

WYROK

Warszawa, dnia 15 listopada 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Krzysztof Sroczyński

Protokolantka: Wiktoria Ceyrowska

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 października 2024 r. przez Odwołującego wykonawcę Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku

w postępowaniu, w którym Zamawiającym jest Gmina Olecko

przy udziale uczestnika zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego wykonawcy MPO spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Białymstoku

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego – Gminę Olecko i:

2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł (piętnastu tysięcy złotych) uiszczoną Odwołującego wykonawcę Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku tytułem wpisu od odwołania;

2.2. zasądza od Zamawiającego – Gminy Olecko na rzecz Odwołującego Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku kwotę w wysokości 19 110,60 zł (dziewiętnaście tysięcy sto dziesięć złotych sześćdziesiąt groszy) stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

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.

Przewodniczący:.....

Sygn. akt: KIO 3949/24

Uzasadnienie

Gmina Olecko (dalej: „Zamawiający”) prowadzi na podstawie przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” lub „ustawa Pzp”, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego, pn. „*Odbiór i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości położonych na terenie Gminy Olecko*” Znak sprawy: GKO.271.1.2024 (dalej „postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 13 maja 2024 r. pod pozycją S: 92/2024 281759-2024

W dniu 25 października 2024 r. wykonawca Koma spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Ełku (dalej: „Odwołujący”) wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 16 pkt 1 i 2 ustawy Pzp w zw. z art. 255 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez unieważnienie postępowania pomimo braku ku temu uzasadnionych podstaw.

W oparciu o powyższe zarzuty i powołując się na przedstawiony interes, Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania oraz o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności unieważnienia postępowania.

Odwolujący wyjaśnił, iż posiada interes w złożeniu niniejszego odwołania, ponieważ jest złożył w Postępowaniu ofertę a ze względu na unieważnienie postępowania, niezgodnie z przepisami PZP, został przez Zamawiającego pozbawiony możliwości pozyskania i wykonania zamówienia w tym postępowaniu. W przypadku uznania przez Krajową Izbę Odwoławczą zasadności niniejszego odwołania, Zamawiający będzie zobowiązany do ponownego badania i oceny ofert, a w konsekwencji Odwołujący będzie miał możliwość uzyskania przedmiotowego zamówienia

Odwolujący w pierwszej kolejności przedstawił zarys stanu faktycznego sprawy, zgodnie z którym w prowadzonym postępowaniu wpłynęły oferty 3 wykonawców: Odwołującego, Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o. o. z siedzibą w Olecku (dalej „TBS” lub TBS sp. z o. o.) oraz MPO Sp. z o.o. z siedzibą w Białymstoku.

Zamawiający pismem z dnia 31 lipca 2024 r. wybrał jako najkorzystniejszą ofertę TBS jednak wybór ten unieważnił na mocy wyroku KIO 2840/24 z dnia 6 września 2024 r., która nakazała Zamawiającemu dokonanie takiej czynności, a ponadto odrzucenie oferty wykonawcy TBS. Do niezwłocznego wykonania ww. wyroku pełnomocnik Odwołującego wzywał Zamawiającego Wezwaniami w pismach z dnia 13 września 2024 r. oraz 25 września 2024 r.

Pismem z dnia 30 września 2024 r. Zamawiający poinformował o unieważnieniu czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz powtórzeniu czynności badania i oceny ofert w przedmiotowym postępowaniu zmierzającym do wyboru najkorzystniejszej oferty. Następnie zawiadomieniem z dnia 15 października 2024 r. Zamawiający poinformował, że odrzuca ofertę TBS oraz unieważnia postępowanie podając jako przyczynę, że postępowanie jest obarczone wadą niemożliwą do usunięcia uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy o zamówienie publiczne.

Wnioskiem z dnia 17 października 2024 pełnomocnik Odwołującego wezwał Zamawiającego do unieważnienia czynności unieważnienia postępowania wykazując w treści pisma, że obie wskazane przyczyny unieważnienia postępowania faktycznie nie występują i nie mogą stanowić podstawy faktycznej i prawnej unieważnienia postępowania, Zamawiający jednak nie zmienił swej czynności do dnia upływu terminu na złożenie środków odwoławczych.

Z przedstawionego stanu faktycznego w ocenie Odwołującego widoczne jest, że Zamawiający podjął próbę wybrania oferty TBS (będącej spółką komunalną ze 100% udziałem Zamawiającego co wynika z odpisu KRS w aktach sprawy), a gdy Izba w wyroku KIO 2840/24 nakazała odrzucenie oferty tego wykonawcy, Zamawiający doszukuje się niesłusznie wad postępowania, aby doprowadzić do jego unieważnienia i umożliwienia swojej spółce wzięcia udziału w kolejnym postępowaniu. Zdaniem Odwołującego taki z góry powzięty zamiar przyświecał Zamawiającemu przy podejmowaniu zaskarżonej czynności o unieważnieniu postępowania. W ocenie Odwołującego opisaną poniżej argumentację zamawiającego, w zakresie rzekomych wad postępowania, należy oceniać z uwzględnieniem opisanego wyżej stanu faktycznego co do przebiegu postępowania, w tym także rozstrzygnięć Izby.

Zgodnie z art. 255 pkt 6 PZP zamawiający unieważnia postępowanie, gdy „6) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Zatem, aby możliwe było unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z uwagi na jego wadę muszą zaistnieć trzy przesłanki, których łączne wystąpienie warunkuje możliwość unieważnienia postępowania tj.:

- a) zaistnienie naruszenia przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych – wada postępowania;
- b) skutek wady postępowania w postaci niemożliwości zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia;
- c) wada ta musi być niemożliwa do usunięcia.

Konieczne jest więc wystąpienie związku przyczynowego pomiędzy zaistniałą wadą, a niemożliwością zawarcia umowy.

Okoliczności, których zaistnienie będzie skutkowało unieważnieniem umowy uregulowane zostały w art. 457 ust. 1 p.z.p. Zgodnie z przepisem tego artykułu Umowa podlega unieważnieniu, jeżeli zamawiający:

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

2) zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577 p.z.p., jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy;

3) zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2;

4) z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 p.z.p. udzielił zamówienia objętego umową ramową;

5) z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 p.z.p. udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów.

Artykuł 457 ust. 1 p.z.p. zawiera zamknięty katalog okoliczności unieważnienia umowy.

Analiza informacji Zamawiającego zawierającej uzasadnienie unieważnienia postępowania pozwala stwierdzić, że:

1) zdaniem Zamawiającego wymienione przez niego 2 wady postępowania, których opis został zawarty w piśmie zamawiającego z dnia 15 października 2024 r. ma charakter nieusuwalnych, gdyż Zamawiający nie może żądać do wykonawców dokumentów innych niż wskazane w SWZ, a nieprecyzyjność czy też nieporównywalność ofert umożliwiają unieważnienie postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 w zw. z art. 457 ust. 1 pkt 1 i art. 99 ust. 1 Pzp.

2) w ocenie Zamawiającego zawarcie umowy o zamówienie publiczne pomimo występowania tychże wad mogłoby doprowadzić do unieważnienia umowy na podstawie art. 457 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący odnosząc się do poszczególnych uchybień w dokumentacji zamówienia nazwanych przez Zamawiającego wadami, wskazał że rzekoma wada faktycznie nie występuje. Chociaż nawet jeśli jakaś nieprecyzyjność SWZ zachodzi to Odwołujący wykazuje, że nie ma ona charakteru kwalifikowanego tzn. nie miała ona wpływu na wynik postępowania lub przygotowanie ofert, powtarzając za Izbą w wyroku w sprawie KIO 610/23: *Dlatego trzeba przyjąć, że intencją ustawodawcy było wprowadzenie przesłanki nieważności umowy zawartej z naruszeniem przepisów Prawa zamówień publicznych, jednak nie każdym, tylko kwalifikowanym - takim, które miało znaczenie dla przygotowania ofert, a więc wpłynęło na wynik postępowania.*

Zamawiający wskazał jako pierwszą wadę postępowania:

Nieuwzględnienie w załączniku nr 10 do SWZ oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31.7.2014, str.1), dalej: rozporządzenie 833/2014, w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8.4.2022, str. 1).

Odnosząc się do pierwszej przyczyny unieważnienia postępowania Odwołujący wskazują, mimo iż Zamawiający nie zawarł w dokumentach zamówienia w/w przesłanki wykluczenia, to warto zwrócić uwagę, iż przepisy nie regulują na którym etapie ma nastąpić weryfikacja wykonawcy, czy nie podlega on pod zakazy udzielenia zamówienia publicznego, określone w przywołanym wyżej art. 5k ust. 1 rozporządzenia. Odwołujący złożył stosowne oświadczenie, wskazując, że nie podlega pod wymienione w przepisie przesłanki. Oświadczenie z dnia 15 października 2024 r., zostało złożone Zamawiającemu wraz z wnioskiem z dnia 17 października 2024 r. (przesłanym w dniu 18 października 2024 r.). Dodatkowo, Odwołujący poinformował Zamawiającego o gotowości ponowienia takiego oświadczenia, na każdym etapie, gdyby zaistniała taka konieczność po stronie Zamawiającego.

Zdaniem Odwołującego, ani w ustawie Pzp, ani w Rozporządzeniu nr 833/2014 ani też w ustawie z 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego nie znajdziemy normy nakazującej Zamawiającemu zamieszczanie w dokumentach zamówienia (w praktyce chodzi najczęściej o SWZ) informacji o stosowaniu przesłanek sankcyjnych wykluczenia wykonawcy. W art. 134 oraz 281 ustawy Pzp znajdziemy jedynie nakaz zamieszczenia informacji o przesłankach z art. 108 ustawy Pzp i art. 109 ustawy Pzp, o ile te ostatnie mają zastosowanie. Z tego wniosek, że nawet brak informacji w SWZ nie wyłącza obowiązku wykluczenia wykonawcy, który by podlegał sankcjom. Nakaz taki wynika bowiem z przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Oznacza to zatem, że brak tej przesłanki wykluczenia nie wpływa na wynik postępowania. Jednocześnie wskazać należy, że Odwołujący nie podlega wykluczeniu z podstaw określonych w art. 5k Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 a także określonych w art. 5k ust. 1 Rozporządzenia Rady

(UE) nr 2022/576 z dnia 8 kwietnia 2022 r. w sprawie zmiany Rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie i może takowe oświadczenie złożyć zamawiającemu w postępowaniu lub po wyborze oferty najkorzystniejszej a przed podpisaniem umowy, tak jak to miało miejsce we wskazanym stanie faktycznym.

Całkowicie nie rozumiała jest natomiast argumentacja zamawiającego o tym, że nie „Zamawiający nie jest w stanie ustalić, czy żaden podwykonawców, w przypadku gdy przypada na niego ponad 10 % wartości zamówienia, nie należy do żadnej z powyższych kategorii podmiotów.” Zamawiający prezentuje taką argumentację pomimo, iż żaden z wykonawców nie zadeklarował udziału podwykonawców. Teoretyzując natomiast jeśli wykonawcę będzie chciał zaangażować podwykonawcę w trakcie realizacji umowy, wówczas zamawiający będzie mógł weryfikować przesłanki określone w rozporządzeniu sankcyjnym w stosunku do tego podwykonawcy.

Druga z rzekomych wad postępowania wskazana przez Zamawiającego dotyczyła opisu przedmiotu zamówienia niezgodnego z art. 99 ust. 1 PZP z powodu braku wskazania w SWZ i załącznikach do SWZ częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w tym z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe, i innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe.

W zakresie drugiej przyczyny unieważnienia postępowania Odwołujący wskazują, że rzekome nieścisłości w treści SWZ dotyczące braku określenia w pkt.III.6 częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w tym z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe i innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe w zasadzie nie występują a cała argumentacja prezentowana przez Zamawiającego jest wadliwa gdyż u jej podstaw leży błędne przekonanie, że w dokumentacji postępowania nie określono częstotliwości odbioru odpadów co jest nieprawdą o czym poniżej.

Zamawiający w Rozdział III pkt 2 SWZ iż „wykonawca zobowiązany jest do odbierania każdej ilości odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości zamieszkałych, niezamieszkałych i mieszanych zgromadzonych w pojemnikach lub workach określonych w „Regulaminie utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olecko” oraz w pkt 6 „1) Wykonawca zobowiązany jest do odebrania odpadów komunalnych (zbieranych selektywnie i niesegregowanych) zgodnie z harmonogramem ustalonym przez Wykonawcę i uzgodnionym z Zamawiającym. Harmonogram odbioru Wykonawca dostarczy Zamawiającemu w ciągu 7 dni od daty zawarcia umowy”. Regulamin (stanowiący powszechnie obowiązujący na terenie Gminy akt prawa miejscowego), do którego odsyła SWZ stanowi załącznik do uchwały Nr BRM.0007.33.2021 Rady Miejskiej w Olecku z dnia 26 marca 2021 r. i w rozdziale 4 określa częstotliwość i sposób pozbywania się odpadów komunalnych i nieczystości ciekłych z terenu nieruchomości oraz terenów przeznaczonych do użytku publicznego. Zgodnie z §8 ust. 2 Regulaminu ustalono częstotliwość odbierania odpadów komunalnych przez odbiorcę z terenu nieruchomości niezamieszkałych, na których powstają odpady komunalne:

1) nie rzadziej niż raz w tygodniu z nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna, hotelarska, z nieruchomości placówek oświatowych, biur, lokali usługowych;

2) z pozostałych nieruchomości nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie.

Zdaniem Odwołującego przedmiot zamówienia został opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący uwzględniając wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Wskazanie częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych w Regulaminie, do którego SWZ odsyła w zarówno w Rozdziale III pkt.2 jak pkt 6 zabezpiecza interes Zamawiającego, gdyż odpady te będą odbierane zgodnie z obowiązującym prawem miejscowym, dodatkowo odbiór odpadów dokonywany będzie zgodnie z harmonogramem, którego obowiązek sporządzenia wskazują w/w zapisy SWZ i oraz §3 ust. 2 projektu umowy stanowiący załącznik nr 8 do SWZ. Ponadto w §12 ust 3 projektu umowy Zamawiający przewidział zmiany w treści umowy (w formie aneksu) dotyczące zmian w zakresie częstotliwości wywozu, rodzaju segregowanych odpadów i terminów odbioru określonych w harmonogramie odbioru oraz związanego z tym wynagrodzenia. Terminowe odbieranie odpadów oraz przestrzeganie harmonogramu zabezpieczone zostało karami umownymi wskazanymi w §10 ust. 1 pkt 7 i 8 projektu umowy.

W ocenie Odwołującego przywołane wyżej procedury uniemożliwią odbieranie odpadów w dowolnych odstępach czasu, co wg Zamawiającego było jednym z argumentów przemawiającym za unieważnieniem postępowania. Brak zapytań do treści SWZ w powyższym zakresie, potwierdza, iż wykonawcy ubiegający się o zamówienie, na etapie składania ofert nie mieli wątpliwości co do skalkulowania z jaką częstotliwością mają odpady odbierać a opis przedmiotu zamówienia został dokonany w sposób jednoznaczny i niepozostawiający wątpliwości co do zakresu usług oraz

częstotliwości ich wykonywania. Zdaniem Odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie miał wpływu na nieporównywalność ofert, co stanowi wystarczające uzasadnienie unieważnienia postępowania, ponieważ ceny wskazane w złożonych ofertach nie odbiegają od siebie w znaczący sposób z wyjątkiem ceny TBS sp. z o.o, która przez ostatnie 3 lata wykonywała usługi odbioru odpadów na zlecenie Zamawiającego w określonej częstotliwości.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca MPO sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku, który w dniu 8 listopada 2024 r. przedstawił stanowisko pisemne wskazujące argumentację popierającą zarzuty odwołania.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o. o. z siedzibą w Olecku.

W piśmie z dnia 8 listopada 2024 r. Zamawiający złożył do akt sprawy odpowiedź na odwołanie w której przedstawił argumentację dla wniosku o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, na podstawie zebranego materiału dowodowego wskazanego w treści uzasadnienia, jak też po zapoznaniu się z oświadczeniami i stanowiskami stron i uczestników postępowania złożonymi pisemnie oraz ustnie do protokołu w toku rozprawy ustaliła i zważyła, co następuje.

Izba doszła do przekonania, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 528 Pzp.

Izba uznała, że odwołujący wykazał, że posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, czym wypełnił materialnoprawne przesłanki dopuszczalności odwołania, o których mowa w art. 505 ust. 1 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 525 Pzp, Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia przez wykonawcę MPO sp. z o. o. z siedzibą w Białymstoku (zwanego dalej jako: „Przystępujący”), do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Odwołującego. W związku z tym ww. wykonawca stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego.

Wobec braku spełnienia przesłanek określonych w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp, Izba stwierdziła nieskuteczność przystąpienia zgłoszonego przez wykonawcę Towarzystwo Budownictwa Społecznego sp. z o. o. z siedzibą w Olecku do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

Skład orzekający, stwierdził że podmiot ten nie posiada statusu wykonawcy w przedmiotowym postępowaniu w rozumieniu art. 505 ust. 1 ustawy Pzp i w konsekwencji jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania z instytucji przystąpienia do postępowania odwoławczego zgodnie z art. 525 ust.1 ustawy Pzp. Choć w rozpoznawanej sprawie TBS sp. z o. o. status wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym niewątpliwie posiadał (złożył ofertę, ubiegał się o zamówienie), to jednak w wyniku czynności podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia przez Zamawiającego w dniu 15 października 2024 r., polegającej na odrzuceniu oferty zgodnie z rozstrzygnięciem Izby w sprawie o sygn. KIO 2840/24, którego wykonawca nie zakwestionował w drodze skargi do sądu status aktywnego uczestnika postępowania o udzielenie zamówienia utracił. Podmiot ten zatem w chwili wnoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego nie był już wykonawcą – uczestnikiem postępowania o udzielenie zamówienia, a tym samym jest podmiotem nieuprawnionym do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Treść przepisów dotyczących zarzutów:

Art. 16 ustawy pzp – „Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób:

- 1) zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców;
- 2) przejrzysty;
- 3) proporcjonalny”.

Art. 255 pkt 6 pzp – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.*

Izba ustaliła i zważyła co następuje:

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz stanowiska stron, Izba uznała, że odwołanie

zasługiwało na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że dla oceny czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia podstawowe znaczenie ma treść uzasadnienia tej czynności przekazanego przez zamawiającego wykonawcom. Izba ocenia czynność zamawiającego w kontekście powodów ujawnionych w treści ww. uzasadnienia.

W dalszej kolejności, w ramach rozważań ogólnych, skład orzekający przyjął, że przypadku zaistnienia okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 Pzp, zamawiający będzie miał obowiązek unieważnienia postępowania jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności:

- po pierwsze, postępowanie musi być obciążone wadą o nieusuwalnym charakterze;

- po drugie wada taka, musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Podstawą do unieważnienia postępowania jest zatem obciążenie postępowania wadą, przez którą należy rozumieć wyłącznie takie uchybienia proceduralne, które nie mogą być skorygowane przez zamawiającego w toku postępowania. Ponadto, wada taka musi uniemożliwić zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Tym samym błędy w postępowaniu o marginalnym znaczeniu, pozostające bez wpływu na możliwość zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy, nie są wystarczającą podstawą do unieważnienia postępowania.

Powyższe wskazuje, iż konieczne jest ustalenie związku przyczynowo-skutkowego pomiędzy wystąpieniem wady postępowania a brakiem możliwości zawarcia umowy niepodlegającej unieważnieniu. Ustalenie, czy w danym postępowaniu wystąpiła wada uniemożliwiająca zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, powinno być dokonywane przede wszystkim poprzez odniesienie określonego naruszenia przepisów Pzp do przyczyn, z powodu których zawarta umowa podlega unieważnieniu, określonych w art. 457 ust. 1 Pzp. Wady te stanowią konsekwencję znaczących uchybień, w stosowaniu przepisów odnoszących się do prowadzenia postępowania, spowodowanych przez zamawiającego.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt rozpoznawanej sprawy, Izba doszła do przekonania, że okoliczności przedmiotowej sprawy nie stanowiły podstawy do unieważnienia postępowania w oparciu o art. 255 pkt 6 Pzp. Powyższe oznaczało, że zamawiający w sposób nieuzasadniony dokonał unieważnienia postępowania, co czyniło zasadnym zarzut odwołania.

W pierwszej kolejności w ocenie Izby za uchybienie proceduralne, które wiązałyby się z koniecznością unieważnienia postępowania nie może zostać uznany brak uwzględnienia w treści załącznika nr 10 – *Oświadczenie o braku podstaw do wykluczenia* wskazania podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014z dnia 31 lipca 2014 r. dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 229 z 31 lipca 2014, str. 1), (dalej: rozporządzenie 833/2014), w brzmieniu nadanym rozporządzeniem Rady (UE) 2022/576 w sprawie zmiany rozporządzenia (UE) nr 833/2014 dotyczącego środków ograniczających w związku z działaniami Rosji destabilizującymi sytuację na Ukrainie (Dz. Urz. UE nr L 111 z 8 kwietnia 2022, str. 1), (dalej: rozporządzenie 2022/576), a wyłącznie podstaw wykluczenia na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 13 kwietnia 2022 r. o szczególnych rozwiązaniach w zakresie przeciwdziałania wspieraniu agresji na Ukrainę oraz służących ochronie bezpieczeństwa narodowego (Dz. U. poz. 835). W pierwszej kolejności należy wskazać, iż przedmiotowa podstawa wykluczenia wykonawcy wynika bezpośrednio z przepisów rozporządzenia 833/2014 w brzmieniu nadanym rozporządzeniem 2022/576, które ma zasięg ogólny, wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Stanowi ona samoistną, obligatoryjną i dodatkową w stosunku do przesłanek, o których mowa w art. 108 ustawy Pzp, podstawę wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Z uwagi na charakter oraz podstawę prawną przedmiotowego wykluczenia oświadczenie w jego zakresie nie jest objęte zakresem Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia, jak również katalogiem dokumentów wskazanych w rozporządzenie Ministra Rozwoju, Pracy i Technologii z dnia 23 grudnia 2020 r. w sprawie podmiotowych środków dowodowych oraz innych dokumentów lub oświadczeń, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy (Dz.U. z 2020 r., poz. 2415). Przepisy zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym nie określają na jakim etapie powinna nastąpić weryfikacja wykonawcy pod kątem podlegania zakazom wynikającym z art. 5k rozporządzenia 833/2014. Co więcej, mając na uwadze charakter tych zakazów

obejmujących zakaz udzielania lub dalszego wykonywania wszelkich zamówień publicznych lub koncesji objętych zakresem dyrektyw w sprawie zamówień publicznych przez podmioty wskazane w rozporządzeniu 833/2014, uznać należy iż weryfikacja przedmiotowych przesłanek może nastąpić na każdym etapie tak procedury udzielenia, jak i realizacji zamówienia, zaś Zamawiający może jej dokonać przy wykorzystaniu wszelkich dostępnych podmiotowych środków dowodowych takich jak oświadczenie własne wykonawcy o braku postaw do wykluczenia na ww. podstawie prawnej, odpis lub informacja z KRS lub CEIDG, roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe albo jego część, sprawozdanie zarządu z działalności jednostki albo jego część, informacja z Centralnego Rejestru Beneficjentów Rzeczywistych.

Za niezasadne uznać tym samym należy stanowisko Zamawiającego, iż z uwagi na fakt, iż pominał w załączonym do SWZ wzorze oświadczenia wskazanie podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 nie jest uprawniony do żądania oświadczeń ani dokumentów, których nie wskazał w SWZ i w konsekwencji nie jest w stanie zbadać, czy wykonawcy którzy złożyli oferty nie podlegają wykluczeniu z postępowania w oparciu o którąś ze wskazanych przesłanek. Po pierwsze żaden z obowiązujących przepisów nie określa momentu w którym możliwe jest żądanie od wykonawców zainteresowanych udzieleniem zamówienia złożenia oświadczenia w tym zakresie, po drugie zaś Zamawiający zobligowany jest do zbadania zaistnienia przesłanek wykluczenia wskazanych w ww. przepisie do czego może wykorzystać także inne środki dowodowe poza oświadczeniem własnym wykonawcy. Tym samym stwierdzić należy, że nawet uznając, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do uchybienia poprzez brak formalnego wskazania w treści dokumentacji ww. przesłanki wykluczenia i konieczności złożenia oświadczenia w tym zakresie, to powyższy brak może zostać w pełni skorygowany na obecnym etapie postępowania.

Z tych przyczyn przywoływana przez Zamawiającego okoliczność związana z brakiem wskazania w dokumentacji postępowania podstawy wykluczenia na podstawie art. 5k ust. 1 rozporządzenia Rady (UE) nr 833/2014 nie mogła stanowić uzasadnienia dla podjęcia decyzji o unieważnieniu postępowania.

W ocenie Izby podstawy do unieważnienia postępowania nie stanowiła również druga ze wskazywanych w uzasadnieniu okoliczności tj. nieprecyzyjność opisu przedmiotu zamówienia, która prowadzi do nieporównywalności ofert, a która miała polegać na tym, że w SWZ ani w żadnym z załączników Zamawiający nie wskazał częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych, w tym z nieruchomości, na których znajdują się domki letniskowe, i innych nieruchomości wykorzystywanych na cele rekreacyjno-wypoczynkowe. Powyższe w ocenie Zamawiającego po pierwsze nie zabezpiecza interesów Zamawiającego, gdyż odpady te mogą być odbierane w dowolnych odstępach czasu, a po drugie ma wpływ na nieporównywalność ofert, gdyż wykonawcy na etapie składania ofert nie mieli wiedzy, z jaką częstotliwością mają te odpady odbierać, a tym samym jakie będzie to niosło za sobą koszty realizacji zamówienia, zaś na obecnym etapie postępowania nie ma możliwości wskazania częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych.

Powyższe twierdzenia w ocenie Izby nie znajdują potwierdzenia w świetle postanowień dokumentacji postępowania. W pierwszej kolejności należy wskazać, na postanowienia Rozdziału III SWZ Opis przedmiotu zamówienia, w którego ust. 7 wskazano, że:

Powyższe frakcje odpadów odbierane będą zgodnie z ustalonym harmonogramem odbioru z podziałem na poszczególne frakcje z częstotliwością niezbędną do prawidłowego działania systemu odbioru odpadów, a w szczególnych przypadkach być dyspozycyjnym na ich odbiór poza ustalonym harmonogramem maksymalnie w ciągu 2 dni od dnia zgłoszenia otrzymanego od Zamawiającego (jako pierwszy wlicza się dzień zgłoszenia). Harmonogram zostanie opracowany zgodnie z uchwalonym Regulaminem utrzymania czystości i porządku na terenie Gminy Olecko.

Regulamin do którego odwołuje się SWZ to załącznik do uchwały Nr BRM.0007.33.2021 Rady Miejskiej w Olecku z dnia 26 marca 2021 r. (Dz.U. Województwa Warmińsko Mazurskiego z dnia 8 czerwca 2021 r., poz. 2215), uchwalonej na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2020 r. poz. 1439 ze zm.) i stanowiący zgodnie z tym przepisem akt prawa miejscowego. Powyższy regulamin w § 8 zawiera następujące postanowienia:

§ 8 ust. 1 Ustala się częstotliwość odbierania odpadów komunalnych przez odbiorcę z terenu nieruchomości zamieszkałych:

1) nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie z zabudowy jednorodzinnej;

2) nie rzadziej niż raz w tygodniu z zabudowy wielorodzinnej.

2. Ustala się częstotliwość odbierania odpadów komunalnych przez odbiorcę z terenu nieruchomości niezamieszkałych,

na których powstają odpady komunalne:

1) nie rzadziej niż raz w tygodniu z nieruchomości, na których prowadzona jest działalność gastronomiczna, hotelarska, z nieruchomości placówek oświatowych, biur, lokali usługowych;

2) z pozostałych nieruchomości nie rzadziej niż raz na dwa tygodnie.

W świetle powyższego nie sposób uznać, że odpady mogą być odbierane w dowolnych odstępach czasu, gdyż minimalną częstotliwość określa ww. regulamin będący aktem prawa miejscowego o podstawowym znaczeniu dla sposobu realizacji usługi będącej przedmiotem zamówienia. Ponadto powyższe przeczy również twierdzeniom Zamawiającego jakoby wykonawcy nie dysponowali wiedzą odnośnie częstotliwości odbioru odpadów z nieruchomości niezamieszkałych. Co prawda SWZ i zapisy projektu umowy wskazują, iż harmonogram odbioru odpadów będzie uzgadniany i zatwierdzany przez Zamawiającego, jednakże powyższe zapisy nie mają w ocenie Izby wpływu, na fakt, iż dokumentacja postępowania wbrew twierdzeniom Zamawiającego zawiera informacje, które określają przedmiot zamówienia w sposób dostatecznie precyzyjny i umożliwiający zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy. O możliwości takiej świadczy pośrednio również treść dowodu złożonego przez Zamawiającego

w postaci umowy nr GKO.272.2.2021 z dnia 18 czerwca 2021 r. na podstawie której realizowana była dotychczas przedmiotowa usługa, a która zawierała w zakresie sposobu ustalania harmonogramu odbioru odpadów analogiczne zapisy jak projekt umowy stanowiący załącznik do niniejszego postępowania.

Tym samym na uznanie nie zasługuje twierdzenie, że opis ten narusza przepisy art. 99 ust. 1 Pzp w związku z art. 16 ust. 1 Pzp co miałyby skutkować koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z art. 575 ustawy Pzp Strony oraz uczestnik postępowania odwoławczego wnoszący sprzeciw ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku.

Biorąc pod uwagę powyższe, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. § 7 ust. 1 pkt 1 w związku z w § 5 pkt 1 i 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 31 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), zasądzając od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę stanowiącą równowartość kwoty wpisu od odwołania oraz kosztów poniesionych przez Odwołującego z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów związanych z dojazdem na wyznaczone posiedzenie lub rozprawę.

Przewodniczący:.....