dostrzega, że Zamawiający w wyżej powołanym uzasadnieniu przedstawiał wyłącznie wady, które jego zdaniem wystąpiły w prowadzonym przez niego postępowaniu. Nie wykazał natomiast, że są to wady istotna oraz że zachodzą podstawy do unieważnienia umowy wskazane w art. 457 ustawy Pzp. Zamawiający w swojej argumentacji wskazując na niespójności w dokumentacji postępowania, jawiące się jako wada postępowania tak naprawdę wskazywał na błędy w dokumentacji prowadzące do ograniczenia kręgu oferentów. Nie wykazał natomiast, że jest wady te są istotna

oraz nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy istnieniem wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Dostrzeżenia wymaga, iż nawet jeśli dokumentacja postępowania zawiera nieścisłości czy pewne rozbieżności, to nie są to na pewno wady, które są na tyle istotne, że spowodują niemożliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Jeśli były nawet wątpliwości w zakresie SWZ, Zamawiający je wyjaśnił na etapie postępowania, a w efekcie w postępowaniu została złożona oferta. Należy z całą stanowczością podkreślić, że Zamawiający nie może konwalidować własnych błędów w postępowaniu za pomocą instytucji unieważnienia postępowania w sytuacji, gdy nie występują przesłanki unieważnienia tego postępowania.

Odnosząc się w następnej kolejności do drugiej wskazanej wady przez Zamawiającego, polegającej na zaniechaniu podzielenia zamówienia na części, zauważenia wymaga, że Zamawiający w SWZ pkt V ust. 5 wskazał na powody niedokonania podziału zamówienia:

„5. (...) 1) Zamawiający nie dzieli zamówienia na części, ponieważ nie chce dezorganizować (zmieniać) systemu odbierania odpadów, który funkcjonuje od lat na terenie gminy. Brak podziału na części pozwoli utrzymać efekt skali – korzystniejszych warunków cenowych, niż w przypadku podziału zamówienia;

2) Brak podziału zamówienia na części w żaden sposób nie ogranicza uczciwej konkurencji. Przedsiębiorstwa działające na rynku odpadów komunalnych są w stanie samodzielnie lub przy pomocy podwykonawców lub w formie konsorcjum wykonać przedmiot zamówienia w pełnym zakresie, bez dzielenia zamówienia na części.”

W uzasadnieniu zaś zawiadomienia o unieważnieniu postępowania Zamawiający wskazał, że w treści zał. Nr 8 do SWZ – OPZ Zamawiający w postępowaniu określił sztywny termin uruchomienia PSZOK – pierwsza sobota w miesiącu, w którym wykonawca rozpoczął realizację usługi. Dlatego też wydaje się zatem, że powyższe w połączeniu z obowiązkiem posiadania prawomocnej decyzji w przedmiocie zezwolenia na zbieranie odpadów powoduje, że utworzenie PSZOK przez innych wykonawców niż dotychczas realizujący usługę jest co najmniej mocno utrudnione, o ile w ogóle możliwe. W stanowisku swoim Zamawiający uwzględnił także ocenę KIO wyrażoną w wyroku z dnia 02 listopada 2021 r. o sygn. akt KIO 2939/21 oraz Sądu Okręgowego w Warszawie o sygn. akt XXIII Zs 139/21 w przedmiocie zasadności połączenia usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych oraz utworzenia i prowadzenia PSZOK.KIO w swej ocenie wskazała, że opis przedmiotu zamówienia w zakresie obowiązku utworzenia i prowadzenia PSZOK, bez wyodrębnienia tego jako osobnej części zamówienia, prowadzi do istotnego ograniczenia, a nawet do faktycznego wyeliminowania konkurencji w postępowaniu. Po pierwsze dostrzeżenia jednak wymaga, jak słusznie zauważył Odwołujący przywołany wyrok KIO był wydany warunkach odmiennego stanu faktycznym niż rozstrzygnięta sprawa, a po drugie i dla tej wady argumentacja Zamawiającego skupiała się tak naprawdę na tym, iż tak określony przedmiot zamówienia utrudnia lub uniemożliwia uczciwą konkurencję. Zamawiający wskazał, iż: „ponowna analiza treści SWZ skłania Zamawiającego do wniosku, że skoro Gmina Liszki nie posiada własnego PSZOK to mus zlecać jego prowadzenie podmiotowi zewnętrznemu, co nie znajduje jednak pełnego uzasadnienia dla konieczności powierzenia tego zadania wyłącznie podmiotowi realizującemu usługi odbioru i zagospodarowania odpadów. W uzasadnieniu Zamawiającemu zabrakło wykazania, że jest ona istotna oraz nie przedstawił związku przyczynowego pomiędzy istnieniem wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Dodatkowo nie można tracić z pola widzenia tego, że Zamawiający swoją pierwotną decyzję uzasadnił w SWZ, dlatego należy przyjąć, iż była ona poparta wcześniejszą analizą jej zasadności. Ocena taka powinna opierać się m.in. analizie rynku i jego możliwościach z uwzględnieniem warunków postępowania. Podkreślenie wymaga, iż Odwołujący przedstawił dowody w postaci wskazania listy podmiotów działających na rynku, które spełniają określone przez Zamawiającego warunki udziału w postępowaniu, co tym samym może wskazywać, iż tak określone wymagania w SWZ nie ograniczają konkurencji, wbrew twierdzeniom Zamawiającego. Zamawiający nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie swojej argumentacji, w związku tym należało argumentację Zamawiającego uznać jako gołosłowną i nie mającą potwierdzenia w zebranych materiale dowodowym.

Jako trzecią podstawę faktyczną Zamawiająca wskazał brak zabezpieczenia środków w ramach Wieloletniego Planu Finansowego skutkujących brakiem możliwości podpisania umowy z Wykonawcą. W uzasadnieniu swojego stanowiska Zamawiający wskazał na art. 226 ust. 1 pkt 1, 5) i 8) oraz ust. 3 argumentując, iż zaciągnięcie zobowiązania obligatoryjnie musi być czynnością wtórną w stosunku do danych ujawnionych w wieloletniej prognozie finansowej, a Zamawiający nie będzie uprawniony do zawarcia umowy Wykonawcą, z powodu braku wystarczających środków (limitów) w WPF na lata 2025 i 2026. Jak podkreślił Zamawiający obecny limit środków w ramach WPF jest przewidziany wyłącznie na 2025 rok. Brak przy tym analogicznego postanowienia w zakresie wydatków na rok 2026 i analiza przepisów ustawy w ujęciu systemowym nakazuje uwzględnić wszystkie wydatki z rozbiorem na realizację odrębnie dla każdego roku opisanego w ramach WPF.

Izba nie podzieliła powyższej argumentacji. Zamawiający oprócz stwierdzenia, że obecny limit środków w ramach WPF jest przewidziany wyłącznie na 2025 rok, w żaden sposób nie wypowiedział się w kwestii powodów

niezabezpieczenia środków na 2026 r. Nie zawarł żadnej przekonywującej argumentacji. Zauważanie wymaga, iż systemu gospodarowania odpadami komunalnymi jest systemem ciągłym, co jest faktem oczywistym. Zamawiający i w tym przypadku nie wykazał związku przyczynowego pomiędzy istnieniem wady postępowania, a brakiem możliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Należy wskazać dodatkowo, że Zamawiającym w niniejszej sprawie jest Gmina Liszki natomiast organem stanowiącym i kontrolnym w gminie jest rada gminy - art. 15 ust. 1, z zastrzeżeniem art. 12 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 1465, 1572) (dalej jako „usg”). Zgodnie z art. 51 ust. 1 usg gmina samodzielnie prowadzi gospodarkę finansową na podstawie uchwały budżetowej gminy. Zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 4 usg do wyłącznej właściwości rady gminy należy m.in. uchwalanie budżetu gminy. W związku z tym, jak również mając na uwadze przepisy ustawy u.c.p.g. Izba uznała, że Zamawiający nie może powoływać się na to, iż brak uchwalenia wieloletniej prognozy finansowej na 2026 r powoduje, iż postępowanie jest obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie wobec czego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 557 i 575 Pzp oraz § 5 pkt 1 i 2 lit. b) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 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 z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając na poczet kosztów postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania i koszt wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego z ograniczeniem do kwoty maksymalnej dopuszczanej przez ww. rozporządzenie

Przewodnicząca: