

WYROK

Warszawa, dnia 5 lipca 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Aleksandra Kot
Członkowie: Beata Konik
Piotr Kozłowski
Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 czerwca 2024 r. przez odwołującego REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu, przy udziale uczestnika po stronie Zamawiającego – wykonawcy ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia prowadzonego postępowania w ramach części II.
2. Kosztami postępowania obciąża Zamawiającego i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000,00 zł (słownie: piętnaście tysięcy złotych 00/100) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3 600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych 00/100) poniesioną przez Odwołującego tytułem wynagrodzenia pełnomocnika;
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwotę 18 600,00 zł (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych 00/100) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

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:.....

Członkowie:.....

.....

Uzasadnienie

Miasto Poznań z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Zamawiający” lub „Miasto Poznań”) prowadzi na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm., dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą: „Odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych” (Nr referencyjny: ZPb-II.271.115.2023.SA, dalej: „Postępowanie”).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 18 grudnia 2023 r. pod numerem: 2023/S 243-765720.

Wartość wskazanego zamówienia przekracza progi unijne.

7 czerwca 2024 r. wykonawca REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu (dalej: „Odwołujący” lub „REMONDIS”) wniósł odwołanie wobec czynności Zamawiającego polegającej na:
- unieważnieniu części II Postępowania, gdyż Miasto Poznań uznało, że nie ma możliwości zawarcia umowy obejmującej odbieranie odpadów z całego obszaru Sektora II, ponieważ Załącznik nr 5 do Opisu Przedmiotu Zamówienia (dalej: „OPZ”) pn. „Wykaz nieruchomości i pojemników” nie zawiera wszystkich ulic w ramach Sektora II (urywa się na literze „P”), gdy tymczasem z zapisów Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej: „SWZ”) wynika jednoznacznie, iż usługa ma być świadczona na całym Sektorze II, a tym samym Zamawiający ma możliwość zawarcia z wykonawcą umowy obejmującej świadczenie usługi na całym obszarze Sektora II – Jeżyce, nawet pomimo niekompletności Załącznika nr 5 do OPZ.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp w zw. z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp w zw. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez unieważnienie części II Postępowania, w sytuacji gdy Postępowanie nie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na rzekomą wadę Postępowania, a w szczególności gdy w świetle zapisów SWZ usługa ma być świadczona na całym Sektorze II, a tym samym Zamawiający ma możliwość zawarcia z wykonawcą umowy obejmującej świadczenie usługi na całym obszarze Sektora II – Jeżyce, nawet pomimo niekompletności

Załącznika nr 5 do OPZ.

W związku z powyższym Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania unieważnienia czynności unieważnienia Postępowania (w ramach części II).

W uzasadnieniu odwołania REMONDIS podniósł, że nie sposób zgodzić się z decyzją Zamawiającego z dnia 29 maja 2024 r. o unieważnieniu Postępowania (w ramach części II) na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, wobec czynności i zaniechań Miasta Poznań opisanych w odwołaniu.

Odwołujący wskazał, że okolicznością bezsporną w niniejszej sprawie jest fakt, iż Zamawiający w Załączniku nr 5 do OPZ w zakresie Sektora II nie zamieścił pełnego wykazu nieruchomości i pojemników, a wykaz został „urwany” przy ulicach na literę „P”, przy czym – w ocenie Odwołującego – okoliczność ta nie może być podstawą unieważnienia części II Postępowania, bowiem (wbrew twierdzeniu Miasta Poznań) niepełny wykaz ulic nie uniemożliwił Zamawiającemu zawarcia z wykonawcą umowy obejmującej świadczenie usługi w obrębie całego Sektora II.

W pierwszej kolejności REMONDIS zwrócił uwagę, że Miasto Poznań, jako podstawę prawną czynności unieważnienia części II Postępowania, wskazało przepis art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, zgodnie z którym „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli (...) postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. Odwołujący zauważył, że Zamawiający nie wskazał już jednak, na jakiej podstawie umowa miałaby w ogóle zostać unieważniona.

Odwołujący podniósł, że „ustawodawca określił zamknięty i bardzo wąski katalog przesłanek unieważnienia umowy w art. 457 ust. 1 Pzp: *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* – zdaniem Odwołującego nie zachodzi, Zamawiający prawidłowo zamieszczał ogłoszenia wszczynające postępowanie i zmieniające ogłoszenie wszczynające postępowanie oraz nie wystąpiło kwalifikowane naruszenie ustawy Pzp – takie, które miało wpływ na wynik Postępowania, gdzie oceny ofert dokonano z uwzględnieniem wskazanych w SWZ kryteriów oceny ofert, co było też częściowo przedmiotem analizy przez Izbę w postępowaniu rozpoznawanym pod sygnaturą akt: KIO 1473/24;

2) *zawarł umowę z naruszeniem art. 264 lub art. 308 ust. 2 lub 3 lub art. 421 ust. 1 lub 2 albo art. 577, jeżeli uniemożliwiło to Krajowej Izbie Odwoławczej uwzględnienie odwołania przed zawarciem umowy* – zdaniem Odwołującego również ta przesłanka nie zachodzi – umowa z Odwołującym nie została zawarta, a Zamawiający prawidłowo odczekał wymagany ustawą okres min. 10 dni od dnia przesłania zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w ramach części II Postępowania, a w tym czasie odwołanie złożył wykonawca ORDO AMZA;

3) *zawarł umowę przed upływem terminu, o którym mowa w art. 216 ust. 2* – zdaniem Odwołującego ta przesłanka nie zachodzi, przesłanka odnosi się do zawarcia umowy w trybie zamówienia z wolnej ręki, a nie w wyniku przetargu nieograniczonego;

4) *z naruszeniem art. 314 ust. 1 pkt 3, ust. 3 i 4, art. 315 lub art. 422 ust. 2 lub 3 udzielił zamówienia objętego umową ramową* – zdaniem Odwołującego ta przesłanka nie zachodzi, przesłanka odnosi się do zawarcia umowy ramowej;

5) *z naruszeniem art. 323, art. 324 lub art. 391 ust. 4 lub 5 udzielił zamówienia objętego dynamicznym systemem zakupów* – zdaniem Odwołującego ta przesłanka nie zachodzi, przesłanka odnosi się do dynamicznego systemu zakupów”.

Innymi słowy – w ocenie REMONDIS – w niniejszej sprawie nie zachodzi żadna podstawa do ewentualnego unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego, które opisano powyżej, a w konsekwencji do unieważnienia Postępowania – tym bardziej, że Zamawiający w informacji o unieważnieniu Postępowania nie podjął nawet próby przypisania jego uzasadnienia dla unieważnienia Postępowania do którejkolwiek przesłanki unieważnienia umowy z art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

Kolejno Odwołujący podkreślił, że wskazaną w piśmie Miasta Poznań z dnia 29 maja 2024 r. podstawę prawną czynności unieważniania należy przy tym odnieść do uzasadnienia faktycznego decyzji Zamawiającego, które w żadnym wypadku nie dawałoby podstaw do tego, aby unieważnić umowę na realizację części II zamówienia. Odwołujący zwrócił uwagę, że z pisma Miasta Poznań wynika wprost, że doszło ono do przekonania, że z uwagi na braki w Załączniku nr 5 do OPZ, nie będzie miało ono możliwości zawarcia umowy obejmującej cały obszar Sektora II – Jeżyce, co jest twierdzeniem całkowicie bezpodstawnym w świetle postanowień SWZ (czytanych całościowo). A ponadto – taka okoliczność nie stanowiłaby przesłanki do unieważnienia umowy w świetle przepisu art. 457 ust. 1 ustawy Pzp.

REMONDIS zaznaczył, że Zamawiający przywołuje w swoim piśmie przepis art. 6d ust. 3 ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. Dz.U. z 2024 r. poz. 399, dalej: „u.c.p.g.”), zgodnie z którym: „W przypadku gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów”, przy czym trudno doszukać się w tym zakresie jakiegokolwiek niezgodności, skoro Miasto Poznań przeprowadziło postępowania dla każdego z Sektorów, a pojęcie „Sektora” zostało przez Zamawiającego zdefiniowane wprost w OPZ i jest to: „wydzielona część obszaru miasta Poznania, o którym mowa w art. 6d ust. 2 u.c.p.g., zgodnie z Uchwałą Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta z dnia 28 września 2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory”. Odwołujący wskazał, że powyższe oznacza, iż zakres terytorialny usługi na poszczególnych sektorach został określony poprzez akty prawa miejscowego i wynika to wprost z SWZ, a nie poprzez Załącznik nr 5 do OPZ. REMONDIS podniósł, że niezależnie więc od omyłkowej niekompletności Załącznika nr 5 do OPZ, to okoliczność ta pozostawała bez wpływu na sposób kalkulacji cen przez wykonawców i zakres terytorialny usługi świadczonej przez wykonawcę wybranego w ramach części II zamówienia, ponieważ z innych dokumentów w Postępowaniu, opisanych poniżej, wynika bezsprzecznie, że Zamawiający objął zapisami SWZ i Wzoru Umowy (dalej: „WU”) odbiór odpadów ze wszystkich nieruchomości na terenie Sektora II (nie tylko tych wskazanych w powyższym Załączniku nr 5 do OPZ), a zatem zawarcie umowy z Odwołującym jest możliwe, a w konsekwencji umowa ta obejmuje odbieranie odpadów ze wszystkich nieruchomości na terenie Sektora II i nie zaistnieją podstawy do jej unieważnienia. Odwołujący zaznaczył, że Miasto Poznań opisało zakres terytorialny usługi w: Rozdziale III pkt 1 ppkt 1 SWZ, § 2 ust. 1 pkt 2 WU, Rozdziale I pkt 3 ppkt 3.1 OPZ, pkt 1 i 20 Słownika Pojęć w OPZ, Załączniku do Uchwały Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta Poznania z dnia 28 września 2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory, Rozdziale XIV pkt 5 ppkt 1 OPZ, § 1 ust. 3 pkt 1 oraz ust. 4 pkt 1 WU. W ocenie REMONDIS z powyższego wynika, że w żadnym miejscu Miasto Poznań nie odniosło zakresu terytorialnego usługi (czy też zakresu umowy) do Załącznika nr 5 do OPZ – pojęcie Sektora zostało zdefiniowane w OPZ i odwołuje się do aktu prawa miejscowego, który został wprost wskazany przez Zamawiającego, a wykonawcy mieli obowiązek zapoznać się z jego treścią. Tym bardziej, nie wprowadzono np. zapisu w rodzaju: „Należy odbierać odpady tylko z tych nieruchomości na terenie Sektora, które są wskazane w Załączniku nr 5”, więc nie może budzić wątpliwości, że usługa ma być świadczona na obszarze całego Sektora II, a nie tylko na jego części, w dodatku ograniczonej do ulic zaczynających się cyfrą, bądź literami od A do P. Ponadto Odwołujący zauważył, że Zamawiający w § 2 ust. 1 pkt 2 WU wprost wskazał, że baza danych/informacji stanowiących podstawę do realizacji usługi, obejmująca wykaz nieruchomości i pojemników, zostanie przekazana dopiero po podpisaniu umowy i później będzie aktualizowana na bieżąco w trakcie trwania Umowy. REMONDIS podkreślił, że z jego doświadczeń wynika, iż zakres zmian w powyższej bazie danych jest istotny – w czasie trwania umowy zmieniają się obsługiwane nieruchomości (jest ich więcej lub mniej), ale też liczba i rodzaj obsługiwanych i dostarczanych pojemników (np. pojemniki do zbierania innych frakcji odpadów, pojemniki innej pojemności, większa liczba pojemników przy danej nieruchomości). Odwołujący stwierdził, że z uwagi na charakter usług, żadna wiążąca i ostateczna „lista nieruchomości” nie może powstać na etapie formułowania SWZ, ponieważ byłaby nieaktualna już kolejnego dnia po publikacji. Natomiast dane przekazane przez Zamawiającego w dokumentacji Postępowania pozwalały każdemu wykonawcy na ustalenie tych faktów, oszacowanie kosztów realizacji zamówienia i złożenia oferty. Zdaniem Odwołującego w niniejszym Postępowaniu Załącznik nr 5 do OPZ ma charakter pomocniczy, np. w zakresie przybliżenia liczby pojemników koniecznych do dostarczenia – liczby te zawsze mają charakter orientacyjny, wykonawcy muszą szacować te koszty składając oferty. REMONDIS wskazał, że zapis w Rozdziale VI pkt 1 OPZ, w którym Miasto Poznań opisało obowiązki związane z zapewnieniem pojemników, potwierdza, iż w pierwszej kolejności wykonawca ma przeprowadzić inwentaryzację Miejsc Gospodarowania Odpadami (dalej: „MGO”) (Nieruchomości i pojemników na terenie Sektora), a dopiero w drugiej kolejności „uwzględnić” informacje z Załącznika nr 5 do OPZ – co istotne, Załącznik nr 5 do OPZ ma tu charakter pomocniczy, nie wskazano, że wykonawca ma dostarczyć pojemniki tylko do MGO wskazanych w Załączniku nr 5 do OPZ. Wręcz przeciwnie – w Rozdziale VI pkt 2.1 OPZ wskazano, że wykonawca zobowiązany jest do wyposażenia Nieruchomości objętych przedmiotem zamówienia w pojemniki zgodnie z Aktami Prawa Miejscowego – a więc zgodnie z obszarem Sektora ustalonym w Uchwale Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta Poznania z dnia 28 września 2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory. Nadto Odwołujący zaznaczył, że Zamawiający w Rozdziale V pkt 10 ppkt 10.3 OPZ sam odwołał się do systemu Zarządu Geodezji i Katastru Miejskiego „GEOPOZ” (którego przedmiotem działalności jest m.in. prowadzenie Systemu Informacji Przestrzennej Miasta Poznania), wskazując, że ma on znaczenie „wzorcowe” dla wykonawców: „Wykonawca na bieżąco będzie aktualizował słownik nazw miejscowości, prefiksów, ulic z danych udostępnionych przez Zarząd Geodezji i Katastru Miejskiego GEOPOZ na stronie”. REMONDIS podkreślił, że powyższy publicznie dostępny oficjalny system Zarządu Geodezji i Katastru Miejskiego „GEOPOZ” precyzyjnie określa obszary Sektorów odbioru odpadów komunalnych na podstawie Aktów prawa miejscowego. Dodatkowo Odwołujący nadmienił, że żaden wykonawca nie kwestionował aktualności czy kompletności Załącznika nr 5 do OPZ przed złożeniem oferty – kiedy to zgodnie z

zasadami logiki i doświadczenia życiowego wykonawcy czytają i analizują SWZ i załączniki. Zamawiający unieważnił Postępowanie po piśmie wykonawcy ORDO AMZA z dnia 23 maja 2024 r., który wskazał na niekompletność Załącznika nr 5 do OPZ i powołał się na brak pełnej informacji na temat wielkości sektora. Zdaniem REMONDIS wykonawca ten mógł celowo nie zgłaszać wadliwości Załącznika nr 5 do OPZ na etapie składania ofert, ponieważ chciał zachować sobie możliwość manipulacji wynikiem Postępowania i doprowadzenia do jego unieważnienia, gdyby jego oferta nie została wybrana jako najkorzystniejsza – i z tej możliwości skorzystał.

Reasumując – w ocenie Odwołującego – wobec faktu, że w niniejszej sprawie nie spełniły się przesłanki unieważnienia Postępowania, Zamawiający nie zapewnia równego traktowania wykonawców ani zachowania uczciwej konkurencji, faworyzując wykonawcę ORDO AMZA niezgodnie z przepisami ustawy, gdy „wada” Postępowania w postaci niekompletności Załącznika nr 5 do OPZ miała charakter nieistotny, z pewnością nie powodujący nieważności umowy w sprawie zamówienia publicznego.

27 czerwca 2024 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęła odpowiedź na odwołanie, w której Zamawiający wskazał, że nie uwzględnia zarzutu Odwołującego.

W piśmie z dnia 27 czerwca 2024 r. wykonawca ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego.

Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając na rozprawie złożone odwołanie i uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, stanowiska stron oraz uczestnika postępowania odwoławczego złożone na piśmie i podane do protokołu rozprawy, a także przedłożone dowody, ustaliła, co następuje.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 528 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia, kwalifikowanego możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, co uprawniało go do złożenia odwołania.

Izba ustaliła, że w terminie określonym w art. 525 ust. 1 ustawy Pzp do niniejszego postępowania odwoławczego skuteczne przystąpienie po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca ORDO AMZA sp. z o.o. z siedzibą w Czerwonaku (dalej: „Przystępujący”).

Odwołanie zostało rozpoznane w granicach zawartych w nim zarzutów (art. 555 ustawy Pzp) z uwzględnieniem zasady kontrydiktoryjności postępowania (art. 534 ust. 1 ustawy Pzp). Rozpoznając przedmiotowe odwołanie Izba miała na uwadze treść akt postępowania (§ 8 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie postępowania przy rozpoznawaniu odwołań przez Krajową Izbę Odwoławczą).

Izba ustaliła następujące okoliczności jako istotne:

Przedmiotem zamówienia jest „odbiór i transport odpadów zmieszanych, bioodpadów, odpadów wystawkowych oraz odbiór, transport i zagospodarowanie odpadów zbieranych w sposób selektywny (papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło) z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych, zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia (zwanym również „OPZ”), stanowiącym Załącznik nr 1 do umowy oraz warunkami realizacji zamówienia, które określa Wzór umowy – Załącznik nr 11 do SWZ” (Rozdział III ust. 1 pkt 1 SWZ).

W myśl postanowień Rozdziału III ust. 1 pkt 2 SWZ przedmiot zamówienia został podzielony na 8 części:

- Część 1 - Sektor I – Grunwald;
- Część 2 - Sektor II – Jeżyce;
- Część 3 - Sektor III – Piątkowo;
- Część 4 - Sektor IV – Nowe Miasto;
- Część 5 - Sektor V – Rataje;
- Część 6 - Sektor VI – Winogrady;
- Część 7 - Sektor VII – Stare Miasto;
- Część 8 - Sektor VIII – Wilda.

Stosownie do § 1 ust. 1 WU: „Zamawiający zleca, a Wykonawca przyjmuje do wykonania usługę odbierania i transportu Odpadów zmieszanych, Bioodpadów, Odpadów wystawkowych oraz odbioru, transportu i zagospodarowania odpadów zbieranych w sposób selektywny (papier, metale i tworzywa sztuczne, szkło) z nieruchomości będących w zorganizowanym przez Miasto Poznań systemie odbioru odpadów komunalnych w ramach Sektora, zgodnie z warunkami wskazanymi w Opisie przedmiotu zamówienia (OPZ) oraz Umowie”.

W pkt 20 Słownika Pojęć w OPZ wskazano, co następuje: „Sektor – wydzielona część obszaru miasta Poznania, o którym mowa w art. 6d ust. 2 ucp, zgodnie z Uchwałą Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta z dnia 28 września 2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory”.

Zgodnie z Załącznikiem do Uchwały Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta Poznania z dnia 28 września 2021 r. w

sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory, Sektor II – Jeżyce obejmuje Osiedla: „Jeżyce, Ogrody, Ławica, Sołacz, Wola”.

Załącznik nr 5 do OPZ pn. „Wykaz nieruchomości i pojemników” w zakresie Sektora II kończy się na ulicach na literę „P”.

16 kwietnia 2024 r. Miasto Poznań zawiadomiło wykonawców, którzy złożyli oferty w Postępowaniu w części II o wyborze oferty najkorzystniejszej wykonawcy REMONDIS Sanitech Poznań sp. z o.o. z siedzibą w Poznaniu.

Pismem z dnia 29 maja 2024 r., Zamawiający działając na podstawie art. 260 ust. 1 ustawy Pzp poinformował wykonawców, którzy złożyli oferty o unieważnieniu Postępowania w części II, podając następujące uzasadnienie:

„Uzasadnienie faktyczne:

Załącznik nr 5 do Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”) – Wykaz nieruchomości i pojemników, będący Załącznikiem nr 1 do umowy w ww. postępowaniu, nie zawiera wykazu wszystkich ulic objętych obszarem terytorialnym Sektora II – Jeżyce, o którym mowa w Uchwale Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miasta Poznania z dnia 28.09.2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory. W konsekwencji liczba nieruchomości oraz liczba pojemników dla Sektora II – Jeżyce została wskazana przez Zamawiającego nieprawidłowo. Mając na względzie treść art. 6d ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, zgodnie z którym: „W przypadku gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów”, niepełny zakres terytorialny, tj. brak w ww. Wykazie pełnej liczby ulic i nieruchomości uniemożliwia zawarcie umowy obejmującej cały obszar Sektora II – Jeżyce w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie jego części II.

Uzasadnienie prawne:

Art. 255 pkt 6) ustawy: „Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego.”.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba uznała, że odwołanie zasługiwało na uwzględnienie.

Tytułem wstępu należy wskazać, że zgodnie z art. 16 ustawy Pzp zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób: zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, przejrzysty i proporcjonalny.

W myśl 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; (...).”.

Stosownie do brzmienia art. 260 ust. 1 ustawy Pzp „O unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający zawiadamia równocześnie wykonawców, którzy złożyli oferty lub wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub zostali zaproszeni do negocjacji – podając uzasadnienie faktyczne i prawne”.

Art. 457 ustawy Pzp stanowi:

„1. 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, 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 udzielił zamówienia objętego umową ramową;

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

2. Umowa nie podlega unieważnieniu, jeżeli:

1) w przypadku określonym w ust. 1 pkt 1, zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta odpowiednio po upływie 5 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy w Biuletynie Zamówień Publicznych albo po upływie 10 dni od dnia publikacji takiego ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;

2) w przypadkach określonych w ust. 1 pkt 4 i 5 zamawiający miał uzasadnione podstawy, aby sądzić, że działa zgodnie z ustawą, a umowa została zawarta po upływie terminu określonego w art. 264 ust. 1 lub art. 308 ust. 2 lub art. 421 ust.

1.

3. Unieważnienie umowy wywołuje skutek od momentu jej zawarcia, z zastrzeżeniem art. 554 ust. 3 pkt 2 lit. b.

4. Z przyczyn, o których mowa w ust. 1 oraz art. 458, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2021 r. poz. 1805, z późn. zm.15).

5. Przepis ust. 1 nie wyłącza możliwości żądania unieważnienia umowy na podstawie art. 70⁵ ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny”.

Zgodnie z art. 6d ust. 3 u.c.p.g. „W przypadku gdy gmina jest podzielona na sektory, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości przeprowadza się odrębnie dla każdego z wyznaczonych sektorów”.

Przechodząc do rozpoznawania zarzutu odwołania w pierwszej kolejności zasadnym jest wskazanie, że w razie wniesienia odwołania na decyzję Zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, kognicja Izby ogranicza się do zbadania zasadności tej decyzji w kontekście podanych w zawiadomieniu powodów faktycznych i prawnych jej podjęcia. Należy zauważyć, że szczegółowo odniósł się do tej kwestii Sąd Okręgowy w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy w uzasadnieniu wyroku z dnia 11 sierpnia 2022 r. o sygn. akt XXIII Zs 27/22 wskazując, co następuje: „(...) Zgodnie bowiem z art. 260 Pzp w zawiadomieniu o unieważnieniu postępowania Zamawiający zobowiązany jest podać uzasadnienie faktyczne i prawne unieważnienia postępowania. Obowiązek ten realizowany jest przez podanie okoliczności faktycznych i podstawy prawnej podjętej decyzji w zakresie wystarczającym dla oceny prawidłowości jej podjęcia. Zatem nie jest wystarczające samo wskazanie podstawy prawnej, na której oparta jest decyzja Zamawiającego o unieważnieniu postępowania. Konieczne jest dokładne powołanie okoliczności faktycznych, wyczerpujących przesłankę powodującą unieważnienie postępowania lub uprawniającą do jego unieważnienia. Wskazanie podstawy prawnej i przyczyn faktycznych unieważnienia postępowania warunkuje zakres wnoszenia i rozpoznania środków ochrony prawnej. Powołanie okoliczności faktycznych powinno być dokonane w sposób jasny i niebudzący wątpliwości. Powinno być przy tym na tyle wyczerpujące, by pozwalało wykonawcom na pełne zidentyfikowanie okoliczności faktycznych, stanowiących podstawę podjęcia czynności unieważnienia, oraz ich ewentualne zakwestionowanie w odwołaniu, a także przedstawienie w postępowaniu odwoławczym stosownych dowodów. Podanie uzasadnienia faktycznego i prawnego unieważnienia postępowania nie jest jedynie dopełnieniem wymagania formalnego art. 260 ust. 1 Pzp, lecz stanowi element konstytutywny decyzji o unieważnieniu postępowania i z normy tej wynika, że Zamawiający ma obowiązek podać wykonawcom uzasadnienie faktyczne podejmowanej czynności w taki sposób, aby zagwarantować im możliwość skutecznej weryfikacji jej prawidłowości (...).” Odnosząc się natomiast konkretnie do przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia, o której mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp zasadnym jest podkreślenie, że samo wskazanie na przywołany przepis bez wykazania spełnienia się występujących w nim przesłanek, nie jest wystarczające dla wykazania zasadności podjętej czynności (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21 marca 2023 r. o sygn. akt KIO 637/23). Jak bowiem wynika z literalnego brzmienia przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp, dopiero łączne wystąpienie wskazanych w nim okoliczności skutkuje obowiązkiem zastosowania tego przepisu. Konieczne jest zatem kumulatywne zaistnienie po pierwsze, naruszenia przepisów ustawy Pzp regulujących udzielenie zamówienia (wada postępowania); po drugie, wada musi być niemożliwa do usunięcia; po trzecie, wada ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego. Oznacza to, że nie wystarczy dla zaistnienia wskazanej przesłanki stwierdzić, że mamy w danym postępowaniu do czynienia z wadą, ale należy wykazać dodatkowo, że jest ona niemożliwa do usunięcia, a ponadto, że skutkuje niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy o udzielenie zamówienia publicznego (tak m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2022 r. o sygn. akt KIO 667/22). Zauważenia wymaga, że art. 255 pkt 6 Pzp pozostaje w związku z art. 457 ustawy Pzp, w zakresie, w jakim wada postępowania może prowadzić do zawarcia umowy podlegającej unieważnieniu na podstawie przesłanek wskazanych enumeratywnie w ust. 1 wyżej wymienionego przepisu lub na podstawie sytuacji określonych w kodeksie cywilnym np. art. 70⁵ (arg. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp). Podkreślić należy również, że unieważnienie postępowania stanowi czynność o charakterze wyjątkowym, która definitywnie kończy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego i zamyka drogę wykonawcom do uzyskania zamówienia, tym samym nie zostaje osiągnięty cel postępowania, jakim jest udzielenie zamówienia. Co istotne, dla spełnienia przesłanek z art. 255 pkt 6 ustawy Pzp konieczne jest wystąpienie związku przyczynowo – skutkowego pomiędzy zaistniałą wadą postępowania a niemożnością zawarcia ważnej umowy. Tym samym, aby unieważnić postępowanie na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy dokonać analizy okoliczności skutkujących unieważnieniem umowy w oparciu o art. 457 ustawy Pzp lub określone przepisy kodeksu cywilnego (zob. m.in.: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 4 sierpnia 2023 r. o sygn. akt KIO 2070/23, KIO 2071/23, KIO 2081/23 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 grudnia 2022 r. o sygn. akt KIO 3075/22).

Przenosząc powyższe rozważania na kanwę niniejszej sprawy Izba wskazuje, że ocena prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w części II musi być dokonana wyłącznie w

oparciu o uzasadnienie wyżej wymienionej czynności zawarte w piśmie z dnia 29 maja 2024 r. To w tym piśmie Miasto Poznań zawarło podstawę prawną oraz uzasadnienie faktyczne dokonanej czynności. Podejmując decyzję o unieważnieniu Postępowania Zamawiający powinien przedstawić zarówno uzasadnienie faktyczne jak i prawne tej czynności w sposób wyczerpujący, rzetelny i przejrzysty, do czego też obliguje Zamawiającego treść art. 260 ust. 1 ustawy Pzp. Ocenie Izby mogą podlegać wyłącznie okoliczności zakomunikowane wykonawcy w decyzji o unieważnieniu Postępowania w części II. Dlatego też nie może być akceptowane dążenie przez Miasto Poznań do uzupełniania uzasadnienia faktycznego i prawnego czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na etapie postępowania odwoławczego, na podstawie złożonej do akt odpowiedzi na odwołanie bądź też podczas rozprawy. Wszelkie nowe kwestie, które nie znalazły odzwierciedlenia w treści przekazanego przez Zamawiającego pisemnego zawiadomienia z dnia 29 maja 2024 r. należało zatem uznać za spóźnione i jako takie pozostawały bez wpływu na ocenę niniejszej sprawy. Zdaniem składu orzekającego takie działanie Miasta Poznań jednocześnie potwierdza, że argumentacja przedstawiona przez Zamawiającego w uzasadnieniu decyzji o unieważnieniu Postępowania nie jest wystarczająca do uznania, że Miasto Poznań wykazało łączne wystąpienie trzech okoliczności, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Przystępując więc do badania prawidłowości czynności Zamawiającego polegającej na unieważnieniu Postępowania w części II na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp Izba stwierdziła, że przekazane uzasadnienie tej czynności z dnia 29 maja 2024 r. jest lakoniczne, ogólnikowe i niepełne tj. nie spełnia omówionych powyżej wymogów odnośnie wykazania kumulatywnego wystąpienia trzech przesłanek umożliwiających unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Zamawiający nie tylko nie podjął jakiegokolwiek próby, ale wręcz zaniechał zupełnie wykazania ziszczenia się wszystkich przesłanek, o których mowa w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Należy bowiem zauważyć, że Miasto Poznań ograniczyło się do stwierdzenia, że „Załącznik nr 5 do Opisu przedmiotu zamówienia (dalej jako: „OPZ”) – Wykaz nieruchomości i pojemników, będący Załącznikiem nr 1 do umowy w ww. postępowaniu, nie zawiera wykazu wszystkich ulic objętych obszarem terytorialnym Sektora II – Jeżyce, o którym mowa w Uchwale Nr LII/969/VIII/2021 Rady Miast Poznania z dnia 28.09.2021 r. w sprawie podziału obszaru miasta Poznania na sektory. W konsekwencji liczba nieruchomości oraz liczba pojemników dla Sektora II – Jeżyce została wskazana przez Zamawiającego nieprawidłowo. Mając na względzie treść art. 6d ust. 3 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (...) niepełny zakres terytorialny, tj. brak w ww. Wykazie pełnej liczby ulic i nieruchomości uniemożliwia zawarcie umowy obejmującej cały obszar Sektora II – Jeżyce w wyniku przeprowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie jego części II”. Zamawiający nie wskazał natomiast, że dostrzeżone przez niego braki w Załączniku nr 5 do OPZ pn. „Wykaz nieruchomości i pojemników” stanowią istotne uchybienie proceduralne (wada postępowania), które nie może być skorygowane w toku Postępowania (nieusuwalność wady). Ponadto Miasto Poznań w swojej argumentacji nie wykazało, dlaczego stwierdzony przez nie błąd w dokumentach zamówienia uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy z wykonawcą. W przypadku unieważnienia postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp należy bowiem wykazać związek przyczynowo – skutkowy pomiędzy zaistniałą, niemożliwą do usunięcia wadą postępowania a koniecznością unieważnienia umowy. Zamawiający w uzasadnieniu prawnym czynności unieważnienia Postępowania w części II (pismo z dnia 29 maja 2024 r.) poprzestał wyłącznie na wskazaniu treści przepisu art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Miasto Poznań nie odniosło się jednak do żadnej z przesłanek unieważnienia umowy w sprawie zamówienia publicznego określonych w art. 457 ust. 1 ustawy Pzp bądź w kodeksie cywilnym (arg. z art. 457 ust. 5 ustawy Pzp). Izba zwróciła uwagę, że dodatkowym przepisem prawnym – oprócz wskazanego art. 255 pkt 6 ustawy Pzp – na który Zamawiający powołał się w uzasadnieniu faktycznym decyzji o unieważnieniu Postępowania jest art. 6d ust. 3 u.c.p.g., jednakże również w nawiązaniu do przywołanego przepisu Miasto Poznań w żaden sposób nie wykazało, że hipotetyczne zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego na niepełny zakres terytorialny dla Sektora II mogłoby skutkować unieważnieniem zawartej umowy na gruncie wyżej wymienionej ustawy. Argumentacja w zakresie ewentualnej przesłanki unieważnienia umowy została przedstawiona dopiero na etapie postępowania odwoławczego, a zatem – jak już wskazano powyżej – nie mogła zostać przez Izbę wzięta pod uwagę. Mając na uwadze okoliczności faktyczne rozpoznawanej sprawy skład orzekający uznał, że Zamawiający nie sprostował spoczywającemu na nim ciężarowi wykazania w uzasadnieniu unieważnienia Postępowania w części II, że prowadzone przez niego Postępowanie obarczone jest taką wadą, która powodowałaby, iż według przepisów art. 457 ust. 1 lub ust. 5 ustawy Pzp zawarta umowa podlegałaby unieważnieniu i w konsekwencji uzasadnione byłoby unieważnienie Postępowania na podstawie art. 255 pkt 6 ustawy Pzp.

Reasumując, stwierdzić należy, że w uzasadnieniu czynności unieważnienia Postępowania w części II, Miasto Poznań nie wykazało, że ziszczyły się wszystkie przesłanki unieważnienia Postępowania, konieczne do zastosowania podstawy prawnej wskazanej w art. 255 pkt 6 ustawy Pzp. Tym samym – biorąc pod uwagę dokonaną ocenę treści zawiadomienia z dnia 29 maja 2024 r. – brak było podstaw do uznania czynności unieważnienia Postępowania w części II za prawidłową i odpowiadającą przepisom ustawy Pzp.

W świetle powyższego – w ocenie Izby – rozpoznawane odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie bowiem z przepisem art. 554 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w całości lub w części, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia, konkursu lub systemu kwalifikowania wykonawców. W analizowanej sprawie stwierdzone naruszenie przepisów ustawy Pzp, może mieć istotny wpływ na wynik niniejszego Postępowania.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 557, art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 7 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 1 i 2 lit. b) 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), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania stronę przegrywającą, czyli Zamawiającego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca:.....

Członkowie:.....

.....